

ANNO LXIV - N. 3

LUGLIO - SETTEMBRE 2012

RASSEGNA  
AVVOCATURA  
DELLO STATO

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE DI SERVIZIO

COMITATO SCIENTIFICO: *Presidente: Michele Dipace. Componenti: Franco Coppi - Giuseppe Guarino - Natalino Irti - Eugenio Picozza - Franco Gaetano Scoca.*

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

COMITATO DI REDAZIONE: *Lorenzo D'Ascia - Gianni De Bellis - Sergio Fiorentino - Paolo Gentili - Maria Vittoria Lumetti - Francesco Meloncelli - 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 - Marco Meloni - Maria Assunta Mercati - Alfonso Mezzotero - Riccardo Montagnoli - Domenico Mutino - Nicola Parri - Adele Quattrone - Pietro Vitullo.*

HANNO COLLABORATO INOLTRE AL PRESENTE FASCICOLO: *Ugo Adorno, Giuseppe Albenzio, Antonella Anselmo, Stefano Bini, Daniela Canzoneri, Ignazio Francesco Caramazza, Gianna Maria De Socio, Alessandro De Stefano, Lorenzo Diotallevi, Michele Dipace, Wally Ferrante, Federico Maria Giuliani, Emanuele Manzo, Loredana Martinez, Marco Stigliano Messuti, Marco Morelli, Serena Oggianu, Tommaso Pistone, Sabrina Scalini, Maria Elena Scaramucci, Mario Antonio Scino, Agnese Soldani, Francesco Spada, Vito Tufariello, Giuseppe Zuccaro.*

E-mail:

[giuseppe.fiengo@avvocaturastato.it](mailto:giuseppe.fiengo@avvocaturastato.it) - tel. 066829313

[maurizio.borgo@avvocaturastato.it](mailto:maurizio.borgo@avvocaturastato.it) - tel. 066829597

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](mailto:rassegna@avvocaturastato.it) - Sito [www.avvocaturastato.it](http://www.avvocaturastato.it)

*Stampato in Italia - Printed in Italy*

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

# INDICE - SOMMARIO

## TEMI ISTITUZIONALI

<i>Conflicto di attribuzione tra Poteri dello Stato: Presidente della Repubblica c. PM Palermo. Gli atti defensionali dell'Avvocatura e la sentenza della Consulta</i> . . . . .	pag.	1
--	------	---

## CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

<i>Antonella Anselmo, Strumenti legali europei e degli Stati Membri per la prevenzione e repressione della violenza contro le donne e la violenza domestica</i> . . . . .	»	67
<i>Mario Antonio Scino, La politica energetica europea: Dalle origini alle più recenti evoluzioni</i> . . . . .	»	80
<i>1.- Le decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea</i>		
<i>Paolo Gentili, Considerazioni "a caldo" per spunti di riflessione alla sentenza sul regime linguistico nell'Ue (C. Giustizia, Grande Sezione, sent. 27 novembre 2012, causa C-566/10 P)</i> . . . . .	»	96
<i>2.- I giudizi in corso della Corte di giustizia Ue</i>		
<i>Wally Ferrante, Trasporti, Causa C-509/11</i> . . . . .	»	117
<i>Wally Ferrante, Ravvicinamento delle legislazioni, Proprietà industriale e commerciale, Causa C-314/12</i> . . . . .	»	126

## CONTENZIOSO NAZIONALE

<i>Lorenzo Diotallevi, Spunti in materia di mutuo dissenso nei contratti ad effetti reali (Cass. civ., Sez. V, sent. 6 ottobre 2011, n. 20445)</i> . . . . .	»	137
<i>Stefano Bini, I licenziamenti disciplinari dopo la l. 92/2012 (c.d. "Riforma Fornero"). Considerazioni alla luce della prima pronuncia giurisdizionale in materia (Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012)</i> . . . . .	»	147
<i>Ugo Adorno, Licenziamento: Legge Fornero e pubblici dipendenti (Trib. Perugia, ord. 10 novembre 2012)</i> . . . . .	»	156
<i>Maurizio Borgo, Art. 143, comma 11, T.U.E.L.. Un breve appunto e una sentenza di conferma (Tar Sicilia, Palermo, Sez. Seconda, sent. 15 ottobre 2012 n. 2005)</i> . . . . .	»	161

## I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

<i>Maurizio Borgo, La consulenza di legittimità e di merito delle amministrazioni compete, in via esclusiva, all'Avvocatura dello Stato (Cons. St., Sez. Sec., parere del 23 ottobre 2012 n. 04320)</i> . . . . .	»	181
---	---	-----

Maria Elena Scaramucci, <i>Sul patrocinio c.d. autorizzato degli enti lirici (ora, fondazioni di diritto privato)</i> . . . . .	pag.	185
Gianna Maria De Socio, <i>Ammissione degli stranieri al servizio civile nazionale</i> . . . . .	»	188
Giuseppe Albenzio, <i>Applicabilità ai dirigenti RAI dei limiti alle retribuzioni disposti dal d.p.r. 195/2010</i> . . . . .	»	192
Wally Ferrante, <i>“Limite massimo retributivo per emolumenti o retribuzioni nell’ambito di rapporto di lavoro dipendente o autonomo con le pubbliche amministrazioni statali” - D.P.C.M. 23 marzo 2012</i> . . . . .	»	195
Alessandro De Stefano, <i>Concessioni radio/televisive: possibilità di affitto del servizio da parte del concessionario</i> . . . . .	»	197
Daniela Canzoneri, Giuseppe Zuccaro, <i>Spese di custodia dei veicoli sequestrati o sottoposti a fermo amministrativo per violazione del codice della strada</i> . . . . .	»	200
Marco Stigliano Messuti, <i>Criterio dell’accessorietà/essenzialità della prestazione nella disciplina dei contratti misti</i> . . . . .	»	207
Gianna Maria De Socio, <i>Attività del corpo nazionale dei Vigili del Fuoco in favore di Prefetto/Commissario Delegato di protezione civile</i> . . . . .	»	212
Agnese Soldani, <i>Sanzione pecuniaria irrogata dall’Antitrust: debenza di interessi in caso di rateizzazione ex art. 26 L. 689/81</i> . . . . .	»	221

#### LEGISLAZIONE ED ATTUALITÀ

Giuseppe Fiengo, <i>La Giornata della Trasparenza. Per un Freedom of Information Act (FOIA) anche in Italia “La difficile via italiana”</i> . . . . .	»	235
Federico Maria Giuliani, Sabrina Scalini, <i>IMU ed immobili a utilizzazione mista indistinta (l’esonazione proporzionale tra schema decretale e parere consiliare)</i> (Nota a Cons. St., Sez. Consultiva per gli atti normativi, parere 27 settembre 2012 n. 07658) . . . . .	»	241
Loredana Martinez, <i>Il governo delle risorse idriche tra competenze statali e territoriali</i> . . . . .	»	251
Serena Oggianu, <i>Liberalizzazioni, ambiente ed energia</i> . . . . .	»	288
Francesco Spada, <i>Il “Rapporto sulla corruzione nella pubblica amministrazione”: analisi del fenomeno e delle proposte</i> . . . . .	»	317

#### CONTRIBUTI DI DOTTRINA

Ignazio Francesco Caramazza, <i>Il sistema delle impugnazioni nel processo amministrativo</i> . . . . .	»	323
Emanuele Manzo, <i>Translatio iudicii tra giurisdizioni e sorte dei provvedimenti cautelari</i> . . . . .	»	333
Serena Oggianu, <i>Gli accordi in materia ambientale</i> . . . . .	»	355

RECENSIONI

Maurizio Borgo, Marco Morelli, <i>L'acquisizione e l'utilizzo di immobili da parte della P.A. Espropriazione per pubblica utilità e strumenti alternativi</i> , Giuffrè Editore 2012. Prefazione di Michele Dipace . . . . .	pag.	375
Vito Tufariello, <i>La responsabilità civile. Il danno da immissioni</i> , Utet Giuridica, 2012. . . . .	»	377



# TEMI ISTITUZIONALI

## **Conflitto di attribuzione tra Poteri dello Stato Presidente della Repubblica c. PM Palermo**

### *Gli atti defensionali dell'Avvocatura e la sentenza della Consulta*

*Nel presentare gli atti defensionali dell'Avvocatura dello Stato nel giudizio per conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato (Presidente della Repubblica c/ PM di Palermo), deciso dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 1 del 2013, il pensiero sembra volersi avvitare intorno ad una lettura universitaria, decisamente atipica come manuale di diritto amministrativo. Il riferimento topico è al Corso di Diritto amministrativo, Milano, 1970 di Massimo Severo Giannini e alle pagine, da 115 a 143, nelle quali l'Autore descrive le "figure soggettive" del diritto pubblico. Nozioni generali, ma inusuali nella nostra comune esperienza giuridica, tutta fondata sul potere ministeriale, sulla persona giuridica, sugli organi e sulle competenze separate e distinte.*

*M.S. Giannini parla invece di munus, di officium, delle figure formali dell'organo e del rappresentante e della gamma variegata delle "imputazioni giuridiche": "Ma le potestà tipiche del munus pubblico sono pubbliche in quanto volte a curare gli interessi della collettività... O il diritto formalizza le potestà e l'esercizio di esse, e quindi configura come atti giuridici i momenti dell'agire giuridico del munus ed allora il munus imputa a se stesso gli atti medesimi e alla collettività i risultati ultimi dell'attività. Oppure le potestà restano al livello informale, ed allora si realizza solo l'imputazione di risultati alla collettività...".*

*Ed è qui, in questa figura soggettiva, del Presidente della Repubblica - che "rappresenta l'unità nazionale" ed è "munus pubblico" come ribadisce la memoria difensiva dell'Avvocatura dello Stato - sembra dipanarsi nella sostanza il pensiero della Corte Costituzionale.*

*Anche le tesi del formalismo giuridico, per la verità un po' giacobino, delle persone giuridiche e degli organi, portati avanti dalle difese dei Pubblici Ministeri, vengono sistematicamente ed analiticamente confutate dalla Corte Costituzionale con argomenti ragionevoli e convincenti, ma su tutti emerge il principio giuridico che appare la chiave di volta dell'intera sentenza: il riferimento ricorrente e costante al carattere personale dell'attività del Presidente della Repubblica, chiamato in ogni suo atto, formale od informale, al compito decisivo di assicurare - nei momenti di crisi, nei quali i meccanismi formali delle competenze e degli organi sembrano incepparsi - la continuità del processo della democrazia.*

*Nessun automatismo, nessun formalismo può ragionevolmente ostacolare questa fondamentale attività. È forse questa la lezione che, dagli atti dell'Avvocatura dello Stato e dalla sentenza della Corte Costituzionale, sembra emergere in questa vicenda processuale, come punto fermo nelle nostre istituzioni democratiche.*

\* \* \* \*

CT. 27074/12

## ECC.MA CORTE COSTITUZIONALE

### RICORSO

del **Presidente della Repubblica**, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato (C.F. 80224030587), PEC roma@mailcert.avvocaturastato.it, presso i cui uffici ex lege è domiciliato in Roma alla Via dei Portoghesi n. 12, giusta Decreto Presidenziale in data 16 luglio 2012 (doc. 1)

### *avente ad oggetto* *conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato*

nei confronti del **Pubblico Ministero** in persona del **Procuratore della Repubblica presso il Tribunale Ordinario di Palermo** in relazione all'attività di intercettazione telefonica, svolta nell'ambito di procedimento penale pendente dinanzi alla Procura della Repubblica di Palermo, effettuata su utenza di altra persona nell'ambito della quale sono state captate conversazioni del Presidente della Repubblica.

### FATTO

Con nota in data 27 giugno 2012 prot. n. 069/s.p., l'Avvocato Generale dello Stato chiedeva al Dottor Francesco Messineo, Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, avendone ricevuto espresso mandato dal Segretario Generale della Presidenza della Repubblica, "una conferma o una smentita" di quanto risultava nell'intervista effettuata dalla giornalista Alessandra Ziniti al P.M. Antonino Di Matteo e pubblicata sul quotidiano "La Repubblica" del 22 giugno 2012 (doc. 2), dalla cui risposta emergeva che sarebbero state intercettate conversazioni telefoniche del Presidente della Repubblica allo stato considerate irrilevanti, ma che la Procura di Palermo si sarebbe riservata di utilizzare (doc. 3).

Con nota in data 6 luglio 2012, il Procuratore Messineo allegando la missiva in data 5 luglio



2012 (doc. 5) con la quale il Dott. Di Matteo rappresentava che le affermazioni, pronunciate nel corso di un'intervista telefonica con la giornalista Ziniti, erano conseguenza di una domanda di quest'ultima assolutamente generica sulla sorte processuale del compendio delle intercettazioni effettuate nell'ambito di indagini, limitandosi *"all'ovvio richiamo alla corretta applicazione della normativa in tema di utilizzo degli esiti delle attività di intercettazione telefonica"*, comunicava che la Procura di Palermo, *"avendo già valutato come irrilevante ai fini del procedimento qualsivoglia eventuale comunicazione telefonica in atti diretta al Capo dello Stato, non ne prevede alcuna utilizzazione investigativa o processuale, ma esclusivamente la distruzione da effettuare con l'osservanza delle formalità di legge"* (doc. 4).

Con nota diffusa il 9 luglio 2012 (doc. 6) e con lettera pubblicata sul quotidiano "La Repubblica" in data 11 luglio 2012 (doc. 7), il Procuratore Messineo ulteriormente affermava che *"nell'ordinamento attuale nessuna norma prescrive o anche soltanto autorizza l'immediata cessazione dell'ascolto e della registrazione, quando, nel corso di una intercettazione telefonica legittimamente autorizzata, venga casualmente ascoltata una conversazione fra il soggetto sottoposto ad intercettazione ed altra persona nei cui confronti non poteva essere disposta alcuna intercettazione"*.

Aggiungeva, inoltre, che *"in tali casi, alla successiva distruzione della conversazione legittimamente ascoltata e registrata si procede esclusivamente, previa valutazione della irrilevanza della conversazione stessa ai fini del procedimento e con la autorizzazione del Giudice per le indagini preliminari, sentite le parti. Ciò è quanto prevedono le più elementari norme dell'ordinamento ..."*.

Il Presidente della Repubblica non ritiene di poter condividere la tesi del Procuratore della Repubblica, in quanto, a norma dell'art. 90 della Costituzione e dell'art. 7 della legge 5 giugno 1989, n. 219, salvi i casi di alto tradimento o attentato alla Costituzione e secondo il regime previsto dalle norme che disciplinano il procedimento d'accusa, le intercettazioni delle conversazioni cui partecipa il Presidente della Repubblica, ancorché indirette e occasionali, sono, invece, da considerarsi assolutamente vietate e non possono, quindi, essere in alcun modo valutate, utilizzate e trascritte e di esse il pubblico ministero deve immediatamente chiedere al giudice la distruzione.

Comportano, quindi, lesione delle prerogative costituzionali del Presidente della Repubblica, quantomeno sotto il profilo della loro menomazione, l'avvenuta valutazione sulla rilevanza delle intercettazioni ai fini della loro eventuale utilizzazione (investigativa o processuale), la permanenza delle intercettazioni agli atti del procedimento e l'intento di attivare una procedura camerale che - anche a ragione della instaurazione di un contraddittorio sul punto - aggrava gli effetti lesivi delle precedenti condotte.

In virtù del Decreto in epigrafe del Capo dello Stato, l'Avvocatura Generale eleva, pertanto, con il presente ricorso, conflitto ai sensi degli artt. 37 e seguenti della legge 11 marzo 1953, n. 87, per violazione degli articoli 90 e 3 della Costituzione e delle disposizioni di legge ordinaria che ne costituiscono attuazione (art. 7 della legge 5 giugno 1989, n. 219, anche con riferimento all'art. 271 del codice di procedura penale).

## **DIRITTO**

### ***1. Sull'ammissibilità del ricorso.***

#### ***1.1. Sotto il profilo soggettivo.***

La spettanza della qualificazione di potere dello Stato in capo al Presidente della Repubblica, odierno ricorrente, è del tutto pacifica.

Per quanto concerne la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, appare sufficiente richiamare l'insegnamento di codesta Ecc.ma Corte in ordine alla competenza del Procuratore della Repubblica di dichiarare definitivamente la volontà del potere a cui appartiene ed alla individuazione in capo al Pubblico Ministero della natura di potere dello Stato in quanto titolare diretto ed esclusivo dell'attività di indagine finalizzata all'esercizio (obbligatorio) dell'azione penale (sentenze della Corte Costituzionale n. 216 e 420/95; 118/98; 410/98; 487/00; 232/2003; n. 100/2009; ordinanze n. 124/2007; n. 425/2007, n. 241/2011) (1).

### **1.2. Sotto il profilo oggettivo.**

Il Presidente della Repubblica rivendica, con il presente atto, con riguardo all'attività istruttoria di intercettazione svolta dalla Procura di Palermo, l'integrità delle proprie prerogative costituzionali previste dall'art. 90 della Costituzione secondo cui *“il Presidente della Repubblica non è responsabile degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, tranne che per alto tradimento o per attentato alla Costituzione. In tali casi è messo in stato di accusa dal Parlamento in seduta comune, a maggioranza assoluta dei suoi membri”*.

In coerenza con le prerogative previste dal citato art. 90 della Costituzione, l'art. 7, comma 3, della legge 5 giugno 1989, n. 219 citata, contempla il divieto assoluto di intercettazione e di altri mezzi di acquisizione della prova invasivi, stabilendo che, nei confronti del Presidente della Repubblica, non possono essere adottati i provvedimenti indicati nel comma precedente (tra i quali quelli in materia di *“intercettazioni telefoniche o di altre forme di comunicazioni”*) se non dopo che la Corte Costituzionale ne abbia disposto la sospensione dalla carica.

Il conflitto in esame ha, dunque, per oggetto essenzialmente la corretta interpretazione dell'art. 90 della Costituzione ed anche della disposizione dell'art. 7, comma 3, della legge n. 219/1989 citata, di diretta attuazione ed integrazione della norma costituzionale predetta. La controversia si incentra, infatti, proprio sull'ambito di estensione dell'immunità, che, a proposito del regime delle intercettazioni, le norme citate riservano al Presidente della Repubblica.

Si ritiene, infatti, che la intercettazione, l'ascolto, la valutazione, la utilizzazione o la distruzione con la procedura prevista dall'art. 268 c.p. finirebbe per ledere le prerogative contemplate dall'art. 90 della Costituzione con riferimento all'insieme delle modalità attraverso le quali il Presidente della Repubblica esercita le delicate funzioni attribuitegli dalla Costituzione, tra cui quelle di massima rappresentanza a livello internazionale.

Non vi è dubbio, pertanto, che, anche sotto il profilo oggettivo, ricorrano i presupposti di cui all'art. 37 della legge n. 87/1953 citata.

## **2. Nel merito: violazione dell'art. 90 della Costituzione e delle disposizioni legislative che ne costituiscono attuazione ed integrazione, nonché dell'art. 3 della Costituzione.**

**2.1.** Come sottolinea la dottrina in sede di commento alla norma costituzionale, l'irrespon-

---

(1) Sin dalle prime pronunce in materia la Corte Costituzionale ha ritenuto decisivo per ammettere la legittimazione dei singoli giudici il fatto che essi, da una parte, esercitano le proprie funzioni giurisdizionali in una condizione di indipendenza costituzionalmente garantita e, dall'altra, pongono in essere atti che, pur non essendo necessariamente definitivi, sono idonei a *“impegnare”* il potere cui appartengono. In particolare, il Pubblico Ministero è stato considerato potere dello Stato quando il conflitto, come accade nel caso di specie, è correlato all'esercizio dell'azione penale, sulla base delle competenze costituzionalmente attribuite a tale organo ex art. 112 Costituzione (sentenze n. 216 e 420/95; n. 410/98 e 232/2003 citate).

sabilità del Presidente della Repubblica non è solo una irresponsabilità giuridica per le conseguenze penali, amministrative e civili eventualmente derivanti dagli atti tipici compiuti nell'esercizio delle proprie funzioni, ma anche una irresponsabilità politica diretta a garantire la piena libertà e la sicurezza di tutte le modalità di esercizio delle funzioni presidenziali. Ciò comporta l'assoluta riservatezza di tutte le attività del Presidente della Repubblica che sono propedeutiche e preparatorie rispetto al compimento degli atti tipici e pubblici attraverso i quali esercita formalmente i propri poteri (2): si tratta, dunque, di una immunità sostanziale e permanente imputata all'organo costituzionale e posta a protezione della persona fisica che ne è titolare.

La dottrina ha anche osservato che non ha molto senso chiedersi se la (ir)responsabilità politica costituisca la regola o l'eccezione (3), per la scelta inequivocabile fatta dal diritto positivo, che ha sancito il principio del necessario collegamento fra irresponsabilità ed esercizio della funzione. Le funzioni del Presidente della Repubblica sono strettamente connesse e vanno interpretate con il ruolo, che la Costituzione gli attribuisce, di Capo dello Stato, rappresentante dell'unità nazionale.

La sottrazione del Presidente della Repubblica alla responsabilità anche politica è stabilita in funzione di tale ruolo e non certo per escludere la "politicalità" della sua azione diretta ad assicurare in modo imparziale, insieme agli altri organi di garanzia, il corretto funzionamento del sistema istituzionale e la tutela degli interessi permanenti della Nazione (4).

Deve, in conclusione, ribadirsi che la sfera di immunità che la Costituzione riserva al Capo dello Stato non costituisce un inammissibile privilegio, legato ad esperienze ormai definitivamente superate. Al contrario, le prerogative che la Costituzione attribuisce al Capo dello Stato sono strettamente funzionali agli altissimi compiti che è chiamato a sostenere nell'espletamento della citata funzione di garanzia complessiva del corretto andamento del sistema che egli esercita, mantenendo, appunto, l'unità della Nazione. È del tutto evidente che, nell'espletamento di questi compiti, al Presidente della Repubblica deve essere assicurato il massimo di libertà di azione e di riservatezza, appunto perché alcune attività che egli pone in essere, e certamente non poco significative, non hanno un carattere formalizzato.

Il perseguimento delle finalità costituzionali caratterizza, dunque, l'attività, sia formalizzata sia non formalizzata, del Presidente della Repubblica connotandola in senso funzionale, così che la protezione derivante dall'immunità prevista dall'art. 90 della Costituzione ricomprende tutti gli atti presidenziali, nei quali siano appunto rinvenibili quelle finalità.

La Costituzione ha, in effetti, delineato un equilibrato rapporto tra poteri e responsabilità ed in questa ottica garantista l'immunità del Presidente della Repubblica non può essere affatto considerata come un'inammissibile rottura del principio dell'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, ma come strumento indispensabile per consentire il più efficace conseguimento degli obiettivi prefissati in Costituzione. L'immunità si configura, quindi, come un essenziale strumento di garanzia dell'attuazione della Costituzione ed, in questa ottica, deve essere interpretata nel raffronto con la legislazione ordinaria, che, come è noto, va sempre applicata in modo costituzionalmente orientato.

---

(2) L. Paladin, *Presidente della Repubblica*, Enc. Diritto, Giuffrè, 1986, vol. XXXV, pagg. 221 e segg.

(3) V. Crisafulli, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, in Studi per Crosa, vol. I.

(4) A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, vol. I. p. 357.

La dottrina insiste particolarmente sul valore della irresponsabilità ex art. 90 Cost. ai fini di dedurre la funzione presidenziale di garanzia della Costituzione.

Com'è stato osservato in dottrina (5), l'art. 90 della Costituzione rappresenta, infine, al tempo stesso, anche un limite alle attribuzioni degli altri poteri dello Stato che, ove non correttamente esercitati, menomerebbero le prerogative costituzionali del Presidente della Repubblica (6).

**2.2.** Anche dall'interpretazione sistematica delle norme di legge ordinaria che disciplinano, in attuazione dei principi costituzionali, la posizione del Presidente della Repubblica deriva, per quanto qui interessa, che la libertà di comunicazione non possa subire alcuna limitazione neppure da parte di altra Autorità (7).

L'inviolabilità delle determinazioni e delle comunicazioni del Presidente durante il mandato è espressamente riconosciuta dall'art. 7, comma 2, della legge 5 giugno 1989, n. 219 citata, significativamente intitolata "*Nuove norme in tema di reati ministeriali e di reati previsti dall'articolo 90 della Costituzione*", articolo contenuto nella fonte legislativa connessa alla norma costituzionale predetta e che assume il ruolo integrativo di quest'ultima.

La norma di cui all'art. 7, comma 3, della legge citata, contiene l'espresso e assoluto divieto di disporre intercettazioni telefoniche o di altre forme di comunicazione nei confronti del Presidente della Repubblica senza prevedere alcuna eccezione e consente le intercettazioni solo dopo che la Corte Costituzionale ne abbia disposto la sospensione dalla carica.

Va sottolineato che questo divieto assoluto di intercettazione diretta delle conversazioni del Capo dello Stato è legislativamente ed espressamente stabilito per i due soli reati, per i quali, secondo la previsione dell'art. 90 della Costituzione, può essere messo in stato di accusa il Presidente della Repubblica. Se c'è dunque, in questi casi, un divieto di intercettazione diretta nel periodo in cui il Presidente è in carica è naturale che debba esistere anche un divieto altrettanto assoluto delle intercettazioni, qualora fossero captate in modo indiretto o casuale. Quello, infatti, che si desume con assoluta chiarezza dal combinato disposto dell'art. 90 della Costituzione e dell'art. 7, comma 3, della legge 5 giugno 1989 n. 219 citata, è, appunto, l'impossibilità di intercettare e anche, se del caso, di utilizzare il testo di quelle intercettazioni, proprio perché il Presidente della Repubblica, anche se messo in stato di accusa, non può, fino a quando è in carica, subire alcuna limitazione nelle sue comunicazioni, dato che, altrimenti, risulterebbe lesa la sua sfera di immunità.

Se questa è la *ratio* del sistema che impone divieto assoluto di usare e di utilizzare tali mezzi di prova riguardo ai reati presidenziali, lo stesso divieto di uso e di utilizzazione dei medesimi mezzi di prova, certamente limitativi della libertà di comunicazione del Presidente, non può logicamente, anche nel silenzio della legge, non estendersi ad altre fattispecie di reato che

---

(5) Rossano, "Il Presidente della Repubblica", Enc. Giur. Treccani 2007, vol. 24, p. 2

(6) La maggioranza assoluta per la messa in stato di accusa del Presidente della Repubblica è stata introdotta su proposta del prof. Mortati al dichiarato fine di preservare l'indipendenza dell'Organo, *Comm. della Cost.*, a cura di G. Branca, *Art. 90, L. Carlassare*, pag. 154.

(7) Osservò in proposito il Ministro della Giustizia nel corso della seduta del Senato del 7 marzo 1997 – e sul punto l'intera Assemblea convenne – che "*essendo la libertà di comunicazione e di corrispondenza un connotato essenziale dell'esercizio delle funzioni del Presidente della Repubblica, appare ovvio ritenere che la libertà e la segretezza delle comunicazioni e conversazioni del Presidente della Repubblica non possano essere soggette ad alcuna limitazione. L'ovvietà di tale affermazione, che discende già dalla interpretazione sistematica delle norme che regolano la posizione e le attribuzioni costituzionali della figura istituzionale del Presidente della Repubblica, importa che la libertà di determinazione e comunicazione non possa subire alcuna limitazione neppure da parte di altra autorità. Non si tratta di un privilegio della persona ma della conseguenza della collocazione istituzionale*".

possano a diverso titolo coinvolgere il Presidente. Ed ancor più inammissibile è la possibilità di utilizzazione di conversazioni intercettate occasionalmente nell'ambito di fattispecie riguardanti reati che non possono essere addebitati al Presidente, come, appunto, si verifica nel caso del conflitto in esame.

Quando coinvolgono in qualsiasi pur minimo modo il Presidente della Repubblica, le indagini devono svolgersi, pertanto, nel rispetto delle sue prerogative costituzionali, evitando quelle forme invasive di acquisizione della prova che non si conciliano con la sua assoluta libertà di determinazione e di comunicazione.

Tali considerazioni portano a concludere che il divieto di intercettazione riguarda anche le c.d. intercettazioni indirette o casuali comunque effettuate mentre il Presidente della Repubblica è in carica.

**2.3.** Se, dunque, il divieto di intercettazioni è la conseguenza diretta dell'immunità presidenziale, è evidente che si debba ritenere la inutilizzabilità e procedere alla distruzione immediata del testo intercettato, ai sensi dall'art. 271 c.p.p., secondo cui *“i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati quando le stesse siano state eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge e il giudice dispone che la documentazione delle intercettazioni... sia distrutta”*. Anche se non espressamente richiamate dal citato art. 271, valgono *a fortiori* per il Capo dello Stato le stesse tutele e la stessa disciplina vigenti per l'intercettazione del difensore (art. 103 c.p.p.): un divieto assoluto di esecuzione e un divieto di utilizzazione poiché si tratta di atto eseguito *“fuori dei casi consentiti dalla legge”*. E ciò in quanto riguarda la captazione di conversazioni che risulta rientrare nel generale divieto sancito dal principio normativo, che si ricava dall'immunità presidenziale. E infatti è proprio l'irresponsabilità prevista dall'art. 90 della Costituzione, così come integrato dalla citata norma ordinaria, a dare vita ad un principio normativo, che si impone all'interprete, in tutti quei casi in cui occorre fare riferimento alla *“legge”*. Ed in questo senso va letto lo stesso art. 15, secondo comma, della Costituzione.

Se tutto questo è vero, è evidente che alla procedura per la distruzione del frutto della captazione illegittima di una conversazione del Presidente non sono applicabili né l'art. 268, comma 4, e seguenti c.p.p. (deposito delle intercettazioni in segreteria del P.M.; facoltà di esame da parte dei difensori; acquisizione delle conversazioni indicate dalle parti, non manifestamente irrilevanti; stralcio delle registrazioni di cui è vietata l'utilizzazione; inserimento nel fascicolo e possibilità di estrarre copia delle altre registrazioni); né l'art. 269 c.p.p. (conservazione dei verbali e registrazioni; udienza camerale per la distruzione, se richiesta, delle registrazioni e dei verbali non necessari per il procedimento, a tutela della riservatezza); né l'art. 270 c.p.p. (utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi, seguendo le prescrizioni dell'art. 268 citato). Né, infine, in via analogica, è applicabile alle intercettazioni indirette o casuali del Presidente della Repubblica l'art. 6 della legge 20 giugno 2003, n. 140 (che disciplina le intercettazioni indirette o casuali nei confronti di un parlamentare).

È sufficiente osservare in proposito che, sulla base della normativa costituzionale e ordinaria già richiamata (art. 90 della Costituzione e 7 della legge n. 219/89), la posizione del Presidente della Repubblica non può essere assimilata a quella del parlamentare.

Solo quest'ultimo, a differenza del Capo dello Stato, può essere sottoposto a intercettazione da parte del giudice ordinario (ovviamente su autorizzazione della Camera di appartenenza). Al solo parlamentare si riferisce, poi, testualmente l'art. 6 della legge n. 140/2003 citata quando stabilisce la necessità dell'autorizzazione *“successiva”* per l'utilizzazione delle inter-

cettazioni indirette o casuali del parlamentare stesso. Il legislatore del 2003 - pur consapevole del clamore sollevato nel 1997 dal caso delle intercettazioni di conversazioni cui aveva partecipato un Presidente della Repubblica - non ha dettato alcuna previsione relativa a tali intercettazioni, presupponendo, all'evidenza, che per esse non può valere la stessa distinzione tra intercettazioni dirette e indirette stabilita per quelle dei parlamentari. E, ancora, la Corte Costituzionale, nel dichiarare con la sentenza n. 390 del 2007 l'illegittimità costituzionale parziale dell'art. 6 prima citato, ha stabilito che la necessità di autorizzazione non si applica quando le intercettazioni occasionali debbono essere utilizzate nei confronti di soggetti diversi dal parlamentare (così confermando espressamente che la disciplina della legge n. 140/2003 citata è applicabile solo alle intercettazioni relative ai parlamentari).

Più in generale, deve, poi, sottolinearsi la differenza della *ratio* della tutela del parlamentare rispetto a quella del Presidente della Repubblica per le intercettazioni indirette relative a reati a carico di altri: per il Presidente, la *ratio* risiede nella tutela della sua funzione; per il parlamentare, invece, nella sola tutela della sua *privacy*, che sarebbe ingiustificato differenziare da quella di qualunque altro cittadino non essendo in tal caso configurabile un pregiudizio per la funzionalità della Camera di appartenenza, unico presupposto dell'istituto dell'autorizzazione previsto dall'art. 68 della Costituzione (cfr. la motivazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 390/2007 citata, paragrafo 5.2 del "*Considerato in diritto*" in particolare). Di conseguenza, in conclusione, per l'intercettazione di conversazioni del Presidente della Repubblica non ha senso porsi il problema di una loro eventuale utilizzabilità nel processo in corso o in altri procedimenti (in difesa o a carico di altri soggetti), poiché ciò vanificherebbe *in toto* la garanzia funzionale riconosciutagli dagli artt. da 87 a 90 della Costituzione; né assume rilievo la distinzione tra intercettazione "diretta" e "indiretta". Concetti, questi, che trovano il loro fondamento nella legge n. 140/2003 citata - insuscettibile, per quanto già evidenziato, di applicazione analogica al Capo dello Stato - e che presuppongono l'esistenza di un organo competente a esprimere una autorizzazione preventiva o successiva, nonché a verificare doverosamente il carattere indiretto o diretto dell'intercettazione.

**2.4.** Le argomentazioni fin qui sostenute escludono la correttezza di una diversa interpretazione-ricostruzione del sistema, secondo cui l'operatività dell'art. 7, comma 3 della legge n. 219/1989 citata varrebbe solo per le intercettazioni dirette di conversazioni del Capo dello Stato (come ritiene il Pubblico Ministero della Procura di Palermo). Va ribadito, infatti, che, nel caso di specie, è sufficiente la portata dell'immunità derivante, secondo quanto argomentato in precedenza, dall'irresponsabilità prevista dall'art. 90 della Costituzione per orientare in senso ad essa conforme l'interpretazione dell'insieme delle norme in materia di utilizzazione delle intercettazioni, ritenendo quindi pienamente applicabile alle intercettazioni di conversazioni del Presidente della Repubblica soltanto l'art. 271 del c.p.p..

\* \* \*  
\* \* \*

Tanto premesso, nel caso in esame, sussistono precisi elementi oggettivi di prova del non corretto uso del potere giurisdizionale. Essi sono l'aver quantomeno registrato le intercettazioni nelle quali casualmente e indirettamente era coinvolto il Presidente della Repubblica, unitamente alle circostanze (pacifiche e non contestate) che il testo delle telefonate è agli atti del processo e che ne è stata addirittura valutata l'(ir)rilevanza e, soprattutto, che si ipotizza lo svolgimento di un'udienza secondo le modalità indicate dall'art. 268 c.p.p. (trascrizione integrale delle intercettazioni, previa valutazione dell'irrelevanza; facoltà dei difensori di estrarne

copia e udienza c.d. stralcio; autorizzazione del G.I.P. sentite le parti) per ottenerne l'acquisizione o la distruzione: procedimento che, come si è detto, non è applicabile alla fattispecie, perché produrrebbe un grave "vulnus" alle prerogative del Presidente della Repubblica, operando senza tenere di esse alcun conto e alterando in concreto e in modo definitivo la consistenza dell'assetto dei poteri previsti dalla Costituzione.

Ritenuto quanto precede, il ricorrente Presidente della Repubblica chiede che l'Ecc.ma Corte adita dichiari che non spetta alla Procura della Repubblica presso il Tribunale Ordinario di Palermo omettere l'immediata distruzione delle intercettazioni telefoniche casuali del Presidente della Repubblica né spetta valutarne la (ir)rilevanza offrendole all'udienza stralcio di cui all'art. 268 c.p.p..

\* \* \*  
\* \* \*

#### Al Signor Presidente della Corte Costituzionale

L'estrema delicatezza e la rilevanza delle questioni sottoposte all'esame di codesta Ecc.ma Corte, che di per sé costituiscono ragione di urgenza, inducono i sottoscritti difensori, nella qualità, a proporre rispettosa

#### ISTANZA

di trattazione quanto più possibile sollecita del presente ricorso.

*Si depositano:*

- 1. Decreto del Presidente della Repubblica in data 16 luglio 2012.*
- 2. Intervista al P.M. Dott. Di Matteo pubblicata su "La Repubblica" in data 22 giugno 2012.*
- 3. Nota dell'Avvocato Generale dello Stato al Procuratore della Repubblica di Palermo in data 27 giugno 2012.*
- 4. Nota del Procuratore Dott. Messineo in data 6 luglio 2012 diretta all'Avvocato Generale dello Stato.*
- 5. Nota in data 5 luglio 2012 del P.M. Dott. Di Matteo allegata alla nota del Procuratore Dott. Messineo del 6 luglio 2012.*
- 6. Nota del Procuratore Dott. Messineo diffusa sulla stampa in data 9 luglio 2012.*
- 7. Lettera del Procuratore Dott. Messineo pubblicata su "La Repubblica" in data 11 luglio 2012.*

Roma, 30 luglio 2012

L'Avvocato Generale dello Stato  
Ignazio Francesco Caramazza

Il Vice Avvocato Generale dello Stato  
Antonio Palatiello

L'Avvocato dello Stato  
Gabriella Palmieri

CT. 27074/12

**ECC.MA CORTE COSTITUZIONALE****Registro Conflitti n. 4/2012****Udienza 4 dicembre 2012****MEMORIA**

del **Presidente della Repubblica**, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato (C.F. 80224030587), PEC roma@mailcert.avvocaturastato.it, presso i cui uffici *ex lege* è domiciliato in Roma alla Via dei Portoghesi n. 12

***nel giudizio avente ad oggetto  
conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato***

nei confronti del **Pubblico Ministero** in persona del **Procuratore della Repubblica presso il Tribunale Ordinario di Palermo** in relazione all'attività di intercettazione telefonica, svolta nell'ambito di procedimento penale pendente dinanzi alla Procura della Repubblica di Palermo, effettuata su utenza di altra persona nell'ambito della quale sono state captate conversazioni del Presidente della Repubblica.

\*\*\*

**1.1. Riepilogo dei fatti di causa**

Con ricorso per conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato depositato il 30 luglio 2012, il Presidente della Repubblica rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, in virtù del proprio Decreto Presidenziale in data 16 luglio 2012, elevava conflitto, ai sensi degli artt. 37 e seguenti della legge 11 marzo 1953, n. 87, per violazione degli articoli 90 e 3 della Costituzione e delle disposizioni di legge ordinaria che ne costituiscono attuazione (art. 7 della legge 5 giugno 1989, n. 219, anche con riferimento all'art. 271 del codice di procedura penale).

Nel ricorso i fatti erano, come di seguito, riepilogati.

Con nota in data 27 giugno 2012 prot. n. 069/s.p., l'Avvocato Generale dello Stato chiedeva al Dottor Francesco Messineo, Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, avendone ricevuto espresso mandato dal Segretario Generale della Presidenza della Repubblica, "una conferma o una smentita" di quanto risultava nell'intervista effettuata dalla giornalista Alessandra Ziniti al P.M. Antonino Di Matteo e pubblicata sul quotidiano "La Repubblica" del 22 giugno 2012 (doc. 2 del fascicolo di parte), dalla cui risposta emergeva che sarebbero state intercettate conversazioni telefoniche del Presidente della Repubblica allo stato considerate irrilevanti, ma che la Procura di Palermo si sarebbe riservata di utilizzare (doc. 3 del fascicolo di parte).

Con nota in data 6 luglio 2012, il Procuratore Messineo allegando la missiva in data 5 luglio 2012 (doc. 5 del fascicolo di parte) con la quale il Dott. Di Matteo rappresentava che le affermazioni, pronunciate nel corso di un'intervista telefonica con la giornalista Ziniti, erano conseguenza di una domanda di quest'ultima assolutamente generica sulla sorte processuale del compendio delle intercettazioni effettuate nell'ambito di indagini, limitandosi "*all'ovvio richiamo alla corretta applicazione della normativa in tema di utilizzo degli esiti delle attività di intercettazione telefonica*", comunicava che la Procura di Palermo, "*avendo già valutato come irrilevante ai fini del procedimento qualsivoglia eventuale comunicazione telefonica in atti diretta al Capo della Stato, non ne prevede alcuna utilizzazione investigativa o proces-*



*suale, ma esclusivamente la distruzione da effettuare con l'osservanza delle formalità di legge"* (doc. 4 del fascicolo di parte).

Con nota diffusa il 9 luglio 2012 (doc. 6 del fascicolo di parte) e con lettera pubblicata sul quotidiano "La Repubblica" in data 11 luglio 2012 (doc. 7 del fascicolo di parte), il Procuratore Messineo ulteriormente affermava che *"nell'ordinamento attuale nessuna norma prescrive o anche soltanto autorizza l'immediata cessazione dell'ascolto e della registrazione, quando, nel corso di una intercettazione telefonica legittimamente autorizzata, venga casualmente ascoltata una conversazione fra il soggetto sottoposto ad intercettazione ed altra persona nei cui confronti non poteva essere disposta alcuna intercettazione"*.

Aggiungeva, inoltre, che *"in tali casi, alla successiva distruzione della conversazione legittimamente ascoltata e registrata si procede esclusivamente, previa valutazione della irrilevanza della conversazione stessa ai fini del procedimento e con la autorizzazione del Giudice per le indagini preliminari, sentite le parti. Ciò è quanto prevedono le più elementari norme dell'ordinamento ..."*.

Il Presidente della Repubblica non riteneva di poter condividere la tesi del Procuratore della Repubblica, in quanto, a norma dell'art. 90 della Costituzione e dell'art. 7 della legge 5 giugno 1989, n. 219, salvi i casi di alto tradimento o attentato alla Costituzione e secondo il regime previsto dalle norme che disciplinano il procedimento d'accusa, le intercettazioni delle conversazioni cui partecipa il Presidente della Repubblica, ancorché indirette e occasionali, sono, invece, da considerarsi assolutamente vietate e non possono, quindi, essere in alcun modo valutate, utilizzate e trascritte e di esse il Pubblico Ministero deve impedire ingresso negli atti del procedimento e, comunque, senza alcun contraddittorio immediatamente chiederne al giudice la distruzione.

Comportavano, quindi, lesione delle prerogative costituzionali del Presidente della Repubblica, quantomeno sotto il profilo della loro menomazione, l'avvenuta valutazione sulla rilevanza delle intercettazioni ai fini della loro eventuale utilizzazione (investigativa o processuale), la permanenza delle intercettazioni agli atti del procedimento e l'intento di attivare una procedura camerale che - anche a ragione della instaurazione di un contraddittorio sul punto - aggravava gli effetti lesivi delle precedenti condotte, essendo elevato il rischio della diffusione del contenuto delle intercettazioni vietate.

Il Presidente della Repubblica rivendicava, con il ricorso, con riguardo all'attività istruttoria di intercettazione svolta dalla Procura di Palermo, l'integrità delle proprie prerogative costituzionali previste dall'art. 90 della Costituzione secondo cui *"il Presidente della Repubblica non è responsabile degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, tranne che per alto tradimento o per attentato alla Costituzione. In tali casi è messo in stato di accusa dal Parlamento in seduta comune, a maggioranza assoluta dei suoi membri"*.

In coerenza con le prerogative previste dal citato art. 90 della Costituzione, l'art. 7, comma 3, della legge 5 giugno 1989, n. 219 citata, contempla il divieto assoluto di intercettazione anche occasionale e di altri mezzi di acquisizione della prova invasivi, stabilendo che, nei confronti del Presidente della Repubblica, non possono essere adottati i provvedimenti indicati nel comma precedente (tra i quali quelli in materia di *"intercettazioni telefoniche o di altre forme di comunicazioni"*) se non dopo che la Corte Costituzionale ne abbia disposto la sospensione dalla carica.

**1.2.** Il conflitto in esame ha, dunque, per oggetto essenzialmente la corretta interpretazione dell'art. 90 della Costituzione ed anche della disposizione dell'art. 7, comma 3, della legge n. 219/1989 citata, di diretta attuazione ed integrazione della norma costituzionale predetta.

La controversia si incentra, infatti, proprio sull'ambito di estensione dell'immunità, che, a proposito del regime delle intercettazioni, le norme citate riservano al Presidente della Repubblica.

Nel ricorso si sottolineava, infatti, che l'intercettazione, l'ascolto, la valutazione, la utilizzazione o la distruzione con la procedura prevista dall'art. 268 c.p.p. avrebbero finito per ledere le prerogative contemplate dall'art. 90 della Costituzione con riferimento all'insieme delle modalità attraverso le quali il Presidente della Repubblica esercita le delicate funzioni attribuitegli dalla Costituzione, comprese quelle propedeutiche e preparatorie.

**1.3.** Con Decreto in data 19 settembre 2012, vista l'istanza di sollecita trattazione, formulata dalla Parte ricorrente, in ragione della delicatezza e rilevanza delle questioni sottoposte all'esame della Corte Costituzionale, il Presidente disponeva la riduzione alla metà di tutti i termini del procedimento.

**1.4.** Con ordinanza n. 218/12 in data 19 settembre 2012, depositata in data 20 settembre 2012, la Corte Costituzionale dichiarava ammissibile il proposto conflitto, ritenendo, in particolare, sussistente, *“per quanto attiene all'aspetto soggettivo, la natura di potere dello Stato e la conseguente legittimazione del Presidente della Repubblica ad avvalersi dello strumento del conflitto a tutela delle proprie attribuzioni costituzionali”*; e che *“sotto il profilo oggettivo, il ricorso è proposto a salvaguardia di prerogative del Presidente della Repubblica che sono prospettate come garanzia insita nell'immunità prevista dall'art. 90 Cost. e nelle disposizioni di legge ordinaria ad essa collegate, a fronte di lesioni in assunto realizzate o prefigurate dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo nello svolgimento dei propri compiti”*.

**1.5.** Con ordinanza istruttoria in data 19 settembre 2012, depositata in data 20 settembre 2012, la Corte Costituzionale disponeva, a carico della Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo, la comunicazione del numero e delle date delle intercettazioni di conversazioni telefoniche alle quali avesse preso parte il Presidente della Repubblica, effettuate nell'ambito del procedimento in questione; e, anche previa eventuale acquisizione presso altri Uffici giudiziari, la trasmissione della copia integrale ed autentica delle richieste e dei provvedimenti di autorizzazione, compresi gli eventuali decreti di proroga, delle intercettazioni telefoniche eseguite nell'ambito del procedimento in cui sono state captate le conversazioni alle quali abbia preso parte il Presidente della Repubblica, nonché dei relativi verbali e delle eventuali relazioni di polizia giudiziaria, con esclusione delle parti relative al contenuto delle conversazioni alle quali abbia partecipato il Presidente della Repubblica; copia integrale ed autentica degli eventuali provvedimenti di separazione adottati nell'ambito del procedimento sopra indicato; disponendo specificamente che gli atti in questione siano trasmessi, ricevuti e conservati, presso la cancelleria della Corte, *“con modalità idonee a garantirne la segretezza”*.

### **2.1. La memoria di costituzione della Procura di Palermo**

Con memoria depositata in data 12 ottobre 2012, si costituiva la Procura della Repubblica di Palermo nella persona del Procuratore della Repubblica, dott. Francesco Messineo.

Nella memoria erano, innanzitutto, riepilogate analiticamente (pagg. 3-4 della memoria), anche con riferimento al numero dell'utenza, alla data, all'ora e alla durata, le quattro conversazioni telefoniche, *“tra le 9295 complessivamente registrate sulle utenze del Sen. Nicola Mancino, lungo un arco di tempo dal 7 novembre 2011 al 26 gennaio 2012 ... e dal 21 dicembre 2011 al 9 maggio 2012, che hanno riguardato le sue interlocuzioni con il Presidente della*

*Repubblica Napolitano*” (1).

**2.2.** In estrema sintesi, i profili della memoria di costituzione della Procura di Palermo possono essere così riepilogati.

Innanzitutto, la memoria richiama le modalità tecniche delle intercettazioni, per dimostrare l’oggettiva impossibilità di escludere la prosecuzione della registrazione, nel corso di intercettazione indiretta e/o casuale del Presidente della Repubblica; l’effetto di tale (assunto) automatismo sarebbe stato quello di escluderne la lesività, enfatizzandone, pertanto, il profilo tecnico-esecutivo (pp. 6 e 7 della memoria) (2).

**2.2.3.** Nella memoria si eccepeva, poi, l’inammissibilità del ricorso per impossibilità giuridica del *petitum*, la violazione del principio di tipicità dei provvedimenti del P.M. (art. 101, comma 2, Cost.) e l’inammissibilità per contraddittorietà del *petitum* con le ragioni che lo sostenevano.

**2.2.4.** Si affermava, quindi, l’inapplicabilità al caso di specie dell’art. 271 c.p.p. come prospettata nel ricorso con il quale era stato sollevato il conflitto di attribuzione.

L’art. 7 della legge n. 219/89 citata, si sostiene, contiene il divieto espresso per le sole intercettazioni dirette, estensibili al più (sentenza n. 390/07 della Corte Costituzionale) alle intercettazioni indirette non casuali e, quindi, le intercettazioni indirette, ma casuali, non sarebbero affatto riconducibili all’art. 271, commi 1 e 2, c.p.p., anche in base al principio di tassatività delle invalidità processuali.

**2.2.5.** Tutte le argomentazioni relative all’inammissibilità sono incentrate essenzialmente sull’assunto della impossibilità giuridica per il P.M. di disporre la distruzione delle intercettazioni della Procura di Palermo che può essere sintetizzato nell’affermazione (p. 11 della memoria) secondo cui, *“pur nella differenza intercorrente tra l’art. 269, comma 2, e l’art. 271, comma 3, c.p.p. in nessuno dei due casi è possibile procedere all’immediata distruzione della documentazione delle intercettazioni prescindendo dal ricorso al giudice e dalle garanzie del contraddittorio”*, richiamando in argomento la sentenza della Corte Costituzionale n. 463/1994.

**2.2.6.** Analogamente, nel merito, si contestava il fondamento normativo del ricorso e della

---

(1) La memoria di costituzione della Procura di Palermo conteneva, fra l’altro, l’indicazione del numero e delle date delle intercettazioni di conversazioni alle quali aveva preso parte il Presidente della Repubblica, per le quali, come si è detto, la Corte aveva specificamente disposto che fossero trasmesse, ricevute e conservate *“con modalità idonee a garantirne la segretezza”*; la memoria era, invece, diffusa integralmente sul web il giorno stesso del deposito presso la Cancelleria della Corte e, in una prima versione rimasta in rete per alcune ore facilmente consultabile, erano anche perfettamente leggibili sia i numeri delle utenze intercettate, che riguardavano le interlocuzioni con il Presidente della Repubblica, sia il numero e la durata delle conversazioni telefoniche intercettate.

La Corte Costituzionale, quindi, diramava, in data 12 ottobre 2012, un comunicato stampa per specificare che *“le indiscrezioni sul numero delle intercettazioni telefoniche concernenti il Capo dello Stato, le relative date e la loro esatta durata non provengono da ambienti della Corte Costituzionale la quale ha provveduto a conservare tutti gli atti del procedimento con il massimo riserbo. Peraltro, qualche organo di stampa ha dimostrato di essere a conoscenza di tali elementi che sono contenuti nella memoria della costituzione in giudizio della Procura della Repubblica di Palermo”*.

(2) Se vi sono stati altri due casi in cui le conversazioni (p. 6 memoria di costituzione della Procura di Palermo) del Presidente della Repubblica sono state indirettamente captate e non è stato sollevato il conflitto di attribuzione, ciò è dovuto dalla circostanza che la Procura della Repubblica territorialmente competente non ha rilasciato in quell’occasione né interviste, né dichiarazioni in merito alla (ir)rilevanza di esse o all’inutilizzabilità successiva (come espressamente chiarito dal Presidente della Repubblica in occasione dell’inaugurazione dei corsi di formazione per i Magistrati Ordinari in Tirocinio avvenuta il 15 ottobre 2012 a Scandicci).

sua *causa petendi*; si affermava anche l'insussistenza in fatto delle lesioni alle prerogative del Presidente della Repubblica e, comunque, l'infondatezza del ricorso, sia alla luce di considerazioni generali sulla portata della richiamata normativa costituzionale; sia con riferimento a considerazioni di carattere ordinamentale; sia con richiamo alla giurisprudenza costituzionale, soffermandosi anche su specifici profili del ricorso e su singoli passaggi di esso.

**2.3.** In conclusione, dopo aver delineato alcune conseguenze (negative per l'attività dei magistrati) che potrebbero derivare dall'accoglimento del ricorso, si chiedeva la declaratoria:

- **in rito** dell'inammissibilità del ricorso: *a) in quanto con esso si chiede a codesta ecc.ma Corte di ordinare al P.M. un facere - e cioè «l'immediata distruzione delle intercettazioni telefoniche casuali del Presidente della Repubblica» - che non rientra nei poteri processuali del P.M. né ai sensi dell'art. 269 comma 2 né ai sensi dell'art. 271 comma 3 c.p.p.; b) per contraddittorietà di esso derivante dal contrasto per petitum con la motivazione;*

- in subordine, *se ne chiedeva il rigetto nel merito per l'infondatezza alla luce di tutte le ragioni sopra illustrate;*

- dichiarando, a tal fine, che *«non spetta alla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo provvedere all'immediata distruzione delle intercettazioni telefoniche casuali del Presidente della Repubblica, mancando una norma che attribuisce al pubblico ministero un siffatto potere».*

### **3. Le ragioni del conflitto**

Al fine di valutare nei suoi esatti termini e nella sua effettiva portata l'oggetto del contenzioso che è stato sottoposto all'esame della Corte occorre ribadire - come espressamente sancito con cristallina chiarezza dallo stesso Decreto Presidenziale in data 16 luglio 2012 - che il conflitto di attribuzione è stato elevato perché *“è dovere del Presidente della Repubblica di evitare si pongano, nel suo silenzio o nella inammissibile sua ignoranza dell'occorso, precedenti, grazie ai quali accada o sembri accadere che egli non trasmetta al suo successore immuni da qualsiasi incrinatura le facoltà che la Costituzione gli attribuisce (Luigi Einaudi)”*. Come lo stesso Presidente della Repubblica ha recentemente ribadito, il conflitto di attribuzione è stata una decisione obbligata per chi abbia giurato dinanzi al Parlamento di osservare lealmente la Costituzione e avverte la necessità di una chiara puntualizzazione, nella sede appropriata, delle norme poste a tutela del libero svolgimento delle funzioni del Presidente della Repubblica.

Non si è voluto, perciò, tutelare la singola persona che attualmente ricopre la carica di Presidente della Repubblica, ma l'Istituzione e le sue prerogative, tra le quali vi è certamente quella di poter contare sulla totale riservatezza delle proprie conversazioni, anche telefoniche, perché altrimenti verrebbe compromessa la piena libertà di esercizio dell'insieme delle modalità attraverso le quali il Capo dello Stato esercita le sue funzioni.

Lo scopo del proposto conflitto è, pertanto, quello di ristabilire l'equilibrio nel rapporto tra l'area delle prerogative riconosciute al Presidente della Repubblica e i poteri di accertamento riservati alla magistratura nel nome della legalità costituzionale e del principio della libertà e della riservatezza dell'esercizio delle funzioni presidenziali, attraverso l'affermazione di regole certe da parte di un Giudice (la Corte Costituzionale), chiamato, appunto, a pronunciarsi sui modi di applicazione delle leggi.

Come è stato osservato (3), infatti, *“si chiama conflitto ma il suo fine è l'equilibrio. L'equilibrio fra i poteri dello Stato: la bilancia ove sono misurati pesi e contrappesi nella vita pubblica, la forza del potere e le garanzie dei cittadini”*.

La caratteristica immanente di questo equilibrio è che “*non è mai fissato una volta per sempre*” per la mutevolezza stessa del più generale contesto nel quale devono essere esercitati compiti opportunamente definiti con la necessaria elasticità, in rapporto alle finalità, prima ancora che allo specifico contenuto di determinati atti e che, quindi, “ogni volta, pazientemente, si deve ricreare”; ma l’equilibrio è anche “*l’essenza di ogni costituzione degna di questo nome*”.

Si tratta, cioè, di un conflitto sollevato per affermare un principio, una regola, di valenza costituzionale che disciplina su un piano generale rapporti tra poteri; conflitto affidato ad una sede – la Corte Costituzionale – per sua natura chiamata a risolvere contrasti nell’interpretazione delle norme e non già ad arbitrare conflitti soltanto politici.

Per questi motivi l’utilizzo dello strumento rappresentato dal conflitto fra poteri dello Stato è letto in chiave positiva dalla dottrina che ne sottolinea la funzione di “*ribadire che vi è una tipicità indisponibile dei ruoli, che richiede di essere salvaguardata anche per l’avvenire*” (4).

La proposizione del conflitto appare, dunque, come lo strumento più lineare e come il rimedio fisiologico per chiarire definitivamente l’esatta latitudine delle prerogative costituzionali riconosciute al Presidente della Repubblica nel rispetto, appunto, dei principi e delle regole fissate dalla Costituzione a presidio e tutela delle Istituzioni (5) e dell’equilibrio tra i poteri.

Come si illustrerà diffusamente infra (in particolare al paragrafo 6), lo scopo del proposto conflitto è l’affermazione del principio della libertà delle comunicazioni del Presidente della Repubblica come connotato essenziale dell’esercizio delle sue attività; principio che è strettamente correlato, perchè legato da un nesso di consequenzialità, con l’altro principio della assoluta riservatezza di tali comunicazioni.

#### **4. Infondatezza dell’eccezione di inammissibilità del ricorso**

In ordine all’eccezione in rito di inammissibilità del ricorso per impossibilità giuridica del *petitum* e per violazione del principio di tipicità dei provvedimenti del Pubblico Ministero di cui all’art. 101, comma 2, Cost., va rilevato che essa è infondata.

Il ricorso, infatti, nel suo complesso è chiarissimo nel richiamare, quale motivo di proposizione del conflitto, il decreto del Capo dello Stato in data 16 luglio 2012, citato proprio nell’epigrafe

(3) Andrea Manzella, *Conflitto di poteri l’equilibrio smarrito*, *La Repubblica*, 18 luglio 2012; Michele Ainis, *La Procura, il Quirinale e le regole violate*, *L’Espresso*, 19 luglio 2012, che sottolinea come le procedure “servano a garantire l’equilibrio fra i poteri dello Stato”.

(4) Antonio Ruggeri, *Evoluzione del sistema politico-istituzionale e ruolo del Presidente della Repubblica; notazioni introduttive in A. Ruggeri (a cura di). Atti di un incontro di studio (Messina-Siracusa, 19 e 20 novembre 2010)*.

(5) Stefano Ceccanti, *Il conflitto di attribuzione più rilevante di quanto appare*, *L’Unità* del 15 luglio 2012, afferma che “*il conflitto di attribuzione è lo strumento più lineare e fisiologico*”; anche Beniamino Caravita di Toritto, *Intercettazioni, decida la Consulta*, *Il Tempo* del 19 agosto 2012, sostiene che il conflitto di attribuzione è lo strumento più idoneo per “*giuridicizzare conflitti istituzionali altrimenti destinati a rimanere terreno di scontro politico*”, ribadendo, quindi, la correttezza politico-costituzionale dello strumento stesso; sottolinea l’essenza democratica del conflitto Michele Ainis, *Le prerogative del garante della legge*, *Corriere della Sera*, 17 luglio 2012. Un riepilogo esaustivo degli interventi sulla stampa si trova nell’articolo di Elisa Tira, *Il conflitto di attribuzione tra il Presidente della Repubblica e la Procura di Palermo in materia di intercettazioni indirette o casuali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2012, in particolare il paragrafo 1.

Sottolinea il ruolo di primo piano dei giornali nell’intera vicenda Anna Pirozzoli, *L’immunità del Presidente della Repubblica davanti alla Corte Costituzionale: i dubbi della vigilia*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, Rassegna n. 9/2012, pagg. 1 – 2.

dell'atto e ad esso allegato. Tale decreto, infatti, che fa corpo con il ricorso, nel primo "Ritenuto" chiaramente lamenta il fatto che il pubblico ministero non abbia immediatamente richiesto al giudice la distruzione delle intercettazioni di conversazioni alle quali abbia partecipato il Presidente della Repubblica, ancorché indirette od occasionali, non chiedendo, quindi, al Pubblico Ministero di procedere in via diretta, come erroneamente sostenuto dalla Procura di Palermo. Inoltre, nella motivazione del ricorso (in particolare, alle pagine 12-13) sono chiarite le norme applicabili alle intercettazioni che abbiano attinto il Capo dello Stato e in particolare è espressamente riportato l'art. 271 c.p.p., secondo cui, a fronte di intercettazioni eseguite fuori dei casi previsti dalla legge "*il giudice dispone che la documentazione sia distrutta*" (v. pag. 12, primo periodo del punto 2.3.).

Nell'impostazione seguita nel ricorso del Presidente della Repubblica si tratta solo dell'applicabilità dell'art. 271 c.p.p. che, ovviamente, come chiarito dal comma 3, non può non passare attraverso un provvedimento del giudice. L'espressione riportata nelle conclusioni del citato ricorso, laddove si chiede alla Corte costituzionale di dichiarare che non spetta alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo omettere l'immediata distruzione delle comunicazioni telefoniche del Presidente della Repubblica intercettate indirettamente, non può quindi non essere interpretata nel senso che non spetta alla Procura della Repubblica omettere quanto in suo potere ex art. 101, comma 2, Cost. e art. 271, comma 3, c.p.p. per ottenere dal giudice l'immediata distruzione di tale materiale probatorio, acquisito fuori dai casi consentiti dalla legge. Non sussiste quindi alcuna inammissibilità del conflitto di attribuzione né è stato mai richiesto al pubblico ministero di disporre l'immediata distruzione senza un vaglio giurisdizionale, essendo l'omissione di tale richiesta la ragione dell'odierno conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato.

Non sussiste, pertanto, neppure la contraddittorietà del *petitum* con le ragioni che lo sostengono, poiché il *petitum* è solo formulato in modo sintetico e va interpretato alla luce dei poteri che la Costituzione riconosce al Pubblico Ministero ex art. 101, comma 2, Cost. e art. 112 Cost., i quali sono concretizzati nella specifica previsione dell'art. 271 c.p.p., sopra richiamato, norma che si deve intendere posta a presidio dei valori costituzionali tutelati dall'art. 90 Cost. e dall'art. 7 della legge 5 giugno 1989, n. 219.

## **5. Il quadro normativo di riferimento**

5.1. Come sostenuto nel ricorso, l'art. 7, comma 3, della legge n. 219/1989, significativamente intitolata "*Nuove norme in tema di reati ministeriali e di reati previsti dall'articolo 90 della Costituzione*", in coerenza, appunto, con l'art. 90 Cost., stabilisce il divieto assoluto di intercettazione telefoniche o di altre forme di comunicazione, ovvero di altri mezzi invasivi di acquisizione della prova (perquisizioni personali o domiciliari) nei confronti del Presidente della Repubblica, salvo il caso in cui la Corte Costituzionale ne abbia già disposto la sospensione dalla carica.

In questa prospettiva la norma citata assume fondamentale importanza nella parte in cui dispone l'impossibilità di intercettare il Presidente della Repubblica, anche se posto in stato di accusa, fino a quando resta in carica.

Dall'inequivoco tenore della norma, emanata - si ribadisce - in dichiarata attuazione dell'art. 90 Cost., discende che disporre e/o svolgere atti di indagine invasivi e lesivi della libertà di comunicazione del Presidente della Repubblica costituisce inevitabilmente una lesione delle funzioni e delle attività proprie del Presidente. Anche se la disposizione in questione non contempla espressamente le intercettazioni c.d. *indirette e/o casuali*, il divieto discende dall'ampia previ-

sione normativa (“*intercettazioni telefoniche*”) e dalla univoca interpretazione della norma che ne offre la maggior parte della dottrina, che, pertanto, prevede l’impossibilità in modo assoluto di effettuare intercettazioni di conversazioni del Presidente della Repubblica in carica.

L’art. 90 Cost., con l’esclusione della responsabilità del Presidente della Repubblica per gli atti funzionali (tranne che per alto tradimento e attentato alla Costituzione), ha quale *ratio* la tutela della piena libertà del Presidente della Repubblica nello svolgimento delle proprie funzioni di garanzia del corretto funzionamento del sistema istituzionale al fine di assicurare la costante salvaguardia dell’interesse nazionale. Come osservato, si tratta di funzioni connotate da notevole discrezionalità in ragione delle necessità e della evoluzione del quadro politico e istituzionale. Come precisato nel ricorso, il delineato regime di garanzie discende dalla circostanza che la Costituzione assegna al Presidente della Repubblica «*una immunità sostanziale e permanente imputata all’organo costituzionale e posta a protezione della persona fisica che ne è titolare*». Con la conseguenza che «*ciò comporta l’assoluta riservatezza di tutte le attività del Presidente della Repubblica che sono propedeutiche e preparatorie rispetto al compimento degli atti tipici e pubblici attraverso i quali esercita formalmente i propri poteri*».

Dal divieto di disporre e di utilizzare le intercettazioni, divieto configurabile come diretta conseguenza della immunità presidenziale, costituzionalmente prevista, deriva che le suddette intercettazioni sono illegittime se non nulle e, perciò, occorre provvedere alla distruzione immediata dei contenuti delle captazioni, effettuate dalla Procura, ai sensi dell’art. 271 c.p.p., individuata come norma di chiusura del sistema.

Come già ricordato, l’unico precedente sostanzialmente analogo al caso in oggetto è quello del 1997 dell’intercettazione telefonica *indiretta* dell’allora Presidente della Repubblica Oscar Luigi Scalfaro (ascoltato in una conversazione con l’amministratore delegato della Banca Popolare di Novara). In quella occasione, rispondendo a numerose interpellanze parlamentari in merito, venne offerta una ricostruzione della questione dal Ministro di Grazia e Giustizia dell’epoca, il quale, sottolineando la necessità di tutelare le conversazioni private del Presidente della Repubblica, affermò il «*divieto (...) di trascrizione e di deposito della registrazione relativa*». Ciò anche perché la «*tutela della riservatezza*» del terzo nelle intercettazioni trova per il Presidente della Repubblica «*un’esigenza di rafforzamento (...) essendo la libertà di comunicazione e di corrispondenza un connotato essenziale dell’esercizio delle funzioni del Presidente della Repubblica*».

A sostegno di tale tesi il Ministro aggiungeva due ulteriori considerazioni. In primo luogo, che «*non può essere rimessa al sindacato successivo dell’autorità giudiziaria (...), la distinzione tra atti riconducibili all’esercizio delle funzioni e atti estranei a tale esercizio*», poiché tale procedura «*comporterebbe anzitutto una valutazione (...) sugli atti riferibili al profilo funzionale dell’attività del Presidente della Repubblica*». In secondo luogo, che l’inviolabilità delle comunicazioni del Presidente della Repubblica era da ricavarsi dall’art. 7 della legge n. 219/1989 citata, poiché «*se è previsto che per i reati di attentato alla Costituzione ed alto tradimento l’intercettazione possa essere disposta solo dopo la sospensione dalla carica, a maggior ragione deve prefigurarsi una tutela piena in rapporto ad ipotesi di reati comuni e, a fortiori, rispetto a qualsiasi fatto penalmente irrilevante*».

Pertanto, non si può parlare di esenzione dalla giurisdizione, come si adombra nella memoria della Procura di Palermo, ma di prerogativa del Presidente della Repubblica costituzionalmente prevista, connaturata all’esercizio delle sue funzioni.

**5.2.** Come illustrato nel ricorso, la impossibilità di distinguere tra le diverse modalità di esercizio delle funzioni presidenziali, sia che le stesse si traducano nel compimento di atti tipici

o in attività meramente propedeutiche e preparatorie, comporta la necessità che siano vietate le intercettazioni *indirette o casuali* delle conversazioni del Presidente della Repubblica.

La dottrina, come si è accennato, ha sottolineato l'impossibilità di delineare in termini rigidi i compiti propri del Presidente della Repubblica, delineando la Costituzione ruolo e funzioni prima ancora che competenze al compimento di specifici atti (6).

Determinante è dunque il fine complessivo di garantire la salvaguardia dei superiori interessi nazionali e il corretto funzionamento delle Istituzioni (7).

Ne consegue l'impossibilità di definire in modo esaustivo tutte le attività che in concreto il Presidente della Repubblica dovrà e potrà svolgere nell'ambito del suo ruolo istituzionale.

La norma di cui all'art. 90 Cost. è ispirata all'intento di consentire al Presidente della Repubblica di interpretare il suo ruolo con elasticità e di *"orientare il suo operato, in ragione delle mutevoli ed imprevedibili necessità politico-istituzionali"*.

Una *"delimitazione della irresponsabilità ai soli atti tipici di esercizio delle funzioni presidenziali, non consentirebbe al Presidente della Repubblica di intervenire con efficacia nelle forme e nei modi ritenuti, di volta in volta, opportuni"*, proprio in ragione della cura dei supremi interessi nazionali, attribuiti al Presidente della Repubblica e *"la responsabilità presidenziale – a causa della particolarità o, forse meglio dell'unicità di tale carica nel nostro assetto costituzionale – non può rimanere imbrigliata nei limiti di precetti eccessivamente circoscritti e predefiniti, poiché in tale eventualità, risulterebbe depotenziato il ruolo di garanzia di tale Ufficio (8)"*.

L'irresponsabilità contemplata dall'art. 90 Cost. ha una valenza funzionale: l'immunità costituisce, quindi, *"... una sorta di scudo a difesa dalle interferenze che possano condizionare – anche indirettamente – il sereno svolgimento delle funzioni presidenziali"*. Anche con riferimento alle interlocuzioni, *"che rispetto alle attività formalmente esterne e poste in essere si pongano come elementi prodromici e preparatori"* (9).

---

(6) Emerge, quindi, nel complesso una definizione della figura istituzionale *"con chiare affinità con la tradizionale teoria del "potere neutro" in cui al Presidente viene riconosciuto, oltre al ruolo di unità nazionale, la funzione di garanzia costituzionale che si evidenzerebbe in momenti di crisi... anche semplicemente in casi di "fiacco funzionamento" del sistema"* Angioletta Sperti, *"La Responsabilità del Presidente della Repubblica, Evoluzione e recenti interpretazioni"*, Giappichelli, 2012, pagg. 27-35, pag. 31.

Claudio Martinelli, *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato*, Giuffrè, 2008, pag. 174 *"La sua natura di organo di garanzia, potere neutro, rappresentante dell'Unità nazionale, estraneo all'elaborazione dell'indirizzo politico, non può non avere conseguenze anche sul piano dello statuto della responsabilità"*.

(7) Francesco Paterniti, *Riflessioni sulla (im) possibilità di svolgere intercettazioni "indirette" nei confronti del Presidente della Repubblica. Il caso del conflitto di attribuzione contro la Procura di Palermo*, *Federalismi*, n. 21/2012, pagg. 15-16 in particolare.

C. Martinelli, *op. cit.*, p. 185 *"Il complesso delle funzioni presidenziali sintetizzabile con l'incarnazione della rappresentanza nazionale, mette il Presidente nella condizione di dover compiere un complesso eterogeneo di atti, non ricollegabile né ad unico luogo né ad unico fine, come appunto l'articolo 90 della Costituzione mette in mostra, menzionando il generico termine di atti"*.

(8) F. Paterniti, *ivi*, pagg. 16-17.

(9) La dottrina si è dimostrata di recente sempre più attenta alla peculiarità della posizione del Presidente della Repubblica rispetto agli altri organi costituzionali, sottolineando come per il Presidente *"... in quanto organo monocratico, maggiore sia il rischio che eventuali iniziative giudiziarie riguardanti la persona ... possano incidere direttamente sull'esercizio delle sue delicatissime attribuzioni costituzionali"*, Tommaso Francesco Giupponi, *Immunità presidenziale e "nesso" funzionale in un anomalo con-*



La previsione di cui all'art. 90 Cost. è, dunque, una prerogativa, da intendere nel senso di un particolare regime giuridico giustificato dal *munus publicum* ricoperto (v., ampiamente, la sentenza della Corte Cost. n. 262/2009).

Le intercettazioni delle conversazioni del Presidente della Repubblica, pur se indirette e fortuite, sono dunque illegittime, perché effettuate in violazione della prerogativa di cui all'art. 90 Cost. Ancora di più se, come nel caso in questione, le conversazioni del Presidente della Repubblica siano state valutate come un contatto assolutamente lecito e, presumibilmente, preparatorio rispetto al successivo intervento con il quale il Quirinale, avendo riguardo all'esercizio dei poteri attribuiti dalla legge alla Procura nazionale antimafia e alle Procure Generali delle Corti di Appello, ha prospettato la necessità di salvaguardare esigenze di coordinamento rispetto alle diverse iniziative in corso presso varie Procure.

In tal modo, infatti, come ribadito dallo stesso Presidente della Repubblica, è stato esercitato quel doveroso compito che la Costituzione gli assegna - anche nella qualità di Presidente del Consiglio Superiore della Magistratura - al fine di garantire la correttezza e l'efficacia dell'azione della magistratura. Tale attività presidenziale, infatti, risultando ampiamente riconducibile a quelle "prestazioni di unità" che, oltrepassando le singole attribuzioni separatamente considerate, l'art. 87, comma 1, Cost. impone al Presidente della Repubblica, appare perfettamente in linea con le funzioni attive di controllo, di iniziativa e di stimolo nei confronti di altri poteri dello Stato, per assicurare il corretto funzionamento del sistema costituzionale.

In definitiva, quindi, dalla mancanza di segretezza deriva una menomazione non solo delle attribuzioni del Presidente della Repubblica, ma, ancor più, dei supremi interessi nazionali affidati alla sua cura.

L'immunità riconosciuta al Presidente della Repubblica dalla Costituzione non è legata ad antichi privilegi ormai obsoleti, ma è diretta ad assicurargli la libertà di azione, la libertà di comunicazione e la riservatezza connesse allo svolgimento delle sue funzioni.

La soluzione della questione non può che avvenire, quindi, a livello costituzionale e certamente i limiti di applicazione della norma costituzionale non possono essere dettati da una norma ordinaria, come il codice di procedura penale (10).

Nello Stato democratico-costituzionale, in correlazione con l'affermazione del principio dell'indipendenza della magistratura, *"le immunità assumono la valenza di garanzia della funzione esercitata nei confronti di qualsiasi condizionamento esterno o di intenti persecutori da parte di singoli magistrati. Esse si caratterizzano non più come privilegi, accordati intuitu personae e strettamente correlati all'attributo della sovranità. Per gli organi rappresentativi posti al vertice dello Stato le immunità si configurano come prerogative che da un lato tutelano non le persone dei titolari ma l'esercizio della funzione svolta e dall'altro derogano al diritto comune"* (11).

---

*flitto*, Torino, 2003, pag. 194-195, citato da A. Sperti, *op. cit.*, pag. 112; come pure M. Cavino, *L'irresponsabilità del Capo dello Stato*, Giuffrè, 2008, pag. 42 e ss., sulla "garanzia della serenità della sua azione politica", sottolineando l'importanza di predisporre "un sistema particolare di garanzie che mettano il Presidente al riparo dall'uso strumentale di azioni giudiziarie".

(10) Il codice di procedura penale non può costituire la chiave normativa per la soluzione del conflitto che è, appunto, di livello costituzionale (p. 2) e, comunque, non si potrebbe ricorrere a uno strumento di giurisdizione penale in una sfera in cui non c'è giurisdizione (p. 5), Glauco Nori, *Il conflitto - a proposito delle intercettazioni telefoniche, alcune osservazioni preliminari*, Federalismi.it, n. 16/12.

(11) Mauro Volpi, *Le immunità penali della politica*, a cura di G. Fumu e M. Volpi, Il Mulino, 2012, Introduzione, pag. 8, che richiama, anche sulla "duplice caratteristica" delle immunità, la sentenza della

Appare, quindi, curioso e ad effetto – e, comunque, palesemente infondato se non inconferente – il richiamo all’invulnerabilità del Re nell’ordinamento spagnolo, contenuto a pagina 22 della memoria di costituzione della Procura di Palermo (12).

## 6. Il profilo oggettivo del conflitto.

Occorre ricordare che non è stata posta assolutamente in dubbio, neanche nella memoria della Procura di Palermo, l’*irrilevanza* delle intercettazioni che hanno captato le conversazioni del Presidente della Repubblica; come non è assolutamente posto in dubbio che i comportamenti del Presidente della Repubblica e, nello specifico, i contatti (anche) telefonici che lo stesso ha avuto siano inquadrabili nella sfera del lecito, cioè del penalmente irrilevante.

Peraltro, nel caso in esame, non si tratta di individuare la linea di demarcazione tra irresponsabilità funzionale e responsabilità extrafunzionale (per atti privati) del Presidente della Repubblica, che resta perciò affatto estranea all’oggetto del conflitto e alle richieste formulate nel ricorso (pp. 17 e ss. della memoria della Procura di Palermo). Non è necessario, dunque, soffermarsi sulla questione relativa alla possibilità di delineare in termini estensivi ovvero restrittivi i confini della irresponsabilità di cui all’art. 90 Cost. (13)

Corte Cost. n. 262/2009, considerato in diritto n. 7.3.1.

Ugo De Siervo ricostruisce *“una uniforme logica istituzionale sottesa alle varie immunità, consistente nella necessità di mettere i componenti di questi diversi organi di poter espletare in piena libertà le loro funzioni, senza dover neppure temere possibili interventi delle autorità giurisdizionali nelle più o meno ampie aree di immunità loro garantite”*, *La responsabilità penale del Capo dello Stato*, in *Il Presidente della Repubblica*, a cura di Massimo Luciani e Mauro Volpi, Il Mulino, 1997; richiamato da A. Sperti, *op. cit.*, pag. 108, che richiama le due esigenze di tutela dell’indipendenza del Presidente della Repubblica – *“quella nei confronti degli attacchi politici della maggioranza e quella essenzialmente rivolta alla tutela dalle accuse pretestuose...”*, in quanto *“...ugualmente presenti nel fondamento giustificativo dell’immunità presidenziale...”*.

(12) Come è stato osservato dalla dottrina, il diritto comparato presenta in materia, *“un quadro molto variegato e complesso delle immunità”*; sottolineando la *“notevole differenza fra gli ordinamenti anglosassoni e quelli europeo-continentali”*, essendo le immunità disciplinate distinguendo le figure dei Presidenti della Repubblica dai membri del Governo e dai Parlamentari.

In alcuni ordinamenti è prevista l’improcedibilità nel corso del mandato e in alcuni paesi (Grecia, Israele e Portogallo) tale immunità è strettamente correlata al ruolo, attribuito al Capo dello Stato, di rappresentante della Nazione e di garante del rispetto della Costituzione.

Molto ampia, anzi “totale”, la prerogativa prevista dopo la revisione del 2007, in favore del Presidente francese, che ha accentuato la “natura evanescente” della sua responsabilità, assoluta e totale e perpetua, non del tutto riconducibile al suo ruolo c.d. di “Giano bifronte” (Capo dello Stato e vertice politico del potere esecutivo) all’interno di un sistema che solo nel caso di *“cohabitation”* è dualistico. Due sono i presupposti dell’immunità presidenziale, l’irresponsabilità e il suo corollario l’invulnerabilità del Capo dello Stato. M. Volpi, *op. cit.*, pagg. 9 e 11; Jean Gicquel, *op. cit.*, pagg. 101-110; sul sistema spagnolo Francisco Fernando-Segado, che sottolinea come, e soprattutto *“in relazione alle prerogative parlamentari, la materia manca di una legislazione postcostituzionale di attuazione, essendo tuttora una legge già centenaria (dal 1912) a regolare la materia”*, *op. cit.*, pagg. 125-197.

Sulla disciplina vigente in Francia, v. anche Tommaso Giovannetti, *La disciplina della responsabilità penale dei titolari del potere esecutivo in Francia*, *Consulta online*, punti 2.1. – 2.1, 2.2.

(13) Non ha alcun rilievo - *nemmeno come argomentazione a contrario* – l’assunto a tenor del quale il Presidente della Repubblica sarebbe responsabile e, quindi, sottoponibile all’azione della magistratura ordinaria, alla stregua di qualsiasi altro cittadino, per le condotte che, esorbitando dall’esercizio delle sue funzioni, integrino una comune fattispecie criminosa.

In proposito è stato osservato - per quanto rileva in questa sede - che poiché la norma di cui all’art.7 citato *“ha intuitivamente una portata generale (perché se tale norma vale per i reati funzionali, ben più*

La questione oggetto del ricorso è incentrata, infatti, sulla sussistenza, e la conseguente ampiezza, di quell'aspetto della prerogativa che, salvaguardando la riservatezza delle conversazioni del Presidente della Repubblica, permetta di garantire la libera determinazione dell'organo nello svolgimento delle sue funzioni e, più in particolare, di tutte quelle attività preordinate e propedeutiche al perseguimento delle finalità che l'ordinamento assegna al Presidente della Repubblica.

Il proposto ricorso per conflitto di attribuzione mira, pertanto, non solo a tutelare il sereno svolgimento della funzione presidenziale, ma anche e soprattutto a salvaguardare gli interessi ai quali la funzione stessa è preposta. *“Ciò perché la conoscibilità delle conversazioni del Presidente della Repubblica minerebbe la necessaria riservatezza che deve essere garantita a tutte le attività preparatorie rispetto agli atti presidenziali”* (14).

Il punto nodale della questione, quindi, - come rilevato nel ricorso - è costituito dalla relazione che intercorre tra le funzioni presidenziali e le prerogative che le tutelano, nell'ottica della riservatezza necessaria alle stesse attività e perciò posta a loro garanzia.

Come sottolineato dalla dottrina, si tratta di *«...una carica tradizionalmente monocratica, la cui attività ufficiale può quindi essere più facilmente incisa attraverso iniziative giudiziarie che riguardino la persona fisica del titolare e delle sue attività»* (15).

Alla luce di tali considerazioni sistematiche, *“l'acquisizione delle intercettazioni in un'udienza finalizzata alla valutazione della loro rilevanza processuale (art. 268 c.p.p. e ss.), comportando, di fatto, la conoscibilità e la divulgabilità del contenuto delle stesse, produrrebbe di per sé un vulnus nelle prerogative legate alla funzione del Presidente della Repubblica e, conseguentemente, anche per gli interessi (rilevantissimi) che tale funzione è chiamata a garantire. Il Capo dello Stato, infatti, è titolare di funzioni che necessitano certamente di una particolare riservatezza nell'iter della loro preparazione. A tale riguardo, a titolo puramente esemplificativo, basti pensare alle attività inerenti i rapporti diplomatici (art. 87, co. 8, Cost.) ovvero al comando delle forze armate (art. 87, co. 9, Cost.) o, come nel caso in questione, a tutte quelle funzioni che, seppur non tassativamente individuabili, gli derivano indubbiamente, in termini più o meno espliciti, dalla presidenza del CSM (art. 104, co. 2,) o, ancora, dalla rappresentanza dell'unità nazionale (art. 87, co. 1, Cost.)”*.

---

*gravi dal punto di vista istituzionale, essa vale a fortiori per i reati comuni, in quanto con riferimento ad essi non esiste una disposizione analogamente permissiva), ciò significa che anche per i procedimenti penali a carico del Presidente della Repubblica per reati extrafunzionali la magistratura non può acquisire prove mediante intercettazioni telefoniche e perquisizioni, tranne che, per queste ultime, il Presidente abbia dato la sua disponibilità a collaborare.*

*Il che significa che l'azione penale potrebbe essere promossa nei confronti del Presidente della Repubblica in carica solo quando il magistrato sia in possesso di prove inconfutabili - documentali o testimoniali - di reità. Ciò costituisce, sotto il profilo probatorio, un deterrente contro spericolate inchieste penali contro il Presidente della Repubblica”, Alessandro. Pace, Le immunità penali extrafunzionali del Presidente della Repubblica e dei membri del Governo in Italia, Rivista Telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, n. 1/2011, 14.1.2011; Le immunità penali della politica, a cura di Giacomo Fumu e Mauro Volpi, il Mulino, 2012, p. 38.*

Ciò, sottolineando i limiti delle attività di investigazione rende evidente l'infondatezza della tesi seguita nella memoria della Procura di Palermo (p. 50, nota 31), secondo cui l'art. 7, comma 3, si intende riferito alle sole intercettazioni dirette.

(14) F. Paterniti, *op. cit.*, pag. 14.

(15) T.F. Giupponi, *Le immunità della politica. Contributo allo studio delle prerogative costituzionali*, Torino, 2005, pag. 374.

Ne deriva, perciò, ... *“che permettendo di divulgare il contenuto delle attività preparatorie, metterebbe a rischio gli interessi alla cui salvaguardia tali funzioni sono preordinate”* (16). Infondate sono, pertanto, tutte le argomentazioni svolte nella memoria della Procura di Palermo (pagg. 11-18) a proposito della latitudine della prerogativa riconosciuta al Presidente della Repubblica.

Si ribadisce che si tratta della libertà di comunicazione del Presidente della Repubblica che è assoluta per come è configurata dalla legge di attuazione costituzionale n. 219 del 1989 che vieta le intercettazioni del Capo dello Stato in carica.

In conclusione, le intercettazioni captate fortuitamente sono inutilizzabili e vanno immediatamente distrutte, in quanto non consentite dalla legge.

Nel caso di specie, non rileva, poi, nemmeno la distinzione tra atti funzionali e atti extra funzionali (17).

Al riguardo, si precisa, tuttavia, che le conversazioni oggetto dell'odierno conflitto di attribuzione rientrano negli atti funzionali del Presidente della Repubblica, in relazione alla qualità dei soggetti tra i quali sono intercorse ed alla sede nella quale sono state poste in essere (tutte effettuate attraverso il centralino del Quirinale).

In ogni caso proprio perché spesso non è agevole distinguere gli atti funzionali dagli atti extra funzionali, tutte le conversazioni devono essere libere e garantite dai principi costituzionali. In sostanza quando non è possibile distinguere gli atti funzionali da quelli extra funzionali, deve sempre presumersi che le conversazioni siano state poste in essere nell'esercizio delle funzioni istituzionali. Una conferma può essere rinvenuta anche nel fatto che il Presidente svolge la propria vita istituzionale nella sede del Quirinale. La vita del Presidente è scandita principalmente, se non quasi esclusivamente, da impegni istituzionali. Nell'organo monocratico l'istituzione e la persona coincidono per definizione.

Eguale non sono condivisibili anche le argomentazioni sostenute a pagina 27 (in neretto) nella memoria difensiva della Procura di Palermo, laddove si sostiene che *“l'intercettazione*

---

(16) F. Paterniti, *ibidem*.

(17) Il c.d. caso Cossiga, richiamato nella memoria della Procura di Palermo (a pag. 20, in particolare, e pag. 19), cioè, la sentenza n. 154/2004, non si attaglia al caso di specie, avendo ad oggetto un'esternazione volontaria del Presidente e non la tutela della riservatezza delle comunicazioni del Presidente. Inoltre, si tratta di *“una decisione non definitiva e per nulla risolutiva”*, perché il giudice dei conflitti non ha affrontato espressamente e definitivamente la questione della sorte processuale del Capo dello Stato in carica in relazione agli atti extrafunzionali, ma ha solo stabilito gli esatti confini della sua irresponsabilità ex art. 90 Cost. Particolarmente significativo, pertanto, è un passaggio della decisione predetta, *“che viene raramente sottolineato”*, nel quale la Corte afferma *“che non viene qui in considerazione il diverso e discusso problema degli eventuali limiti alla procedibilità di giudizi (in particolare penali) nei confronti della persona fisica del Capo dello Stato durante il mandato, limiti che, se anche sussistessero, non varrebbero, appunto, se non fino alla cessazione della carica. Qui si discute invece dei limiti della responsabilità, che come tali valgono allo stesso modo sia durante il mandato presidenziale, sia, per gli atti compiuti durante il mandato, dopo la sua scadenza”*.

*“Una cosa, infatti, è stabilire una forma di immunità sostanziale, come prevede l'art. 90 Cost., la quale impedisce sul piano sostanziale l'attivazione di qualunque forma di responsabilità (politica e giuridica) in relazione agli atti compiuti dal Presidente della Repubblica nell'esercizio delle sue funzioni; un'altra, invece, stabilire forme di inviolabilità temporanea sul piano processuale a tutela della persona fisica del titolare pro-tempore della carica presidenziale”*, T. F. Giupponi, *“Il Presidente intercettato. Il Conflitto tra Presidenza della Repubblica e Procura di Palermo: problematiche costituzionali in tema di inviolabilità del Capo dello Stato”*, *“Amicus curiae 2012”* pagg. 7-8.

*della conversazione del Presidente della Repubblica che sia occasionale, del tutto involontaria, non evitabile e non prevenibile, non può, in ragioni di tali sue caratteristiche, integrare in sé, alcuna lesione delle prerogative presidenziali quale che sia il contenuto della conversazione”.* L’inaccettabilità della tesi della Procura, oltre a quanto già osservato, emerge con evidenza ove il contenuto di quelle conversazioni abbia ad oggetto delicate questioni di sicurezza o di politica estera o di difesa nazionale, in quanto le sue funzioni sarebbero esposte in modo del tutto casuale e, quindi, irrazionale al pubblico mentre se ne imporrebbe la massima riservatezza proprio al fine di garantirne la massima efficacia.

## **7. La normativa applicabile**

Come già osservato nel ricorso, il legislatore, nel prevedere la possibilità di intercettare il Presidente della Repubblica, all’art. 7, comma 3, della legge n. 219/1989 citata, ha esplicitamente stabilito che, per rendere operativo tale strumento investigativo, lo stesso Presidente della Repubblica debba essere sospeso dalla carica.

In linea con tali considerazioni è anche la già richiamata ricostruzione offerta dal Ministro della Giustizia, nell’analogo caso del 1997. In tale circostanza, infatti, era stato evidenziato che essendo la libertà di comunicazione un connotato essenziale dell’esercizio delle funzioni presidenziali, la correlativa libertà e segretezza delle conversazioni non può essere soggetta ad alcuna menomazione.

La dottrina ha ritenuto di rinvenire un «principio ordinamentale», ricavabile da una ricostruzione sistematica e dalla valutazione congiunta delle norme di cui all’art. 90 Cost. e all’art.7, comma 3, legge n. 219/1989 citata che *“induce a reputare preclusa, fino a quando permane la carica, ogni forma di intercettazione diretta. Naturalmente, discendendo questa garanzia esclusivamente dall’esercizio delle funzioni presidenziali, a identica conclusione si deve pervenire, onde evitare palesi contraddittorietà e soprattutto paradossali illogicità, anche per le ipotesi di intercettazioni casuali”* (18).

Alla luce di tali considerazioni può essere individuata l’esatta portata del primo comma dell’art. 271 c.p.p., il quale prevede che *«i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati qualora le stesse siano state eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge»*.

Il codice di procedura penale, infatti, rende legittimi gli atti di indagine e la loro utilizzazione, non già allorché il dettato normativo ometta di prevedere un divieto di agire, bensì, diversamente, in presenza di una esplicita previsione di legge che consenta una attività di tal genere. A fronte di ciò, invero, non può di certo essere affermato che l’art. 7 della legge n. 219/1989 citata ammetta espressamente tale tipologia di intercettazioni nei confronti del Presidente della Repubblica. Anzi, dopo aver contemplato l’intercettazione c.d. *diretta* quale possibile strumento investigativo, la predetta disposizione stabilisce chiaramente che *“in ogni caso”* il Comitato parlamentare può autorizzare le intercettazioni solo dopo che il Presidente della

---

(18) Marco Petrini, *Intercettazioni senza pace: il conflitto di attribuzioni tra Capo dello Stato e Procura della Repubblica di Palermo*, Archivio penale 2012, n. 3, p. 5 .

Carlotta Conti, *Il volto attuale dell’inutilizzabilità derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. e proc.*, 7/2010, p. 785, la quale precisa che *“in materia di diritti fondamentali è tutto vietato salvo ciò che è espressamente consentito”*, pertanto, *“quando un’acquisizione probatoria incide su diritti fondamentali, essa deve essere disciplinata dal legislatore nei casi e nei modi; in assenza di una simile argomentazione, la prova deve intendersi vietata. L’inutilizzabilità delle prove incostituzionali... si ricava dal silenzio della legge”*.

Repubblica sia stato sospeso dalla carica. *“Da ciò potendosi ricavare che mentre la parte asseritiva della prescrizione è espressamente dedicata alle sole intercettazioni dirette (consentendone, in determinati casi, lo svolgimento e l'utilizzazione), diversamente, i limiti introdotti dalla stessa norma sono applicabili “in ogni caso”, quindi, anche nella diversa ipotesi di intercettazioni indirette”* (19).

### **8. L'inutilizzabilità assoluta delle intercettazioni.**

Come già rilevato nel ricorso, si ribadisce che le intercettazioni che, anche se indirettamente, captino le conversazioni del Presidente della Repubblica in carica, sono da ritenersi “illegittime”. Trattandosi di conseguente *“inutilizzabilità assoluta”*, le stesse intercettazioni devono essere distrutte immediatamente e senza alcuna valutazione circa la loro eventuale rilevanza processuale.

Come già osservato, non vale opporre in contrario l'asserita iniziale inevitabilità delle intercettazioni che, sebbene originariamente indirizzate ad un soggetto terzo, solo incidentalmente coinvolgano le conversazioni del Presidente della Repubblica. Infatti, in mancanza di una norma che espressamente ne consenta la captazione, non appena accertato il requisito soggettivo dell'interlocutore (Presidente della Repubblica “in carica”) si sarebbe dovuta interrompere l'attività di intercettazione. In questi termini, dunque, deve essere riconosciuta la illegittimità delle intercettazioni, anche “indirette”, e conseguentemente l'impossibilità dell'eventuale uso (in qualsiasi forma) delle stesse.

Come già precisato nel ricorso, si tratta di una illegittimità che scaturisce dal combinato disposto della norma di cui all'art. 271, comma 1, c.p.p. con l'art. 7, comma 3, della legge n. 219/1989 citata. Le intercettazioni *“indirette e/o casuali”* del Presidente della Repubblica “in carica”, pertanto, non possono essere acquisite agli atti del processo, restandone fuori, dovendo, invece, affermarsi l'obbligo di distruggerle (20).

(19) F. Paterniti, *op. cit.*, p. 22.

La giurisprudenza ha precisato la valenza dell'art. 271 c.p.p. in termini di “inutilizzabilità” correlandola all'art. 15 Cost. (Cass. Pen., SS. UU., 13.1.2009, n. 1153); sottolineando che *“l'eliminazione “fisica” dell'intercettazione “illegittima era e resta l'epilogo ‘ordinario’; ...avendo il legislatore stabilito, accanto all'inutilizzabilità dei risultati, la distruzione delle intercettazioni nei casi previsti dal richiamato art. 271 c.p.p., se ne deve dedurre ...che nelle ipotesi normativamente indicate, la volontà perseguita dalla legge è stata quella di escludere, non soltanto sul piano giuridico, ma financo su quello della ‘materialità’ degli atti, qualsiasi possibilità di legittima fruizione di quelle acquisizioni”*; *id.*, 9 aprile 2010, n. 13426; come già affermato da Cass., Sez., I penale, 3 dicembre 1997, n. 11077.

Una soluzione pratica al problema è la circolare emessa dal Procuratore Distrettuale di Catania, dott. Giovanni Salvi, in data 21 aprile 2012, dettata proprio al fine di garantire la riservatezza delle conversazioni anche nei confronti delle altre parti processuali, sulla quale si sofferma l'intervista al Dott. Salvi su *La Repubblica* del 30 luglio 2012. In particolare, in essa si precisa che: a) l'attività di captazione non può essere interrotta per il solo fatto che uno degli interlocutori sia il difensore; b) l'attività deve essere documentata; c) il pubblico ministero ha l'obbligo di verificare immediatamente l'operatività o meno delle garanzie sancite dall'art. 103 c.p.p. e la conseguente inutilizzabilità processuale delle intercettazioni; d) al pubblico ministero spetta di evitare ogni utilizzo illegittimo di tali comunicazioni e di attivare la procedura di distruzione delle comunicazioni intercettate e della relativa documentazione.

(20) F. Paterniti, *op. cit.*, pagg.23-24 *“In tal modo, tra l'altro, si evita che la loro divulgazione, interferendo con lo svolgimento del mandato presidenziale, possa compromettere gli interessi affidati alla cura del Presidente della Repubblica, potendo, tra l'altro, causare una inammissibile strumentalizzazione delle fasi preparatorie rispetto alle attività funzionali formalmente poste in essere. Il presupposto della necessaria distruzione delle intercettazioni “indirette e/o casuali” deve rinvenirsi*

La norma di cui all'art. 271, primo comma, prima parte, a mente della quale *"i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati qualora le stesse siano state eseguite fuori dai casi consentiti dalla legge..."* conferma, nel rispetto della riserva di legge affermata dall'art. 15 Cost., il principio generale dell'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge.

Secondo la dottrina si devono distinguere i casi in cui l'intercettazione è vietata da quelli in cui solo l'utilizzazione dei suoi risultati è inibita (ad esempio per la loro irrilevanza). I primi sono divieti categorici che, pur comportando il dovere di inibire immediatamente l'intercettazione vietata, si convertono *ex post* in divieti di utilizzare i risultati della intercettazione, perchè con essi si sono voluti proteggere fondamentali valori costituzionali (come, ad esempio, l'art. 90 Cost. appunto).

Questione diversa e centrale è quella del contraddittorio o della celebrazione di un'udienza camerale per la distruzione.

Va, in primo luogo, osservato che la stessa Procura della Repubblica di Palermo ritiene che le intercettazioni per cui è conflitto siano irrilevanti (nel procedimento e nel processo penale) ed esclude che siano corpo di reato.

Va osservato inoltre - ed è questa la contraddizione processuale della Procura di Palermo - che i nastri delle intercettazioni non sono stati riversati nel nuovo fascicolo n. 11719/12, in esito al quale è stato richiesto il rinvio a giudizio, tra gli altri, del sen. Mancino, ma sono rimasti nel fascicolo madre 11609/08, che scaturisce dal procedimento penale n. 18101/00 (riguardante la presunta trattativa Stato-mafia), già archiviato e poi oggetto di riapertura. In ordine a queste modalità processuali, si rileva che la Procura di Palermo, se avesse ritenuto essenziale (come detto a pagina 12 della memoria difensiva) *"non inibire all'innocente la possibilità di portare in giudizio la prova, anche irrualmente acquisita, della non colpevolezza"*, avrebbe dovuto allegare le n. 4 intercettazioni di cui al fascicolo 11719/12. Non essendo verificata tale allegazione, la Procura di Palermo non ha alcun interesse a far valere oggi un avviso contrario, nell'ambito delle indagini per cui procede. La mancata allegazione al fascicolo, formato per stralcio, conclusivamente depone per la totale irrilevanza di tale materia ai fini della prova dell'innocenza degli imputati, secondo la valutazione effettuata dagli stessi Pubblici Ministeri.

D'altra parte, anche qualora tale materiale fosse rilevante ai fini della prova della non colpevolezza degli imputati nel procedimento n. 11719/12 (in disparte ogni questione sull'incoerenza della condotta tenuta dall'organo dell'accusa), dall'immediata distruzione di esso non

*nella loro illegittimità dalla quale deriva la loro inutilizzabilità assoluta ricavabile dall'art. 271, comma 1, c.p.p."*

*La procedura contemplata dall'art. 268 c.p.p. è inutilizzabile, non solo perchè inopportuna, ma anche e soprattutto perchè inapplicabile.*

*L'inapplicabilità è logicamente connessa all'illegittimità delle intercettazioni e "alla conseguente inutilizzabilità assoluta delle stesse che, quindi, non possono essere nemmeno valutate nel merito quanto alla loro (ir)rilevanza processuale".*

*"L'inutilizzabilità assoluta delle intercettazioni che captino indirettamente il Presidente della Repubblica, infatti, è un'inidoneità funzionale della causa dell'atto a contenuto astrattamente probatorio.*

*Tale garanzia, invocabile in presenza di un vizio assunto in violazione di un divieto probatorio, ovvero, in mancanza di un'esplicita autorizzazione specifica, derivante dalla legge, è espressione non solo di un principio di generale protezione dei diritti fondamentali della persona, ma è anche rafforzata, nel caso in esame, dall'art. 90 Cost".*

deriverebbe, comunque, alcuna lesione dei diritti di difesa degli imputati stessi, in particolare, del sen. Mancino.

Ne consegue, quindi, che, anche ove si dovesse ritenere che la registrazione casuale delle conversazioni del Presidente della Repubblica non determini *ex se* una lesione delle prerogative presidenziali, una lesione delle stesse sarebbe senz'altro rinvenibile nella pretesa di valutare, in contraddittorio tra le parti, l'eventuale rilevanza nel processo delle conversazioni, nonché la loro conservazione in atti in un processo che non ha imputati e senza allegazione al fascicolo oggetto di stralcio, relativo a soggetti nei cui confronti è stata elevata formale imputazione.

Del resto dalla sentenza n. 390/07 della Corte Costituzionale riguardante intercettazioni di conversazioni di parlamentari - invocata nella memoria di controparte - non può ricavarsi alcun principio che enunci la non riferibilità dell'art. 271 c.p.p. alle intercettazioni indirette e casuali di conversazioni del Presidente della Repubblica; essa, infatti, ha riguardo all'art. 6 della legge 20 giugno 2003, n. 140 di attuazione dell'art. 68 Cost.: norma non applicabile al Capo dello Stato per effetto dell'art. 6 della legge 219/89 citata.

Il codice di procedura penale, peraltro, si è occupato espressamente del Presidente della Repubblica, non ignorando la legge costituzionale che sottrae alla magistratura ordinaria i procedimenti di accusa dello stesso Presidente. In particolare, l'art. 205, comma 3, c.p.p., nel disporre la possibilità di confronto tra i testi che rivestono alte cariche dello Stato e altri testimoni, esclude che per il Presidente della Repubblica possa essere disposto il confronto con altri testi, nonché che ne possa essere stabilita la comparizione in giudizio.

Da ciò ne consegue che sarebbe del tutto anomalo consentire che la voce del Presidente, non sottoponibile al confronto con le modalità che la legge prescrive per la testimonianza dei testi, possa essere stata captata indirettamente e casualmente e poi successivamente utilizzata nel corso dell'attività investigativa (21).

D'altra parte l'art. 268 c.p.p. si applica unicamente alle intercettazioni che sono state non solo legittimamente acquisite, ma che, anche e soprattutto, siano legittimamente utilizzabili.

Infatti, la procedura prevista dall'art. 268 c.p.p., - come già osservato nel ricorso - facendo

---

(21) *“Alla luce dell'interpretazione sistematica delle disposizioni costituzionali rilevanti in materia, nonché in base alla giurisprudenza costituzionale”, l'esistenza di un principio costituzionale volto alla tutela della sfera personale del titolare pro-tempore della Presidenza della Repubblica appare coerente con il ruolo e le attribuzioni che il nostro ordinamento riconosce al Capo dello Stato nell'ambito degli assetti connessi alla nostra forma di governo parlamentare. “Diversi, in sintesi, gli elementi che possono rappresentare “indizi” sull'esistenza di tale principio: a) la natura monocratica dell'organo, che comporta forme peculiari di tutela della sua libertà d'azione; b) la peculiarità delle funzioni riconosciute al Presidente dall'art. 87 Cost. e da altre disposizioni costituzionali, volte a configurarlo come un organo, autonomo e indipendente, di garanzia dell'equilibrio del complessivo sistema istituzionale, con poteri che attengono all'esercizio di tutte le principali funzioni statali; c) lo stesso art. 90 Cost. che riconosce al Capo dello Stato (e solo a lui nel nostro ordinamento) una esenzione totale da ogni forma di responsabilità per tutti gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni.*

*Tracce di tale principio, a ben vedere, sono rinvenibili in materia penale, sia sul piano sostanziale che sul piano processuale. Dal primo punto di vista, infatti, si ricorda l'art. 277 c.p. che punisce chiunque “attenta alla libertà del Presidente della Repubblica”; dal secondo, invece, si segnala l'art. 205 c.p.p. il quale prevede forme particolari di assunzione della testimonianza del Presidente della Repubblica, che deve essere sentito “nella sede in cui egli esercita la funzione di Capo dello Stato”. Disposizioni, tutte, che sembrano fare emergere (pur in ambiti e con finalità differenti) la necessità di dover garantire la libertà e continuità dell'esercizio delle funzioni presidenziali, al riparo da ogni coercizione della sua persona”, T.F. Giupponi, op. ult. cit., pag. 11 e nota 24.*



confluire le intercettazioni in un'udienza camerale nella quale le parti devono essere poste a conoscenza del contenuto delle conversazioni intercettate, sarebbe il tramite per la successiva e inevitabile divulgazione del contenuto delle conversazioni stesse.

Come già osservato al precedente punto 4 (pagg. 14-15), quanto alla (pretesa) inammissibilità del ricorso, nella memoria di costituzione la Procura di Palermo sostiene che *“non è il P.M. che può disporre la distruzione della c.d. documentazione delle intercettazioni assertivamente vietate, ma il giudice, tanto nell'ipotesi di cui all'art. 271, comma 3, c.p.p. (l'unica disposizione applicabile al caso di specie, secondo l'esplicita affermazione dell'Avvocatura Generale dello Stato: ric. pag. 15), quanto nell'ipotesi, ben più corretta, dell'applicabilità alla specie dell'art. 268, comma 6, e 269, comma 2, c.p.p.”*.

Le conclusioni (pag. 16 del ricorso), si ribadisce, devono evidentemente intendersi nel senso che si richiede alla Corte Costituzionale di dichiarare *“che non spetta alla Procura della Repubblica presso il Tribunale Ordinario di Palermo di omettere l'immediata interruzione delle intercettazioni telefoniche casuali del Presidente della Repubblica, né spetta valutarne l'(ir)rilevanza offrendole all'udienza stralcio di cui all'art. 268 c.p.p.”*; proprio sul presupposto *“del non corretto uso del potere giurisdizionale”*, che, *“produrrebbe un grave 'vulnus' alle prerogative del Presidente della Repubblica, operando senza tenere di esse alcun conto e alterando in concreto e in modo definitivo la consistenza e l'assetto dei poteri previsti dalla Costituzione”*; e dichiarare, altresì, che, comunque, la Procura della Repubblica di Palermo deve immediatamente attivarsi per chiedere al giudice la distruzione delle suindicate intercettazioni senza alcun contraddittorio.

Non è assolutamente, quindi, posto in alcun dubbio che *“i magistrati devono esercitare le proprie competenze”* (pag. 8 della memoria della Procura di Palermo) e certamente non si chiede di modificare l'assetto delineato dall'art. 101 Cost. o di far emettere ai Pubblici Ministeri un provvedimento *‘contra legem’*.

Nessun contrasto, quindi, fra *‘petitum’* e *‘causa petendi’*, come si vorrebbe nella memoria (pag. 10), ma un logico svolgimento delle argomentazioni giuridiche, prima, e una corretta esplicazione delle conclusioni poi.

Quanto alla asserita impossibilità giuridica per il Pubblico Ministero di disporre la distruzione delle intercettazioni effettuate, l'assunto della Procura di Palermo può essere sintetizzato nell'affermazione (pag. 11) che, *“pur nella differenza intercorrente tra l'art. 269, comma 2, e l'art. 271, comma 3, c.p.p. in nessuno dei due casi è possibile procedere all'immediata distruzione della documentazione delle intercettazioni prescindendo dal ricorso al giudice e dalle garanzie del contraddittorio”*, richiamando in argomento la sentenza della Corte Costituzionale n. 463/1994.

Tale argomentazione richiama un precedente che, però, riguarda, invece, espressamente il solo caso dell'udienza camerale disposta su istanza di distruzione a tutela della riservatezza presentata da privati interessati dalle attività di indagine e non la disciplina giuridica del procedimento di distruzione delle intercettazioni eseguite in violazione di un preciso divieto di legge (e, nella specie, di legge di attuazione costituzionale).

L'argomentazione finisce, poi, per rendere identiche due fattispecie affatto diverse (269, comma 3 e 271, comma 3, c.p.p.) e costituisce, anzi, proprio sotto tale profilo di equiparazione, una indiretta conferma della fondatezza del ricorso.

Si tratta, infatti, di un caso (non sottoponibilità a intercettazioni mentre il Presidente è in carica, sancito dall'art. 90 Cost.) posto come divieto assoluto e, quindi, come inutilizzabilità processualmente definitiva: introdurre la fase del contraddittorio sulla rilevanza e/o l'utiliz-

zabilità delle intercettazioni, non previsto dal 3° comma dell'art. 271 c.p.p. equivale – inammissibilmente – a renderlo identico all'art. 269 c.p.p.

Non è neppure condivisibile l'affermazione della Procura di Palermo secondo cui la fattispecie oggetto del conflitto non potrebbe comunque essere regolata dall'art. 271 c.p.p., poiché la giurisprudenza di legittimità ha precisato che, sulla base del principio di tassatività delle invalidità processuali, l'art. 271, comma 1, c.p.p. si applica *“ai soli casi di violazione di divieti normativi espressi e non è suscettibile di interpretazione analogica”* (Cass. pen., sez. IV, n. 20130/05).

In primo luogo, va osservato che, nella specie la sanzione prevista è l'inutilizzabilità e non l'invalidità.

Va considerato, poi, che il richiamo giurisprudenziale non è corretto: la sentenza della Cassazione riguarda il caso di mancata osservanza delle prescrizioni previste dall'art. 268, terzo comma, c.p.p. (per essere state le intercettazioni eseguite presso i locali della Procura della Repubblica mentre il relativo verbale era stato redatto presso gli uffici del Comando Provinciale dei carabinieri) e, nella specie, è stata esclusa la possibilità di applicare in via analogica alla redazione del verbale la previsione secondo cui *“le operazioni possono essere compiute esclusivamente per mezzo degli impianti installati nella Procura della Repubblica”*.

Del tutto diverso - si ripete - è il caso in esame, in cui le intercettazioni - per le motivazioni sopra diffusamente esposte - sono state *“eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge”*, ipotesi che *“dà luogo automaticamente ad una situazione di radicale illegittimità sanzionata non solo dalla inutilizzabilità dei risultati, ma addirittura dalla fisica distruzione del materiale ricavato, che il giudice deve disporre di ufficio in ogni stato e grado del processo”* (Cass. pen., sez. I, n. 11077/97 cit.).

\* \* \*

Tanto premesso, nel caso in esame, sussistono precisi elementi oggettivi di prova del non corretto uso del potere inquirente e, di riflesso, giurisdizionale. Essi sono il non aver disposto l'interruzione della registrazione delle conversazioni nelle quali casualmente e indirettamente era coinvolto il Presidente della Repubblica, unitamente alle circostanze (pacifiche e non contestate) che il testo delle telefonate è stato mantenuto agli atti del processo e ne è stata addirittura valutata l'(ir)rilevanza e, soprattutto, che si ipotizza lo svolgimento di un'udienza secondo le modalità indicate dall'art. 268 c.p.p. (trascrizione integrale delle intercettazioni, previa valutazione dell'irrilevanza; facoltà dei difensori di estrarne copia e udienza c.d. stralcio; autorizzazione del G.I.P. sentite le parti) per ottenerne l'acquisizione o la distruzione: procedimento inapplicabile alla fattispecie per le ragioni già ampiamente svolte.

Le intercettazioni in questione, come si è detto, avrebbero dovuto essere immediatamente sospese e, comunque, di esse doveva chiedersi al giudice l'immediata distruzione non appena avuta contezza che nella conversazione era coinvolto il Presidente della Repubblica.

La interruzione dell'intercettazione avrebbe dovuto essere disposta da parte dello stesso Pubblico Ministero o, nel caso di mancata interruzione, si sarebbe dovuta chiedere al Giudice la distruzione con la procedura di cui all'art. 271, comma 3, c.p.p., in difetto, comunque, di qualsiasi contraddittorio sulla rilevanza e/o l'utilizzabilità delle intercettazioni; con l'ovvia avvertenza che il giudice avrebbe dovuto limitarsi a rilevare il fatto storico della intercettazione del Presidente della Repubblica, evitando qualsiasi esame dei contenuti delle medesime, in quanto intercettazioni vietate, perciò, illegittime e affette da nullità assoluta.

La valutazione del Pubblico Ministero e del Giudice non può che essere limitata, infatti, alla verifica del fatto storico dell'essere stata effettuata una intercettazione assolutamente vietata, senza entrare e, perciò, valutare il contenuto della stessa anche ai fini della sua rilevanza processuale.

L'intercettazione assolutamente vietata dalla legge è assolutamente inutilizzabile nel processo, resta fuori dal processo e rileva solo come accertamento del fatto storico vietato ai fini dell'immediata distruzione.

Ritenuto quanto precede, il ricorrente Presidente della Repubblica, alla luce di quanto ampiamente esposto sulle conclusioni già rassegnate, chiede che l'Ecc.ma Corte adita dichiari: 1) che non spetta alla Procura della Repubblica presso il Tribunale Ordinario di Palermo di omettere di interrompere l'effettuazione delle intercettazioni casuali del Presidente della Repubblica; 2) e che, comunque, non spetta alla Procura della Repubblica presso il Tribunale Ordinario di Palermo di omettere, una volta acquisite le predette intercettazioni, di chiederne al Giudice l'immediata distruzione né spetta valutarne la (ir)rilevanza offrendole all'udienza stralcio di cui all'art. 268 c.p.p.

\* \* \*

Roma, 23 novembre 2012

L'Avvocato Generale dello Stato  
Michele Giuseppe Dipace

Il Vice Avvocato Generale dello Stato  
Antonio Palatiello

L'Avvocato dello Stato  
Gabriella Palmieri

## DISCUSSIONE

### **Ud. Pubblica del 4 dicembre 2012**

Credo sia essenziale precisare, ancora una volta, l'oggetto e la finalità del presente conflitto attribuzione, perchè si è dovuto constatare che, anche nella memoria della Procura di Palermo, oltre che nell'atto di costituzione, sono state formulate eccezioni di inammissibilità del conflitto stesso che fanno venire il dubbio che la portata oggettiva del ricorso non sia stata intesa correttamente.

#### **1.- Oggetto del conflitto**

**1.1** Al fine di definire con precisione l'oggetto del conflitto e le ragioni che lo hanno determinato bisogna tener presente alcuni comportamenti (fatti) e atti della Procura della Repubblica di Palermo che hanno avuto e tutt'ora continuano ad avere una chiara e puntuale rilevanza giuridica che hanno imposto la proposizione del presente ricorso.

Anche se si vuole prescindere dall'intervista del P.M. Antonino Di Matteo pubblicata sul quotidiano "La Repubblica" del 22 giugno 2012, che ha portato a conoscenza pubblica l'esistenza di alcune intercettazioni telefoniche, sembra indirette e/o casuali, di conversazioni tra il Sen. Mancino ed il P.d.R., successivamente sia lo stesso P.M. che il Sig. Procuratore Capo della procura di Palermo confermavano l'esistenza di tali intercettazioni e affermavano che *"avendo già valutato come irrilevante ai fini del procedimento qualsivoglia eventuale conversazione in atti diretta al Capo dello Stato, non se ne prevede alcuna utilizzazione investigativa e processuale, ma esclusivamente la distruzione da effettuare con l'osservanza delle formalità di legge"*.

Ancor più il procuratore capo con nota del 9 luglio 2012 e con lettera pubblicata in data 11 luglio 2012 sul quotidiano la Repubblica affermava che *“nell’ordinamento attuale nessuna norma prescrive, o anche soltanto autorizza, l’immediata cessazione dell’ascolto e della registrazione quando, nel corso di una intercettazione telefonica legittimamente autorizzata, venga casualmente ascoltata una conversazione fra il soggetto sottoposto ad intercettazione ed altra persona nei cui confronti non poteva essere disposta alcuna intercettazione”*.

Inoltre che *“in tali casi, alla successiva distruzione della conversazione legittimamente ascoltata e registrata si procede esclusivamente, previa valutazione della rilevanza della conversazione stessa ai fini del procedimento e con l’autorizzazione del giudice per le indagini preliminari, sentite le parti. Ciò è quanto prevedono le più elementari norme di legge ...”*.

Da queste affermazioni e dalla risposta ufficiale alla richiesta di informazione e chiarimenti all’Avvocato Generale dello Stato (nota 6 luglio 2012) emergeva che:

- 1 - erano state effettuate alcune intercettazioni telefoniche di conversazioni tra il Sen. Mancino e il P.d.R.
- 2 - la Procura della Repubblica, dopo averle ascoltate, ne aveva valutato la rilevanza ai fini della loro eventuale utilizzazione investigativa o processuale, ritenendole poi irrilevanti ai fini del processo in corso; (atto tipicamente processual-penalistico)
- 3 - le predette intercettazioni erano rimaste e tuttora restano agli atti del procedimento omettendo la procura della Repubblica di procedere alla immediata richiesta al GIP di distruzione delle stesse perchè assolutamente vietate; (comportamento giuridico omissivo di un atto del procedimento)
- 4 - per esse il P.M. riteneva di applicare la procedura camerale ex art. 269 c.p.p. secondo cui le registrazioni delle intercettazioni (legittime) sono conservate fino alla sentenza non più soggetta a impugnazione.

Prevede tale norma che in tali casi gli interessati (le parti del processo, e non certo il P.d.R. che non solo non è parte del processo in questione, ma neppure era a conoscenza delle intercettazioni) possono richiedere che la documentazione non necessaria per il processo (cioè irrilevante) sia distrutta a tutela della riservatezza, al giudice che ha autorizzato e convalidato l’intercettazione, che decide in camera di consiglio in contraddittorio con le parti (a norma dell’art. 127 c.p.p.)

Queste circostanze comportano senza dubbio che tale procedura ex art. 269 c.p.p. era stata sostanzialmente iniziata poiché le intercettazioni in questione venivano inserite in un fascicolo stralcio e perciò veniva omessa la necessaria richiesta al G.I.P. di immediata distruzione delle stesse. Diversamente da quanto ipotizza la Procura della Repubblica sollevando, anche nella memoria per questa udienza, l’eccezione di inammissibilità del conflitto in quanto rivolto a un mero intento della Procura stessa di procedere con l’osservanza delle formalità di legge e, ancora più, di aver proposto un conflitto prematuro perchè sarebbe dovuto essere rivolto contro un provvedimento giurisdizionale del G.I.P. e non verso il mero intento del P.M., i comportamenti descritti e gli atti formali del P.M. giuridicamente rilevanti prima indicati, hanno imposto la proposizione del conflitto di attribuzione in quanto tali fatti e atti sono ritenuti violativi delle prerogative (o immunità) del P.d.R. previste e derivanti dall’art. 90 Cost. e dall’art. 7 della legge 5 giugno 2009 n. 219 che ha reso operativa tale norma della Costituzione regolando appunto anche la materia di qualsiasi intercettazioni telefoniche dirette e indirette nei confronti del P.d.R. Tale normativa, come è noto, integra le norme costituzionali sulla responsabilità penale del P.d.R. per le ipotesi previste nell’art. 90 della Costituzione e costituiscono esse stesse un parametro di costituzionalità.

Peraltro si deve osservare che non di solo intento del P.M. si tratti, è dimostrato dal fatto che tuttora la situazione non è mutata e pertanto persiste l'omissione di immediata richiesta al G.I.P. di distruzione delle intercettazioni, illegittime in questione.

Si deve altresì precisare che il P.d.R. è del tutto estraneo ai procedimenti penali in corso per cui non può reagire con gli strumenti processuali interni al processo avverso le scelte, anche processuali del P.M., che ritiene illegittime, ma ritenendo che siano violate le prerogative della propria funzione ha la via obbligata del conflitto di attribuzione, come appunto è avvenuto.

Non si tratta, inoltre, come afferma la procura, di un conflitto su una ipotetica scelta di soluzione processuale, ma di atti giuridici precisi della Procura in quanto attraverso la valutazione della rilevanza ai fini processuali delle intercettazioni in questione si è iniziata la procedura ex artt. 268 e 269 c.p.p. che, secondo l'assunto contenuto nel ricorso, porta a violare il principio dell'assoluta riservatezza delle comunicazioni del P.d.R. in quanto tale procedura comporta il contraddittorio pieno tra le parti interessate e la sicura pubblicità del contenuto delle conversazioni.

Contenuto delle conversazioni che codesta Corte, nell'ordinanza che ha dichiarato l'ammissibilità del presente ricorso, ha deciso di non voler conoscere perchè appunto ha ritenuto che dovesse restare riservato.

Inoltre, per ulteriore chiarezza, si deve ribadire che non è stato mai chiesto che la distruzione delle intercettazioni fosse effettuata dal Pubblico Ministero, ma dal Giudice come emerge chiaramente da tutto il contesto del ricorso nel quale si è richiamata l'applicazione dell'art. 271 c.p.p. La tesi avversa sulla quale insiste la difesa della procura, è frutto di un'errata e parziale interpretazione delle conclusioni del ricorso avulsa da tutto il contesto del ricorso stesso e pertanto del tutto infondata.

**1.2** E veniamo all'oggetto del presente conflitto. La Corte Costituzionale dovrà stabilire sostanzialmente quale sia il trattamento giuridico relativo alle intercettazioni assunte come occasionali delle conversazioni del P.d.R. e stabilire la procedura con la quale si deve pervenire alla distruzione che non contrasti con i principi costituzionali inerenti la riservatezza delle comunicazioni del P.d.R..

La Corte dovrà stabilire se le disposizioni costituzionali dell'art. 90 Cost. e dell'art. 7 della l. 219/89 siano state violate, anche sotto il profilo della menomazione delle immunità presidenziali, da parte della Procura di Palermo, per aver proceduto alla valutazione della rilevanza del contenuto delle intercettazioni in questione; per aver tenuto e continuato a tenere tali intercettazioni agli atti ora di un procedimento stralcio ancora non sappiamo per quanto tempo; aver omesso di chiedere al G.I.P. l'immediata distruzione delle stesse; aver avviato una procedura processuale in cui sia il gip, in una udienza camerale, a stabilire, secondo le norme generali, se debbano o meno essere distrutte mettendole a disposizione delle parti ed in contraddittorio con esse, con la certezza che l'immunità del P.d.R. sulla riservatezza delle sue conversazioni non sia più esistente.

È del tutto evidente che la Procura di Palermo ha trattato le intercettazioni delle telefonate in questione come normali intercettazioni, sia pure acquisite indirettamente e occasionalmente, alle quali applicare le regole processuali delle intercettazioni legittime, senza tenere in minimo conto che erano intercettazioni di conversazioni in cui era coinvolto il P.d.R. e pertanto vietate perchè effettuate in violazione dell'art. 90 della Cost. e dell'art. 7 della l. 219/1989 prima citati. La procedura considerata e perseguita espressamente dalla Procura riguarda le c.d. intercettazioni irrilevanti per il processo penale, che, su richiesta degli interessati, possono essere

distrutte a norma dell'art. 268 c. 4-8 c.p.p. e 269 c.p.p. (deposito delle registrazioni nella segreteria del P.M.; facoltà del difensore di prenderne visione in modo da poter influire sulla decisione di stralcio dei contenuti superflui; richiesta di distruzione da parte degli interessati; decisione del G.I.P. in camera di consiglio ai sensi dell'art. 127 c.p.p. con il pieno contraddittorio delle parti) e non delle intercettazioni illegittime perchè vietate dalla legge che seguono la procedura dell'art. 271 1° e 3° comma c.p.p. sulla inutilizzabilità ai fini processuali, come peraltro prevede il comma due dello stesso articolo 269 c.p.p.

Sia chiaro non si contesta che le intercettazioni nei confronti di un indagato, il Sen. Mancino, non siano state autorizzate e perciò legittime nei confronti dell'indagato, si vuole far presente che quelle tra il suddetto e il P.d.R. sono divenute illegittime perchè vietate dalle norme costituzionali e da quelle c.d. interposte quale è l'art. 7 della l. 219/1989, e pertanto *contra constitutionem*, coinvolgendo un soggetto che non può essere intercettato.

Non voglio qui stare a ripetere i principi costituzionali che sono a fondamento del presente conflitto di attribuzione anche e soprattutto perchè sono stati ampiamente illustrati nel ricorso e nella memoria.

Né intendo ripetere le argomentazioni della portata della norma costituzionale e delle relative norme di attuazione in tali atti formulate e che sono state indicate anche dal giudice relatore. Vorrei soltanto ribadire che lo scopo del presente conflitto è l'affermazione del principio della libertà delle comunicazioni del P.d.R. come connotato essenziale dell'esercizio delle sue attività. Tale principio è strettamente correlato, da uno stretto nesso di consequenzialità con l'altro principio dell'assoluta riservatezza di tali comunicazioni.

Come si è detto, il presente ricorso ha quale finalità non solo quella di tutelare il sereno svolgimento della funzione presidenziale ma anche di salvaguardare gli interessi nazionali cui la funzione stessa è preposta.

La conoscibilità delle conversazioni del presidente inciderebbe negativamente sulla necessaria riservatezza che deve essere garantita a tutte le attività, anche preparatorie, degli atti presidenziali. In altri termini l'acquisizione delle intercettazioni in una pubblica udienza finalizzate alla valutazione della loro rilevanza processuale comportando di fatto la certa divulgazione del loro contenuto indubbiamente violerebbe la immunità legata alla funzione del P.d.R. oltre che i supremi interessi nazionali che tale funzione è destinata a garantire.

Nel caso in esame, come si è ampiamente dedotto in memoria, non vi è dubbio che le comunicazioni del Presidente siano collocabili all'interno delle funzioni dell'organo che impersona.

Ogni questione sulla distinzione tra atti funzionali e attività extrafunzionali che nelle difese della procura vengono dedotte sono da ritenersi ultronee.

Tale distinzione, è stato detto, attiene esclusivamente al diverso problema dell'individuazione dei confini dell'irresponsabilità funzionale del Capo dello Stato, mentre appare inconferente in relazione alla individuazione di forme di tutela sul piano esclusivamente processuale della persona del P.d.R..

Tali forme di tutela appaiono coerenti con il ruolo e le attribuzioni del P.d.R. e mirano a garantire il libero esercizio delle sue peculiari funzioni costituzionali, soprattutto in materia di libertà delle comunicazioni e della corrispondenza la cui segretezza non può essere soggetta a limitazione.

Tutta la dottrina costituzionalista che si è occupata del presente conflitto non ha messo in dubbio che le telefonate intercettate casualmente fossero state effettuate con riguardo non alla persona privata del Presidente ma alla sua qualità e funzione di Presidente della Repubblica, ove questa distinzione, come si è esposto in memoria, possa avere una reale valenza nel con-

creto delle attività che il P.d.R. venga a svolgere.

Alle attività di comunicazione del P.d.R. va riconosciuta l'irresponsabilità giuridica che comporta l'immunità prevista dall'art. 90 Cost. secondo i principi e le caratteristiche che in materia di prerogative costituzionali ha indicato la Corte nella sentenza 262 del 2009, tra cui spicca la libertà delle comunicazioni e la conseguente loro riservatezza.

Non si tratta di privilegi, come assume la difesa della Procura palermitana, ormai inimmaginabili in un paese democratico, ma di immunità funzionali all'esercizio dei poteri presidenziali derivanti dalla Costituzione. Le attività del P.d.R. debbono liberamente svolgersi, come è stato detto, in rigorosa riservatezza proprio per garantire il buon andamento delle istituzioni e, più in generale, dell'intero Paese.

Per questo le intercettazioni delle conversazioni del Capo dello Stato, anche se indirette e casuali, sono da ritenersi illegittime perchè in contrasto con la prerogativa giuridica di cui all'art. 90 Cost. integrata dall'art. 7 della L. 219/1989 e non debbono entrare nel processo penale. L'art. 7 della L. 219 regolando espressamente il regime delle intercettazioni dirette stabilisce, in termini generali, l'impossibilità di svolgere attività investigative allorché il Presidente sia in costanza di carica se non per i casi e con la procedura prevista da tale norma (reati contemplati nell'art. 90 Cost. e autorizzazione del comitato parlamentare dopo che il presidente sia stato sospeso).

La stessa norma stabilendo che "in ogni caso" il comitato parlamentare può autorizzare le intercettazioni solo dopo che il Presidente sia stato sospeso dalla carica autorizza a ritenere che i limiti introdotti da tale norma sono applicabili "in ogni caso" e quindi anche nella diversa ipotesi di intercettazioni c.d. indirette ed occasionali per il principio, come si è detto, che il più contenga il meno, ma soprattutto per un'interpretazione della norma che rispetti i menzionati principi costituzionali.

Non è esatto che non vi sia una previsione nel codice di procedura penale circa l'interruzione immediata dell'intercettazione della conversazione del P.d.R. o la sua immediata distruzione senza contraddittorio. Ciò solo in apparenza poiché le intercettazioni in questione sono state eseguite fuori dai casi previsti dalla legge, non possono essere oggetto di alcuna valutazione, sono *ex lege* inutilizzabili e debbono essere distrutte dai giudici, trovando nella disposizione generale dell'art. 271 c.p.p., che disciplina le intercettazioni illegittime, la loro regola procedurale senza contraddittorio sul contenuto.

Ciò per evitare che gli strumenti d'indagine possono incidere sulla riservatezza necessaria per svolgere le funzioni proprie dell'ufficio presidenziale.

Sotto questo profilo la differenza tra intercettazioni dirette e indirette è del tutto irrilevante essendo tutte ugualmente vietate o acquisite *contra legem* in violazione di principi costituzionali. Ne deriva che le intercettazioni, anche casuali, del P.d.R. in carica non possono essere acquisite agli atti del processo sono illegittime e debbono essere immediatamente distrutte perchè assolutamente inutilizzabili senza la valutazione della loro eventuale rilevanza processuale.

Il combinato disposto dell'art. 7 c. 3 della L. 219/89 e dell'art. 271 c. 1 c.p.p. regolano, sotto il profilo procedimentale, la sorte delle intercettazioni illegittime perchè effettuate nei confronti del P.d.R., e perciò del tutto inutilizzabili.

Dalle predette norme deriva senza dubbio che l'obbligo dell'immediata distruzione debba avvenire senza la divulgazione della loro esistenza e del contenuto e soprattutto senza contraddittorio, che non riguardi il fatto storico, che potrebbe interferire con lo svolgimento del mandato presidenziale e compromettere le funzioni del Capo dello Stato che riguardano gli interessi preminenti dello Stato.

Come è stato detto un'intercettazione che coinvolga, anche in via indiretta il P.d.R., non oggetto di indagine penale, rappresenta una raccolta illegale di informazioni che deve essere immediatamente distrutta.

Il testo delle intercettazioni non potrebbe mai essere introdotto in giudizio come mezzo di ricerca della prova, attesa l'impossibilità giuridica che se ne valuti da terzi l'eventuale rilevanza processuale.

Invero il semplice deposito del testo, ai sensi della procedura di cui agli artt. 268 e 269 c.p.p., sia pure per la distruzione, violerebbe il principio costituzionale della libertà di determinazione e azione del P.d.R. e delle comunicazioni, anche telefoniche, del Capo dello Stato che, proprio per il libero esercizio delle attività presidenziali debbono essere riservate.

Si confida nell'accoglimento delle conclusioni formulate nel ricorso e confermate nella memoria.

Michele Giuseppe Dipace  
Avvocato Generale dello Stato

## **SENTENZA N. 1**

**ANNO 2013**

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Alfonso QUARANTA; Giudici : Franco GALLO, Luigi MAZZELLA, Gaetano SILVESTRI, Sabino CASSESE, Giuseppe TESAURO, Paolo Maria NAPOLITANO, Giuseppe FRIGO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI, Giorgio LATTANZI, Aldo CAROSI, Marta CARTABIA, Sergio MATTARELLA, Mario Rosario MORELLI,

ha pronunciato la seguente

### SENTENZA

nel giudizio per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sorto a seguito dell'attività di intercettazione telefonica svolta nell'ambito di un procedimento penale pendente dinanzi alla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo, effettuata su utenza di altra persona, nel corso della quale sono state captate conversazioni del Presidente della Repubblica, promosso dal Presidente della Repubblica, con ricorso notificato il 24 settembre 2012, depositato in cancelleria il 26 settembre 2012 ed iscritto al n. 4 del registro conflitti tra poteri dello Stato 2012, fase di merito.

Visto l'atto di costituzione del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo;

uditi nell'udienza pubblica del 4 dicembre 2012 i Giudici relatori Gaetano Silvestri e Giuseppe Frigo;



uditi gli avvocati dello Stato Michele Giuseppe Dipace, Gabriella Palmieri e Antonio Palatiello per il Presidente della Repubblica e gli avvocati Giovanni Serges, Mario Serio e Alessandro Pace per il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo.

*Ritenuto in fatto*

1.– Con ricorso depositato il 30 luglio 2012, il Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha sollevato conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, «per violazione degli articoli 90 e 3 della Costituzione e delle disposizioni di legge ordinaria che ne costituiscono attuazione» – in particolare, l'art. 7 della legge 5 giugno 1989, n. 219 (Nuove norme in tema di reati ministeriali e di reati previsti dall'articolo 90 della Costituzione), «anche con riferimento all'art. 271 del codice di procedura penale» – nei confronti del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo, in relazione all'attività di intercettazione telefonica, svolta riguardo alle utenze di persona diversa nell'ambito di un procedimento penale pendente a Palermo, nel corso della quale sono state captate conversazioni intrattenute dallo stesso Presidente della Repubblica.

1.1.– Il ricorrente riferisce che, con nota del 27 giugno 2012, l'Avvocato generale dello Stato, su mandato del Segretariato generale della Presidenza della Repubblica, aveva chiesto al dott. Francesco Messineo, Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Palermo, «una conferma o una smentita» di quanto risultava dalle dichiarazioni rese dal sostituto Procuratore Antonino Di Matteo nel corso di un'intervista pubblicata dal quotidiano «La Repubblica» del 22 giugno 2012: che erano state intercettate, cioè, conversazioni telefoniche del Presidente della Repubblica, considerate allo stato irrilevanti, ma che la Procura si sarebbe riservata di utilizzare.

Con nota del 6 luglio 2012, il Procuratore della Repubblica – allegando la missiva del giorno precedente, con la quale il dott. Di Matteo aveva rappresentato che, in risposta ad una domanda «assolutamente generica» dell'intervistatore sulla sorte delle intercettazioni effettuate, egli si era limitato «all'ovvio richiamo alla corretta applicazione della normativa in tema di utilizzo degli esiti delle attività di intercettazione telefonica» – aveva comunicato che la Procura di Palermo, «avendo già valutato come irrilevante ai fini del procedimento qualsivoglia eventuale comunicazione telefonica in atti diretta al Capo dello Stato, non ne prevede[va] alcuna utilizzazione investigativa o processuale, ma esclusivamente la distruzione da effettuare con l'osservanza delle formalità di legge».

Con successiva nota, diffusa il 9 luglio 2012, e con lettera pubblicata sul quotidiano «La Repubblica» l'11 luglio 2012, il dott. Messineo aveva ulteriormente affermato che «nell'ordinamento attuale nessuna norma prescrive o anche soltanto autorizza l'immediata cessazione dell'ascolto e della registrazione, quando, nel corso di una intercettazione telefonica legittimamente autorizzata, venga casualmente ascoltata una conversazione fra il soggetto sottoposto ad intercettazione ed altra persona nei cui confronti non poteva essere disposta alcuna intercettazione». Si aggiungeva dal Procuratore che, «in tali casi, alla successiva distruzione della conversazione legittimamente ascoltata e registrata si procede esclusivamente, previa valutazione della irrilevanza della conversazione stessa ai fini del procedimento e con la autorizzazione del Giudice per le indagini preliminari, sentite le parti. Ciò è quanto prevedono le più elementari norme dell'ordinamento [...]».

1.2.– Ad avviso del ricorrente, la tesi del Procuratore della Repubblica non sarebbe condivisibile, in quanto, alla luce dell'art. 90 Cost. e dell'art. 7 della legge n. 219 del 1989 – salvi i casi di alto tradimento e di attentato alla Costituzione e con l'applicazione del regime previsto dalle norme che disciplinano il procedimento d'accusa – le intercettazioni delle conversazioni

cui partecipa il Presidente della Repubblica, ancorché «indirette» od «occasionalmente», dovrebbero ritenersi assolutamente vietate. Di conseguenza, esse non potrebbero essere in alcun modo valutate, utilizzate e trascritte, dovendo il pubblico ministero chiederne al giudice l'immediata distruzione.

L'art. 90 Cost. stabilisce, infatti, che «il Presidente della Repubblica non è responsabile degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, tranne che per alto tradimento o per attentato alla Costituzione», aggiungendo che «in tali casi è messo in stato di accusa dal Parlamento in seduta comune, a maggioranza assoluta dei propri membri». L'immunità in tal modo accordata al Presidente non consisterebbe solo in una irresponsabilità giuridica per le conseguenze penali, amministrative e civili eventualmente derivanti dagli atti tipici compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, ma anche in una irresponsabilità politica, diretta a garantire la piena libertà e la sicurezza di tutte le modalità di esercizio delle attribuzioni presidenziali. Lungi dal costituire un «inammissibile privilegio», legato ad esperienze ormai definitivamente superate e tale da incrinare il principio dell'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge, l'immunità in questione risulterebbe strumentale all'espletamento degli altissimi compiti che la Costituzione demanda al Presidente della Repubblica, nella sua veste di Capo dello Stato e di rappresentante dell'unità nazionale, intesi ad assicurare in modo imparziale, insieme agli altri organi di garanzia, il corretto funzionamento del sistema istituzionale e la tutela degli interessi permanenti della Nazione. La previsione dell'art. 90 Cost. rappresenterebbe, in questa prospettiva, anche un limite alle attribuzioni degli altri poteri dello Stato, le quali, ove non correttamente esercitate, menomerebbero le prerogative presidenziali.

Sarebbe, in pari tempo, del tutto evidente come, nello svolgimento dei predetti compiti, debba essere garantito al Presidente della Repubblica «il massimo di libertà di azione e di riservatezza», anche perché alcune delle attività che egli pone in essere nel perseguimento delle finalità istituzionali – e di non poco significato – «non hanno un carattere formalizzato».

La conseguente impossibilità che vengano posti limiti alla libertà di comunicazione del Capo dello Stato, anche da parte di altra autorità, risulterebbe confermata dall'interpretazione sistematica delle norme di legge ordinaria che, in attuazione dei principi costituzionali, disciplinano la posizione del Presidente. L'art. 7, comma 3, della legge n. 219 del 1989 – disposizione che, in quanto contenuta in una fonte legislativa dichiaratamente volta ad attuare l'art. 90 Cost., assumerebbe un «ruolo integrativo» della norma costituzionale – vieta infatti, in modo assoluto, di disporre l'intercettazione di conversazioni telefoniche o di altre forme di comunicazione nei confronti del Presidente della Repubblica, se non dopo che la Corte costituzionale ne abbia disposto la sospensione dalla carica. Il divieto è sancito con riferimento ai reati per i quali, in base all'art. 90 Cost., il Presidente può essere messo in stato di accusa (alto tradimento e attentato alla Costituzione). Ma se, in questi casi, vi è un divieto assoluto di intercettazione «diretta» fin quando il Presidente è in carica, sarebbe «naturale» che sussista un divieto, altrettanto assoluto, di intercettare e, se del caso, di utilizzare le comunicazioni presidenziali anche qualora captate in modo indiretto o casuale, trattandosi di attività egualmente idonea a ledere la sua sfera di immunità.

Sarebbe poi altrettanto evidente che il divieto assoluto di ricorso al controllo delle comunicazioni telefoniche, enunciato in rapporto ai reati presidenziali, debba estendersi, nel silenzio della legge, ad altre fattispecie di reato che possano a diverso titolo coinvolgere il Presidente. A maggior ragione dovrebbe ritenersi inammissibile l'utilizzazione di sue conversazioni intercettate occasionalmente nel corso di indagini concernenti reati addebitabili a terzi, come è avvenuto nel caso in esame.

1.3.– In conclusione, il divieto di intercettazione riguarderebbe anche le cosiddette intercettazioni «indirette» o «casuali» effettuate mentre il Presidente della Repubblica è in carica: con l'immediata conseguenza che i risultati delle captazioni eventualmente intervenute non potrebbero essere comunque utilizzati, dovendo la relativa documentazione essere immediatamente distrutta in applicazione dell'art. 271 cod. proc. pen. Varrebbero infatti a fortiori, per il Capo dello Stato, le tutele stabilite per l'intercettazione delle comunicazioni del difensore (art. 103 cod. proc. pen.): segnatamente, il divieto assoluto di utilizzazione, essendosi di fronte ad un atto eseguito «fuori dei casi consentiti della legge».

Con riguardo all'illegittima captazione di conversazioni del Presidente non sarebbero applicabili, dunque, né la procedura prevista dall'art. 268, commi 4 e seguenti, cod. proc. pen. (deposito della documentazione nella segreteria del pubblico ministero; facoltà di esame della stessa da parte dei difensori; acquisizione, ad opera del giudice per le indagini preliminari, delle conversazioni indicate dalle parti che appaiano non manifestamente irrilevanti; stralcio delle conversazioni di cui è vietata l'utilizzazione; inserimento nel fascicolo della documentazione acquisita e possibilità per le parti di estrarre copia delle registrazioni), né le disposizioni dell'art. 269 cod. proc. pen. (conservazione dei verbali e delle registrazioni fino alla sentenza non più soggetta a impugnazione; udienza camerale per la distruzione, a tutela delle riservatezza degli interessati e su loro richiesta, delle registrazioni e dei verbali la cui conservazione non risulti necessaria ai fini del procedimento), né, ancora, la previsione dell'art. 270 cod. proc. pen. (utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi, secondo le prescrizioni del citato art. 268).

Eguale inapplicabile sarebbe l'art. 6 della legge 20 giugno 2003, n. 140 (Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato), che disciplina le intercettazioni indirette o casuali di conversazioni o comunicazioni di membri del Parlamento. Alla luce della normativa costituzionale e ordinaria richiamata in precedenza, la posizione del Presidente della Repubblica non sarebbe assimilabile a quella del parlamentare: solo il secondo, infatti, può essere sottoposto ad intercettazione da parte del giudice ordinario, previa autorizzazione della Camera di appartenenza; correlativamente, al solo parlamentare si riferisce l'art. 6 della legge n. 140 del 2003, quando richiede un'autorizzazione «successiva» per l'utilizzazione delle intercettazioni casuali. Con riguardo alle intercettazioni occasionalmente effettuate nel corso di indagini svolte nei confronti di altri soggetti, la tutela del parlamentare risponderrebbe, d'altra parte, ad una ratio diversa da quella della tutela del Presidente della Repubblica. Rispetto a quest'ultimo, detta ratio risiederebbe nella protezione della funzione; per il parlamentare, invece, nella sola salvaguardia della sua riservatezza, che – come rilevato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 390 del 2007 – sarebbe ingiustificato differenziare da quella di qualunque altro cittadino, non essendo in tal caso configurabile un pregiudizio per la funzionalità della Camera di appartenenza, unico presupposto dell'autorizzazione prevista dall'art. 68 Cost.

Rispetto all'intercettazione di conversazioni del Presidente della Repubblica, in definitiva, non avrebbe senso porsi il problema di una loro eventuale utilizzazione nel procedimento in corso o in altri procedimenti, a carico o in difesa di diversi soggetti, poiché ciò vanificherebbe comunque la garanzia funzionale riconosciuta negli articoli da 87 a 90 della Costituzione; né assumerebbe rilievo la distinzione tra intercettazioni dirette, indirette o casuali, trattandosi di concetti che trovano il loro fondamento nella citata legge n. 140 del 2003 – insuscettibile di applicazione analogica al Capo dello Stato – e che presuppongono, altresì, l'esistenza di un organo competente al rilascio di una autorizzazione preventiva o successiva.

1.4.– Alla stregua delle considerazioni che precedono, si dovrebbe conclusivamente ritenere che la Procura della Repubblica di Palermo abbia fatto un uso non corretto dei propri poteri, menomando, con ciò, le prerogative del ricorrente. Queste ultime risulterebbero lese, in specie, dall'avvenuta registrazione delle intercettazioni «nelle quali era casualmente e indirettamente coinvolto il Presidente della Repubblica»; dalla permanenza della relativa documentazione tra gli atti del procedimento; dal fatto che ne sia stata valutata la rilevanza ai fini di una eventuale utilizzazione investigativa o processuale, e – soprattutto – dal manifestato intento della Procura di attivare un'udienza secondo le modalità indicate dall'art. 268 cod. proc. pen., per ottenerne l'acquisizione o la distruzione: procedura che – anche in ragione dell'instaurazione di un contraddittorio sul punto – aggraverebbe gli effetti lesivi delle precedenti condotte, rendendoli definitivi.

Il ricorrente, pertanto, chiede alla Corte di dichiarare che non spetta alla Procura di Palermo «omettere l'immediata distruzione delle intercettazioni telefoniche casuali di conversazioni del Presidente della Repubblica», delle quali si discute, né valutarne la «(ir)rilevanza», offrendole alla «udienza stralcio» disciplinata dall'art. 268 cod. proc. pen.

2.– Il conflitto è stato dichiarato ammissibile dalla Corte con ordinanza n. 218 del 2012, «impregiudicata ogni ulteriore e diversa determinazione, anche in relazione alla stessa ammissibilità del ricorso».

Con ordinanza istruttoria del 19 settembre 2012, la stessa Corte – ritenendo già da quel momento necessaria la cognizione dei relativi elementi – ha disposto che la Procura di Palermo, entro il termine di venti giorni dalla comunicazione del provvedimento, indicasse il numero e la data delle intercettazioni di comunicazioni telefoniche del Presidente della Repubblica effettuate nell'ambito del procedimento in questione, e che trasmettesse, altresì, copia integrale ed autentica delle richieste e dei provvedimenti di autorizzazione, compresi gli eventuali decreti di proroga, delle intercettazioni eseguite nell'ambito del citato procedimento, dei relativi verbali e delle eventuali relazioni di polizia giudiziaria, con esclusione delle parti relative al contenuto delle conversazioni cui avesse partecipato il Capo dello Stato. Adempimenti, questi, che sono stati tempestivamente effettuati.

Con decreto in pari data, il Presidente della Corte ha, inoltre, disposto che tutti i termini del procedimento fossero ridotti alla metà.

3.– Si è costituita nel giudizio la Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo, nella persona del Procuratore della Repubblica, dott. Francesco Messineo, chiedendo che il ricorso sia dichiarato inammissibile o, in subordine, rigettato nel merito.

3.1.– In via preliminare, la resistente descrive in modo analitico il contesto fattuale entro il quale si collocano le intercettazioni dei colloqui telefonici del Presidente della Repubblica che hanno dato luogo al ricorso. Riferisce, in particolare, come dette intercettazioni siano state effettuate su utenze telefoniche in uso al senatore – non più in carica – Nicola Mancino, nell'ambito del procedimento penale n. 11609/08, scaturito dalla riapertura delle indagini relativamente ad un altro procedimento (n. 18101/00), avente ad oggetto la cosiddetta “trattativa” tra Stato e mafia negli anni a cavallo tra il 1992 e 1994, in rapporto alla quale era stato ipotizzato il delitto di cui all'art. 338 del codice penale, aggravato ai sensi dell'art. 339 del medesimo codice e dell'art. 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152 (Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa), convertito, con modificazioni, nella legge 12 luglio 1991, n. 203.

Le operazioni di intercettazione, regolarmente autorizzate dal Giudice per le indagini preliminari tanto nei confronti del sen. Mancino che di altre persone, avevano avuto inizio

nei primi giorni del novembre 2011. Per quanto in particolare attiene alle diverse utenze telefoniche in uso al predetto sen. Mancino, sottoposte a intercettazione in forza di due distinti decreti autorizzativi (uno solo dei quali seguito da ripetute proroghe), il controllo si era protratto dal 7 novembre 2011 al 9 maggio 2012, consentendo la captazione di 9.295 conversazioni. Tra esse, solo quattro – della durata complessiva di diciotto minuti – erano costituite da colloqui con il Presidente della Repubblica. Tali colloqui si erano svolti nei giorni 24 dicembre 2011, 31 dicembre 2011, 13 gennaio 2012 e 6 febbraio 2012. Nei primi due casi, si era trattato di telefonate “in uscita” (effettuate, cioè, dalla persona sottoposta alle indagini); nei casi successivi, di telefonate “in entrata”, cioè promananti dal Capo dello Stato (anche se la conversazione del 13 gennaio 2012 era stata preceduta da un contatto tra l’utenza sottoposta a controllo e il centralino del Quirinale, nel corso del quale il sen. Mancino aveva chiesto di parlare con il Presidente della Repubblica).

Con riguardo al decreto di autorizzazione sulla cui base erano stati captati i primi due colloqui telefonici del Capo dello Stato, la Procura palermitana, ritenendo che non fossero emersi elementi investigativi utili, non aveva chiesto la proroga delle operazioni di intercettazione, le quali erano cessate, quindi, il 26 gennaio 2012. Era stata, invece, prorogata sino al maggio 2012 l’efficacia del secondo decreto, sicché aveva potuto essere intercettata anche, in data 20 aprile, una chiamata proveniente dal centralino del Quirinale e diretta al sen. Mancino, il quale, però, non era stato reperito.

Su disposizione della Procura, cui la polizia giudiziaria aveva prontamente riferito in forma orale, il verbale delle intercettazioni dei colloqui telefonici ai quali aveva preso parte il Capo dello Stato era stato redatto senza alcuna trascrizione, neppure in forma sintetica, del contenuto delle conversazioni.

All’esito delle attività investigative, la Procura aveva deciso di esercitare l’azione penale solo nei confronti di alcuni degli indagati e per alcune delle incolpazioni, e di proseguire invece le indagini, con riserva di ulteriori valutazioni, riguardo agli altri indagati e alle residue ipotesi di reato. Il 1° giugno 2012 era stata, quindi, disposta la separazione del procedimento relativo ai soggetti per i quali era maturato il proposito di esercitare l’azione penale, tra cui il sen. Mancino. Nell’ambito di tale procedimento, che aveva preso il n. 11719/12, dopo la notificazione agli interessati dell’avviso di conclusione delle indagini preliminari, ai sensi dell’art. 415-bis cod. proc. pen., era stata formulata richiesta di rinvio a giudizio, cui era seguito il decreto giudiziale di fissazione dell’udienza preliminare, convocata per il 29 ottobre 2012. Nel fascicolo relativo al procedimento separato, la Procura aveva, peraltro, inserito le sole intercettazioni ritenute utili per il processo, tra le quali non figuravano quelle concernenti i colloqui tra il sen. Mancino e il Capo dello Stato. La documentazione relativa a tali colloqui – tuttora custodita nel fascicolo relativo al procedimento n. 11609/08 – non aveva, pertanto, mai formato oggetto di deposito idoneo a renderla conoscibile alle parti processuali.

3.2.– Ciò premesso – e dopo aver rimarcato come, nel sollevare l’odierno conflitto, il Presidente della Repubblica si sia comportato in modo diverso rispetto a quanto era avvenuto in occasione di due precedenti intercettazioni «indirette» di sue comunicazioni, operate nel 2009 e nel 2010 nel corso di altrettante indagini della Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Firenze – la resistente eccepisce l’inammissibilità del ricorso sotto un duplice profilo.

In primo luogo, il ricorso avrebbe un oggetto «giuridicamente impossibile». Il ricorrente, infatti, avrebbe chiesto alla Corte di ordinare alla Procura di Palermo un «facere» – cioè «l’immediata distruzione delle intercettazioni telefoniche casuali del Presidente della Repubblica»

– che esulerebbe dai poteri processuali della resistente. Tanto nell'ipotesi prevista dall'art. 271, comma 3, che in quella regolata dagli artt. 268, comma 6, e 269, comma 2, cod. proc. pen., la distruzione della documentazione delle intercettazioni non potrebbe essere comunque disposta dal pubblico ministero, ma esclusivamente dal giudice, a garanzia degli eventuali interessi di segno contrario.

In secondo luogo, il petitum risulterebbe contraddittorio rispetto alle ragioni addotte in suo sostegno. Pur invocando un provvedimento che esclude ogni vaglio giurisdizionale, infatti, la stessa Avvocatura dello Stato avrebbe prospettato, nella motivazione del ricorso, il dovere della Procura di chiedere «al giudice» la distruzione della documentazione, conformemente a quanto prevede il citato art. 271 del codice di rito penale.

3.3.– Nel merito, il ricorso sarebbe comunque infondato.

Al riguardo, la resistente rimarca come il carattere del tutto «casuale», e non già “mirato”, della captazione dei colloqui presidenziali sia stato riconosciuto dalla stessa Presidenza della Repubblica, e risulti comunque eloquentemente dimostrato dalla enorme sproporzione tra il numero complessivo delle telefonate intercettate sulle utenze in uso all'indagato e quello delle conversazioni – appena quattro – cui ha preso parte il Capo dello Stato.

Ciò posto, nessuno dei comportamenti censurati dal ricorrente potrebbe essere ritenuto realmente produttivo di una menomazione delle prerogative presidenziali.

Quanto all'avvenuta registrazione delle telefonate, si tratterebbe di operazione radicalmente priva di ogni idoneità lesiva in ragione delle sue stesse modalità tecniche. La registrazione, infatti, ha luogo in modo automatico, tramite apparecchiature informatiche, non controllate né influenzabili, almeno nell'immediato, da alcun operatore: e ciò anche quando la polizia giudiziaria sia posta in grado di ascoltare simultaneamente nei propri uffici le conversazioni intercettate, non avendo il cosiddetto ascoltatore “da remoto” – a garanzia della genuinità della registrazione – alcuna possibilità di intervenire per interrompere le operazioni.

Riguardo, poi, alla lamentata allegazione del testo delle telefonate agli atti del procedimento, essa non sarebbe mai avvenuta. Proprio perché ritenute processualmente irrilevanti, infatti, le intercettazioni delle comunicazioni presidenziali non sono state allegate al fascicolo relativo al procedimento n. 11719/12, attualmente pendente davanti al Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Palermo. In ogni caso, l'allegazione agli atti costituirebbe «una circostanza in sé neutra»: ogni atto di indagine si colloca, infatti, all'interno di un determinato procedimento, onde la relativa documentazione è necessariamente unita al corrispondente fascicolo.

Per quel che attiene, ancora, alla censurata valutazione in ordine alla rilevanza delle intercettazioni, nella lettera inviata dal Procuratore della Repubblica di Palermo all'Avvocatura generale dello Stato il 6 luglio 2012 si legge che la Procura ha valutato come irrilevante «qualsivoglia comunicazione telefonica in atti diretta al Capo dello Stato». Da tale affermazione si desumerebbe che la valutazione ha avuto ad oggetto le sole espressioni verbali della persona sottoposta ad indagini nel suo colloquio con il Presidente, e non le risposte fornite dell'interlocutore.

Peraltro, anche a voler prescindere da tale rilievo, resterebbe dirimente la considerazione che un divieto assoluto di valutazione delle espressioni verbali del Presidente, occasionalmente captate nel contesto di una intercettazione legittima, sarebbe ipotizzabile solo a fronte di una prerogativa presidenziale intesa come immunità totale dalla giurisdizione. Per converso, in presenza di un quadro costituzionale che prevede l'irresponsabilità del Capo dello Stato per gli atti funzionali, ma non lo esenta dalla giurisdizione per gli atti estranei alla funzione, e che certamente non copre le responsabilità del suo interlocutore, l'attività di valutazione risulterebbe non solo legittima, ma «doverosa e ineliminabile».

Quanto, infine, all'ipotizzato ricorso alla procedura prevista all'art. 268, commi 6 e seguenti, cod. proc. pen., sarebbe questa, in realtà, l'unica modalità legittima per pervenire alla distruzione del materiale. Alla fattispecie in esame, infatti, non sarebbe applicabile l'art. 271 cod. proc. pen., non ricorrendo alcuna delle ipotesi di inutilizzabilità disciplinate da tale disposizione.

Non verrebbe in rilievo, in particolare, la previsione del comma 1, relativa alle intercettazioni eseguite «fuori dai casi consentiti dalla legge», la quale – alla luce di quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità – presupporrebbe, in ossequio al principio di tassatività delle invalidità processuali, l'avvenuta violazione di un divieto normativo espresso, nella specie non rinvenibile. Il divieto di intercettare le comunicazioni del Presidente della Repubblica sancito dall'art. 7 della legge n. 219 del 1989 atterrebbe, infatti, alle sole intercettazioni «dirette». Sulla base delle sentenze della Corte costituzionale n. 390 del 2007, n. 113 e n. 114 del 2010, la preclusione potrebbe venire estesa, al più, alle intercettazioni indirette «non accidentali» – ossia alle intercettazioni che, sebbene disposte su utenze di altri soggetti, mirino in concreto ad accedere nella sfera delle comunicazioni del Capo dello Stato – ma non pure alle intercettazioni «casuali». Un divieto di intercettare anche «casualmente» le conversazioni presidenziali, del resto, sarebbe inconcepibile sul piano logico, dato che qualsiasi proibizione legale presuppone necessariamente che l'accadimento che si intende scongiurare sia prevedibile e prevenibile: tratti, questi, incompatibili con un evento qualificato come «casuale».

La fattispecie in discussione non sarebbe riconducibile neppure alla previsione del comma 2 dell'art. 271 cod. proc. pen., inerente alle intercettazioni di comunicazioni coperte dal segreto professionale. L'accostamento – prospettato dal ricorrente – tra le intercettazioni casuali di conversazioni presidenziali e le intercettazioni delle comunicazioni del difensore sarebbe, infatti, chiaramente improprio, non essendovi alcuna analogia tra le due ipotesi.

Anche nel caso della distruzione delle intercettazioni inutilizzabili, disciplinato dall'art. 271, comma 3, cod. proc. pen., non sarebbe d'altronde possibile prescindere – oltre che dall'intervento del giudice – dalle garanzie del contraddittorio. Varrebbe, a tale riguardo, il principio enunciato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 463 del 1994 in rapporto alla procedura di distruzione delle intercettazioni a tutela della riservatezza, regolata dall'art. 269, comma 2, cod. proc. pen.: e, cioè, che il giudice, prima di decidere, deve sentire in camera di consiglio le parti interessate in ordine all'eventuale rilevanza in futuro delle registrazioni, quale possibile prova di non colpevolezza. Identica sarebbe, infatti, l'esigenza che ricorre nelle due situazioni, di non impedire all'innocente di portare in giudizio la prova che lo scagiona, ancorché irrualmente acquisita, essendo la sanzione dell'inutilizzabilità destinata a colpire esclusivamente gli «effetti “contra reum”» dell'atto di cui si discute.

La distruzione, nel caso regolato dall'art. 271, non potrebbe essere inoltre immediata, in quanto – secondo la giurisprudenza di legittimità – richiederebbe, a differenza di quella disposta ai sensi dell'art. 269, commi 2 e 3, cod. proc. pen., «una statuizione di inutilizzabilità processualmente insuscettibile di modifiche, che faccia escludere la possibilità di utilizzazione futura nell'ambito del processo a carico di altri imputati a seguito di diverse e autonome valutazioni del giudice competente».

3.4.– Su un piano più generale, la Procura contesta la validità della tesi del ricorrente in ordine all'ampiezza delle prerogative presidenziali, stando alla quale l'art. 90 Cost. – prevedendo l'irresponsabilità del Presidente per gli atti funzionali – configurerebbe, in sostanza, un «regime globale di immunità» rispetto all'applicazione della legge penale, sostanziale e processuale, cui farebbe da corollario una generale esigenza di salvaguardia della riservatezza delle comunicazioni.

Tale ricostruzione – assimilando, in pratica, l'irresponsabilità del Presidente della Repubblica alla «inviolabilità» del sovrano nei regimi monarchici – si scontrerebbe con il rilievo che, nello Stato democratico-costituzionale, le immunità non costituiscono privilegi, accordati «intuitu personae», ma valgono come garanzia della funzione esercitata nei confronti di condizionamenti esterni promananti da singoli magistrati. Ciò impedirebbe di ritenere che l'irresponsabilità del Presidente si estenda ai reati extrafunzionali: ipotesi, questa, contraddetta – oltre che dal dato letterale – da precisi argomenti di ordine storico e sistematico (ricavabili rispettivamente dai lavori dell'Assemblea costituente e dalla disciplina recata dalla legge n. 219 del 1989), e specificamente disattesa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 154 del 2004.

Le vicende relative alla legge n. 140 del 2003 e alla legge 23 luglio 2008, n. 124 (Disposizioni in materia di sospensione del processo penale nei confronti delle alte cariche dello Stato), le quali prevedevano espressamente la sospensione dei processi per i reati extrafunzionali del Presidente della Repubblica – leggi entrambe colpite da dichiarazioni di illegittimità costituzionale, rispettivamente con le sentenze n. 24 del 2004 e n. 262 del 2009 – avrebbero d'altronde dimostrato, in modo inequivoco, come tanto in sede parlamentare, quanto da parte dello stesso Presidente della Repubblica, si desse per scontato che l'improcedibilità per i suddetti reati non fosse desumibile dall'art. 90 Cost.

Il regime delle immunità costituzionali resterebbe, in ogni caso, strettamente connesso alla pertinente disciplina positiva, senza che l'area dell'irresponsabilità possa essere dilatata facendo leva sulla considerazione complessiva della posizione di un determinato organo nel sistema costituzionale. Nella specie, la circostanza che il Presidente della Repubblica sia il rappresentante dell'unità nazionale non potrebbe essere, dunque, fonte di ulteriori poteri, quale quello di esigere la distruzione delle intercettazioni di tutte le sue telefonate, anche se intrattenute con persone sottoposte a indagine penale.

Sotto altro profilo, sarebbe pacifico che, nell'ordinamento costituzionale italiano, ai fini della tutela della libertà e della segretezza delle comunicazioni, risulti assolutamente irrilevante il relativo contenuto, «quale che ne sia il mittente o il destinatario». Di conseguenza sarebbe altrettanto irrilevante, per le intercettazioni telefoniche, la distinzione tra atti funzionali e non. Ma dall'assunto non discenderebbe, come vorrebbe il ricorrente, che tutte le conversazioni alle quali prenda parte il Presidente della Repubblica, costituendo atti di funzione, godano dell'immunità, e cioè che il Presidente parli sempre e soltanto, anche nelle comunicazioni riservate, come Capo dello Stato. Al contrario, l'intercettazione occasionale – dunque del tutto involontaria e non evitabile – non integrerebbe, in ragione di tali caratteristiche, alcuna lesione delle prerogative presidenziali, quale che sia il contenuto del colloquio.

3.5.– La resistente rimarca, infine, come l'ipotetico accoglimento del ricorso determinerebbe conseguenze di particolare gravità, inconciliabili con le affermazioni delle già citate sentenze n. 390 del 2007, n. 113 e n. 114 del 2010. In particolare, una simile decisione renderebbe illecito «ex se» anche l'ascolto occasionale di una conversazione presidenziale nel contesto di un'intercettazione debitamente autorizzata; impedirebbe al magistrato penale di prendere cognizione del contenuto della comunicazione, anche al solo fine di apprezzare la responsabilità di un altro soggetto, non protetto da alcuna immunità; imporrebbe, infine, l'immediata distruzione delle intercettazioni, in violazione del diritto di difesa del terzo che avesse un interesse contrario alla distruzione. In una simile situazione, i magistrati sarebbero inevitabilmente indotti ad astenersi dal disporre intercettazioni a carico di tutti coloro che, ancorché sottoposti ad indagine penale, potrebbero avere titolo per comunicare direttamente con il Presidente della Repubblica, in ragione di attuali o pregressi rapporti: ciò, peraltro, in aperto con-



trasto con il principio di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.).

4.– In prossimità dell'udienza pubblica, l'Avvocatura generale dello Stato ha depositato una memoria illustrativa, con la quale, anzitutto, ha contestato la fondatezza delle eccezioni di inammissibilità del ricorso formulate dalla Procura palermitana.

4.1.– Quanto all'eccezione di inammissibilità per «impossibilità giuridica del petitum», l'Avvocatura rileva come, nell'atto introduttivo del giudizio, non sia stato affatto ipotizzato che il pubblico ministero debba procedere alla distruzione delle intercettazioni in via diretta, senza passare attraverso il vaglio giurisdizionale. Il ricorso richiama, infatti, il decreto del Capo dello Stato del 16 luglio 2012, recante la determinazione di proporre il conflitto – decreto allegato al ricorso stesso e destinato, dunque, a «fa[re] corpo» con esso – nel quale si lamenta che il pubblico ministero non abbia immediatamente richiesto «al giudice» la distruzione del materiale. Nella motivazione del ricorso, inoltre, la disposizione applicabile alla fattispecie è individuata nell'art. 271 cod. proc. pen., che al comma 3 demanda al giudice, appunto, il compito di disporre la distruzione delle intercettazioni eseguite fuori dei casi previsti dalla legge. Di conseguenza, la formula sintetica utilizzata nelle conclusioni – la richiesta, cioè, di dichiarare che non spetta alla Procura di Palermo omettere l'immediata distruzione del materiale – andrebbe necessariamente intesa nel senso che non spetta alla Procura palermitana omettere quanto in suo potere per ottenere immediatamente dal giudice un provvedimento di distruzione.

Insussistente risulterebbe, di conseguenza, anche l'ulteriore motivo di inammissibilità, legato all'asserita contraddittorietà del petitum rispetto alle ragioni che lo sostengono, dovendo il petitum essere interpretato proprio alla luce di tali ragioni.

4.2.– Nel merito, l'Avvocatura dello Stato ribadisce come il divieto di disporre e utilizzare intercettazioni di comunicazioni del Presidente della Repubblica, ancorché indirette o casuali, discenda dal disposto dell'art. 7, comma 3, della legge n. 219 del 1989 e risulti coerente con la garanzia di assoluta riservatezza di tutte le attività del Capo dello Stato, anche propedeutiche e preparatorie allo svolgimento dei suoi compiti, insita nel ruolo che la Costituzione gli assegna.

La medesima convinzione fu espressa del resto, già nel 1997, dal Ministro di grazia e giustizia in carica, nel rispondere a numerose interpellanze parlamentari relative al solo precedente sostanzialmente analogo al caso in esame, concernente l'intercettazione «indiretta» di un colloquio telefonico dell'allora Presidente della Repubblica Oscar Luigi Scalfaro. Nell'occasione, infatti, il Ministro aveva ipotizzato la sussistenza di un divieto di trascrizione e deposito della registrazione del colloquio, rilevando come la tutela della riservatezza dell'interlocutore occasionale, nel caso in cui si tratti del Capo dello Stato, risulti rafforzata, in ragione del fatto che la libertà di comunicazione e di corrispondenza costituisce «un connotato essenziale dell'esercizio delle funzioni» presidenziali. Il Ministro aveva sostenuto, inoltre, che l'inviolabilità delle comunicazioni del Presidente fosse desumibile, per l'appunto, dall'art. 7 della legge n. 219 del 1989, giacché, «se è previsto che per i reati di attentato alla Costituzione ed alto tradimento l'intercettazione possa essere disposta solo dopo la sospensione dalla carica, a maggior ragione deve prefigurarsi una tutela piena in rapporto ad ipotesi di reati comuni e, a fortiori, rispetto a qualsiasi fatto penalmente irrilevante».

4.3.– L'impossibilità, ampiamente sottolineata in dottrina, di delineare in termini rigidi i compiti del Presidente della Repubblica e di distinguere tra le diverse modalità di esercizio delle sue funzioni – si traducano esse in «atti tipici» o «in attività meramente propedeutiche e preparatorie» – confermerebbe, d'altro canto, che l'esigenza di salvaguardare la libertà e la segretezza delle comunicazioni del Capo dello Stato sussiste anche in confronto alle intercet-

tazioni «indirette o casuali»: e ciò tanto più qualora, come nella fattispecie in esame, dette comunicazioni si siano tradotte in «un contatto assolutamente lecito».

Il Presidente della Repubblica è investito, in effetti, di funzioni che necessitano di una particolare riservatezza «nell'iter della loro preparazione»: basti pensare alle attività inerenti ai rapporti diplomatici (art. 87, ottavo comma, Cost.), ovvero al comando delle forze armate (art. 87, nono comma, Cost.), ovvero ancora a tutte quelle funzioni che, se pure non tassativamente individuabili, gli derivano dalla presidenza del Consiglio superiore della magistratura (art. 104, secondo comma, Cost.) o dalla rappresentanza dell'unità nazionale (art. 87, primo comma, Cost.). Con la conseguenza che, se si permettesse di divulgare il contenuto delle attività preparatorie, si metterebbero a rischio gli interessi – rilevantissimi – alla cui salvaguardia tali funzioni sono preordinate.

Al riguardo, occorrerebbe anche considerare che quella del Presidente della Repubblica è una carica monocratica, «la cui attività ufficiale può quindi essere più facilmente incisa attraverso iniziative giudiziarie che riguardino la persona fisica del titolare e le sue attività».

Nella specie, non verrebbe neppure in rilievo la distinzione tra atti funzionali ed extra-funzionali: ciò a prescindere dal fatto che le conversazioni telefoniche oggetto del conflitto rientrerebbero comunque tra gli atti funzionali, tenuto conto della qualità dei soggetti tra i quali sono intercorse e della sede nella quale sono state poste in essere (trattandosi di conversazioni tutte effettuate tramite il centralino del Quirinale).

4.4.– I risultati delle intercettazioni in questione sarebbero, di conseguenza, assolutamente inutilizzabili ai sensi del comma 1 dell'art. 271 cod. proc. pen., trattandosi di captazioni eseguite «fuori dei casi consentiti dalla legge». Infatti, il codice di procedura penale considera legittime le intercettazioni non già quando manchi un divieto di eseguirle, ma solo quando vi sia una norma che espressamente le consenta. Una simile previsione non potrebbe essere certamente rinvenuta, quanto al Presidente della Repubblica, nell'art. 7 della legge n. 219 del 1989. Detta disposizione, anzi, dopo aver regolato l'ipotesi dell'intercettazione «diretta», stabilisce che «in ogni caso» il Comitato parlamentare per i giudizi di accusa può autorizzare le intercettazioni solo dopo che il Presidente sia stato sospeso dalla carica. Da ciò si dedurrebbe che, «mentre la parte assertiva della prescrizione è espressamente dedicata alle sole intercettazioni dirette (consentendone, in determinati casi, lo svolgimento e l'utilizzazione), diversamente i limiti introdotti dalla stessa norma sono applicabili “in ogni caso”, quindi, anche nella diversa ipotesi di intercettazioni indirette».

Significativa sarebbe, altresì, la circostanza che l'art. 205, comma 3, cod. proc. pen., nel prevedere che possa essere disposta la comparizione in giudizio dei testimoni che rivestono alte cariche dello Stato allorché essa appaia indispensabile per eseguire un confronto, sottragga a tale disposizione il Presidente della Repubblica. Sarebbe, dunque, «del tutto anomalo consentire che la voce del Presidente, non sottoponibile al confronto con le modalità che la legge prescrive per la testimonianza dei testi, possa essere stata captata indirettamente o casualmente [...] e successivamente utilizzata nel corso dell'attività investigativa».

4.5.– L'assoluta inutilizzabilità delle intercettazioni qui considerate imporrebbe di procedere alla loro distruzione immediata, senza alcuna valutazione circa la loro eventuale rilevanza processuale.

In senso contrario, non varrebbe far leva sulla “involontarietà” e sulla “inevitabilità iniziale” delle intercettazioni telefoniche che, disposte nei confronti di un terzo, solo accidentalmente coinvolgano il Presidente della Repubblica. In assenza di una norma che espressamente consenta la captazione dei colloqui presidenziali, infatti, l'attività di intercet-

tazione avrebbe dovuto essere interrotta dalla Procura palermitana non appena accertata la qualità soggettiva dell'interlocutore. In ogni caso, se pure si ritenesse che la registrazione casuale dei colloqui non abbia determinato «ex se» una lesione delle prerogative presidenziali, tale lesione sarebbe senz'altro rinvenibile nella loro conservazione tra gli atti del procedimento e, soprattutto, nella pretesa di subordinarne la distruzione alla preventiva valutazione, in un'udienza camerale aperta al contraddittorio tra le parti, della eventuale rilevanza ai fini del processo, secondo quanto previsto dall'art. 268 cod. proc. pen.: procedura che avrebbe l'effetto di rendere conoscibile e divulgabile il contenuto delle conversazioni stesse. A smentire il contrario assunto della Procura palermitana, basterebbe por mente all'ipotesi in cui tali conversazioni abbiano ad oggetto delicate questioni di sicurezza o di politica estera o di difesa nazionale, le quali – ove fosse valida la tesi della controparte – sarebbero «esposte in modo del tutto casuale e, quindi, irrazionale al pubblico».

Nessun argomento a conforto della tesi dell'inapplicabilità dell'art. 271 cod. proc. pen. alle intercettazioni «indirette e casuali» del Presidente della Repubblica potrebbe essere tratto, inoltre, dalla sentenza n. 390 del 2007 della Corte costituzionale, in tema di intercettazioni di conversazioni dei membri del Parlamento – pure invocata dalla controparte – trattandosi di pronuncia attinente all'art. 6 della legge n. 140 del 2003: norma, questa, da ritenere inapplicabile al Capo dello Stato.

4.6.– Non sarebbe condivisibile neppure l'ulteriore assunto della Procura di Palermo, stando al quale la garanzia del contraddittorio risulterebbe indefettibile anche nell'ambito della procedura regolata dall'art. 271, comma 3, cod. proc. pen. La sentenza della Corte costituzionale n. 463 del 1994 – richiamata a sostegno dell'assunto – attiene infatti, esclusivamente, all'ipotesi della distruzione delle intercettazioni a tutela della riservatezza, disposta in udienza camerale su istanza dei privati interessati ai sensi dell'art. 269, comma 2, cod. proc. pen.: fattispecie ben diversa da quella, qui in rilievo, della distruzione di intercettazioni eseguite in violazione di un divieto di legge (e, segnatamente, «di legge di attuazione costituzionale»).

Né, al fine di omologare le due ipotesi, gioverebbe fare appello all'esigenza di non disperdere una eventuale prova di non colpevolezza. La stessa Procura di Palermo ha ritenuto, infatti, che le intercettazioni oggetto del conflitto siano irrilevanti e che non costituiscano corpo di reato. Inoltre, la relativa documentazione non è stata riversata nel fascicolo relativo al nuovo procedimento n. 11719/12 – nell'ambito del quale è stato chiesto il rinvio a giudizio, tra gli altri, del sen. Mancino – ma è stata lasciata nel fascicolo originario: circostanza, questa, che attesterebbe la totale irrilevanza dei colloqui anche ai fini della prova dell'innocenza degli imputati, secondo la valutazione effettuata dagli stessi magistrati della Procura.

4.7.– Puntualizzando le conclusioni già formulate nell'atto introduttivo del giudizio, il ricorrente chiede, quindi, che la Corte costituzionale dichiari «che non spetta alla Procura della Repubblica presso il Tribunale Ordinario di Palermo di omettere di interrompere l'effettuazione delle intercettazioni casuali del Presidente della Repubblica»; e che, comunque, non spetta ad essa «di omettere, una volta acquisite le predette intercettazioni, di richiederne al Giudice l'immediata distruzione né [...] valutarne la (ir)rilevanza offrendole all'udienza stralcio di cui all'art. 268 c.p.p.».

5.– Anche la Procura della Repubblica di Palermo ha depositato una memoria illustrativa, con la quale ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso sotto due ulteriori profili.

5.1.– In primo luogo, il conflitto sarebbe stato sollevato a fronte del mero intento, espresso nella nota del Procuratore della Repubblica del 6 luglio 2012, di procedere alla distruzione delle intercettazioni «con l'osservanza delle formalità di legge». L'iniziativa presi-

denziale mirerebbe, in particolare, a contrastare la preconizzata scelta del rito camerale previsto dall'art. 268 cod. proc. pen. – ritenuta insita nel riferimento alle «formalità di legge» – in luogo di quella regolata dall'art. 271 cod. proc. pen., unica in assunto idonea a salvaguardare le prerogative del ricorrente. In questo modo, il ricorso verrebbe a focalizzarsi su una questione inerente all'interpretazione e all'applicazione delle regole processuali, censurando, in sostanza, un presunto errore in procedendo nell'esercizio della funzione giudiziaria: materia che – alla luce della giurisprudenza costituzionale – non potrebbe costituire oggetto di un conflitto di attribuzione.

In secondo luogo, il conflitto sarebbe stato sollevato prematuramente, non essendo una mera manifestazione d'intenti idonea a produrre alcuna lesione attuale e concreta di attribuzioni costituzionali. La menomazione denunciata potrebbe, in realtà, configurarsi solo in presenza di un atto del giudice – unico soggetto a ciò legittimato – che esprimesse in modo inequivoco la volontà di non procedere alla distruzione delle intercettazioni: prospettiva nella quale, peraltro, il ricorso dovrebbe essere proposto nei confronti dell'autorità giudiziaria giudicante, e non già di quella requirente.

5.2.– La resistente rimarca, per altro verso, come le attribuzioni costituzionali dei poteri dello Stato, rilevanti nell'ambito dei giudizi per conflitto, non siano configurate esclusivamente da norme costituzionali, ma anche da norme di rango inferiore che integrano i relativi parametri, fondando le competenze degli organi confliggenti. Di tale principio, del resto, avrebbe fatto applicazione anche il ricorrente, evocando a fondamento del ricorso, a fianco dell'art. 90 Cost., l'art. 7, comma 3, della legge n. 219 del 1989.

Sul versante della resistente Procura della Repubblica, la fattispecie oggetto del giudizio resterebbe regolata dall'art. 112 Cost.: non esisterebbe, però, una norma di rango ordinario che – coniugandosi con quella dell'art. 101, secondo comma, Cost. – attribuisca al pubblico ministero il potere di disporre in via diretta la distruzione delle intercettazioni, ancorché inutilizzabili (norma che risulterebbe oltretutto lesiva del principio del contraddittorio). Profilo per il quale il ricorso sarebbe – oltre che inammissibile «per impossibilità giuridica del *petitum*», secondo quanto già eccepito in sede di costituzione in giudizio – anche infondato nel merito.

5.3.– La correttezza dell'operato della Procura troverebbe, d'altra parte, una significativa conferma nelle risultanze del dibattito svoltosi in Senato il 7 marzo 1997, in relazione alle interpellanze concernenti l'analogo caso dell'intercettazione occasionale di una conversazione telefonica del Presidente Scalfaro. Contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, tale dibattito – pur facendo emergere delle «perplexità giuridiche», legate soprattutto all'avvenuta pubblicazione dei contenuti della conversazione su un quotidiano – non evidenziò affatto la convinzione che le norme vigenti fossero state violate dalla Procura della Repubblica che allora procedeva. Fatta eccezione per l'ex Presidente Cossiga (il quale sostenne che non fosse necessario l'intervento del legislatore per evitare il ripetersi di fatti analoghi), tutti gli altri interpellanti non avrebbero, infatti, mosso alcun «preciso appunto» alla Procura. A sua volta, il Ministro di grazia e giustizia del tempo – pur stigmatizzando l'accaduto «a livello di principi» – sottolineò con forza l'esigenza di un intervento normativo chiarificatore, escludendo che si fosse dato luogo, con il deposito degli atti secondo la procedura ordinaria, a macroscopiche violazioni di legge o ad interpretazioni abnormi da parte dei magistrati.

Tale precedente confermerebbe che nessuna norma di legge e nessuna prassi costituzionale vietavano e vietano l'intercettazione accidentale delle comunicazioni del Presidente della Repubblica, tanto che l'interessato (on. Scalfaro) non sollevò, nella circostanza, alcun conflitto (al pari, d'altronde, dello stesso Presidente Napolitano, nelle due precedenti occasioni in cui

sono state captate accidentalmente sue comunicazioni telefoniche).

5.4.– La difesa della resistente ribadisce poi che, per le ragioni già addotte nella memoria di costituzione, l'irresponsabilità del Presidente della Repubblica per gli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, sancita dall'art. 90 Cost., e la correlata impossibilità di ricorrere, in rapporto ad essi, agli ordinari strumenti investigativi, non possono essere in alcun modo estese agli atti extrafunzionali, neppure facendo leva sull'*argumentum a fortiori*.

Il carattere «pacificamente eccezionale» dell'immunità in parola ne imporrebbe, infatti, una interpretazione restrittiva, tale da escludere la praticabilità tanto dell'analogia iuris che dell'analogia legis: ciò, a maggior ragione, considerando che la ratio sottesa al riconoscimento dell'irresponsabilità per gli atti funzionali non sarebbe riscontrabile con riguardo ai comportamenti estranei all'esercizio della funzione. Solo la prima, infatti, sarebbe necessaria per garantire il libero svolgimento dei compiti istituzionali, connettendosi strettamente alla irresponsabilità politica del Capo dello Stato, che dell'immunità giuridica rappresenterebbe «allo stesso tempo il fondamento costitutivo ed il limite insuperabile».

Non potrebbe quindi essere accolta, in questa prospettiva, la tesi dell'Avvocatura dello Stato, secondo la quale «il perseguimento delle finalità costituzionali caratterizz[erebbe] l'attività, sia formalizzata sia non formalizzata, del Presidente della Repubblica», ponendola così indistintamente – in quanto connotata in senso funzionale – sotto il cono protettivo dell'art. 90 Cost. Tale tesi, nella misura in cui risulti volta a suffragare l'assunto che le conversazioni telefoniche del Capo dello Stato sarebbero sempre effettuate nell'esercizio delle funzioni presidenziali, ai sensi e per gli effetti dell'art. 90 Cost., risulterebbe, per giunta, inconferente ai fini del presente giudizio, non essendo mai stata ipotizzata dai magistrati di Palermo una eventuale responsabilità penale del Presidente.

La distinzione tra atti funzionali ed extrafunzionali, d'altra parte, verrebbe in rilievo solo quando ci si muova sul piano sostanziale della responsabilità da atto illecito; non anche quando si discuta delle garanzie del Capo dello Stato di fronte ad attività investigative – e, in particolare, ad intercettazioni telefoniche – aventi come bersaglio un terzo soggetto, nelle quali egli si trovi accidentalmente coinvolto.

Con riguardo a tale ipotesi, la disciplina costituzionale applicabile sarebbe determinata esclusivamente dalla «direzione delle indagini». Nella specie, il mezzo investigativo è stato disposto nei confronti di «un comune cittadino» (ancorché ex senatore ed ex ministro), con conseguente operatività della sola tutela della libertà e segretezza delle comunicazioni offerta alla generalità dei consociati dall'art. 15 Cost.: conclusione che non muterebbe per il solo fatto che l'interlocutore dell'indagato si identifichi nel Capo dello Stato, analogamente a quanto già affermato dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 390 del 2007, n. 113 e n. 114 del 2010, in riferimento alle intercettazioni casuali di conversazioni di membri del Parlamento.

Tra l'immunità presidenziale riguardo alle intercettazioni telefoniche prevista dall'art. 7, comma 3, della legge n. 219 del 1989 e quella riconosciuta ai parlamentari dall'art. 68 Cost., d'altronde, non vi sarebbe, sul piano degli obiettivi di tutela, la distinzione ipotizzata dall'Avvocatura dello Stato. Anche la seconda sarebbe, infatti, destinata a proteggere il libero esercizio della funzione (nella specie, quella parlamentare) e non già la mera «privacy» delle singole persone appartenenti all'istituzione.

L'impossibilità di assoggettare le intercettazioni occasionali al regime valevole per le intercettazioni dirette deriverebbe, inoltre, dalla differenza «strutturale», e non già meramente «giuridica», tra le due ipotesi, imponendosi, di conseguenza, anche in rapporto al Capo dello Stato. Nel caso delle intercettazioni casuali, infatti, la captazione dei colloqui del soggetto

immune non consegue a una scelta volontaria degli organi inquirenti, con la conseguenza che «in essa non gioca alcun ruolo lo status, più o meno privilegiato, dell'interlocutore».

5.5.– Un «surplus di garanzia» per la riservatezza delle comunicazioni del Presidente della Repubblica, che implichi il divieto delle intercettazioni occasionali e l'inutilizzabilità assoluta dei risultati di quelle eseguite, non potrebbe essere desunto neppure dalla qualità delle funzioni assegnate dalla Costituzione al Capo dello Stato.

Una volta, infatti, che la garanzia venga collegata all'esercizio di funzioni costituzionali, non si comprenderebbe perché essa non debba caratterizzare anche lo «status» di altri organi, a cominciare dal Presidente del Consiglio dei ministri e dai singoli ministri, i quali sarebbero dotati di poteri addirittura più importanti, «dal punto di vista operativo», di quelli del Capo dello Stato. L'eventuale dilatazione dell'immunità avrebbe, peraltro, l'effetto di amplificare enormemente le conseguenze pregiudizievoli per la giustizia penale già evidenziate dalla resistente nell'atto di costituzione in giudizio.

5.6.– La Procura di Palermo, infine, ritiene di dover ribadire come la natura casuale delle intercettazioni dei colloqui presidenziali che hanno originato il conflitto – peraltro riconosciuta dallo stesso ricorrente – non possa essere oggettivamente messa in discussione.

In aggiunta a quanto già evidenziato nella memoria di costituzione – in particolare, riguardo al numero «infinitesimale» delle telefonate intercorse tra l'indagato e il Presidente rispetto al totale di quelle intercettate – si mette in rilievo come la Procura si sia astenuta dal richiedere la proroga delle intercettazioni condotte riguardo ad alcune delle utenze in uso al sen. Mancino, sebbene già due colloqui con il Capo dello Stato fossero stati intercettati. Non ricorrerebbe inoltre, nella specie, alcuno degli “indici rivelatori” che – alla luce delle indicazioni fornite dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 390 del 2007, n. 113 e n. 114 del 2010, recepite anche dalla giurisprudenza ordinaria – potrebbero evidenziare un carattere mirato del controllo. Le informazioni disponibili circa la natura dei rapporti tra il sen. Mancino e il Presidente della Repubblica non lasciavano presagire che i colloqui tra loro sarebbero stati frequenti – come, in effetti, non sono stati – essendo da tempo il sen. Mancino privo di «qualsiasi carica pubblica». Nel contempo, mancava e manca qualunque elemento idoneo a suggerire il sospetto di un coinvolgimento del Presidente della Repubblica nei fatti oggetto di investigazione.

5.7.– Ciò posto, l'assunto del ricorrente, in base al quale le intercettazioni in questione dovrebbero essere immediatamente distrutte in quanto «assolutamente vietate», si scontrerebbe con la già rimarcata impossibilità logica che un fatto fortuito – derivato, cioè, da una catena causale non dominabile dal destinatario del precetto – costituisca oggetto di un divieto normativo. L'ordinamento potrebbe disciplinare, semmai, le conseguenze di una intercettazione casuale, in particolare sancendone l'inutilizzabilità: ma, a tal fine, occorrerebbe una previsione espressa, nella specie inesistente.

La resistente, dunque, avrebbe agito secondo diritto valutando la irrilevanza delle comunicazioni captate ed omettendone la distruzione, che spetterebbe esclusivamente al giudice disporre secondo quanto previsto dall'art. 269, comma 2, cod. proc. pen. Dal che dovrebbe conclusivamente discendere il rigetto del ricorso, sempreché non ne venga previamente riconosciuta l'inammissibilità.

#### *Considerato in diritto*

1.– Il Presidente della Repubblica ha sollevato conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, «per violazione degli articoli 90 e 3 della Costituzione e delle disposizioni di legge or-

dinaria che ne costituiscono attuazione» – segnatamente, l'art. 7 della legge 5 giugno 1989, n. 219 (Nuove norme in tema di reati ministeriali e di reati previsti dall'articolo 90 della Costituzione), «anche con riferimento all'art. 271 del codice di procedura penale» – nei confronti del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo, in relazione all'attività di intercettazione telefonica, svolta riguardo alle utenze di persona diversa nell'ambito di un procedimento penale pendente a Palermo, nel corso della quale sono state captate conversazioni intrattenute dallo stesso Presidente della Repubblica.

2.– Giova preliminarmente riepilogare, nei suoi termini essenziali, la vicenda che ha dato origine al conflitto, quale emerge dalle deduzioni e dalle produzioni documentali delle parti.

Le intercettazioni per le quali si controverte sono state effettuate su utenze telefoniche in uso al senatore – non più in carica – Nicola Mancino, sottoposto ad indagini, assieme a numerose altre persone, nell'ambito del procedimento penale n. 11609/08, concernente la cosiddetta “trattativa” tra Stato e mafia negli anni tra il 1992 e il 1994, in rapporto alla quale è stato ipotizzato il reato di violenza o minaccia aggravata ad un Corpo politico, amministrativo o giudiziario.

Nel periodo compreso tra il 7 novembre 2011 e il 9 maggio 2012, in particolare, sono state intercettate sulle utenze in uso al sen. Mancino, in forza di due distinti decreti di autorizzazione (e di successive proroghe per il secondo tra essi), 9.295 telefonate, quattro delle quali, della complessiva durata di diciotto minuti, hanno avuto come interlocutore il Capo dello Stato: le prime due effettuate ad iniziativa della persona sottoposta alle indagini, le altre su chiamata del Presidente.

Alla luce delle risultanze investigative, la Procura di Palermo ha deciso di esercitare l'azione penale solo nei confronti di alcuni degli indagati e per alcune delle incolpazioni, e di proseguire le indagini quanto agli altri indagati ed alle residue ipotesi di reato, con riserva di ulteriori valutazioni. Il 1° giugno 2012, di conseguenza, è stata disposta la separazione del procedimento relativo ai soggetti per i quali si è stabilito di esercitare l'azione penale, tra i quali il sen. Mancino.

Nel fascicolo relativo al procedimento separato – che ha preso il n. 117919/02 e in relazione al quale è stata formulata richiesta di rinvio a giudizio degli imputati, con conseguente fissazione dell'udienza preliminare – la Procura ha inserito le sole intercettazioni ritenute utili per l'instaurando giudizio, non comprendendovi i colloqui cui ha preso parte il Capo dello Stato. Pertanto la documentazione concernente tali colloqui, rimasta nel fascicolo del procedimento originario n. 11609/08, non ha sinora formato oggetto di deposito, idoneo a renderla conoscibile alle parti processuali.

Alla stregua di quanto dedotto nell'atto introduttivo del giudizio, la Presidenza della Repubblica ha appreso dell'avvenuta registrazione a seguito di un'intervista rilasciata al quotidiano «La Repubblica» dal sostituto Procuratore dott. Antonino Di Matteo, pubblicata il 22 giugno 2012. Nell'occasione, rispondendo a una domanda che introduceva il tema, l'intervistato aveva affermato che «negli atti depositati non c'è traccia di conversazioni del Capo dello Stato e questo significa che non sono minimamente rilevanti», aggiungendo poi – in risposta all'ulteriore domanda se ciò prelude alla loro distruzione – che la Procura palermitana avrebbe applicato «la legge in vigore»: «quelle che dovranno essere distrutte con l'instaurazione di un procedimento davanti al [Giudice per le indagini preliminari] saranno distrutte, quelle che riguardano altri fatti da sviluppare saranno utilizzate in altri procedimenti».

Con nota del 27 giugno 2012, l'Avvocato generale dello Stato, su mandato della Presidenza, ha quindi chiesto al Procuratore della Repubblica di Palermo «una conferma o una

smentita» di quanto sembrava emergere da tali dichiarazioni: ossia «che sarebbero state intercettate conversazioni telefoniche del Presidente della Repubblica, allo stato considerate irrilevanti ma che la Procura di Palermo si [sarebbe riservata] di utilizzare».

In risposta all'interpello, il Procuratore della Repubblica, con nota del 6 luglio 2012 – allegando una missiva del dott. Di Matteo del giorno precedente – ha comunicato che la Procura di Palermo, «avendo già valutato come irrilevante ai fini del procedimento qualsivoglia eventuale comunicazione telefonica in atti diretta al Capo dello Stato, non ne prevede[va] alcuna utilizzazione investigativa o processuale, ma esclusivamente la distruzione da effettuare con l'osservanza delle formalità di legge».

Con successiva nota, diffusa da agenzie di stampa il 9 luglio 2012, il dott. Messineo ha ulteriormente affermato che «nell'ordinamento attuale nessuna norma prescrive o anche soltanto autorizza l'immediata cessazione dell'ascolto e della registrazione, quando, nel corso di una intercettazione telefonica legittimamente autorizzata, venga casualmente ascoltata una conversazione fra il soggetto sottoposto ad intercettazione ed altra persona nei cui confronti non poteva essere disposta alcuna intercettazione»; aggiungendo che, «in tali casi, alla successiva distruzione della conversazione legittimamente ascoltata e registrata si procede esclusivamente, previa valutazione della irrilevanza della conversazione stessa ai fini del procedimento e con la autorizzazione del Giudice per le indagini preliminari, sentite le parti». Da ultimo, in una lettera diretta al quotidiano «La Repubblica», pubblicata l'11 luglio 2012, il Procuratore della Repubblica ha ribadito che «la procedura di distruzione delle intercettazioni ritenute non rilevanti» sarebbe stata «attivata nei modi e nei termini di legge».

3.– Ad avviso del ricorrente, la tesi espressa dalla Procura palermitana non sarebbe divisibile, dovendosi ritenere, al contrario, che le intercettazioni, anche indirette o casuali, di conversazioni del Capo dello Stato siano radicalmente vietate dalla legge.

Tale divieto risulterebbe insito nella garanzia dell'irresponsabilità per gli atti compiuti nell'esercizio delle funzioni (salvi i casi di alto tradimento e attentato alla Costituzione), assicurata al Presidente della Repubblica dall'art. 90 Cost. in vista dell'espletamento degli altissimi compiti di cui è investito, e troverebbe conferma nell'interpretazione sistematica delle norme di legge ordinaria intese a dare attuazione a detta garanzia.

L'art. 7, comma 3, della legge n. 219 del 1989 vieta infatti, in modo assoluto, di disporre intercettazioni telefoniche nei confronti del Presidente della Repubblica, se non dopo che la Corte costituzionale ne abbia disposto la sospensione dalla carica (nel qual caso, competente a disporle è solo il Comitato parlamentare per i giudizi d'accusa). Il divieto è sancito in rapporto ai reati per i quali, in base all'art. 90 Cost., il Presidente può essere messo in stato di accusa, e con riguardo alle intercettazioni «dirette» delle sue comunicazioni. La preclusione dovrebbe ritenersi, tuttavia, logicamente estesa, per un verso, anche alle intercettazioni «indirette» o «casuali», egualmente idonee a ledere la sfera di immunità del Capo dello Stato, e, per altro verso, anche ai procedimenti aventi ad oggetto altre ipotesi di reato che coinvolgano il Presidente. A maggior ragione, poi, dovrebbe ritenersi inammissibile l'utilizzazione di conversazioni del Capo dello Stato occasionalmente intercettate nell'ambito di indagini concernenti reati addebitabili a diversi soggetti, come quelle che hanno originato l'odierno conflitto.

Alle intercettazioni indicate da ultimo non sarebbe applicabile neppure la disciplina dettata dall'art. 6 della legge 20 giugno 2003, n. 140 (Disposizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato), avuto riguardo alla captazione casuale di conversazioni o comunicazioni di membri del Parlamento, non essendo la posizione del Capo dello Stato assimilabile a quella del parlamentare.



Di conseguenza, le registrazioni di cui si discute non potrebbero essere in alcun modo valutate, utilizzate o trascritte, e se ne dovrebbe piuttosto chiedere al giudice l'immediata distruzione ai sensi dell'art. 271 cod. proc. pen., in quanto eseguite «fuori dei casi consentiti dalla legge».

Su queste premesse, il ricorrente ritiene che la Procura della Repubblica di Palermo abbia menomato, sotto più profili, le proprie prerogative costituzionali, facendo un uso non corretto dei suoi poteri. Dette prerogative risulterebbero lese, in specie, dall'avvenuta registrazione dei colloqui; dalla permanenza della relativa documentazione tra gli atti del procedimento; dal fatto che ne sia stata valutata la rilevanza ai fini di una eventuale utilizzazione investigativa o processuale e, soprattutto, dal manifestato intento della Procura di attivare un'udienza secondo le modalità indicate dall'art. 268 cod. proc. pen., per ottenerne l'acquisizione o la distruzione: procedura che – anche in ragione dell'instaurazione di un contraddittorio sul punto – aggraverebbe gli effetti lesivi delle precedenti condotte, rendendoli definitivi.

Con l'atto introduttivo del giudizio, il ricorrente ha chiesto, pertanto, alla Corte di dichiarare che non spetta alla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo «omettere l'immediata distruzione delle intercettazioni telefoniche casuali di conversazioni del Presidente della Repubblica», delle quali si discute, né valutarne la «(ir)rilevanza», offrendole all'«udienza stralcio» disciplinata dall'art. 268 cod. proc. pen.

4.– Va confermata, anzitutto, l'ammissibilità del conflitto – già dichiarata da questa Corte, in sede di prima e sommaria deliberazione, con l'ordinanza n. 218 del 2012 – sussistendo i presupposti soggettivi e oggettivi.

Con riguardo all'aspetto soggettivo, la natura di potere dello Stato e la conseguente legittimazione del Presidente della Repubblica ad avvalersi dello strumento del conflitto a tutela delle proprie attribuzioni costituzionali sono pacifiche nella giurisprudenza di questa Corte (sentenze n. 200 del 2006 e n. 129 del 1981, ordinanza n. 354 del 2005). Si tratta, infatti, di organo titolare di un complesso di attribuzioni, non inquadrabili nella tradizionale tripartizione dei poteri dello Stato ed esercitabili in posizione di piena indipendenza e autonomia, costituzionalmente garantita (ordinanza n. 150 del 1980).

Eguale costante è la giurisprudenza della Corte nel riconoscere la natura di potere dello Stato al pubblico ministero. Gli organi inquirenti sono infatti investiti dell'attribuzione, essa pure costituzionalmente garantita, inerente all'esercizio obbligatorio dell'azione penale (art. 112 Cost.), cui si connette la titolarità diretta ed esclusiva delle indagini ad esso finalizzate (tra le molte, sentenze n. 88 e n. 87 del 2012, ordinanze n. 241 e n. 104 del 2011). A fronte del riparto di detta attribuzione fra i diversi uffici giudiziari territorialmente e funzionalmente competenti, ma, al tempo stesso, della organizzazione gerarchica interna ai singoli uffici, quello requirente si presenta come un potere «parzialmente diffuso»: legittimato ad agire e a resistere nei giudizi per conflitto di attribuzione è il capo dell'ufficio interessato – in particolare, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale – in quanto competente a dichiarare definitivamente, nell'assolvimento della ricordata funzione, la volontà del potere cui appartiene (ordinanza n. 60 del 1999).

Riguardo, poi, al profilo oggettivo, il ricorso è proposto a salvaguardia di prerogative del Presidente della Repubblica che si deducono insite nella garanzia dell'immunità prevista dall'art. 90 Cost., in correlazione alle altre norme costituzionali che definiscono il ruolo e le funzioni del Capo dello Stato (il richiamo all'art. 3 Cost. è puramente collaterale), nonché nelle disposizioni di legge ordinaria collegate a detta garanzia, a fronte di lesioni in assunto realizzate o prefigurate dalla Procura di Palermo nello svolgimento dei propri compiti.

5.– Risulta d'altra parte infondata l'eccezione di inammissibilità, formulata dalla difesa della Procura resistente nella propria memoria illustrativa, riguardo ad un preteso carattere "premature" del conflitto, che si assume volto a censurare una semplice "manifestazione d'intenti", in carenza di una lesione attuale e concreta. Il riferimento concerne segnatamente l'intenzione della Procura palermitana – espressa nella nota del 6 luglio 2012, in risposta all'interpello dell'Avvocato generale dello Stato – di procedere alla distruzione delle intercettazioni di cui si discute «con l'osservanza delle formalità di legge»: formula che il ricorrente – anche alla luce di quanto affermato nella successiva nota del Procuratore della Repubblica del 9 luglio 2012, diffusa a mezzo di agenzie di stampa – considera evocativa della procedura disciplinata dall'art. 268, commi 4 e seguenti, cod. proc. pen.

Va rilevato, in via preliminare, che l'eccezione non copre nella loro interezza i contenuti del ricorso, il quale investe anche comportamenti già tenuti dalla Procura palermitana, come ad esempio la compiuta valutazione di rilevanza delle comunicazioni intercettate.

Quanto agli adempimenti non ancora posti in essere, costituisce in effetti affermazione ripetuta, nella giurisprudenza costituzionale, che la Corte, «come regolatrice dei conflitti, è chiamata a giudicare su conflitti non astratti e ipotetici, ma attuali e concreti» (sentenza n. 106 del 2009, ordinanza n. 404 del 2005). Ciò in applicazione del generale principio per cui non è consentito chiedere al giudice che sia accertato un proprio diritto (in questo caso: una attribuzione) se non quando quel diritto (quella attribuzione) è lesa o minacciato. Proprio in tale prospettiva, peraltro, questa Corte ha ritenuto sufficiente, ai fini della configurabilità dell'interesse a ricorrere, anche la sola minaccia di lesione, purché attuale e concreta, e non meramente congetturale. Il conflitto di attribuzione è inammissibile quando si verta in una situazione di contrasto solo ipotetica, ossia quando il conflitto venga proposto «senza che siano sorte in concreto contestazioni relative alla "delimitazione della sfera di attribuzioni determinata per i vari poteri da norme costituzionali"» (ordinanza n. 84 del 1978), non potendo la Corte essere adita «a scopo meramente consultivo»; tuttavia, ai fini dell'ammissibilità dei conflitti di attribuzione, è richiesto solo «l'interesse ad agire, la cui sussistenza è necessaria e sufficiente a conferire al conflitto gli indispensabili caratteri della concretezza e dell'attualità» (sentenze n. 379 del 1996 e n. 420 del 1995).

In quest'ordine d'idee, si è quindi ritenuto – avendo riguardo ai conflitti di attribuzione tra enti, ma con affermazione senz'altro estensibile ai conflitti interorganici – che costituisce atto idoneo ad innescare un conflitto «qualsiasi comportamento significante», dotato di rilevanza esterna, anche se preparatorio o non definitivo, che appaia comunque diretto «ad esprimere in modo chiaro ed inequivoco la pretesa di esercitare una data competenza, il cui svolgimento possa determinare una invasione nella altrui sfera di attribuzioni o, comunque, una menomazione altrettanto attuale della possibilità di esercizio della medesima» (tra le molte, sentenze n. 332 del 2011, n. 235 del 2007 e n. 382 del 2006).

Nel caso in esame, benché negli atti a firma del Procuratore della Repubblica di Palermo allegati al ricorso non vengano richiamate in modo espresso né la procedura di cui all'art. 268, commi 4 e seguenti, né quella di cui all'art. 269, comma 2, cod. proc. pen., risulta incontestabile – e le difese svolte dalla resistente nell'odierno giudizio ne costituiscono eloquente riprova – che, alla luce del *modus operandi* seguito dalla Procura, la distruzione delle intercettazioni dovrebbe passare attraverso le procedure suindicate, e non già tramite quella delineata dall'art. 271 cod. proc. pen., la cui applicazione è invece pretesa dal ricorrente (sul presupposto che si tratti di procedura "non partecipata"). La Procura fa conseguire, infatti, la "prognosi" di distruzione del materiale dall'avvenuta valutazione della sua irrilevanza ai fini

del procedimento – valutazione destinata, per affermazione della Procura stessa, ad essere sottoposta alla verifica del giudice nel contraddittorio fra le parti, le quali potrebbero essere latrici di differenti apprezzamenti – e non già dalla inutilizzabilità dei colloqui intercettati, in quanto acquisiti *contra legem*.

Il comportamento della Procura, in conclusione, risulta inequivocamente espressivo della rivendicazione del potere-dovere di attivare la procedura di selezione prevista dall'art. 268, all'esito della quale soltanto potrebbe essere disposta, ai sensi dell'art. 269, comma 2, cod. proc. pen. – ma esclusivamente su istanza degli «interessati» (ossia, nella specie, dello stesso Presidente della Repubblica) e passando attraverso una ulteriore udienza camerale – la distruzione del materiale in questione «a tutela della riservatezza».

In tale contesto, appare evidente come non possa essere condiviso l'assunto della resistente, secondo il quale il Presidente della Repubblica dovrebbe attendere, prima di sollevare il conflitto, la decisione del giudice che eventualmente neghi la distruzione del materiale (e, di conseguenza, proporre il conflitto stesso contro l'autorità giudicante, anziché contro quella inquirente). Il *vulnus* paventato dal ricorrente non si connette, infatti, solo all'eventualità che, a seguito delle indicazioni delle parti private, il giudice vada in contrario avviso rispetto alla Procura sul punto della irrilevanza delle conversazioni e ne disponga, quindi, l'acquisizione in vista di una loro utilizzazione processuale. La lesione temuta – e che l'odierno conflitto mira a scongiurare – si connette anche, e prima di tutto, alla rivelazione del contenuto dei colloqui presidenziali ad ulteriori soggetti (e, in particolare, a soggetti privati, quali i difensori delle parti) che inevitabilmente deriverebbe dal ricorso alle procedure di cui agli artt. 268 e 269 cod. proc. pen., con il conseguente rischio di una loro generale propalazione. Per questo aspetto, la reazione successiva al provvedimento del giudice risulterebbe, nella prospettiva del ricorrente, chiaramente tardiva, essendosi la lesione ormai irrimediabilmente prodotta.

6.– Parimenti infondata è l'altra eccezione di inammissibilità, essa pure formulata dalla resistente nella memoria illustrativa, in base alla quale il ricorrente si sarebbe impropriamente avvalso dello strumento del conflitto di attribuzione per censurare un mero errore in procedendo da parte dell'autorità giudiziaria – quello in ipotesi derivante dal (preconizzato) ricorso ad una certa procedura anziché ad un'altra, al fine di pervenire alla distruzione del materiale – ponendo, di conseguenza, una questione che attiene esclusivamente all'interpretazione e all'applicazione delle norme processuali.

A suffragio di tale eccezione, la difesa della Procura palermitana evoca la giurisprudenza di questa Corte in ordine ai limiti di ammissibilità dei conflitti di attribuzione nei confronti di atti giurisdizionali: giurisprudenza secondo la quale il conflitto non può essere utilizzato per sindacare semplicemente presunti *errores in iudicando* o in procedendo nell'esercizio della funzione giudiziaria, col risultato di trasformarlo in un improprio mezzo di impugnazione.

Al riguardo, va anzitutto osservato che nel presente caso non si discute di atti giurisdizionali, non venendo in considerazione alcun provvedimento del giudice, ma solo attività giudiziarie poste in essere dall'organo inquirente.

Ad ogni modo, l'orientamento della giurisprudenza costituzionale richiamato dalla stessa Procura palermitana è nel senso che gli atti giurisdizionali sono suscettibili di essere posti a base di un conflitto di attribuzione, tanto interorganico che intersoggettivo, quando sia contestata radicalmente la riconducibilità dell'atto che determina il conflitto alla funzione giurisdizionale, ovvero quando sia messa in discussione l'esistenza stessa del potere giurisdizionale nei confronti del soggetto ricorrente, o, più in generale, si lamenti il superamento dei limiti, diversi dal generale vincolo (anche costituzionale) di soggezione del giudice alla legge, che

detta funzione incontra nell'ordinamento a garanzia di altre attribuzioni costituzionali (in materia di conflitto tra poteri, sentenza n. 359 del 1999, ordinanze n. 285 del 2011, n. 334 e n. 284 del 2008; in materia di conflitto tra enti, sentenze n. 195 e n. 39 del 2007, n. 326 e n. 276 del 2003).

Nella specie, il ricorso del Presidente della Repubblica è volto propriamente a contestare la stessa esistenza nei confronti del ricorrente, in ragione delle sue prerogative costituzionali, del potere che la Procura riterrebbe invece competerle: quello, cioè, di intercettare i colloqui del Capo del Stato, almeno quando si tratti di captazioni «occasional», e di utilizzare le conversazioni presidenziali così intercettate ai fini del procedimento (potere, quest'ultimo, la cui esistenza rappresenta, come già accennato, il presupposto logico della valutazione di «irrilevanza» delle conversazioni, operata dalla Procura, e della manifestata convinzione che la loro distruzione debba transitare attraverso la cosiddetta udienza stralcio, di cui all'art. 268 cod. proc. pen.).

Questa Corte, del resto, ha più volte ritenuto ammissibili conflitti di attribuzione promossi in relazione ad atti od omissioni del pubblico ministero strutturalmente analoghi, sotto il profilo in esame, a quelli che formano oggetto delle odierne censure (ad esempio, sentenze n. 88 e n. 87 del 2012, n. 106 del 2009; ordinanze n. 241 e n. 104 del 2011).

7.– Neppure ha fondamento l'ulteriore eccezione – prospettata dalla difesa della resistente nell'atto di costituzione in giudizio – di inammissibilità del ricorso «per impossibilità giuridica del petitum».

Deve, infatti, escludersi che la Presidenza della Repubblica abbia postulato un dovere della Procura di distruggere essa stessa, omisso medio, la documentazione delle intercettazioni di cui si discute: comportamento – secondo la resistente – «non esigibile» in base alla disciplina processuale vigente, posto che, tanto nell'ipotesi prevista dagli artt. 268, comma 6, e 269, comma 2, quanto in quella regolata dall'art. 271, comma 3, cod. proc. pen., la distruzione può essere disposta esclusivamente dal giudice.

In senso contrario va osservato che, per costante giurisprudenza di questa Corte, l'oggetto del conflitto di attribuzione deve essere individuato sulla base di una lettura complessiva dell'atto di promovimento, la quale può bene valere a precisare o ad integrare la formale enunciazione del petitum (tra le molte, sentenze n. 334 del 2011, n. 223 del 2009, n. 286 del 2006 e n. 137 del 2001).

Nella specie – anche a prescindere dalle inequivoche puntualizzazioni successivamente fornite dall'Avvocatura dello Stato nella memoria illustrativa – appare in effetti evidente, alla luce del tenore complessivo del ricorso introduttivo, come la locuzione che figura nelle relative conclusioni («chiede che l'Ecc.ma Corte adita dichiari che non spetta alla Procura della Repubblica presso il Tribunale Ordinario di Palermo omettere l'immediata distruzione delle intercettazioni telefoniche casuali del Presidente della Repubblica») assuma un carattere ellittico, non disconoscendo il ricorrente, in realtà, che la distruzione del materiale probatorio debba passare attraverso il vaglio del giudice. Depone in tal senso non solo l'esplicito richiamo, quale «parametro integrativo», all'art. 271 cod. proc. pen. – il cui comma 3 prevede che la distruzione è disposta per ordine del giudice – ma anche la specifica affermazione, fatta a pagina 3 del ricorso, secondo cui il pubblico ministero dovrebbe immediatamente «chiedere al giudice» la distruzione delle intercettazioni delle conversazioni presidenziali, ancorché «indirette od occasionali» (affermazione che figura, peraltro, anche nel decreto del Presidente della Repubblica del 16 luglio 2012, recante la determinazione di proporre il conflitto e l'affidamento della difesa all'Avvocatura dello Stato: decreto richiamato nel ricorso e allo stesso allegato).

Riguardo poi alla richiesta che sia riconosciuto l'obbligo della Procura palermitana di procedere «immediatamente» alla distruzione del materiale acquisito, risulta chiaro, alla luce del tenore complessivo dell'atto di promovimento, come la scelta dell'avverbio non evochi affatto un ruolo diretto ed esclusivo del pubblico ministero nella procedura. Il termine vale piuttosto a significare, al fianco di una connotazione di urgenza dell'atto, come il ricorrente ritenga che la distruzione non debba essere preceduta da quegli adempimenti "intermedi" che la Procura palermitana intende compiere, cioè la cosiddetta «udienza stralcio» e, inoltre, la procedura camerale partecipata di cui all'art. 269 cod. proc. pen.

In definitiva il ricorrente – come confermato dall'Avvocatura dello Stato nella propria memoria – ha inteso dolersi del fatto che la resistente non abbia prontamente promosso la distruzione del materiale, facendone istanza al giudice.

Cade automaticamente, con ciò, anche la correlata e conclusiva eccezione di inammissibilità sollevata dalla Procura, inerente alla pretesa contraddizione tra il *petitum* e le ragioni addotte in suo sostegno, dovendo il primo essere identificato proprio alla luce delle seconde.

8.– Nel merito, il ricorso è fondato.

8.1.– Al fine di decidere il presente conflitto di attribuzione, non è sufficiente una mera esegesi testuale di disposizioni normative, costituzionali od ordinarie, ma è necessario far riferimento all'insieme dei principi costituzionali, da cui emergono la figura ed il ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano.

È appena il caso di osservare, inoltre, che in tutte le sedi giurisdizionali (e quindi non solo in quella costituzionale) occorre interpretare le leggi ordinarie alla luce della Costituzione, e non viceversa. La Carta fondamentale contiene in sé principi e regole, che non soltanto si impongono sulle altre fonti e condizionano pertanto la legislazione ordinaria – determinandone la illegittimità in caso di contrasto – ma contribuiscono a conformare tale legislazione, mediante il dovere del giudice di attribuire ad ogni singola disposizione normativa il significato più aderente alle norme costituzionali, sollevando la questione di legittimità davanti a questa Corte solo quando sia impossibile, per insuperabili barriere testuali, individuare una interpretazione conforme (sentenza n. 356 del 1996). Naturalmente allo stesso principio deve ispirarsi il giudice delle leggi.

La conformità a Costituzione dell'interpretazione giudiziale non può peraltro limitarsi ad una comparazione testuale e meramente letterale tra la disposizione legislativa da interpretare e la norma costituzionale di riferimento. La Costituzione è fatta soprattutto di principi e questi ultimi sono in stretto collegamento tra loro, bilanciandosi vicendevolmente, di modo che la valutazione di conformità alla Costituzione stessa deve essere operata con riferimento al sistema, e non a singole norme, isolatamente considerate. Un'interpretazione frammentaria delle disposizioni normative, sia costituzionali che ordinarie, rischia di condurre, in molti casi, ad esiti paradossali, che finirebbero per contraddire le stesse loro finalità di tutela.

8.2.– Poste le premesse metodologiche di cui sopra, la ricostruzione del complesso delle attribuzioni del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano mette in rilievo che lo stesso è stato collocato dalla Costituzione al di fuori dei tradizionali poteri dello Stato e, naturalmente, al di sopra di tutte le parti politiche. Egli dispone pertanto di competenze che incidono su ognuno dei citati poteri, allo scopo di salvaguardare, ad un tempo, sia la loro separazione che il loro equilibrio. Tale singolare caratteristica della posizione del Presidente si riflette sulla natura delle sue attribuzioni, che non implicano il potere di adottare decisioni nel merito di specifiche materie, ma danno allo stesso gli strumenti per indurre gli altri poteri costituzionali a svolgere correttamente le proprie funzioni, da cui devono scaturire le relative

decisioni di merito. La specificità della posizione del Capo dello Stato si fonda sulla descritta natura delle sue attribuzioni, che lo differenziano dagli altri organi costituzionali, senza incidere, tuttavia, sul principio di parità tra gli stessi.

Alla luce di quanto detto, il Presidente della Repubblica «rappresenta l'unità nazionale» (art. 87, primo comma, Cost.) non soltanto nel senso dell'unità territoriale dello Stato, ma anche, e soprattutto, nel senso della coesione e dell'armonico funzionamento dei poteri, politici e di garanzia, che compongono l'assetto costituzionale della Repubblica. Si tratta di organo di moderazione e di stimolo nei confronti di altri poteri, in ipotesi tendenti ad esorbitanze o ad inerzia.

Tutti i poteri del Presidente della Repubblica hanno dunque lo scopo di consentire allo stesso di indirizzare gli appropriati impulsi ai titolari degli organi che devono assumere decisioni di merito, senza mai sostituirsi a questi, ma avviando e assecondando il loro funzionamento, oppure, in ipotesi di stasi o di blocco, adottando provvedimenti intesi a riavviare il normale ciclo di svolgimento delle funzioni costituzionali. Tali sono, ad esempio, il potere di sciogliere le Camere, per consentire al corpo elettorale di indicare la soluzione politica di uno stato di crisi, che non permette la formazione di un Governo o incide in modo grave sulla rappresentatività del Parlamento; la nomina del Presidente del Consiglio e, su proposta di questi, dei ministri, per consentire l'operatività del vertice del potere esecutivo; l'assunzione, nella sua qualità di Presidente del Consiglio superiore della magistratura, di iniziative volte a garantire le condizioni esterne per un indipendente e coerente esercizio della funzione giurisdizionale.

8.3.– Per svolgere efficacemente il proprio ruolo di garante dell'equilibrio costituzionale e di “magistratura di influenza”, il Presidente deve tessere costantemente una rete di raccordi allo scopo di armonizzare eventuali posizioni in conflitto ed asprezze polemiche, indicare ai vari titolari di organi costituzionali i principi in base ai quali possono e devono essere ricercate soluzioni il più possibile condivise dei diversi problemi che via via si pongono.

È indispensabile, in questo quadro, che il Presidente affianchi continuamente ai propri poteri formali, che si estrinsecano nell'emanazione di atti determinati e puntuali, espressamente previsti dalla Costituzione, un uso discreto di quello che è stato definito il “potere di persuasione”, essenzialmente composto di attività informali, che possono precedere o seguire l'adozione, da parte propria o di altri organi costituzionali, di specifici provvedimenti, sia per valutare, in via preventiva, la loro opportunità istituzionale, sia per saggiarne, in via successiva, l'impatto sul sistema delle relazioni tra i poteri dello Stato. Le attività informali sono pertanto inestricabilmente connesse a quelle formali.

Le suddette attività informali, fatte di incontri, comunicazioni e raffronti dialettici, implicano necessariamente considerazioni e giudizi parziali e provvisori da parte del Presidente e dei suoi interlocutori. Le attività di raccordo e di influenza possono e devono essere valutate e giudicate, positivamente o negativamente, in base ai loro risultati, non già in modo frammentario ed episodico, a seguito di estrapolazioni parziali ed indebite. L'efficacia, e la stessa praticabilità, delle funzioni di raccordo e di persuasione, sarebbero inevitabilmente compromesse dalla indiscriminata e casuale pubblicizzazione dei contenuti dei singoli atti comunicativi. Non occorrono molte parole per dimostrare che un'attività informale di stimolo, moderazione e persuasione – che costituisce il cuore del ruolo presidenziale nella forma di governo italiana – sarebbe destinata a sicuro fallimento, se si dovesse esercitare mediante dichiarazioni pubbliche. La discrezione, e quindi la riservatezza, delle comunicazioni del Presidente della Repubblica sono pertanto coesistenziali al suo ruolo nell'ordinamento costituzionale. Non solo le stesse non si pongono in contrasto con la generale eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, ma costituiscono modalità imprescindibili di esercizio della fun-

zione di equilibrio costituzionale – derivanti direttamente dalla Costituzione e non da altre fonti normative – dal cui mantenimento dipende la concreta possibilità di tutelare gli stessi diritti fondamentali, che in quell’equilibrio trovano la loro garanzia generale e preliminare.

9.– Dalle considerazioni svolte consegue che il Presidente della Repubblica deve poter contare sulla riservatezza assoluta delle proprie comunicazioni, non in rapporto ad una specifica funzione, ma per l’efficace esercizio di tutte. Anche le funzioni che implicano decisioni molto incisive, che si concretizzano in solenni atti formali, come lo scioglimento anticipato delle assemblee legislative (art. 88 Cost.), presuppongono che il Presidente intrattenga, nel periodo che precede l’assunzione della decisione, intensi contatti con le forze politiche rappresentate in Parlamento e con altri soggetti, esponenti della società civile e delle istituzioni, allo scopo di valutare tutte le alternative costituzionalmente possibili, sia per consentire alla legislatura di giungere alla sua naturale scadenza, sia per troncare, con l’appello agli elettori, situazioni di stallo e di ingovernabilità. La propalazione del contenuto di tali colloqui, nel corso dei quali ciascuno degli interlocutori può esprimere apprezzamenti non definitivi e valutazioni di parte su persone e formazioni politiche, sarebbe estremamente dannosa non solo per la figura e per le funzioni del Capo dello Stato, ma anche, e soprattutto, per il sistema costituzionale complessivo, che dovrebbe sopportare le conseguenze dell’acuirsi delle contrapposizioni e degli scontri.

Le stesse considerazioni è possibile fare a proposito dei contatti necessari per un efficace svolgimento del ruolo di Presidente del Consiglio superiore della magistratura, che non si riduce ai discorsi ufficiali in occasione delle sedute solenni di quest’organo o alla firma dei provvedimenti dallo stesso deliberati, ma implica la conoscenza di specifiche situazioni e particolari problemi, che attengono all’esercizio della giurisdizione a tutti i livelli, senza ovviamente alcuna interferenza con il merito degli orientamenti, processuali e sostanziali, dei giudici nell’esercizio delle loro funzioni.

Ancora va ricordato come il Capo dello Stato presieda il Consiglio supremo di difesa ed abbia il comando delle Forze armate, e come sia chiamato ad intrattenere, anche nelle vesti indicate, rapporti e comunicazioni del cui carattere riservato non occorre dare particolare dimostrazione.

Dagli esempi testé prospettati si può dedurre in quale misura, nel campo delle prerogative costituzionali, vengano in rilievo le esigenze intrinseche del sistema, che non sempre sono enunciate dalla Costituzione in norme esplicite, e che risultano peraltro del tutto evidenti, se si adotta un punto di vista sensibile alla tenuta dell’equilibrio tra i poteri. Questa Corte ha reiteratamente affermato che le prerogative degli organi costituzionali – in quanto derogatorie del principio della parità di trattamento davanti alla giurisdizione, posto alle origini della formazione dello Stato di diritto (sentenza n. 24 del 2004) – trovano fondamento nel dettato costituzionale, al quale il legislatore ordinario può dare solo stretta attuazione (sentenza n. 262 del 2009), senza aggiungere alcuna nuova deroga al diritto comune. Tale esigenza, peraltro, è soddisfatta anche quando quel fondamento, pur nell’assenza di una enunciazione formale ed espressa, emerge in modo univoco dal sistema costituzionale (sentenza n. 148 del 1983).

È evidente altresì che tutti gli organi costituzionali hanno necessità di disporre di una garanzia di riservatezza particolarmente intensa, in relazione alle rispettive comunicazioni inerenti ad attività informali, sul presupposto che tale garanzia – principio generale valevole per tutti i cittadini, ai sensi dell’art. 15 Cost. – assume contorni e finalità specifiche, se vengono in rilievo ulteriori interessi costituzionalmente meritevoli di protezione, quale l’efficace e libero svolgimento, ad esempio, dell’attività parlamentare e di governo.

Si inquadra in questa prospettiva la disposizione di cui all'art. 68, terzo comma, Cost., riguardante i membri delle due Camere, la quale stabilisce che non si possa ricorrere, nei confronti di tali soggetti, ad intercettazioni telefoniche o ad altri mezzi invasivi di ricerca della prova, se non a seguito di autorizzazione concessa dalla Camera competente. Specifiche limitazioni all'esercizio di poteri di indagine mediante atti invasivi, quali le intercettazioni telefoniche, sono previste da norme di rango costituzionale anche per i componenti del Governo (art. 10 della legge cost. 16 gennaio 1989, n. 1, recante « Modifiche degli articoli 96, 134 e 135 della Costituzione e della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1, e norme in materia di procedimenti per i reati di cui all'articolo 96 della Costituzione»).

La posizione dei soggetti appena indicati e quella del Presidente della Repubblica divergono tuttavia per due distinti profili. In primo luogo, il Presidente possiede soltanto funzioni di raccordo e di equilibrio, che non implicano l'assunzione, nella sua quotidiana attività, di decisioni politiche – delle quali debba rispondere ai suoi elettori o a chi abbia accordato la fiducia – ma richiedono che ponga in collegamento tutti i titolari delle istituzioni di vertice, esercitando quei poteri di impulso, di persuasione e di moderazione, di cui si diceva prima, richiedenti necessariamente discrezione e riservatezza. Per altro verso, e non a caso, la Costituzione non prevede alcuno strumento per rimuovere la preclusione all'utilizzazione, nei confronti del Presidente, di mezzi di ricerca della prova invasivi, a differenza di quel che concerne i parlamentari ed i componenti del Governo, per i quali è possibile procedere a tali forme di controllo se la Camera competente, secondo le diverse discipline della materia, concede la prescritta autorizzazione.

Nel quadro normativo fa difetto, del resto, ogni riferimento ai soggetti istituzionali cui sarebbe possibile chiedere, da parte dell'autorità giudiziaria, una autorizzazione concernente il Presidente della Repubblica. L'assenza di una previsione non potrebbe essere superata in via interpretativa, neanche da parte di questa Corte, poiché manca in modo evidente una soluzione costituzionalmente obbligata. L'individuazione di un soggetto competente a rilasciare un'autorizzazione del genere potrebbe essere operata soltanto da una norma di rango costituzionale, non surrogabile da alcun altro tipo di fonte né, tanto meno, da una pronuncia del giudice costituzionale.

La mancata previsione di atti autorizzatori simili a quelli contemplati per i parlamentari ed i ministri, e la carenza inoltre di limitazioni esplicite per categorie di reati stabilite da norme costituzionali, non possono portare alla paradossale conseguenza che le comunicazioni del Presidente della Repubblica godano di una tutela inferiore a quella degli altri soggetti istituzionali menzionati, ma alla più coerente conclusione che il silenzio della Costituzione sul punto sia espressivo della inderogabilità – in linea di principio e con l'eccezione costituzionalmente necessaria di cui si dirà poco oltre – della riservatezza della sfera delle comunicazioni presidenziali.

Tale inderogabilità discende dalla posizione e dal ruolo del Capo dello Stato nel sistema costituzionale italiano e non può essere riferita ad una norma specifica ed esplicita, poiché non esiste una disposizione che individui un soggetto istituzionale competente ad autorizzare il superamento della prerogativa. Non si tratta quindi di una lacuna, ma, al contrario, della presupposizione logica, di natura giuridico-costituzionale, dell'intangibilità della sfera di comunicazioni del supremo garante dell'equilibrio tra i poteri dello Stato.

Da quanto sinora detto si deduce l'improponibilità di qualunque analogia, nella disciplina della prerogativa di riservatezza delle comunicazioni del Capo dello Stato, sia in funzione estensiva che restrittiva, con le norme contenute nella legge 20 giugno 2003, n. 140 (Dispo-



sizioni per l'attuazione dell'articolo 68 della Costituzione nonché in materia di processi penali nei confronti delle alte cariche dello Stato), da considerare attuative – specie dopo la sentenza di questa Corte n. 24 del 2004 – di una previsione costituzionale riguardante soltanto i membri del Parlamento. È proprio dallo stesso art. 68 Cost., e non dalle norme di legge ordinaria che vi hanno dato attuazione, che si può invece muovere, sulla base di una logica argomentazione a fortiori, per dare un significato, nella direzione indicata, al silenzio della Costituzione in tema di intercettazione delle comunicazioni del Presidente della Repubblica.

10.– Non sarebbe, in effetti, rispondente ad un corretto metodo interpretativo della Costituzione trarre conclusioni negative sull'esistenza di una tutela generale della riservatezza delle comunicazioni del Presidente della Repubblica dall'assenza di una esplicita disposizione costituzionale in proposito.

Nessuno, ad esempio, potrebbe dubitare della sussistenza delle immunità riconosciute alle sedi degli organi costituzionali, sol perché non è prevista in Costituzione e rimane affidata esclusivamente all'efficacia dei regolamenti di tali organi, ove invece è sancita in modo esplicito. Questa Corte ha già chiarito che alle disposizioni contenute nella Costituzione, volte a salvaguardare l'assoluta indipendenza del Parlamento, «si aggiungono poi, svolgendone ed applicandone i principi, quelle dei regolamenti parlamentari», da cui «si suole trarre la regola della così detta “immunità della sede” (valevole anche per gli altri supremi organi dello Stato) in forza della quale nessuna estranea autorità potrebbe far eseguire coattivamente propri provvedimenti rivolti al Parlamento ed ai suoi organi. Di guisa che, ove gli organi parlamentari non vi ottemperassero, sarebbe unicamente possibile provocare l'intervento di questa Corte, in sede di conflitto di attribuzione [...]» (sentenza n. 231 del 1975). In definitiva, e per giurisprudenza risalente, la legge e i regolamenti degli organi costituzionali non possono creare nuove prerogative, ma possono tuttavia esprimere prerogative implicite alla particolare struttura ed alle specifiche funzioni dei medesimi organi.

La immunità delle sedi è legata all'esistenza stessa dello Stato di diritto democratico, che verrebbe posta certamente in pericolo dall'esercizio non contrastabile dei poteri repressivi, anche nei luoghi ove si esercitano le massime funzioni di rappresentanza e di garanzia. La violazione delle sedi degli organi costituzionali potrebbe avvenire solo in uno Stato autoritario di polizia, che ovviamente costituisce l'opposto dello Stato costituzionale delineato dalla Carta del 1948.

L'interpretazione meramente letterale delle disposizioni normative, metodo primitivo sempre, lo è ancor più se oggetto della ricostruzione ermeneutica sono le disposizioni costituzionali, che contengono norme basate su principi fondamentali indispensabili per il regolare funzionamento delle istituzioni della Repubblica democratica. La natura derogatoria del principio di uguaglianza, propria delle norme che sanciscono le prerogative degli organi costituzionali, impone – come questa Corte ha costantemente affermato – una stretta interpretazione delle relative disposizioni. Sono pertanto escluse sia l'interpretazione estensiva che quella analogica, ma resta possibile ed anzi necessaria l'interpretazione sistematica, che consente una ricostruzione coerente dell'ordinamento costituzionale.

Non sarebbe ragionevole dire, d'altra parte, che l'immunità delle sedi costituisca un inaccettabile privilegio degli organi costituzionali, contrario all'art. 3 Cost., perché uguale immunità non è prevista per le abitazioni dei cittadini. Le norme regolamentari in discorso esplicitano una garanzia funzionale presente nella Costituzione, e per questa ragione sono con essa perfettamente compatibili.

Si consideri ancora che, una volta stabilita l'inviolabilità della sede degli organi costituzionali rispetto all'esercizio di poteri coercitivi dell'autorità giudiziaria o di polizia, sarebbe

davvero irragionevole ammettere la possibilità di una intrusione sulle linee telefoniche in uso ai titolari degli organi stessi, per di più installate proprio nelle sedi protette da immunità. Se si rileva poi che, oltre alle intercettazioni telefoniche, sono possibili – in relazione a determinate fattispecie – anche intercettazioni ambientali, si dovrebbe assurdamente concludere che sia consentito collocare, previa autorizzazione del giudice, apparecchi trasmettenti nelle sedi delle Camere, del Governo, della Corte costituzionale, sol perché non esiste un esplicito divieto costituzionale di compiere tali atti investigativi.

Il paradosso legato ad una ricerca solo testuale delle prerogative potrebbe spingersi fino a conseguenze ancor più estreme. Norme di rango costituzionale pongono limiti espressi alla possibilità che i componenti delle Camere o del Governo siano assoggettati a provvedimenti coercitivi della libertà personale, oltre che a mezzi di indagine lesivi dell'inviolabilità delle comunicazioni e del domicilio (rispettivamente, art. 68 Cost. e art. 10 della legge cost. n. 1 del 1989). Nell'assenza di analoghe previsioni che lo riguardano, dovrebbe ritenersi, secondo il metodo qui disatteso, che il Presidente della Repubblica possa essere indiscriminatamente assoggettato a provvedimenti coercitivi – perfino eseguibili attraverso la restrizione in carcere – anche ad iniziativa della polizia giudiziaria. E ciò qualunque sia la natura del reato in ipotesi perseguito. L'inaccettabilità della conseguenza, com'è ovvio, invalida il metodo. Ed infatti non mancano, nell'ordinamento, norme sintomatiche dell'incoercibilità della libertà personale del Capo dello Stato. Si pensi ad esempio all'esclusione per quest'ultimo della possibilità di procedere nelle forme ordinarie (e dunque anche mediante l'eventuale accompagnamento coattivo) all'assunzione della testimonianza (art. 205, comma 3, cod. proc. pen., in relazione al comma 1 della stessa norma): lungi dal costituire una eccezione (in questo senso irragionevole) nell'ambito di una generalizzata possibilità di coercizione, la disposizione rappresenta piuttosto la regola applicativa, sul piano particolare, del più generale regime di tutela della funzione presidenziale.

11.– L'art. 90 Cost. prevede che il Presidente della Repubblica non è responsabile degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni, tranne che per alto tradimento o attentato alla Costituzione. È opinione pacifica che l'immunità di cui alla citata norma costituzionale sia onnicomprensiva, copra cioè i settori penale, civile, amministrativo e politico. Tuttavia la perseguibilità del Capo dello Stato per i delitti di alto tradimento e di attentato alla Costituzione rende necessario che, allo scopo di accertare così gravi illeciti penali, di rilevanza non solo personale, ma istituzionale, possano essere utilizzati anche mezzi di ricerca della prova particolarmente invasivi, come le intercettazioni telefoniche. Si tratta di una limitazione logica ed implicita alla statuizione costituzionale che assoggetta il Presidente della Repubblica alla giurisdizione penale – sia pure con forme e procedimenti peculiari – in vista dell'accertamento della sua responsabilità per il compimento di uno dei suddetti reati funzionali.

La ritenuta necessità di consentire l'esercizio di poteri investigativi particolarmente penetranti, come (per quanto qui interessa) le intercettazioni telefoniche, ha indotto il legislatore ordinario a dare stretta attuazione al disposto costituzionale, mediante l'art. 7, commi 2 e 3, della legge n. 219 del 1989. Tale disciplina attribuisce al Comitato parlamentare, di cui all'art. 12 della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1 (Norme integrative della Costituzione concernenti la Corte costituzionale), il potere di deliberare i provvedimenti che dispongono intercettazioni telefoniche nei confronti del Presidente della Repubblica, sempre dopo che la Corte costituzionale abbia sospeso lo stesso dalla carica: un'eccezione, stabilita con legge ordinaria, al generale divieto, desumibile dal sistema costituzionale, di intercettare le comunicazioni del Capo dello Stato. La norma eccezionale si contiene nei limiti strettamente necessari all'attua-

zione processuale dell'art. 90 Cost. – che costituisce, a sua volta, norma derogatoria – disponendo, per di più, che, finanche nell'ipotesi di indagini volte all'accertamento dei più gravi delitti contro le istituzioni della Repubblica previsti dall'ordinamento costituzionale, siano interdette agli investigatori intercettazioni telefoniche nei confronti del Presidente in carica.

Lo stesso argomento a fortiori, che consente di dare un significato coerente con il sistema al silenzio della Costituzione sulle garanzie di riservatezza delle comunicazioni del Capo dello Stato, deve essere utilizzato per dedurre dalla rigorosa previsione dell'art. 7, commi 2 e 3, della legge n. 219 del 1989, la conclusione che la garanzia prevista perfino per le indagini concernenti i delitti più gravi sul piano istituzionale implica che, per tutte le altre fattispecie, non si possa ipotizzare un livello di tutela inferiore. Ciò, del resto, è esplicitamente riconosciuto anche da quella parte della dottrina che circoscrive nel modo più restrittivo le prerogative presidenziali. La stessa Procura della Repubblica di Palermo, odierna resistente, non contesta che sia inibita qualunque forma di intercettazione telefonica nei confronti del Presidente della Repubblica ed ha piuttosto incentrato le sue difese – come si vedrà poco più avanti – sull'asserita impossibilità di riferire tale divieto alle intercettazioni «casuali».

12.– Sulla base delle considerazioni sinora esposte, si deve affermare altresì che, al fine di determinare l'ampiezza della tutela della riservatezza delle comunicazioni del Presidente della Repubblica, non assume alcuna rilevanza la distinzione tra reati funzionali ed extrafunzionali, giacché l'interesse costituzionalmente protetto non è la salvaguardia della persona del titolare della carica, ma l'efficace svolgimento delle funzioni di equilibrio e raccordo tipiche del ruolo del Presidente della Repubblica nel sistema costituzionale italiano, fondato sulla separazione e sull'integrazione dei poteri dello Stato.

Si deve inoltre sottolineare che tutta la discussione sulla distinzione tra i reati ascrivibili al Capo dello Stato, sviluppata anche nell'ambito del presente giudizio, risulta invece ad esso estranea, giacché nel procedimento penale da cui origina il conflitto non è mai emersa alcuna contestazione di natura penale nei confronti del Presidente.

13.– Ugualmente fuor di luogo sono tutte le discussioni sviluppate in questo giudizio sulla responsabilità penale del Presidente della Repubblica per reati extrafunzionali. È noto infatti come questa Corte abbia stabilito che «l'art. 90 della Costituzione sancisce la irresponsabilità del Presidente – salve le ipotesi estreme dell'alto tradimento e dell'attentato alla Costituzione – solo per gli “atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni”». La medesima pronuncia ha concluso sul punto con chiarezza: «È dunque necessario tenere ferma la distinzione fra atti e dichiarazioni inerenti all'esercizio delle funzioni, e atti e dichiarazioni che, per non essere esplicazione di tali funzioni restano addebitabili, ove forieri di responsabilità, alla persona fisica del titolare della carica» (sentenza n. 154 del 2004).

Allo scopo di fugare ogni ulteriore equivoco sul punto, va riaffermato che il Presidente, per eventuali reati commessi al di fuori dell'esercizio delle sue funzioni, è assoggettato alla medesima responsabilità penale che grava su tutti i cittadini. Ciò che invece non è ammissibile è l'utilizzazione di strumenti invasivi di ricerca della prova, quali sono le intercettazioni telefoniche, che finirebbero per coinvolgere, in modo inevitabile e indistinto, non solo le private conversazioni del Presidente, ma tutte le comunicazioni, comprese quelle necessarie per lo svolgimento delle sue essenziali funzioni istituzionali, per le quali, giova ripeterlo, si determina un intreccio continuo tra aspetti personali e funzionali, non preventivabile, e quindi non calcolabile ex ante da parte delle autorità che compiono le indagini. In tali frangenti, la ricerca della prova riguardo ad eventuali reati extrafunzionali deve avvenire con mezzi diversi (documenti, testimonianze ed altro), tali da non arrecare una lesione alla sfera di comunicazione

costituzionalmente protetta del Presidente.

In definitiva, nella materia su cui incide il presente conflitto si deve procedere tenendo conto del necessario bilanciamento tra le esigenze di giustizia e gli interessi supremi delle istituzioni, senza giungere al sacrificio né delle prime né dei secondi. Va ribadito peraltro, anche a questo proposito, che il tema della responsabilità penale del Presidente della Repubblica resta estraneo all'odierno giudizio.

Questa Corte deve fornire le precisazioni di cui sopra in ragione della trattazione di tale argomento negli atti difensivi delle parti, le quali – anche per giungere ad opposte conclusioni – hanno ritenuto di collegare il problema dell'ammissibilità delle intercettazioni nei confronti del Presidente della Repubblica a quello della sua soggezione alla giurisdizione penale, della quale, come appena ricordato, questa Corte ha da tempo affermato la sussistenza, e che oggi deve essere ribadita.

14.– Contrariamente a quanto sostiene la resistente, non assume neppure rilevanza – se non per il profilo che appresso si indicherà – la distinzione (tuttora oggetto di controversie nei casi concreti) tra intercettazioni dirette, indirette e casuali.

In via preliminare va ricordato come, secondo la giurisprudenza costituzionale formatasi a proposito delle indagini riguardanti parlamentari o membri del Governo, occorra distinguere tra controlli mirati all'ascolto delle comunicazioni del soggetto munito della prerogativa, e controlli casuali od occasionali, cioè intervenuti accidentalmente in forza dell'intercettazione disposta a carico di un soggetto non immune. Nella prima delle due categorie sono comprese anche le intercettazioni "indirette", cioè quelle indagini che, pur non riguardando (a differenza delle intercettazioni "dirette") le utenze in uso al soggetto immune, siano comunque mirate a captarne le comunicazioni, a causa del suo rapporto personale o professionale con la persona assoggettata al controllo (si vedano, in proposito, le sentenze n. 114 e n. 113 del 2010, n. 390 del 2007, nonché le ordinanze n. 171 del 2011 e n. 263 del 2010).

Nel caso in esame, l'occasionalità delle intercettazioni effettuate non è in contestazione fra le parti. Sia nell'atto introduttivo del giudizio che nella successiva memoria, lo stesso ricorrente muove, infatti, dall'esplicito presupposto che le captazioni dei colloqui presidenziali siano state operate accidentalmente, non prospettando, neppure in via di ipotesi, un intento surrettizio degli inquirenti di accedere alla sfera delle comunicazioni del Capo dello Stato tramite il monitoraggio delle utenze in uso all'indagato.

Tuttavia, anche aderendo alla concorde qualificazione operata dalle parti, ciò non comporta che le intercettazioni in questione debbano ritenersi consentite e suscettibili di utilizzazione processuale, sulla base dell'argomento che quanto è fortuito non può formare oggetto di divieto. Difatti, se il fondamento della tutela della riservatezza delle comunicazioni presidenziali non è l'espressione di una presunta – e inesistente – immunità del Presidente per i reati extrafunzionali, ma consiste nell'essenziale protezione delle attività informali di equilibrio e raccordo tra poteri dello Stato, ossia tra soggetti che svolgono funzioni, politiche o di garanzia, costituzionalmente rilevanti, allora si deve riconoscere che il livello di tutela non si abbassa per effetto della circostanza, non prevista dagli inquirenti e non conosciuta ovviamente dallo stesso Presidente, che l'intercettazione non riguardi una utenza in uso al Capo dello Stato, ma quella di un terzo destinatario di indagini giudiziarie. Si verificherebbe, secondo l'opposta opinione, la singolare situazione di una tutela costituzionale che degrada in seguito a circostanze casuali, imprevedibili anche da parte degli stessi inquirenti.

Semmai la distinzione di cui sopra potrebbe assumere rilevanza per valutare la responsabilità di chi dispone le intercettazioni, giacché diversa è la posizione di chi deliberatamente

interferisce in modo illegittimo nella sfera di riservatezza di un organo costituzionale e di chi si trovi occasionalmente di fronte ad una conversazione captata nel corso di una attività di controllo legittimamente mirata verso un altro soggetto.

Se l'intercettazione è stata casuale, cioè non prevedibile né evitabile, il problema non è quello di affermare il suo divieto preventivo, che, in via generale, esiste, ma non è applicabile nella fattispecie – anche per le modalità tecniche della relativa esecuzione – proprio per la casualità e l'imprevedibilità della captazione (considerazione che priva, tra l'altro, della sua necessaria premessa logica la richiesta del ricorrente di dichiarare che non spettava agli inquirenti non interrompere la registrazione delle conversazioni). La funzione di tutela del divieto si trasferisce dalla fase anteriore all'intercettazione, in cui rileva la direzione impressa all'atto di indagine dall'autorità procedente, a quella posteriore, giacché si impone alle autorità che hanno disposto ed effettuato le captazioni l'obbligo di non aggravare il vulnus alla sfera di riservatezza delle comunicazioni presidenziali, adottando tutte le misure necessarie e utili per impedire la diffusione del contenuto delle intercettazioni.

Si tratta di conclusioni perfettamente compatibili con la logica dei divieti probatori nel processo penale, cui si connette la sanzione dell'inutilizzabilità della prova (art. 191 cod. proc. pen.). Tale sanzione processuale opera a garanzia dell'interesse presidiato dal divieto, a prescindere dalla responsabilità dell'inquirente per la violazione di regole procedurali nell'attività di acquisizione. Il carattere casuale di una captazione non consentita (si pensi all'episodico contatto, da parte di una persona legittimamente sottoposta ad intercettazione, con un soggetto tenuto al segreto professionale) non incide sulla necessità di tutela della riservatezza del relativo colloquio.

È chiaro dunque come, specie ai livelli di protezione assoluta che si sono riscontrati riguardo alle comunicazioni del Presidente della Repubblica, già la semplice rivelazione ai mezzi di informazione dell'esistenza delle registrazioni costituisca un vulnus che deve essere evitato. Se poi si arrivasse ad intraprendere iniziative processuali suscettibili di sfociare nella divulgazione dei contenuti delle stesse comunicazioni, la tutela costituzionale, di cui sinora si è trattato, sarebbe irrimediabilmente e totalmente compromessa. Dovere dei giudici – soggetti alla legge, e quindi, in primo luogo, alla Costituzione – è quello di evitare che ciò possa accadere e, quando ciò casualmente accada, di non portare ad ulteriori conseguenze la lesione involontariamente recata alla sfera di riservatezza costituzionalmente protetta.

15.– La soluzione del presente conflitto non può che fondarsi – in base a quanto detto sinora – sull'affermazione dell'obbligo per l'autorità giudiziaria procedente di distruggere, nel più breve tempo, le registrazioni casualmente effettuate di conversazioni telefoniche del Presidente della Repubblica, che nel caso di specie risultano essere quattro, peraltro intrattate mediante linee telefoniche del Palazzo del Quirinale.

Lo strumento processuale per giungere a tale risultato, costituzionalmente imposto, non può essere quello previsto dagli artt. 268 e 269 cod. proc. pen., giacché tali norme richiedono la fissazione di un'udienza camerale, con la partecipazione di tutte le parti del giudizio, i cui difensori, secondo quanto prevede il comma 6 del citato art. 268, «hanno facoltà di esaminare gli atti e ascoltare le registrazioni», previamente depositati a tale fine. Anche la procedura di distruzione regolata dai commi 2 e 3 del citato art. 269 è incentrata, come questa Corte ha ribadito a suo tempo con la sentenza n. 463 del 1994, sull'adozione del rito camerale e dei connessi strumenti di garanzia del contraddittorio.

Un duplice ordine di motivi conduce ad escludere la legittimità del ricorso agli istituti processuali in questione.

In primo luogo, la cosiddetta «udienza di stralcio», di cui al sesto comma dell'art. 268 cod. proc. pen., è inconferente rispetto al caso che ha dato origine al conflitto, essendo strutturalmente destinata alla selezione dei colloqui che le parti giudicano rilevanti ai fini dell'accertamento dei fatti per cui è processo. Nel caso di specie nessuna valutazione di rilevanza è possibile, alla luce del riscontrato divieto di divulgare, ed a maggior ragione di utilizzare in chiave probatoria, riguardo ai fatti oggetto di investigazione, colloqui casualmente intercettati del Presidente della Repubblica. Quanto alla procedura partecipata di distruzione, essa riguarda per definizione conversazioni prive di rilevanza ma astrattamente utilizzabili, come risulta dalla clausola di esclusione inserita, riguardo alle intercettazioni delle quali sia vietata l'utilizzazione, in apertura del secondo comma dell'art. 269 cod. proc. pen.

È evidente d'altra parte, nella dimensione propria e prevalente delle tutele costituzionali, che l'adozione delle procedure indicate vanificherebbe totalmente e irrimediabilmente la garanzia della riservatezza delle comunicazioni del Presidente della Repubblica.

Esiste piuttosto un'altra norma processuale – cioè l'art. 271, comma 3, cod. proc. pen., invocato dal ricorrente – che prevede che il giudice disponga la distruzione della documentazione delle intercettazioni di cui è vietata l'utilizzazione ai sensi dei precedenti commi dello stesso articolo, in particolare e anzitutto perché «eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge», salvo che essa costituisca corpo di reato. Per le ragioni fin qui illustrate, le intercettazioni delle conversazioni del Presidente della Repubblica ricadono in tale ampia previsione, ancorché effettuate in modo occasionale.

Quanto alla procedura da seguire, nella citata disposizione non sono contenuti rinvii ad altre norme del codice di rito, e manca in particolare il richiamo all'art. 127, che invece è operato nella contigua previsione dell'art. 269 cod. proc. pen. Dunque, la norma processuale in questione non impone la fissazione di una udienza camerale “partecipata”, e neppure la esclude.

La soluzione è coerente con l'eterogeneità delle fattispecie regolate dallo stesso art. 271 cod. proc. pen., consentendo di tener conto delle diverse ragioni che sono alla base delle singole ipotesi di inutilizzabilità. Questa può derivare, per un verso, dall'inosservanza di regole procedurali, che prescindono dalla qualità dei soggetti coinvolti e dal contenuto delle comunicazioni captate: tali, in particolare, le prescrizioni degli artt. 267 e 268, commi 1 e 3, specificamente richiamate dal comma 1 dell'art. 271 cod. proc. pen., in materia di presupposti e modalità di esecuzione delle operazioni. Ma l'inutilizzabilità può connettersi anche a ragioni di ordine sostanziale, espressive di un'esigenza di tutela “rafforzata” di determinati colloqui in funzione di salvaguardia di valori e diritti di rilievo costituzionale che si affiancano al generale interesse alla segretezza delle comunicazioni (quali la libertà di religione, il diritto di difesa, la tutela della riservatezza su dati sensibili ed altro). È questo il caso, specificamente previsto dal successivo comma 2, delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni dei soggetti indicati dall'art. 200, comma 1, cod. proc. pen. (ministri di confessioni religiose, avvocati, investigatori privati, medici ed altro), allorché abbiano ad oggetto fatti conosciuti per ragione del loro ministero, ufficio o professione. Ma è questo ovviamente anche il caso dell'intercettazione, benché casuale, di colloqui del Capo dello Stato, riconducibile, come detto, all'ipotesi delle intercettazioni «eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge», cui è preliminare e distinto riferimento (come univocamente emerge dall'impiego della particella disgiuntiva «o») nel comma 1 dell'art. 271: previsione che si presta a svolgere un ruolo “di chiusura” della disciplina dell'inutilizzabilità, abbracciando fattispecie preclusive diverse e ulteriori rispetto a quelle dianzi indicate, ricavabili anche, e in primo luogo, dalla Costituzione.

A proposito delle regole da seguire ai fini della distruzione del materiale inutilizzabile,

il trattamento delle due categorie di intercettazioni deve essere diverso. Le intercettazioni inutilizzabili per vizi di ordine procedurale attengono a comunicazioni di per sé non sconosciute, e che avrebbero potuto essere legittimamente captate se fosse stata seguita la procedura corretta. La loro distruzione può pertanto seguire l'ordinaria procedura camerale, nel contraddittorio fra le parti. Nel caso invece si tratti di intercettazioni non utilizzabili per ragioni sostanziali, derivanti dalla violazione di una protezione "assoluta" del colloquio per la qualità degli interlocutori o per la pertinenza del suo oggetto, la medesima soluzione risulterebbe antitetica rispetto alla ratio della tutela. L'accesso delle altre parti del giudizio, con rischio concreto di divulgazione dei contenuti del colloquio anche al di fuori del processo, vanificherebbe l'obiettivo perseguito, sacrificando i principi e i diritti di rilievo costituzionale che si intende salvaguardare. Basti pensare alla conoscenza da parte dei terzi – o, peggio, alla diffusione mediatica – dei contenuti di una confessione resa ad un ministro del culto, ovvero all'ostensione al difensore della parte civile del colloquio riservato tra l'imputato e il suo difensore (possibile ove la procedura di cui all'art. 271, comma 3, cod. proc. pen. fosse avviata dopo l'esercizio dell'azione penale).

Nelle ipotesi ora indicate – e dunque anche, a maggior ragione (stante il rango degli interessi coinvolti), in quella dell'intercettazione di colloqui presidenziali – deve ritenersi che i principi tutelati dalla Costituzione non possano essere sacrificati in nome di una astratta simmetria processuale, peraltro non espressamente richiesta dall'art. 271, comma 3, cod. proc. pen. Né gioverebbe richiamare, in senso contrario, la sentenza di questa Corte n. 173 del 2009, che ha stabilito la necessità dell'udienza camerale, nel contraddittorio delle parti, per procedere alla distruzione dei documenti, supporti o atti recanti dati illegalmente acquisiti inerenti a comunicazioni telefoniche o telematiche, ovvero ad informazioni illegalmente raccolte. A prescindere da ogni altro possibile rilievo, si discuteva, nel caso che ha dato origine alla questione decisa con la suddetta pronuncia, di documenti che costituivano essi stessi corpo di reato, esplicitamente esclusi dalla previsione di distruzione di cui al comma 3 dell'art. 271 cod. proc. pen., palesemente inapplicabile dunque a quelle fattispecie.

16.– Le intercettazioni oggetto dell'odierno conflitto devono essere distrutte, in ogni caso, sotto il controllo del giudice, non essendo ammissibile, né richiesto dallo stesso ricorrente, che alla distruzione proceda unilateralmente il pubblico ministero. Tale controllo è garanzia di legalità con riguardo anzitutto alla effettiva riferibilità delle conversazioni intercettate al Capo dello Stato, e quindi, più in generale, quanto alla loro inutilizzabilità, in forza delle norme costituzionali ed ordinarie fin qui citate.

Ferma restando la assoluta inutilizzabilità, nel procedimento da cui trae origine il conflitto, delle intercettazioni del Presidente della Repubblica, e, in ogni caso, l'esclusione della procedura camerale "partecipata", l'Autorità giudiziaria dovrà tenere conto della eventuale esigenza di evitare il sacrificio di interessi riferibili a principi costituzionali supremi: tutela della vita e della libertà personale e salvaguardia dell'integrità costituzionale delle istituzioni della Repubblica (art. 90 Cost.). In tali estreme ipotesi, la stessa Autorità adotterà le iniziative consentite dall'ordinamento.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara che non spettava alla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Palermo di valutare la rilevanza delle intercettazioni di conversazioni telefoniche del Presidente della Repubblica, operate nell'ambito del procedimento penale n. 11609/08;

dichiara che non spettava alla stessa Procura della Repubblica di omettere di chiedere al giudice l'immediata distruzione della documentazione relativa alle intercettazioni indicate, ai sensi dell'art. 271, comma 3, del codice di procedura penale, senza sottoposizione della stessa al contraddittorio tra le parti e con modalità idonee ad assicurare la segretezza del contenuto delle conversazioni intercettate.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 4 dicembre 2012.

F.to:

Alfonso QUARANTA, Presidente

Gaetano SILVESTRI e Giuseppe FRIGO, Redattori

Gabriella MELATTI, Cancelliere

Depositata in Cancelleria il 15 gennaio 2013.

Il Direttore della Cancelleria

F.to: Gabriella MELATTI



# CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

## Strumenti legali europei e degli Stati Membri per la prevenzione e repressione della violenza contro le donne e la violenza domestica

*Antonella Anselmo\**

*SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La dimensione del fenomeno e la sua definizione giuridica. Consiglio d'Europa: la Raccomandazione Rec (2002) 5 del Consiglio dei Ministri agli stati Membri sulla protezione delle donne dalla violenza - 3. La Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti della donna e la violenza domestica - 4. Le politiche comunitarie e gli strumenti dell'UE - 5. Gli Stati membri: il caso della Spagna.*

### *1. Premessa.*

Parlare di violenza nei confronti delle donne e di violazione dei loro diritti fondamentali in un ambito sopranazionale è una grande impresa. Ritengo quindi opportuno limitarmi ad una breve riflessione ragionata sulle linee evolutive che caratterizzano le varie azioni di intervento nel continente europeo, riferibili rispettivamente al Consiglio d'Europa e all'Unione Europea, anche al fine di valutarne l'efficacia e l'incisività.

Preliminarmente ritengo tuttavia necessaria una breve premessa.

Il recente riconoscimento del premio Nobel della pace all'Europa conferisce l'esatto inquadramento della genesi, sotto il profilo storico, sociale e giuridico, del fenomeno della violenza nei confronti delle donne.

Questa la motivazione dell'alto riconoscimento: *“il successo nello sforzo per la pace e la riconciliazione, per la democrazia e i diritti umani”*. Risuo-

---

(\*) Avvocata del Foro di Roma e membro del comitato promotore “Se Non Ora Quando?”.

*Il presente scritto costituisce l'intervento della Autrice all' “Incontro nazionale MAI + COMPLICI!”, Torino, 13 e 14 ottobre 2012.*

nano evidentemente nelle citate parole la memoria, i ricordi, gli orrori, le macerie dei conflitti mondiali e dei regimi totalitari che hanno segnato la recente storia europea e gli esiti di una ricostruzione e pacificazione post-bellica, che hanno trovato risposte nell'integrazione europea.

La qualità "democratica" nello spazio comune europeo, indubbiamente non ancora compiuta, è dunque garanzia di tutela dei diritti fondamentali. Vi è inoltre una stretta correlazione tra pienezza della cittadinanza e il rispetto dei diritti umani. Per questa ragione credo che non vi sia possibilità di uscita dalla crisi economica se si ammettono ricadute che contemplino livelli "inferiori" di tutela dei diritti fondamentali.

E questo è tanto più vero se è riferito ai diritti umani delle donne.

Questa duplice consapevolezza è alla base di ogni azione e politica attiva di intervento per la prevenzione e repressione della violenza contro le donne e la violenza domestica.

## *2. La dimensione del fenomeno e la sua definizione giuridica. Consiglio d'Europa: la Raccomandazione Rec (2002) 5 del Consiglio dei Ministri agli stati Membri sulla protezione delle donne dalla violenza.*

Il primo elemento di analisi deve essere incentrato su quelle che sono le elaborazioni, gli studi e le azioni del Consiglio d'Europa, sia per la sua ampia rappresentatività (include ben 47 paesi membri facenti parte del continente europeo), sia per la missione.

Il Consiglio d'Europa - costituito nel 1949, nell'immediato dopoguerra - si pone infatti come obiettivo di favorire la creazione di uno spazio democratico e giuridico comune in Europa, nel rispetto della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) e di altri testi di riferimento relativi alla tutela dell'individuo. La tutela dei diritti umani fondamentali delle donne e la parità di genere, attuata mediante l'applicazione della CEDU, rientra pertanto a pieno titolo nelle finalità istituzionali del Consiglio d'Europa.

A fronte di una copiosa attività di studio, elaborazione e produzione di atti, prevalentemente aventi natura di risoluzioni e raccomandazioni, si evidenzia tuttavia una scarsa capacità di incidere in termini di efficacia nel determinare la regressione del fenomeno.

Gli atti di maggior rilievo emanati del Consiglio d'Europa sono la Raccomandazione Rec (2002) 5 del Consiglio dei Ministri agli stati Membri sulla protezione delle donne dalla violenza, adottata il 30 aprile 2002 e la Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti della donna e la violenza domestica del 2011.

La Raccomandazione Rec (2002) 5 costituisce il primo atto di analisi e definizione giuridica del fenomeno ed introduce un approccio globale e trasversale al problema: tuttavia data la sua natura la stessa si limita ad indicare una priorità politica agli Stati, senza imporre agli stessi specifici vincoli (*soft law*).

La Convenzione - viceversa - è il primo strumento vincolante per gli Stati aderenti, che attribuisce cogenza ai mezzi e alle azioni già contemplate dalla Raccomandazione, rendendo più incisivo l'approccio multidisciplinare ed integrato.

Con la Raccomandazione Rec (2002)<sup>5</sup> il Consiglio d'Europa recepisce sia l'elaborazione dei movimenti femministi in ambito internazionale sia i principi fondamentali contenuti nelle Convenzioni internazionali di lotta e contrasto alla violenza di genere.

Mi riferisco, sul piano dogmatico e di pensiero, agli studi di Diana Russell (1) sul "*Femicidio*" e di Marcela Lagarde (2) sul "*Femminicidio*", elaborati nel corso degli anni Novanta, in cui si individua la stretta correlazione tra la violenza e l'essere donna della vittima e, dunque, la matrice maschilista e patriarcale del crimine.

Dal punto di vista giuridico il punto di partenza è senza dubbio la Convenzione Cedaw per l' "*Eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne*" del 1979 (3) e la Piattaforma di Azione della Conferenza ONU di Pechino del 1995.

Detta complessa elaborazione dommatica, e la conseguente produzione giuridica in ambito internazionale, consente di affermare che

i) la violenza di genere - quale atto palesemente *discriminatorio* - è compressione o negazione del godimento da parte delle donne dei diritti umani e delle libertà fondamentali conformemente ai principi generali di diritto inter-

---

(1) Nel libro *Femicide: The Politics of woman killing*, prima ancora che fossero disponibili indagini statistiche sul fenomeno, utilizza in ambito criminologico e metagiuridico il termine Femmicidio (*femicide*) per indicare la causa principale degli omicidi nei confronti delle donne, intesa quale violenza estrema da parte dell'uomo contro la donna «perché donna». "*Il concetto di femmicidio si estende aldilà della definizione giuridica di assassinio ed include quelle situazioni in cui la morte della donna rappresenta l'esito/la conseguenza di atteggiamenti o pratiche sociali misogine*". La teoria di Diana Russell diviene universalmente nota ed utilizzata da numerose scienziate per analizzare le varie forme di femmicidio (delitto d'onore, lesbicidio, ecc.).

(2) Il termine *Femminicidio (femminicidio)* è quindi riconducibile al pensiero di Marcela Lagarde «*La forma estrema di violenza di genere contro le donne, prodotto della violazione dei loro diritti umani in ambito pubblico e privato, attraverso varie condotte misogine - maltrattamenti, violenza fisica, psicologica, sessuale, educativa, sul lavoro, economica, patrimoniale, familiare, comunitaria, istituzionale - che comportano l'impunità delle condotte poste in essere tanto a livello sociale quanto dallo Stato e che, ponendo la donna in una posizione indifesa e di rischio, possono culminare con l'uccisione o il tentativo di uccisione della donna stessa, o in altre forme di morte violenta di donne e bambine: suicidi, incidenti, morti o sofferenze fisiche e psichiche comunque evitabili, dovute all'insicurezza, al disinteresse delle Istituzioni e alla esclusione dallo sviluppo e dalla democrazia*».

(3) Nel 1989 la raccomandazione n. 12 del Comitato Cedaw specifica che la violenza contro le donne rientra fra i temi di interesse della Convenzione. Nel 1992 la Raccomandazione 19 chiarisce che entro la definizione di discriminazione è compresa la violenza di genere, vale a dire la violenza che è diretta contro le donne in quanto donne, o che colpisce le donne in modo sproporzionato. Vi rientrano le azioni che procurano sofferenze o danni fisici, mentali o sessuali, nonché la minaccia di tali azioni, la coercizione e la privazione della libertà.

nazionale o alle convenzioni sui diritti umani (4);

ii) che la stessa violenza di genere costituisce un importante problema *strutturale* della società fondato su impari rapporti di potere fra le donne e gli uomini. Di qui la necessità di un coinvolgimento anche degli uomini e della previa rimozione degli ostacoli all'uguaglianza di genere, di natura culturale, sociale ed economica.

La Raccomandazione Rec (2002) 5 è preceduta da un'ampia fase di studio e di monitoraggio.

Le analisi del fenomeno effettuate nei vari Paesi e raccolte dal Consiglio d'Europa presentano un "*volto nascosto*" della violenza nei confronti delle donne: è certo che, per tutti i tipi di violenza, il numero dei casi denunciati e registrati è sensibilmente inferiore alla realtà. Dunque la stima secondo la quale una donna su sei, in Europa, è stata vittima di violenza almeno una volta nella vita testimonia solo l'aspetto "*visibile*" del fenomeno. Appare allora evidente che qualsiasi approccio o azione politica presupponga la creazione di un clima sociale di fiducia e sostegno psicologico alle donne per convincerle ad uscire dal silenzio e dalla vergogna.

Le caratteristiche generali del fenomeno riscontrate dal Consiglio d'Europa sono l'*universalità* e il *carattere multiforme*.

La violenza contro le donne riguarda infatti tutti i paesi, tutte le classi sociali, può colpire persone di qualsiasi età, etnia, religione, quale che sia la loro situazione professionale o personale, o la loro appartenenza ad una minoranza nazionale.

Inoltre la violenza può assumere diverse forme: fisica, verbale, sessuale, psicologica, economica e morale; può essere perpetrata all'interno della famiglia o entro le mura domestiche nella comunità in generale. Alcune situazioni critiche, quali la disoccupazione e la povertà, l'alcoolismo, le crisi politiche, le forti migrazioni e i conflitti armati costituiscono fattori aggravanti nella misura in cui le donne trovandosi in situazione di precarietà divengono un bersaglio privilegiato. Le violenze - che spesso sono il frutto della combinazione di diversi comportamenti aggressivi - hanno quasi sempre conseguenze durevoli sull'equilibrio fisico e/o psichico delle vittime.

Gli studi effettuati dal Consiglio d'Europa riservano un'attenzione del tutto peculiare alla violenza nei confronti delle bambine, che assume caratteri ancor più drammatici e sommersi.

---

(4) Tali diritti e libertà comprendono: a) Il diritto alla vita; b) il diritto a non essere sottoposte a tortura né a pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti; c) Il diritto ad una pari protezione ai sensi delle norme umanitarie in tempo di conflitto armato interno o internazionale; d) il diritto alla libertà e alla sicurezza della propria persona; e) il diritto ad una pari protezione da parte della legge; f) il diritto alla parità nella famiglia; g) il diritto al più alto livello possibile di salute fisica e mentale; h) il diritto a condizioni di lavoro giuste e favorevoli. Viene poi chiarito nella Raccomandazione che la Convenzione si applica alla violenza perpetrata dalle autorità pubbliche.

Sul piano delle definizioni la Raccomandazione opta per un'accezione ampia e comunque non esaustiva.

A tal fine si afferma che il termine violenza contro le donne designa

*“qualsiasi azione di violenza fondata sull'appartenenza sessuale che comporta o potrebbe comportare per le donne che ne sono bersaglio danni o sofferenze di natura fisica, sessuale o psicologica, ivi compresa la minaccia di mettere in atto simili azioni, la costrizione, la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica che in quella privata. Questa definizione si applica, ma non è circoscritta, alle azioni seguenti:*

*a. La violenza perpetrata all'interno della famiglia o delle mura domestiche ed in particolare le aggressioni di natura fisica o psichica, gli abusi di tipo emotivo o psicologico, lo stupro e l'abuso sessuale, l'incesto, lo stupro fra coniugi, partner abituali, partner occasionali o conviventi, i crimini commessi in nome dell'onore, la mutilazione degli organi genitali o sessuali femminili, così come le altre pratiche tradizionali dannose per le donne, quali i matrimoni forzati;*

*b. La violenza perpetrata nella comunità in generale ed in particolare lo stupro, gli abusi, le molestie sessuali e le intimidazioni sul luogo di lavoro, nelle istituzioni o in altri luoghi, la tratta delle donne a fini di sfruttamento sessuale;*

*c. La violenza perpetrata o tollerata dallo Stato o dagli agenti della forza pubblica;*

*d. La violenza dei diritti fondamentali delle donne in situazioni di conflitto armato, in particolare la presa di ostaggi, la deportazione, lo stupro sistematico, la schiavitù sessuale, la gravidanza forzata e la tratta ai fini di sfruttamento sessuale ed economico”.*

La Raccomandazione, come già chiarito, è uno strumento di *soft law* in virtù del quale il Consiglio d'Europa sollecita gli Stati membri alla revisione delle proprie legislazioni e all'adozione di piani di azione nazionali, di carattere trasversale e coordinato, volti alla prevenzione e repressione del fenomeno.

Dunque, tale strumento ha assunto un profondo significato culturale, simbolico, politico e metodologico, che ha influenzato le successive politiche, anche in ambito UE, pur non esplicando effetti diretti negli ordinamenti dei singoli Stati Parti.

*3. La Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti della donna e la violenza domestica.*

Diverso, in termini di efficacia e cogenza, è lo strumento della Convenzione, che assurge a rango di vincolo nei confronti dello Stato, anche in riferimento alla potestà legislativa ordinaria, in quanto derivante da obblighi internazionali ai sensi dell'art. 117/1 Cost.

Il Consiglio d'Europa ha adottato ad Istanbul l'11 maggio 2011 la Con-

venzione sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti della donna e la violenza domestica.

In tale Trattato - in linea di continuità con la Raccomandazione Rec (2002) 5 - si riconosce che il raggiungimento dell'uguaglianza di genere *de jure* e *de facto* è un elemento chiave per prevenire la violenza contro le donne; che la violenza contro le donne è una manifestazione dei rapporti di forza storicamente diseguali tra i sessi, che hanno portato alla dominazione sulle donne e alla discriminazione nei loro confronti da parte degli uomini e impedito la loro piena emancipazione; si riconosce altresì la natura strutturale della violenza contro le donne, in quanto basata sul genere, e in quanto meccanismo sociale cruciale per mezzo del quale le donne sono costrette in una posizione subordinata rispetto agli uomini.

La Convenzione elenca quindi tra le varie gravi forme di violenza, la violenza domestica, le molestie sessuali, lo stupro, il matrimonio forzato, i delitti commessi in nome del cosiddetto "onore" e le mutilazioni genitali femminili, che costituiscono una grave violazione dei diritti umani delle donne e delle ragazze e il principale ostacolo al raggiungimento della parità tra i sessi; constatata altresì le ripetute violazioni dei diritti umani nei conflitti armati che colpiscono le popolazioni civili, e in particolare le donne, sottoposte a stupri diffusi o sistematici e a violenze sessuali e il potenziale aggravamento della violenza di genere durante e dopo i conflitti. Riconosce che le donne e le ragazze sono maggiormente esposte al rischio di subire violenza di genere rispetto agli uomini e che la violenza domestica colpisce le donne in modo sproporzionato: ricorda infine che i bambini sono vittime di violenza domestica anche in quanto testimoni di violenze all'interno della famiglia.

Dal punto di vista classificatorio la Convenzione - anche qui in linea di continuità con la Raccomandazione Rec (2002) 5 - stabilisce che per "*violenza nei confronti delle donne*" si intende designare una violazione dei diritti umani e una forma di discriminazione contro le donne, comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare "*danni*" o "*sofferenze*" di natura fisica, sessuale, psicologica o economica, comprese le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica, che nella vita privata; che inoltre per "*violenza domestica*" si intendono tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivida o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima.

Le azioni contemplate dalla Convenzione possono essere classificate, rispettivamente, in :

1) Prevenzione (media, stereotipi culturali, educazione, politiche di uguaglianza di genere);

- 2) Protezione (formazione professionale, rete di sostegno, assistenza sanitaria e legale, pronto intervento, valutazione e gestione dei rischi);
- 3) Repressione (previsione di fattispecie penali);
- 4) Monitoraggio (osservatorio, raccolta dei dati, statistiche);
- 5) Integrazione delle singole politiche (coordinamento tra istituzioni e ONG.).

Di particolare interesse in questa sede mi appare la disciplina sulle figure professionali e sui servizi di supporto, nell'ambito delle politiche di prevenzione e protezione.

L'articolo 15 riguarda la Formazione delle figure professionali.

Gli Stati firmatari devono fornire e rafforzare un'adeguata formazione delle figure professionali che si occupano delle vittime o degli autori di tutti gli atti di violenza in materia di prevenzione e individuazione di tale violenza, uguaglianza tra le donne e gli uomini, bisogni e diritti delle vittime, e su come prevenire la "vittimizzazione secondaria".

Particolare rilievo assume nella formazione la cooperazione coordinata interistituzionale, al fine di consentire una gestione globale e adeguata degli orientamenti da seguire nei casi di violenza.

La Convenzione prevede inoltre (art. 16) programmi di intervento di carattere preventivo e di trattamento rivolti agli autori degli atti di violenza, con particolare riguardo ai reati di natura sessuale, imponendo tuttavia che la sicurezza, il supporto e i diritti umani delle vittime siano una priorità e che tali programmi, se del caso, siano stabiliti ed attuati in stretto coordinamento con i servizi specializzati di sostegno alle vittime.

Stante il profondo legame tra violenza e stereotipi culturali la Convenzione prevede (art. 17) una serie di attività di partecipazione da parte dei media e del settore privato all'elaborazione e attuazione di politiche e alla definizione di linee guida e di norme di autoregolazione per prevenire la violenza contro le donne e rafforzare il rispetto della loro dignità.

Particolare attenzione è dedicata alla previsione degli obblighi generali di protezione e sostegno per proteggere tutte le vittime da nuovi atti di violenza.

In tale prospettiva sono contemplati adeguati meccanismi di cooperazione efficace tra tutti gli organismi statali competenti, comprese le autorità giudiziarie, i pubblici ministeri, le autorità incaricate dell'applicazione della legge, le autorità locali e regionali, le organizzazioni non governative e le altre organizzazioni o entità competenti, al fine di proteggere e sostenere le vittime e i testimoni di ogni forma di violenza.

Occorre inoltre che tali misure, mediante servizi di supporto generale e speciale, siano basate su una comprensione della violenza di genere contro le donne e della violenza domestica e si concentrino sui diritti umani e sulla sicurezza della vittima; su un approccio integrato che prenda in considerazione il rapporto tra vittime, autori, bambini e il loro più ampio contesto sociale; mi-

rino ad evitare la vittimizzazione secondaria; mirino ad accrescere l'autonomia e l'indipendenza economica delle donne vittime di violenze; consentano, se del caso, di disporre negli stessi locali di una serie di servizi di protezione e di supporto; soddisfino i bisogni specifici delle persone vulnerabili, compresi i minori vittime di violenze e siano loro accessibili.

Per servizi di supporto generali, destinati a facilitare il recupero, si intendono le consulenze legali e un sostegno psicologico, un'assistenza finanziaria, alloggio, istruzione, formazione e assistenza nella ricerca di un lavoro.

Le vittime debbono avere accesso ai servizi sanitari e sociali, dotati di risorse adeguate e di figure professionali adeguatamente formate per fornire assistenza alle vittime e indirizzarle verso i servizi appropriati anche al fine di aiutarle a sporgere denuncia.

Riguardo ai servizi di supporto specializzati, secondo una ripartizione geografica appropriata, gli Stati Parti possono istituire servizi di supporto immediato specializzati, nel breve e lungo periodo, per ogni vittima di un qualsiasi atto di violenza, case rifugi, linee telefoniche di sostegno.

L'art. 25, afferente il supporto alle vittime di violenza sessuale, indica la creazione di centri di prima assistenza adeguati, facilmente accessibili e in numero sufficiente, per le vittime di stupri e di violenze sessuali, che possano proporre una visita medica e una consulenza medico-legale, un supporto per superare il trauma e dei consigli.

Per evitare il rischio di isolamento delle vittime la Convenzione sollecita altresì il ricorso alle testimonianze e alle segnalazioni, da parte delle figure professionali, alle organizzazioni o autorità competenti, qualora abbiano ragionevoli motivi per ritenere che sia stato commesso un grave atto di violenza.

La Convenzione sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti della donna e la violenza domestica è stata recentemente firmata dallo Stato Italiano in seguito alle forti pressioni dei movimenti di donne e di alcune forze parlamentari: allo stato si è in attesa della ratifica.

Resterà poi affidato alla discrezionalità del legislatore italiano definire le modalità di organizzazione dei servizi socio assistenziali e l'individuazione dei livelli concreti di tutela, nel rispetto degli obblighi e dei principi discendenti dalla Convenzione.

#### *4. Le politiche comunitarie e gli strumenti dell'UE.*

Il processo di consolidamento dei Trattati UE ha portato verso una progressiva accentuazione delle competenze comunitarie in materia di tutela dei diritti fondamentali dei cittadini europei e ad una chiarificazione dei criteri di riparto rispetto alle competenze dei singoli Stati membri.

Il principio della parità di genere e il divieto di discriminazioni sessiste sono stati progressivamente riconosciuti quali valori comuni dell'Unione Europea e dunque affermati sia dal Trattato UE (art. 2) sia dalla Carta dei Diritti



Fondamentali dell'Unione Europea (artt. 21 e 23). Tuttavia è oramai principio consolidato che la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, a differenza della CEDU, avente valenza di obbligo internazionale convenzionale, trovi applicazione nell'ambito di procedure di interpretazione ed applicazione dei soli atti dell'Unione e/o comunque nell'attuazione delle politiche attive di derivazione comunitaria.

In tale contesto la Commissione UE, con la Carta delle Donne 2010, ha introdotto nella strategia di attuazione della parità di genere, anche la lotta e il contrasto alla violenza contro le donne.

Parimenti il Consiglio dell'Unione Europea, nel Patto Europeo di Genere 2010 - 2015, ha evidenziato la stretta connessione tra la strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, da un lato, e la Carta delle Donne 2010 della Commissione, dall'altro.

Anche in tale atto è ribadita la centralità della lotta alla violenza di genere per un rafforzamento democratico ed economico dell'Unione.

Le azioni per il raggiungimento dei citati obiettivi - e dunque per la realizzazione di uno spazio comune di eguaglianza, sicurezza e giustizia - sono condizionate dalle disposizioni del Trattato UE che regolano l'esercizio delle funzioni comunitarie.

Il trattato di Lisbona introduce infatti una classificazione precisa che distingue tre competenze principali (5): le competenze esclusive (articolo 3 del TFUE): le competenze concorrenti (articolo 4 del TFUE) e le competenze di sostegno (articolo 6 del TFUE).

Vi sono poi le competenze specifiche in alcuni settori quali il coordinamento delle politiche economiche e occupazionali (articolo 5 del TFUE) (6): la PESC (articolo 24 del trattato sull'UE) (7). L'esercizio delle competenze

---

(5) Competenze esclusive (articolo 3 del TFUE): solo l'UE può legiferare e adottare atti vincolanti in questi settori, il ruolo degli Stati membri è quindi soltanto quello di dare applicazione a questi atti, a meno che l'Unione non li autorizzi ad adottare autonomamente taluni atti; (articolo 4 del TFUE): l'UE e gli Stati membri possono adottare atti vincolanti in tali settori. Tuttavia gli Stati membri possono esercitare la loro competenza soltanto nella misura in cui l'UE non ha o ha deciso di non esercitare la propria; le competenze di sostegno (articolo 6 del TFUE): l'UE può solamente sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri. L'Unione non dispone dunque di potere legislativo in questi settori e non può interferire nell'esercizio delle competenze riservate agli Stati membri.

(6) L'UE dispone di una competenza per assicurare le modalità di tale coordinamento. Deve altresì definire gli orientamenti rivolti agli Stati membri.

(7) L'UE dispone di una competenza relativa a tutti i settori collegati alla PESC. Definisce e attua detta politica anche per il tramite del presidente del Consiglio europeo e dell'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza, i cui rispettivi ruoli e *status* sono riconosciuti dal trattato di Lisbona. Ciò nonostante l'UE non può in nessun caso adottare atti legislativi in questo settore. Inoltre la Corte europea di giustizia non ha la competenza per deliberare in questo settore; la clausola di flessibilità (articolo 352 del TFUE), permette all'UE di andare al di là del potere d'azione che le è attribuito dai trattati, se necessario per raggiungere l'obiettivo prefissato. Tale clausola è regolata da una procedura rigida e da talune restrizioni relative alla sua applicazione.

dell'Unione è subordinato a tre principi fondamentali enunciati nell'articolo 5 del Trattato sull'UE:

- il principio di attribuzione: l'Unione dispone soltanto delle competenze che le sono attribuite dai Trattati;
- il principio di proporzionalità: l'esercizio delle competenze dell'UE si limita a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati;
- il principio di sussidiarietà: nel caso delle competenze concorrenti, l'UE può intervenire solamente se è in grado di agire in modo più efficace rispetto agli Stati membri.

Tale premessa consente di comprendere per quale ragione talune azioni in tema di contrasto alla violenza di genere rientrano nella competenza specifica dell'UE - nell'obiettivo di raggiungere una piena ed effettiva parità fra i sessi (8) - mentre altre azioni sono in via principale rimesse alla discrezionalità e responsabilità degli Stati membri: è il caso dell'organizzazione dei propri servizi socio-sanitari ovvero della legislazione in sede penale.

Tale riparto di competenze spiega anche il perché non esista una direttiva organica e multisettoriale contro la violenza nei confronti delle donne.

Quindi, il quadro positivo, di diritto derivato, è ampiamente variegato.

In applicazione dei principi dei Trattati risulta particolarmente copiosa la produzione di raccomandazioni e risoluzioni (*soft law*) nonché di atti normativi - vincolanti per gli stati membri - costituiti principalmente da Direttive, ma limitatamente a talune materie.

In particolare le Direttive sono volte a contrastare le discriminazioni di genere in ambito lavorativo, retributivo, di sicurezza sociale, di accesso alle forniture di beni e servizi.

Di particolare rilievo è poi l'Ordine di Protezione Europea (OPE) che riconosce uguale tutela alle vittime dei reati in tutta l'UE. L'OPE è uno strumento che si fonda sul principio del reciproco riconoscimento nell'ambito della cooperazione giudiziaria penale tra gli stati membri rivolto in particolare a garantire protezione alle donne vittime di violenze, molestie, rapimento, *stalking* e tentato omicidio.

Più recentemente è stata emanata la Direttiva che istituisce Norme minime in materia di diritti assistenza.

L'Unione Europea ha poi avviato un programma specifico cd. Daphne, articolato in tre distinte fasi temporali, volto a finanziare azioni mirate “*per prevenire e combattere la violenza contro i bambini, i giovani e le donne e per proteggere le vittime e i gruppi a rischio, nell'ambito del programma generale Diritti fondamentali e giustizia*”.

Ciò che colpisce è che a tale copiosa produzione di atti, di varia natura e

---

(8) Carta delle donne adottata dalla Commissione europea nel marzo del 2010; strategia per l'uguaglianza tra donne e uomini per il periodo 2010 – 2015.

genere - e conseguenti stanziamenti pubblici - non corrisponda una regressione del fenomeno né un sostanziale superamento delle discriminazioni *de facto* ancora esistenti in ogni ambito della vita pubblica e privata.

La causa primaria, allora, è ancora oggi riconducibile all'impianto strutturale, pericolosamente sbilanciato da punto di vista di genere, su cui si fonda il potere e la forza decisionale ai vari livelli di governo, e dunque la stessa organizzazione familiare, sociale ed economica.

Come si vedrà è questa l'analisi di fondo che ha ispirato le leggi organiche spagnole.

##### 5. *Gli Stati membri: il caso della Spagna.*

Gli Stati Europei hanno legiferato in vario modo per reprimere il fenomeno della violenza contro le donne: in alcuni casi con interventi settoriali di natura legislativa, ad esempio con modifiche integrative al codice penale, in altri casi con vere e proprie leggi organiche.

Non tutti gli Stati hanno approntato Piani Nazionali o recepito le migliori pratiche internazionali di gestione dei centri antiviolenza.

Il carattere variegato esistente in ambito europeo dipende certamente dalle politiche assistenziali e sanitarie attuate dai singoli Stati, dai relativi finanziamenti pubblici, dal tipo di relazioni interistituzionali e dai rapporti di collaborazione con gli attori pubblici e privati.

Un rilievo fondamentale svolgono inoltre i media e le istituzioni coinvolte nell'istruzione e nell'educazione, ma anche nei percorsi formativi e professionali.

Una tra le legislazioni più avanzate è considerata quella spagnola.

In particolare la Legge Organica n. 1/2004 sulle *"Misure di protezione contro la violenza di genere"* e la Legge Costituzionale 3/2007 del 22 marzo per la *"Parità effettiva tra gli uomini e le donne"*.

Come si evince dalla Relazione il contenuto della legge n. 1/2004 abbraccia sia gli aspetti preventivi, educativi, sociali, assistenziali e di sostegno alle vittime, sia la normativa civile che afferisce alla sfera familiare o della convivenza, dove prevalentemente si verificano le aggressioni. Si affronta, ugualmente in modo deciso, il sistema delle pene che devono essere comminate a tutte le manifestazioni di violenza che questa legge regola. La violenza di genere è inquadrata dalla Legge in modo integrale e multidisciplinare, iniziando dal processo di socializzazione e di educazione. La conquista dell'uguaglianza ed il rispetto della dignità umana e della libertà della persona sono intesi come obiettivi "prioritari" per l'intera società.

Tuttavia nella definizione di violenza di genere il legislatore privilegia il contesto delle relazioni affettive e di vita domestica: *"la presente legge ha come oggetto l'azione contro la violenza che come manifestazione della discriminazione della situazione d'ineguaglianza e di relazioni di potere degli uomini*

*verso le donne è esercitata su queste ultime da coloro che sono o sono stati loro congiunti oppure da coloro che sono o sono stati legati a queste ultime da una relazione affettiva analoga incluso i casi di assenza di coabitazione”.*

Aspetti peculiari degni di nota sono la previsione di specifiche misure di sensibilizzazione, prevenzione e individuazione nell’ambito educativo (9); nel settore della pubblicità e dei mezzi di comunicazione (10); nell’ambito sanitario (11). Segue la parte relativa alla garanzia dei diritti, senza discriminazioni di sorta. In particolare sono contemplati i diritti all’informazione, tenendo conto delle peculiari condizioni personali e sociali delle vittime; il diritto all’assistenza sociale integrale (d’attenzione, soccorso, accoglienza e recupero integrale) gestita dalle Comunità Montane e dagli Organismi locali, in coordinamento con le altre istituzioni competenti; l’assistenza legale gratuita e i corsi di specializzazione per gli avvocati; i diritti al lavoro e all’assistenza sociale; i diritti delle funzionarie pubbliche alla modifica degli orario lavoro e alla mobilità geografica; i diritti economici da riconoscere alle donne vittime di violenza quali gli aiuti sociali, di accesso all’alloggio e alle residenze pubbliche per anziani.

Una particolare attenzione è poi dedicata alla tutela costituzionale, attuata mediante l’istituzione di una Delegazione Speciale del Governo contro la violenza sulla Donna, di un Osservatorio dello Stato e di Unità specializzate delle forze e corpi di polizia.

La tutela penale si articola mediante l’inasprimento di molte fattispecie penali e attraverso politiche di riorganizzazione territoriale dell’amministrazione della giustizia con istituzione dei Tribunali della violenza della donna e della figura del Pubblico Ministero *ad hoc*, oltre a strumenti di semplificazione e accelerazione dei processi. Sono poi contemplati, per le ipotesi meno gravi, sistemi - di natura strutturale - di trattamento degli uomini autori della violenze di genere. Si tratta di istituti già ampiamente sperimentati nella gran parte degli altri Paesi europei e documentati nell’ambito del progetto “*Work with perpetrators of domestic violence*”, Daphne II, finanziato dalla Commissione Europea (12).

La successiva Legge spagnola n. 3/2007 del 22 marzo per la “*Parità effettiva tra gli uomini e le donne*”, di rango costituzionale, concepita in rapporto di rafforzamento della L. 1/2004, prevede che il sistema educativo, in ogni li-

---

(9) Principi e valori in ogni fase del processo educativo e formativo: rispetto dei diritti e delle libertà, principio di eguaglianza tra i sessi, tolleranza e coabitazione, soppressione stereotipi sessisti e promozione effettiva dell’eguaglianza, formazione iniziale e permanente dei professori. Rappresentanze entro i Consigli Scolastici e poteri ispettivi.

(10) Viene qualificata illecita la pubblicità vessatoria e/o discriminatoria; previsioni circa la legittimazione ad agire in capo a Istituzioni e enti rappresentativi per l’interruzione pubblicitaria.

(11) Formazione operatori, sostegno alla diagnosi precoce; Piani Nazionali della Sanità integrati.

(12) Si tratta di 170 programmi riferibili da 19 paesi Europei e raccolti nel data base dedicato. A ciò si aggiunge la produzione del Documento “*Standards nel lavoro con gli uomini maltrattanti*” 2008.

vello e grado, includa tra le proprie finalità l'istruzione nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali e nella parità di diritti e opportunità tra le donne e gli uomini. Analogamente, al fine di combattere le discriminazioni anche *de facto* esistenti, il medesimo sistema educativo include, tra i principi "di qualità", l'eliminazione degli ostacoli che avversano la parità effettiva tra le donne e gli uomini e la promozione della piena parità tra le une e gli altri. Seguono misure specifiche in ordine al raggiungimento di un'eguaglianza e parità di genere in ogni settore della vita pubblica e privata.

Il quadro generale sopranazionale, brevemente descritto nelle linee generali, suggerisce che eventuali futuri interventi normativi in materia siano supportati da politiche attive di formazione, sensibilizzazione ed educazione nel riconoscimento e rispetto delle differenze e della parità di genere. Un processo indubbiamente lungo e faticoso.

Credo inoltre che le misure di intervento nel settore culturale, educativo e formativo desumibili dalla legge spagnola possano fornire importanti spunti per una riflessione condivisa che sia alla base della produzione normativa italiana. Nutro viceversa forti perplessità in ordine all'organizzazione e scelta di modelli gestionali dei servizi socio-assistenziali - esclusivamente pubblicistici in Spagna - e in ordine ad una articolazione dell'amministrazione degli organi giudiziari costituita da Tribunali speciali, attese le differenze strutturali e i limiti costituzionali che contraddistinguono il nostro ordinamento rispetto a quello spagnolo.

## La politica energetica europea: Dalle origini alle più recenti evoluzioni

Mario Antonio Scino\*

*SOMMARIO: 1. L'originaria mancanza nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea di disposizioni espressamente concernenti l'energia. – 2. Il progressivo aumentare in sede comunitaria dell'attenzione verso i problemi generali dell'energia in conseguenza dei c.d. "shock petroliferi". – 3. L'impatto dell'Atto unico europeo sulle questioni generali dell'energia. – 4. Le disposizioni del Trattato CEE legittimanti, in mancanza di una specifica attribuzione di competenza in materia di energia, gli interventi delle Istituzioni comunitarie nel settore energetico. – 5. La "svolta" di Maastricht: l'individuazione espressa di una generale competenza comunitaria in materia di energia. – 6. Il Trattato di Lisbona: il "salto di qualità" verso una politica energetica dell'Unione di tipo globale ed integrato. – 7. Le più recenti evoluzioni della politica energetica europea.*

*1. L'originaria mancanza nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea di disposizioni espressamente concernenti l'energia.*

La competenza dell'Unione europea in materia di "politica energetica" è un'acquisizione assai recente del diritto comunitario c.d. "originario" (ossia, come noto, del diritto dei Trattati), essendo stata espressamente prevista solo con il Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

Il Trattato istitutivo della Comunità economica europea, dunque, non conteneva, originariamente, alcuna disposizione espressamente concernente l'energia, né di carattere generale, né tantomeno di carattere specifico, ossia relativa ai comparti energetici non contemplati dai Trattati speciali.

Per contro, il Trattato istitutivo della CECA (Comunità europea del carbone e dell'acciaio) del 1951 ed il Trattato istitutivo della CEEA (Comunità europea dell'energia atomica) del 1957, entrambi di portata settoriale, riguardavano in modo preminente, se non esclusivo, temi energetici, attuando un livello di integrazione molto avanzato, con l'attribuzione alle Istituzioni comunitarie di ampie funzioni di intervento.

Col senno di poi, può certo destare stupore che, mentre si disegnavano due apposite comunità «consacrate» - per intero l'una, parzialmente l'altra - a specifiche fonti di energia, il Trattato CEE, quello di valenza generale, serbasse un silenzio assoluto riguardo all'energia in quanto tale; ciò che ha fatto affermare a taluno che l'energia rappresenta per la Comunità un vero paradosso (1).

---

(\*) Avvocato dello Stato.

(1) C. BLUMANN, *Énergie et Communautés européennes, Première Partie*, in *Rev. trim. droit. europ.*, 1984, p. 571.

In realtà, le ragioni di tale silenzio possono essere comprese se solo si consideri il contesto storico-economico in cui furono costituite le Comunità europee: in quel contesto, quando il problema della scarsità delle risorse di energia non era ancora attuale, non avendo le crisi mondiali energetiche ancora messo a nudo la debolezza dei sistemi basati principalmente sulle importazioni petrolifere né la sostanziale interdipendenza dei vari settori energetici, ben poteva ritenersi sufficiente aver provveduto a disciplinare quelle fonti che, per motivi diversi (risorsa europea il carbone; risorsa del futuro l'atomo), sembravano le sole meritevoli di specifica considerazione (2). Inoltre, va considerato che, all'epoca dell'istituzione delle Comunità europee i rapporti che i vari Stati membri intrattenevano con i Paesi produttori di petrolio erano di carattere essenzialmente bilaterale e che esistevano profonde differenze nei sistemi nazionali di produzione e distribuzione di energia elettrica, sia quanto a fonti energetiche utilizzate, sia quanto a tipologia degli operatori presenti sul mercato (3).

2. *Il progressivo aumentare in sede comunitaria dell'attenzione verso i problemi generali dell'energia in conseguenza dei c.d. "shock petroliferi".*

Una maggiore attenzione, in sede comunitaria, ai problemi generali dell'energia, che si traduce ben presto nell'esigenza di elaborare una politica energetica comune a livello europeo (4), anche al di fuori dei settori rientranti nell'ambito di applicazione dei due Trattati speciali, può riscontrarsi a partire dagli anni 1973-1974, quando gli eventi legati al c.d. «primo shock petrolifero» rivelano in modo drammatico il problema della dipendenza energetica della Comunità dall'estero.

L'improvviso rialzo dei prezzi sui mercati dei prodotti petroliferi induce i paesi consumatori a riflettere seriamente sulla dimensione economica della questione energetica: «non seulement l'énergie devient un produit rare, mais encore, son coût élevé risque de déstabiliser les économies européennes, largement tributaires, pour leur approvisionnement énergétique, de l'extérieur» (5).

Per far fronte alla contingenza della crisi petrolifera del 1973-1974 la Comunità - che sin dai primi anni Sessanta aveva sostanzialmente abbandonato

---

(2) Cfr. G.G. GENTILE, *La strada italiana al mercato europeo dell'energia elettrica*, in *Rass. giur. energia elettr.*, 1995, p. 303.

(3) Cfr. G. CAIA - N. AICARDI, voce *Energia*, in *Trattato di Diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. CHITI e G. GRECO, Parte speciale, tomo II, Milano, 1997, p. 676.

(4) Sul fondamento giuridico e sull'evoluzione della politica energetica comunitaria, v., tra gli altri, L. CARTOU, *La politique de l'énergie*, in *Rev. trim. droit. europ.*, 1983, p. 523 ss.; E. LAMANDA, *La CEE e l'attività energetica*, in AA. VV., *Il governo dell'energia*, direzione di S. CASSESE, Rimini, 1992, p. 217 ss.; C. CANEVARI, *La politica dell'energia*, in U. DRAETTA (a cura di), *Elementi di diritto comunitario*, Parte speciale, *Il diritto sostanziale della Comunità Europea*, Milano, 1995, p. 293 ss.

(5) C. BLUMANN - G. JOLY, *Energie et Communautés européennes, Deuxième Partie*, in *Rev. trim. droit. europ.*, 1986, p. 614.

ogni tentativo di integrazione energetica globalista - comincia a tracciare le prime linee di una politica comune, che si manifesta nell'approvazione della Risoluzione del Consiglio del 17 dicembre 1974, volta a formulare i primi obiettivi comunitari di politica energetica, per il periodo fino al 1985 (la Risoluzione si proponeva essenzialmente lo scopo di ridurre il grado di dipendenza degli Stati membri dall'energia importata, migliorando la sicurezza delle forniture e riducendo l'onere economico), seguita dalla Risoluzione del 13 febbraio 1975, concernente i mezzi da porre in opera per raggiungere tali obiettivi.

Peraltro, è soltanto con il c.d. «secondo *shock* petrolifero», susseguente allo scoppio della guerra Iran-Irak, che si viene a creare una situazione irreversibile. Il Consiglio, spinto dalla necessità, adotta la Risoluzione del 9 giugno 1980, concernente gli obiettivi di politica energetica della Comunità per il 1990 e la convergenza delle politiche degli Stati membri, in cui conferma nella sostanza le proprie scelte strategiche del 1974 e provvede ad affinare ed attualizzare gli obiettivi individuati.

### 3. *L'impatto dell'Atto unico europeo sulle questioni generali dell'energia.*

L'interesse verso le questioni generali dell'energia è andato poi crescendo con il trascorrere degli anni, soprattutto a seguito dell'adozione dell'Atto unico europeo nel febbraio 1986. L'Atto unico, come noto, è in grandissima parte uno strumento modificativo dei Trattati CEE, CECA e CEEA: oltre a norme recanti emendamenti o sostituzioni di quelle precedentemente in vigore, contiene norme che completano la normativa iniziale (6). Anch'esso, tuttavia, non conteneva alcuna disposizione che regolasse direttamente la materia dell'energia. Ciononostante, esso ha impresso una forte accelerazione al processo di integrazione dei singoli mercati energetici nazionali, e ciò per aver posto quale suo principale obiettivo l'instaurazione, entro il 31 dicembre 1992, del *mercato interno*, ovvero di «uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali» (art. 8 A, cpv., del Trattato CEE (7), oggi art. 26 TFUE), così rilanciando la costruzione del mercato comune voluta dal Trattato di Roma del 1957. L'individuazione dell'obiettivo di instaurare il *mercato interno*, e soprattutto l'indicazione della relativa scadenza (8), hanno incoraggiato la Commissione ad intensificare l'opera di studio e di elaborazione di proposte volte a rimuovere progres-

---

(6) Sull'Atto unico europeo e sulle innovazioni istituzionali e sostanziali con esso introdotte, si vedano, tra gli altri, J. DE RUYT, *L'Acte Unique Européen*, in *Rev. marché comm.*, 1986, p. 307 ss.; T. BALLARINO, *Gli Accordi di Lussemburgo e l'Atto Unico Europeo*, in *Jus*, 1992, p. 139 ss.; L. DANIELE, *Il Trattato di Roma e l'Atto unico a confronto: qualche considerazione*, *ivi*, p. 145 ss.

(7) L'articolo 8 A è stato aggiunto dall'art. 13 («Il Trattato CEE è completato dalle disposizioni seguenti») dell'Atto unico europeo.

(8) Cfr. in tal senso F. CAPOTORTI, *Normativa comunitaria ed energia elettrica*, in *Rass. giur. energia elettr.*, 1990, p. 892.



sivamente le barriere nazionali poste alla realizzazione di un mercato interno dell'energia; ed a conseguire così gli scopi (di sicurezza nell'approvvigionamento, di riduzione dei costi e di aumento della competitività) assegnati al processo di integrazione comunitaria nell'ambito in considerazione (9).

In vista del conseguimento dell'obiettivo del completamento del mercato interno fissato per il 1992, l'integrazione dei singoli mercati energetici nazionali, ossia la realizzazione di un mercato comune dell'energia, «liberato» dagli ostacoli esistenti agli scambi, ha assunto una fondamentale rilevanza. Una volta assunto che l'energia non sfuggisse alla regola comune di cui all'art. 8 A del Trattato CEE, l'obiettivo globale del 1992 non risultava completamente raggiungibile senza un'integrazione dei singoli mercati energetici nazionali, che li aprisse alla concorrenza (10). L'energia, infatti, rappresenta spesso una quota consistente dei costi di produzione e la compartimentazione dei suoi mercati rischia di danneggiare determinate industrie.

#### *4. Le disposizioni del Trattato CEE legittimanti, in mancanza di una specifica attribuzione di competenza in materia di energia, gli interventi delle Istituzioni comunitarie nel settore energetico.*

Anche in mancanza di una specifica attribuzione di competenza in materia di energia e specialmente a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta del secolo scorso, per effetto della forte accelerazione impressa dall'Atto unico europeo al processo di formazione e completamento del mercato interno, la Comunità ha potuto assumere iniziative e compiere passi anche importanti nel settore energetico.

A prima vista, considerando che la Comunità non è un ordinamento a fini generali, ma si fonda sull'attribuzione di competenze specifiche (è caratterizzato, cioè, dal principio detto delle «competenze di attribuzione», il quale, fondamentalmente, implica che le Istituzioni della Comunità possano agire se non nell'ambito di competenze specificamente previste), sarebbero potute sembrare discutibili le iniziative comunitarie in un settore astrattamente rimasto nella competenza degli Stati membri. Peraltro, gli interventi comunitari nel campo dell'energia si sono rivelati ampiamente giustificabili attraverso l'argomentazione che tali interventi rinvenissero adeguato fondamento in diverse disposizioni del Trattato. In particolare - come in parte anticipato - nelle norme relative all'instaurazione e al funzionamento del mercato interno, e più in ge-

---

(9) M. POLITI, voce *Energia nel diritto comunitario*, in *Digesto Disc. Pubbl.*, vol. VI, Torino, 1991, p. 2.

(10) In argomento cfr. L. MEZZETTI, *Europa 1992: realizzazione del mercato interno e integrazione del settore energetico comunitario*, in *Not. giur. reg.*, 1990, p. 137 ss.; L. HANCHER, P. A. TREPTE, *Competition and the Internal Energy Market*, in *Eur. Comp. Law Rev.*, 1992, n. 4, p. 149 ss.; M. C. BOUTARD-LABARDE, *La construction du marché européen de l'énergie: la logique du droit communautaire de la concurrence*, in *Rev. énergie*, 1994, p. 321 ss.

nerale nelle norme che tutelano la libertà di concorrenza fra le imprese (11). È appena il caso di osservare che a tali due insiemi normativi corrisponde il complesso di poteri che costituiscono il nucleo essenziale delle competenze comunitarie.

Secondo questa prospettiva, dunque, l'impulso rivolto alla creazione di un mercato energetico integrato è stato riguardato nel quadro più ampio delle azioni comunitarie finalizzate alla creazione del mercato interno. Per altro verso, poiché le imprese di produzione e di distribuzione di energia sono certamente da annoverare fra quelle operanti sul mercato comunitario, le competenze rivolte ad assicurare la libertà di concorrenza fra le imprese sono risultate esercitabili nei loro riguardi.

In funzione della realizzazione di un mercato europeo dell'energia aperto alla concorrenza, un peso notevole è stato attribuito alla natura giuridica dell'energia. Così, l'energia elettrica, è stata qualificata, in sede di giurisprudenza comunitaria, dapprima per implicito (12) e poi espressamente (13), come una merce ai sensi dell'art. 30 del Trattato CEE (oggi art. 34 TFUE). Orbene, è evidente che, qualificando l'energia elettrica come una merce o un prodotto avente un suo mercato, i relativi problemi di scambi fra gli Stati membri sono riconducibili alle norme del Trattato sulla circolazione delle merci e che, più in generale, in virtù di tale sua affermata natura giuridica, essa risulta assoggettata all'ambito di applicazione dell'art. 8 A del Trattato CEE, là dove è prevista la realizzazione del mercato interno, ed alle regole di concorrenza.

La qualificazione nel senso indicato dell'energia elettrica si è rivelata dunque di fondamentale importanza, in quanto è essenzialmente da essa che ha tratto fondamento il concetto di mercato interno dell'energia, ovvero di un mercato unico, privo di frontiere, in cui l'energia potesse costituire libera

---

(11) Cfr. in tal senso F. CAPOTORTI, *Normativa comunitaria*, cit., p. 888; A. LOLLI, *Riserva d'impresa e diritto comunitario. I monopoli elettrici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1993, p. 95; G. CAIA - N. AICARDI, voce *Energia*, cit., p. 679.

(12) Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 15 luglio 1964, causa 6/64, *F. Costa c. Enel*, in *Racc.*, 1964, p. 1127 (la si può leggere anche in *Foro it.*, 1964, IV, c. 137 ss., con nota di N. CATALANO, *Portata dei trattati istitutivi delle Comunità europee e limiti dei poteri sovrani degli Stati membri*, c. 152 ss.).

(13) Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 27 aprile 1994, causa C-393-92, *Comune di Almelo e altri c. NV Energiebedrijf Ijsselmij*, in *Racc.*, 1994, p. I-1477 (la si può leggere anche in *Rass. giur. energia elettr.*, 1994, p. 786 ss., con nota di G.P. TAGARIELLO, *Accordi che ostacolano l'importazione di elettricità e nozione di servizio d'interesse generale in una recente decisione della Corte di Giustizia*, p. 794 ss.). La qualificazione dell'energia elettrica come merce ai sensi del Trattato CE ed il suo conseguente assoggettamento alle disposizioni del Trattato stesso relative alla libera circolazione delle merci sono state ribadite espressamente anche nella sentenza 23 ottobre 1997, causa C-158/94, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, in *Racc.*, 1997, p. I-5789 (la si può leggere, in parte, anche in *Rass. giur. energia elettr.*, 1997, p. 848 ss., con nota di S. SANTI, *Diritti esclusivi di importazione e di esportazione di energia elettrica e nozione di servizio d'interesse economico generale in una recente sentenza della Corte di Giustizia*, p. 860 ss.), nella quale la Corte ha al riguardo richiamato sia la sentenza «Costa» che quella «Comune di Almelo».

merce di scambio (14)

Peraltro, va rilevato che la qualificazione dell'energia come merce, o la sua equiparazione al prodotto, non elide comunque il carattere di «servizio» - ossia la qualificazione come tale - della prestazione continuativa di energia, «data la evidente riconducibilità di tale prestazione sia alla definizione - per quanto residuale - di servizio, contenuta nell'art. 60 del trattato CEE [oggi art. 57 TFUE] (15), sia alla categoria dei 'servizi d'interesse economico generale' delineata nel successivo art. 90 [oggi art. 106 TFUE]» (16). Da questo punto di vista, dunque, hanno assunto rilievo anche le norme del Trattato riguardanti la libera circolazione dei servizi.

Muovendo dal presupposto che l'energia ed i servizi ad essa relativi sono sottoposti alle norme del Trattato al pari di qualsiasi altra merce o di qualsiasi altro servizio, le Istituzioni comunitarie, pur senza avere, come visto, specifici poteri a disposizione, hanno potuto legittimamente porre in essere i loro interventi nella materia energetica, e ciò anche sul piano propriamente normativo.

Oltre alla serie di norme e di competenze sin qui richiamate, le Istituzioni comunitarie, per adottare atti volti a regolare i diversi aspetti della tematica dell'energia, hanno fatto frequentemente ricorso alla norma di cui all'art. 235 del Trattato CEE (oggi art. 352 TFUE) - esprime il principio concernente i cosiddetti «poteri impliciti della Comunità» - secondo cui quando un'azione comunitaria sia necessaria per raggiungere uno degli scopi della Comunità, senza che il Trattato abbia previsto i poteri richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità e dopo aver consultato il Parlamento europeo, è autorizzato a prendere le disposizioni del caso.

Infine, un'altra norma del Trattato capace di produrre un risultato di espansione delle competenze comunitarie «nominate», e che quindi ha offerto agli organi comunitari un importante strumento di intervento nella materia dell'energia, è stata rappresentata dall'art. 100. Si tratta della norma che attribuisce al Consiglio unanime il potere di stabilire direttive «volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune».

##### *5. La "svolta" di Maastricht: l'individuazione espressa di una generale competenza comunitaria in materia di energia.*

L'individuazione espressa di una generale competenza comunitaria in ma-

---

(14) Cfr. L. RAZZITTI, *Principi ed evoluzione della normativa e della politica comunitaria in tema di energia elettrica*, in *Rass. giur. energia elettr.*, 1996, p. 632.

(15) Tale articolo stabilisce che ai sensi del Trattato si considerano come servizi «le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone».

(16) Così G.G. GENTILE, *La strada italiana*, cit., p. 305.

teria di energia si è comunque avuta con il Trattato sull'Unione europea - sottoscritto a Maastricht il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993 (17) - che, modificando ed integrando il testo del Trattato CEE, ha inserito tra le attribuzioni della Comunità europea anche l'adozione di «misure in materia di energia» (art. 3, lett. *t*, TCE, come sostituito dall'art. G, B. par. 3, TUE), nonché dettato alcune specifiche disposizioni in cui si fa espressa menzione dell'energia.

Così, più in particolare, a seguito del Trattato sull'Unione europea:

- l'azione che la Comunità pone in essere per adempiere al proprio compito (così come formulato nell'art. 2 TCE), comporta anche «misure in materia di energia» (art. 3, lett. *t*, TCE, cit.), ancorché tale azione debba procedere secondo i principi della sussidiarietà e della proporzionalità (art. 3 B TCE);

- deve svilupparsi un'azione della Comunità diretta a promuovere «l'incentivazione della creazione e dello sviluppo di reti transeuropee» (art. 3, lett. *n*, TCE); e ciò con speciale riferimento al settore delle infrastrutture dell'energia (oltre che dei trasporti e delle telecomunicazioni) (art. 129 B TCE);

- la politica ambientale della Comunità può indirettamente condizionare la materia energetica, anche se «le misure aventi una sensibile incidenza sulla scelta di uno Stato membro tra diverse fonti di energia e sulla struttura generale dell'approvvigionamento energetico del medesimo» possono essere adottate solo all'unanimità dal Consiglio (art. 130 S TCE).

Invero, la semplice menzione, nel testo, come rivisto a Maastricht, del Trattato che istituisce la Comunità europea, della competenza comunitaria ad adottare «misure in materia di energia», non accompagnata da alcuna indicazione di principi, obiettivi e forme di esercizio della stessa, pur venendo a fornire una base giuridica certa agli atti comunitari *in subiecta materia*, non ha introdotto innovazioni di rilievo nelle condizioni di esplicazione della politica energetica né ha messo nuovi strumenti nelle mani delle Istituzioni comunitarie (18), che rimanevano così quelli utilizzabili «sulla base delle disposizioni vi-

---

(17) La bibliografia relativa al Trattato di Maastricht è vastissima. *Ex plurimis*, cfr.: Y. DOUTRIAUX, *Le Traité sur l'Union Européenne*, Paris, 1992; U. EVERLING, *Reflections on the Structure of European Union*, in *Comm. mark. law. rev.*, 1992, p. 1053 ss.; E. MOAVERO MILANESI, *Il Trattato di Maastricht e le novità che comporta: spunti di compendio e brevi riflessioni*, in *Dir. comun. scambi internaz.*, 1992, p. 7 ss.; M.P. CHITI, *Il Trattato sull'Unione europea e la sua influenza sulla Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1993, p. 343 ss.; J. CLOOS, G. REINESCH, D. VIGNES, J. WEYLAND, *Le Traité de Maastricht: genèse, analyse, commentaires*, Bruxelles, 1993; V. CONSTANTINESCO, *La structure du Traité instituant l'Union européenne - Les dispositions communes et finales - Les nouvelles compétences*, in *Cah. droit europ.*, 1993, p. 251 ss.; C. CURTI GIALDINO, *Il Trattato di Maastricht sull'Unione europea: genesi, struttura, contenuto, processo di ratifica*, Roma, 1993; R. DEOHUSSE, *La Communauté Européenne après Maastricht: vers un nouvel équilibre institutionnel?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1993, p. 1 ss.; U. DRAETTA, *Il Trattato di Maastricht e le prospettive dell'integrazione europea*, in *Riv. comm. internaz.*, 1993, p. 5 ss.; A. TIZZANO, *Appunti sul Trattato di Maastricht: struttura e natura dell'Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 210 ss.

(18) Cfr. G. CAIA - N. AICARDI, voce *Energia*, cit., p. 678.

genti dei Trattati che istituiscono le Comunità europee» (19).

Altrettanto non è a dirsi, invece, per quel comparto della materia energetica costituito dalle «reti transeuropee» di energia (elettrorodotti, gasdotti, oleodotti, ecc.), con riferimento al quale il Trattato UE, come emerge dalle disposizioni richiamate, ha attribuito alle Istituzioni comunitarie competenze specifiche e peculiari.

Gli è che, anche a seguito dell'inserimento, con la revisione di Maastricht, nel testo del Trattato CE, di previsioni normative facenti espressa menzione dell'energia, le misure comunitarie nella materia *de qua* hanno potuto essere adottate soltanto ricorrendo a poteri d'azione di carattere generale ed orizzontale ovvero utilizzando strumenti contemplati per altri ambiti materiali, di cui il profilo energetico costituisca una componente.

Anche dopo Maastricht, pertanto, i provvedimenti comunitari nella materia energetica sono stati assunti, fondamentalmente, nell'esercizio dei poteri relativi all'instaurazione e al funzionamento del mercato interno ed alla tutela e promozione della concorrenza.

È così che la Comunità, muovendo dalla premessa che i prodotti energetici e i servizi che vi corrispondono sono prodotti e servizi come gli altri ed al pari di questi sono quindi soggetti alle norme del Trattato, si è posta, ormai da un quindicennio, quale obiettivo fondamentale e privilegiato della propria azione in campo energetico, la piena realizzazione del mercato interno e la promozione della concorrenza, al fine di assicurare, sia per le imprese che per i cittadini, la disponibilità di energia al minor prezzo ed alle migliori condizioni.

#### 6. Il Trattato di Lisbona: il “salto di qualità” verso una politica energetica dell'Unione di tipo globale ed integrato.

Peraltro, la tappa più importante del processo comunitario di “costituzionalizzazione” della materia “energia” è certamente costituita dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009 (20). Tale Trattato, che segna la

---

(19) Così testualmente recita la dichiarazione n. 1 allegata all'Atto finale del Trattato sull'Unione europea.

(20) Molto vasta è la letteratura già formatasi sul nuovo Trattato europeo. Limitandosi alle opere alle opere monografiche o collettanee, si possono richiamare: J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007; AA.VV., *Dalla Costituzione europea al Trattato di Lisbona*, a cura di M. C. BARUFFI, Padova, 2008; M. DONY, *Après la réforme de Lisbonne. Les nouveaux traités européens*, Bruxelles, 2008; F. X. PRIOLLAUD – D. SIRITZKY, *Le traité de Lisbonne*, Paris, 2008; J. L. SAURON, *Comprendre le Traité de Lisbonne*, Paris, 2008; AA.VV., *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di P. BILANCIA – M. D'AMICO, Milano, 2009; AA.VV., *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla Costituzione europea, Quaderni della Rassegna di diritto pubblico europeo*, n. 5, 2010; AA.VV., *Europa: Costituzione o Trattato per suo Fondamento? Sul Trattato di Lisbona e i suoi sviluppi*, a cura di M. M. FRACANZANI – S. BARONCELLI, Napoli, 2010; AA.VV., *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità*, a cura di C. ZANCCHI – L. PANELLA, Torino, 2010; AA.VV., *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, a cura di F. BASSANINI – G. TIBERI, 2ª ed., Bologna, 2010; M. FRAGOLA, *Il Trattato di Lisbona*, Milano, 2010.

conclusione di diversi anni di negoziati sulla riforma istituzionale, modifica il Trattato sull'UE e il Trattato che istituisce la Comunità europea, senza tuttavia sostituirli. Il primo mantiene il suo titolo attuale, mentre il secondo viene ad essere denominato "Trattato sul funzionamento dell'Unione europea" (TFUE).

L'art. 4 TFUE inserisce l'energia e l'ambiente nell'elenco di competenze concorrenti tra Unione e Stati membri.

Va evidenziato che il Trattato di Lisbona migliora la capacità di azione dell'UE in diversi settori prioritari: in ambiti come la politica energetica, la salute pubblica, la protezione civile, i cambiamenti climatici, i servizi di interesse generale, la ricerca, lo spazio, la coesione territoriale, la politica commerciale, gli aiuti umanitari, lo sport, il turismo e la cooperazione amministrativa.

Su energia e ambiente l'Unione potrà legiferare in maniera diretta in materie come lo sviluppo sostenibile e il cambiamento climatico. In questo scenario il ruolo del Parlamento Europeo non sarà solo consultivo ma decisionale.

Vengono introdotti per la prima volta e risultano quindi una novità assoluta:

- il riferimento alla promozione sul piano internazionale di misure destinate a risolvere i problemi dell'ambiente a livello regionale o mondiale e, in particolare, a combattere i cambiamenti climatici;

- il riferimento, in ambito energetico, allo spirito di solidarietà tra gli Stati membri e alla promozione dell'interconnessione delle reti energetiche.

Come è stato efficacemente osservato (21), "Siamo di fronte a un importante salto di qualità nel processo di integrazione europea, influenzato, come emerge anche dai lavori preparatori, dalla crescente urgenza di risolvere la sicurezza dell'approvvigionamento, del costo dell'energia e della sostenibilità ambientale".

L'UE potrà sviluppare azioni positive anche attraverso le sinergie tra ambiente ed energia generate dalla nuova competenza sancita dal Trattato in tema di lotta ai cambiamenti climatici all'art. 191 del TFUE.

Con specifico riguardo all'energia, il Trattato di Lisbona rappresenta un strumento importante per l'UE che consente di promuovere la sicurezza dell'approvvigionamento energetico, oltre all'incremento dell'utilizzo di risorse sostenibili e competitive (22).

Un capitolo specifico del trattato, il nuovo Titolo XXI e l'articolo 194 del TFUE, introducono una base giuridica *ad hoc* per la politica dell'Unione in tale settore.

In particolare, l'articolo 194 definisce i principali ambiti e gli obiettivi generali della politica energetica:

- funzionamento del mercato dell'energia,
- sicurezza dell'approvvigionamento energetico,

---

(21) C. CORAZZA, *Ecoeuropa – Le nuove politiche per l'energia e il clima*, Milano, 2009, p. 11.

(22) A. DI PIPPO, *I beni pubblici europei: energia e ambiente*, Astrid, 2009.

- efficienza e risparmio energetico,
- sviluppo di energie nuove e interconnessione delle reti.

Viene introdotto per la prima volta *il principio di solidarietà*, per far sì che un paese che si trovi in gravi difficoltà in termini di approvvigionamento energetico possa contare sull'aiuto degli altri Stati membri.

La procedura legislativa ordinaria è prevista per le misure tese a garantire il funzionamento del mercato dell'energia e la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'Unione, nell'ambito di una politica a sostegno del risparmio energetico, dell'efficienza energetica, dello sviluppo di energie nuove e rinnovabili e dell'interconnessione tra reti energetiche.

Resta ferma, tuttavia, la non incidenza dei provvedimenti assunti dall'Unione sulla scelta di uno Stato membro tra diverse fonti di energia e sulla struttura dell'approvvigionamento energetico del medesimo.

L'introduzione di una specifica base giuridica per l'energia può tradursi in un prezioso strumento per rafforzare la natura globale e integrata della nuova politica energetica dell'Unione.

Sulla base del "nucleo storico" della dimensione interna dei mercati dell'energia elettrica e del gas, si inseriranno, acquistando sempre più importanza, strategie legate alla sostenibilità ambientale e alla dimensione esterna dell'energia, con particolare evidenza attribuita alla problematica della sicurezza degli approvvigionamenti (23).

Per valutare la reale portata innovativa dell'articolo 194 del Trattato di Lisbona è necessario considerarla nell'ambito del processo d'integrazione europeo nel settore energetico.

È vero che "L'articolo 194 TFUE non crea *ex novo* una competenza comunitaria, mirando piuttosto a consolidare una competenza comunitaria che, ormai per prassi consolidata, veniva esercitata in via di fatto ricorrendo a una pluralità di fondamenti normativi» (24). Questo, però, non significa sminuire la portata delle novità introdotte dal Trattato. Al contrario, grazie al nuovo quadro normativo, la politica energetica dell'Unione troverà finalmente la sua base giuridica *ad hoc*. Le Istituzioni comunitarie, ad esempio, non dovranno più dimostrare che l'adozione delle misure energetiche, sia necessaria al raggiungimento di uno degli scopi previsti dal Trattato.

Non bisogna dimenticare che l'estensione della procedura di co-decisione alla competenza energetica incrementerà il ruolo del Parlamento Europeo nella formazione degli atti in materia di energia. Di conseguenza: «L'articolo 194 TFUE potrà dunque rivelarsi un importante strumento di garanzia per un ap-

---

(23) M. BOCACCI MARIANI – G.M. PIANA, *Energia e ambiente nel Trattato di Lisbona*, in AA.VV., *Il Trattato di Lisbona: genesi, struttura e politiche europee, I Quaderni europei*, n. 28/2011, p. 18.

(24) M. LOMBARDO, *L'impatto del Trattato di Lisbona sulla politica energetica europea*, in *Diario Europeo* n. 1-2/2009, p. 53.

proccio globale e coerente della legislazione europea e potrà offrire una nuova legittimazione politica all'azione dell'Unione in materia di energia» (25).

### 7. *Le più recenti evoluzioni della politica energetica europea.*

Da quanto sopra esposto emerge dunque l'“orizzonte” dell'art. 194 TFUE, che, oltre ad una più chiara demarcazione dell'azione dell'Unione nel settore energetico, almeno sul piano astratto, offre a quest'ultima un ampio raggio d'azione. L'Unione del dopo Lisbona in poi, è sicuramente legittimata a dotarsi di una propria politica energetica e ad intervenire così sulle più complesse questioni dell'energia “nel rispetto dell'ambiente e in uno spirito di solidarietà fra Stati”.

Con la sottoscrizione del Trattato di Lisbona, in effetti, si è ulteriormente intensificato il dibattito europeo sugli obiettivi e gli strumenti delle politiche energetiche. Ciò, invero, anche a fronte della cresciuta preoccupazione per gli alti prezzi del petrolio e del gas naturale, e per la dipendenza dei Paesi UE dalle importazioni di idrocarburi provenienti da un numero limitato di paesi, e per il riscaldamento del pianeta.

Le priorità della politica energetica dell'Unione Europea, peraltro, risultano già indicate nel *Libro verde sull'energia* pubblicato dalla Commissione europea nel 2006. Esse sono:

- a) garantire la sicurezza degli approvvigionamenti energetici (*security of supply*);
- b) limitare la dipendenza dalle importazioni di idrocarburi (*competitiveness*);
- c) coniugare le politiche energetiche con il contrasto al cambiamento climatico (*sustainability*).

Alla luce di queste priorità, il 10 gennaio 2007, la Commissione ha definito un pacchetto integrato di misure, convergenti nella strategia detta del “20-20-20 entro il 2020”:

- a) riduzione del 20% delle emissioni di CO<sub>2</sub> rispetto ai livelli del 1990;
- b) aumento dell'efficienza energetica pari al 20% del consumo totale di energia primaria;
- c) incremento della quota del consumo energetico proveniente dalle energie rinnovabili fino al 20% del totale.

Per l'attuazione di questi obiettivi, l'Unione europea ha successivamente adottato il c.d. “pacchetto clima-energia”, approvato dal Parlamento europeo il 17 dicembre 2008 e composto da un regolamento, quattro direttive – tra cui la direttiva 2009/29/CE – e una decisione (26).

(25) M. LOMBARDO, *L'impatto del Trattato di Lisbona*, cit., p. 54.

(26) In argomento, cfr., *amplius*, D. CALDIROLA, *Energia, clima e generazioni future*, in *Amministrazione*, 2009, p. 281 ss., e B. POZZO, *Le politiche comunitarie in campo energetico*, in B. POZZO (a cura di), *Le politiche energetiche comunitarie*, cit., p. 64 s.



Il 13 novembre 2008 la Commissione ha inoltre reso pubblica una *Second Strategic Energy Review*, che contiene un nuovo gruppo di misure volte soprattutto a garantire la sicurezza energetica, integrando così le misure relative al '20-20-20 entro il 2020'.

Con specifico riferimento alla sicurezza degli approvvigionamenti, va evidenziato che l'Unione europea, per garantire tale priorità, tale obiettivo, agisce essenzialmente su due fronti, uno interno (politiche di domanda e offerta) e l'altro esterno (relazioni con i Paesi produttori e di transito).

Sul piano interno, le istituzioni UE europee perseguono due obiettivi: a) il contenimento della domanda di energia degli Stati membri e b) la promozione dell'autosufficienza energetica, soprattutto tramite lo sviluppo di fonti alternative ai combustibili fossili.

Per quel che riguarda le politiche di domanda, l'impegno dell'UE si concentra soprattutto sull'efficienza e il risparmio energetico. Già da qualche anno l'Unione sta sviluppando una fitta rete di direttive volte a favorire l'efficienza energetica. Al riguardo, il Piano d'azione per l'efficienza energetica (2007-2012), adottato dalla Commissione il 19 ottobre 2006, ha identificato importanti opportunità di risparmio nei settori dell'edilizia, delle industrie manifatturiere, della conservazione dell'energia e dei trasporti, fissando l'obiettivo di ridurre entro il 2020 il consumo annuo di energia primaria del 20% rispetto alle proiezioni sul consumo energetico per quello stesso anno.

Per quel che concerne l'autosufficienza energetica, la strategia relativa alla sua promozione si incentra sul potenziamento della produzione domestica di risorse, indipendentemente dal fatto che esse provengano dagli idrocarburi, da fonti rinnovabili o dall'energia nucleare. Un'enfasi particolare è posta, peraltro, sulle energie rinnovabili, che sono un'alternativa fondamentale ai combustibili fossili che l'UE importa in grandi quantità. Lo sviluppo delle energie rinnovabili viene infatti considerato fondamentale perché contribuirebbe sia a ridurre le emissioni di gas serra sia a mitigare la dipendenza dall'estero dell'Unione (27).

Gli sforzi dell'UE per far fronte all'insicurezza energetica tramite soluzioni interne non sono tuttavia sufficienti a garantire un sicuro approvvigionamento di risorse. Poiché oltre tre quarti del fabbisogno energetico europeo vengono soddisfatti dai combustibili fossili - petrolio, gas naturale e carbone, i quali sono in larga misura importati - il concetto di sicurezza energetica si traduce innanzitutto nell'esigenza di garantire un flusso continuo di importazioni ad un prezzo ragionevole. Ne consegue che la politica energetica dell'UE

---

(27) Dal 1997 a oggi, il contributo delle energie rinnovabili al consumo di energia dell'UE è più che raddoppiato, specialmente grazie a fonti quali il vento, le biomasse<sup>3</sup> e l'energia solare. Malgrado ciò, le energie rinnovabili costituiscono attualmente solo circa il 7% del consumo interno di energia dell'Ue.

deve anche basarsi su una dimensione esterna incentrata sulla cooperazione e sull'accordo con i paesi esportatori, oltre che con quelli di transito e con i maggiori consumatori.

In verità, la dipendenza energetica dall'estero non costituisce di per sé un grave problema, ma tende a divenirlo nella misura in cui, in un contesto di crescente competitività globale, le risorse energetiche si concentrano in pochi paesi produttori, o di transito, retti da regimi politici alquanto instabili o non democratici. Questo è il caso soprattutto del petrolio e del gas naturale, la cui dipendenza dalle importazioni è crescente.

L'UE ha sviluppato una fitta rete di dialoghi bilaterali e regionali con i paesi produttori di energia, i paesi consumatori e di transito. Tra questi, la relazione più importante rimane indubbiamente quella con la Russia, principale fornitore di idrocarburi per molti paesi europei (28).

Tra i dialoghi regionali, si segnala, poi, il Forum euro-mediterraneo sull'energia attivo dal 1998. Tra gli obiettivi del forum si ricordano l'adesione dei paesi nord-africani alla Carta dell'Energia, la riforma del loro sistema legislativo, regolamentare e industriale in linea con gli standard UE, lo sviluppo sostenibile e l'integrazione dei mercati energetici del Mediterraneo con quelli dell'UE.

Rilevante è poi il dialogo UE-OPEC, lanciato nel 2005 con l'intento di creare una piattaforma di discussione sui prezzi, gli investimenti e lo sviluppo di nuove tecnologie. Ad esso è collegata una serie di relazioni bilaterali con i paesi del Consiglio di Cooperazione del Golfo e altri importanti produttori, come l'Iraq. Parallelamente, si fa sempre più forte l'interesse dell'UE nei confronti dei produttori di gas e petrolio della regione del Mar Nero e del Mar Caspio con i quali, dal 2001, l'UE condivide il programma di trasporto di gas e petrolio intra-statale conosciuto come INOGATE (si tratta di un accordo-quadro in cui l'Europa si impegna a stimolare gli investimenti in queste regioni in cambio di garanzie di approvvigionamento). Sul continente europeo, l'UE coordina le sue politiche energetiche con la Norvegia, all'interno di un intenso dialogo che comprende possibili esplorazioni nel Mare di Barents, la legislazione relativa al mercato interno dell'energia, la ricerca e lo sviluppo tecnologico del settore. Infine, vale la pena citare gli accordi coi paesi di transito delle rotte energetiche, quali l'Ucraina e la Moldavia.

Questa fitta rete di dialoghi e cooperazioni regionali serve all'UE per diversificare l'origine delle sue importazioni.

Tuttavia, la tendenza degli Stati membri a privilegiare i rapporti bilaterali

---

(28) Il dialogo UE-Russia sull'energia è stato lanciato nel 2000 con obiettivi molto ambiziosi: la sicurezza delle forniture e della domanda, una maggiore apertura del mercato russo dell'energia, la costruzione di infrastrutture per il trasporto e il collegamento di reti elettriche, la creazione di un ambiente favorevole agli investimenti in Russia, la cooperazione sul riscaldamento climatico, il risparmio di energia e la sicurezza nucleare.

con i Paesi fornitori di energia limita la capacità di azione dell'Unione.

Le difficoltà che l'UE incontra nel perseguire con la massima efficacia una politica energetica comune dipendono anche dal non ancora avvenuto completamento di un autentico mercato unico dell'energia.

La creazione di un mercato interno dell'energia è tra le priorità dell'Unione europea. Secondo la Commissione, una maggiore integrazione avrebbe l'effetto di aumentare la concorrenza e quindi ridurre i prezzi, nonché di facilitare l'accesso al mercato anche alle imprese di piccole dimensioni e a quelle che investono in energie rinnovabili. Una rete energetica europea sicura e solida dovrebbe garantire una migliore qualità dei servizi; favorire gli investimenti nelle infrastrutture; contribuire alla diversificazione delle vie di trasporto e delle fonti di energia, e quindi, in ultima istanza, alla sicurezza degli approvvigionamenti. Il mercato interno dell'energia, inoltre, è una condizione essenziale perché l'UE si doti di un'autentica politica comune nei confronti dei principali fornitori di energia.

Le basi per la creazione di un mercato unico per l'energia sono state poste alla fine degli anni Novanta, con la direttiva 96/92/CE relativa al mercato interno dell'elettricità, e con la direttiva 98/30/CE relativa al mercato del gas. Il processo di integrazione ha però conosciuto un'accelerazione solo nel 2003, con le direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE, rispettivamente per l'elettricità e per il gas naturale. Queste hanno introdotto il diritto di accesso non discriminatorio da parte di terzi alle reti di trasporto e di distribuzione, nonché agli impianti di gas naturale liquefatto.

Inoltre, la legislazione del 2003 (ricompresa nel c.d. "Secondo Pacchetto Energia") ha previsto la trasformazione dei gestori delle reti in entità legali distinte dalle imprese di fornitura e di produzione (c.d. *unbundling*). Al fine di dare alle imprese la possibilità di adattarsi, la Commissione ha scelto un approccio bensì graduale, ma che avrebbe dovuto permettere ai consumatori industriali di scegliere liberamente i propri fornitori dal primo luglio 2004 e a quelli privati dal primo luglio 2007. Tuttavia, un'indagine settoriale del 2006 sul funzionamento dei mercati del gas e dell'elettricità rilevava la persistenza di notevoli distorsioni della concorrenza che impedivano, soprattutto alle imprese, di poter beneficiare pienamente dei vantaggi della liberalizzazione (29). Si riscontrava in primo luogo la sussistenza di un elevato livello di concentrazione di mercato, con poche e grandi compagnie "dominanti" i due settori in questione; in secondo luogo, queste stesse compagnie continuano a detenere il controllo della produzione e della distribuzione, determinando quindi il li-

---

(29) Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio del 10 gennaio 2007, *Una politica energetica per l'Europa*, COM(2007) 1 def.; Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo, del 10 gennaio 2007, *Prospettive del mercato interno del gas e dell'elettricità*, COM(2006) 841 def.

vello dei prezzi dell'elettricità e bloccando l'entrata di nuovi utenti nel mercato elettrico e nel sistema di gasdotti; infine, si notava la frammentazione dei mercati lungo linee nazionali, e dunque la mancanza di una reale integrazione dei settori europei del gas e dell'elettricità.

Per superare tali criticità, la Commissione ha lanciato, il 17 settembre 2007, un terzo pacchetto legislativo (30), incentrato sui seguenti aspetti: un più alto livello di separazione delle attività di produzione e di distribuzione di energia; le competenze e l'indipendenza dei regolatori nazionali, nonché la loro cooperazione a livello europeo; l'elaborazione di codici commerciali e tecnici comuni per i gestori delle reti di trasporto; la trasparenza del mercato.

La necessità di risolvere gli impedimenti che ostacolano la formazione di un mercato unico europeo realmente integrato, hanno anche portato all'istituzione dell'ACER (Agenzia per la Cooperazione dei Regolatori Nazionali) (31), ad opera del regolamento (CE) n. 713/2009. Il compito essenziale di tale Agenzia è quello di coordinare e complementare le attività dei differenti regolatori nazionali intervenendo sulle materie di "portata europea", come ad esempio i gasdotti transfrontalieri. L'ACER può sia fornire orientamenti-quadro non vincolanti, sia esprimersi in maniera impegnativa sulle condizioni di accesso alle reti transnazionali.

Si è tentato in questo senso di "forzare" l'integrazione del mercato europeo, condizionando la prassi consolidata negli Stati membri di gestire la propria politica energetica in prima persona e introdurre allo stesso tempo una figura garante che fosse indipendente sia dai governi nazionali, sia dall'Unione Europea.

Le misure politiche e normative adottate dall'UE dal 2009 hanno inoltre consentito di creare una base forte e solida per la pianificazione delle infrastrutture europee. Il terzo pacchetto sul mercato interno dell'energia ha infatti gettato le basi della pianificazione e degli investimenti nelle reti europee, introducendo l'obbligo a carico dei gestori dei sistemi di trasmissione (GST) di cooperare e di elaborare piani decennali regionali ed europei di sviluppo delle reti dell'elettricità e del gas nel quadro della rete europea dei gestori dei sistemi di trasmissione (European Network of Transmission System Operators - ENTSO) e fissando norme sulla cooperazione tra le autorità nazionali di regolamentazione in materia di investimenti transfrontalieri nel quadro dell'ACER.

---

(30) Il c.d. "Terzo Pacchetto Energia" si compone di cinque misure normative (regolamento n. 713/2009 che istituisce un'Agenzia per la cooperazione fra i regolatori nazionali dell'energia, direttive 2009/72/CE e 2009/73/CE in materia di energia elettrica e gas naturale, e i regolamenti n. 714/2009 e n. 715/2009 in materia di accesso alle infrastrutture di trasmissione / trasporto).

(31) Su cui cfr. L. AMMANATI, *L'agenzia per la cooperazione tra i regolatori dell'energia e la costruzione del mercato unico dell'energia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2011, p. 675 ss., e G. NAPOLITANO, *L'Agenzia dell'energia e l'integrazione regolatoria europea*, in P. BILANCIA (a cura di), *La regolazione dei mercati di settore tra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Milano, 2012, 153 ss.

In sintesi, dunque, un obiettivo chiave del Terzo Pacchetto è rappresentato dal rafforzamento della cooperazione tra regolatori nazionali come anche tra operatori dei sistemi di trasmissione. In questo senso, un ruolo cruciale per l'accelerazione della trasformazione del mercato europeo dell'energia in un mercato realmente integrato non potrà che essere svolto dall'ACER, chiamata a rafforzare e rendere più efficace la regolazione a livello europeo attraverso una nuova forma di cooperazione tra regolatori nazionali e, per questa via, diffondere buone prassi regolatorie e conseguire una maggiore convergenza tra Stati membri, anche normativa.

## LE DECISIONI DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE

**Considerazioni “a caldo” per spunti di riflessione alla sentenza sul regime linguistico nell’Ue**

*(C. giustizia, Grande Sezione, sent. 27 novembre 2012, causa C-566/10 P, Repubblica italiana c. Commissione europea)*

**Paolo Gentili\***

La sentenza è importante perché è una delle poche in cui la Corte mostra finalmente il coraggio di comportarsi da vera Corte costituzionale europea, e non da brutta copia di un Tar di provincia (come continua a fare in tante materie, p. es. negli aiuti di Stato, dove protegge veri abusi di potere della Commissione).

Nel merito mi sembra particolarmente rilevante il punto 94 in cui, accogliendo il nostro motivo riassunto nel punto 79, chiarisce che altro è la preparazione professionale e altro è la preparazione linguistica: i concorsi debbono accertare soprattutto la prima, e questo è più facile se si lasciano i candidati liberi di esprimersi nelle lingue che conoscono meglio.

Il solo punto che temo (conoscendo i nostri polli, o meglio, *unsere Hühne*) è il 91: qui la Corte sembra prefigurare la possibilità per la Commissione di redigere non meglio qualificate “*comunicazioni enuncianti i criteri per una limitazione della scelta di una lingua come seconda lingua per partecipare ai concorsi*”. Scommettiamo che tra un po’ ne sfornerà una, ovviamente nel senso del trilinguismo?

Altro aspetto da approfondire è la possibilità di usare la sentenza nella lotta più generale contro il trilinguismo, anche al di fuori dei concorsi.

A questo proposito mi sembra importante la secca affermazione dei punti 69 e 74/75, dai quali trarrei il principio che nelle comunicazioni istituzionali rivolte alla generalità degli europei (quali si è finalmente chiarito che sono anche i candidati a un concorso) usare senza motivo tre sole lingue costituisce una discriminazione vietata dall’art. 21 della Carta.

*Roma, 27 novembre 2012*

---

(\*) Avvocato dello Stato.

**Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza del 27 novembre 2012 nella causa C-566/10 P - Pres. V. Skouris, Rel. A. Rosas, Avv. Gen. J. Kokott - Repubblica italiana (avv. Stato P. Gentili) c. Commissione europea.**

«Impugnazione – Regime linguistico – Bandi di concorsi generali per l’assunzione di amministratori e di assistenti – Pubblicazione integrale in tre lingue ufficiali – Lingua delle prove – Scelta della seconda lingua tra tre lingue ufficiali»

(...)

- 1 Con la sua impugnazione, la Repubblica italiana chiede l’annullamento della sentenza del Tribunale dell’Unione europea del 13 settembre 2010, Italia/Commissione (T 166/07 e T 285/07; in prosieguo: la «sentenza impugnata»), con la quale tale giudice ha respinto i ricorsi di detto Stato membro intesi all’annullamento dei bandi relativi ai concorsi generali EPSO/AD/94/07, per la costituzione di un elenco di riserva ai fini dell’assunzione di amministratori (AD 5) nel settore dell’informazione, della comunicazione e dei media (GU 2007, C 45 A, pag. 3), EPSO/AST/37/07, per la costituzione di un elenco di riserva ai fini dell’assunzione di assistenti (AST 3) nel settore della comunicazione e dell’informazione (GU 2007, C 45 A, pag. 15), ed EPSO/AD/95/07, per la costituzione di un elenco di riserva ai fini dell’assunzione di amministratori (AD 5) nel settore dell’informazione (biblioteca/documentazione) (GU 2007, C 103 A, pag. 7) (in prosieguo, congiuntamente: i «bandi di concorso controversi»).

**Contesto normativo**

- 2 Gli articoli 1 6 del regolamento (CEE) n. 1 del Consiglio, del 15 aprile 1958, che stabilisce il regime linguistico della Comunità economica europea (GU 1958, 17, pag. 385), come modificato dal regolamento (CE) n. 1791/2006 del Consiglio, del 20 novembre 2006 (GU L 363, pag. 1; in prosieguo: il «regolamento n. 1»), dispongono quanto segue:

*«Articolo 1*

Le lingue ufficiali e le lingue di lavoro delle istituzioni dell’Unione sono la lingua bulgara, la lingua ceca, la lingua danese, la lingua estone, la lingua finlandese, la lingua francese, la lingua greca, la lingua inglese, la lingua irlandese, la lingua italiana, la lingua lettone, la lingua lituana, la lingua maltese, la lingua olandese, la lingua polacca, la lingua portoghese, la lingua rumena, la lingua slovacca, la lingua slovena, la lingua spagnola, la lingua svedese, la lingua tedesca e la lingua ungherese.

*Articolo 2*

I testi, diretti alle istituzioni da uno Stato membro o da una persona appartenente alla giurisdizione di uno Stato membro, sono redatti, a scelta del mittente, in una delle lingue ufficiali. La risposta è redatta nella medesima lingua.

*Articolo 3*

I testi, diretti dalle istituzioni a uno Stato membro o ad una persona appartenente alla giurisdizione di uno Stato membro, sono redatti nella lingua di tale Stato.

*Articolo 4*

I regolamenti e gli altri testi di portata generale sono redatti nelle lingue ufficiali.

*Articolo 5*

La *Gazzetta ufficiale dell’Unione europea* è pubblicata nelle lingue ufficiali.

*Articolo 6*

Le istituzioni possono determinare le modalità di applicazione del presente regime linguistico nei propri regolamenti interni.»

- 3 Gli articoli 1 quinquies, 7, paragrafo 1, primo comma, 24 bis, 27, 28, 29, paragrafo 1, e 45 dello Statuto dei funzionari delle Comunità europee, come modificato dal regolamento (CE, Euratom) n. 723/2004 del Consiglio, del 22 marzo 2004 (GU L 124, pag. 1; in prosieguo: lo «Statuto dei funzionari»), enunciano quanto segue:

*«Articolo 1 quinquies*

« 1. Nell'applicazione del presente statuto è proibita ogni discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle, le origini etniche o sociali, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza a una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o l'orientamento sessuale.

(...)

6. Nel rispetto del principio di non discriminazione e del principio di proporzionalità, ogni limitazione di tali principi deve essere oggettivamente e ragionevolmente giustificata e deve rispondere a obiettivi legittimi di interesse generale nel quadro della politica del personale. Tali obiettivi possono in particolare giustificare la fissazione di un'età pensionabile obbligatoria e di un'età minima per beneficiare di una pensione di anzianità.

(...)

*Articolo 7*

1. L'autorità che ha potere di nomina assegna ciascun funzionario mediante nomina o trasferimento, nel solo interesse del servizio e prescindendo da considerazioni di cittadinanza, ad un impiego corrispondente al suo grado, nel suo gruppo di funzioni.

(...)

*Articolo 24 bis*

Le Comunità facilitano il perfezionamento professionale del funzionario, compatibilmente con le esigenze del buon funzionamento dei servizi e conformemente ai loro interessi. Di tale perfezionamento si tiene conto anche ai fini dello svolgimento della carriera.

(...)

*Articolo 27*

Le assunzioni debbono assicurare all'istituzione la collaborazione di funzionari dotati delle più alte qualità di competenza, rendimento e integrità, assunti secondo una base geografica quanto più ampia possibile tra i cittadini degli Stati membri delle Comunità. Nessun impiego deve essere riservato ai cittadini di un determinato Stato membro.

(...)

*Articolo 28*

Per la nomina a funzionario, occorre possedere i seguenti requisiti:

(...)

f) avere una conoscenza approfondita di una delle lingue delle Comunità e una conoscenza soddisfacente di un'altra lingua delle Comunità nella misura necessaria alle funzioni da svolgere.

(...)

*Articolo 29*

1. Per assegnare i posti vacanti in un'istituzione, l'autorità che ha il potere di nomina (...)

(...)

bandisce un concorso per titoli o per esami, ovvero per titoli ed esami. La procedura di concorso è stabilita nell'allegato III.

Può essere bandito un concorso anche per costituire una riserva ai fini di future assunzioni.



(...)

*Articolo 45*

1. La promozione è conferita con decisione dell'autorità che ha il potere di nomina in considerazione dell'articolo 6, paragrafo 2. Essa comporta per il funzionario la nomina al grado superiore del gruppo di funzioni al quale appartiene. La promozione è fatta esclusivamente a scelta, tra i funzionari che abbiano maturato un minimo di due anni di anzianità nel loro grado, previo scrutinio per merito comparativo dei funzionari che hanno i requisiti per essere promossi. Ai fini dell'esame comparativo dei meriti, l'autorità che ha il potere di nomina tiene conto, in particolare, dei rapporti dei funzionari, dell'uso, nell'esercizio delle loro funzioni, di lingue diverse da quella di cui hanno dimostrato di possedere una conoscenza approfondita ai sensi dell'articolo 28, lettera f) e, se del caso, del livello di responsabilità esercitate.

2. Precedentemente alla prima promozione successiva all'assunzione, i funzionari devono dimostrare la loro capacità di lavorare in una terza lingua tra quelle menzionate all'articolo 314 del Trattato CE. Le istituzioni adottano una regolamentazione di comune accordo per l'esecuzione del presente paragrafo. Tale regolamentazione prevede l'accesso dei funzionari alla formazione in una terza lingua e fissa le procedure destinate a verificare la loro capacità di lavorare in una terza lingua, conformemente all'articolo 7, paragrafo 2, lettera d) dell'allegato III».

- 4 Gli articoli 1, paragrafi 1 e 2, e 7 dell'allegato III dello Statuto dei funzionari così dispongono:

*«Articolo 1*

«1. Il bando di concorso è stabilito dall'autorità che ha il potere di nomina, previa consultazione della commissione paritetica.

Il bando deve specificare:

- a) il tipo di concorso (concorso interno nell'ambito dell'istituzione, concorso interno nell'ambito delle istituzioni, concorso generale, eventualmente comune a due o più istituzioni);
  - b) le modalità (concorso per titoli o per esami, ovvero per titoli ed esami);
  - c) la natura delle funzioni e delle attribuzioni relative ai posti da coprire e il gruppo di funzioni ed il grado proposti;
  - d) conformemente all'articolo 5, paragrafo 3, dello statuto, i diplomi e gli altri titoli o il grado di esperienza richiesti per i posti da coprire;
  - e) nel caso di concorso per esami, il tipo degli esami e la loro rispettiva valutazione;
  - f) eventualmente, le conoscenze linguistiche richieste per la particolare natura dei posti da coprire;
  - g) eventualmente, i limiti di età, nonché l'elevazione di tali limiti per gli agenti in servizio da almeno un anno;
  - h) il termine entro il quale devono pervenire le candidature;
  - i) eventualmente, le deroghe accordate a norma dell'articolo 28, lettera a) dello statuto.
- Nei concorsi generali comuni a due o più istituzioni, il bando di concorso è stabilito dall'autorità che ha il potere di nomina di cui all'articolo 2, paragrafo 2, dello statuto, previa consultazione della commissione paritetica comune.

2. Per i concorsi generali, si deve pubblicare un bando di concorso nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee almeno un mese prima del termine entro il quale devono pervenire le candidature e, eventualmente, almeno due mesi prima della data fissata per gli esami.

3. Tutti i concorsi devono essere resi noti nell'ambito delle istituzioni delle tre Comunità europee negli stessi limiti di tempo.

(...)

#### *Articolo 7*

1. Previa consultazione del comitato dello statuto, le istituzioni affidano all'Ufficio di selezione del personale delle Comunità europee [in prosieguo: l'«EPSO»] l'incarico di adottare le misure necessarie ai fini dell'applicazione di norme uniformi nell'ambito delle procedure di selezione dei funzionari e delle procedure di valutazione e di esame di cui agli articoli 45 e 45 bis dello statuto.

2. L'[EPSO] ha il compito di:

a) organizzare concorsi generali su richiesta delle singole istituzioni;

(...)

d) assumere la responsabilità generale per la definizione e l'organizzazione della valutazione delle capacità linguistiche affinché le esigenze dell'articolo 45, paragrafo 2 dello statuto si attuino in modo armonizzato e coerente.

(...))»

5 L'EPSO è stato creato dalla decisione 2002/620/CE del Parlamento europeo, del Consiglio, della Commissione, della Corte di giustizia, della Corte dei conti, del Comitato economico e sociale, del Comitato delle regioni e del Mediatore, del 25 luglio 2002 (GU L 197, pag. 53). Ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, prima frase, di detta decisione, l'EPSO esercita i poteri di selezione conferiti, in particolare, in virtù dell'allegato III dello Statuto dei funzionari alle autorità che hanno il potere di nomina delle istituzioni firmatarie della decisione stessa. Ai sensi dell'articolo 4, ultima frase, della decisione 2002/620, tutti i ricorsi nei settori contemplati da tale decisione sono diretti contro la Commissione europea.

6 Il ruolo dell'EPSO è stato precisato dall'articolo 7 dell'allegato III dello Statuto dei funzionari, che è stato aggiunto dal citato regolamento n. 723/2004.

#### **Fatti all'origine della controversia**

7 Il 28 febbraio 2007, l'EPSO ha pubblicato i bandi relativi ai concorsi generali EPSO/AD/94/07 e EPSO/AST/37/07 soltanto nelle edizioni in lingua tedesca, inglese e francese della *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, al fine di costituire, da un lato, un elenco di riserva destinato alla copertura di posti vacanti presso le istituzioni per amministratori (AD 5) nel settore dell'informazione, della comunicazione e dei media e, dall'altro, un elenco di riserva destinato alla copertura di posti vacanti presso le istituzioni per assistenti (AST 3) nel settore della comunicazione e dell'informazione.

8 L'8 maggio 2007, l'EPSO ha pubblicato il bando relativo al concorso generale EPSO/AD/95/07 soltanto nelle edizioni in lingua tedesca, inglese e francese della *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*, al fine di costituire un elenco di riserva destinato alla copertura di posti vacanti, in particolare presso il Parlamento europeo, per amministratori (AD 5) nel settore dell'informazione (biblioteca/documentazione).

9 Il punto I A dei bandi di concorso controversi, disciplinante le condizioni di ammissione ai test di preselezione, prevedeva, sotto la rubrica «Conoscenze linguistiche», che tutti i candidati dovessero avere una conoscenza approfondita di una delle lingue ufficiali dell'Unione (in prosieguo: le «lingue ufficiali») quale lingua principale e una conoscenza soddisfacente del tedesco, dell'inglese o del francese come seconda lingua, obbligatoriamente diversa dalla lingua principale. Era inoltre previsto, sotto la medesima rubrica,

- che, per garantire la chiarezza e la comprensione dei testi di carattere generale e di tutte le comunicazioni tra l'EPSO e i candidati, le convocazioni ai diversi test ed alle prove nonché ogni scambio di corrispondenza tra l'EPSO o il segretariato della commissione giudicatrice ed i candidati avrebbero avuto luogo esclusivamente in tedesco, in inglese o in francese. Il punto I B dei bandi di concorso controversi indicava poi che i test di preselezione si sarebbero svolti «in tedesco, in inglese o in francese ([seconda] lingua)».
- 10 Il punto II A dei bandi di concorso controversi, relativo alla natura delle funzioni e alle condizioni di ammissione ai concorsi, stabiliva, sotto la rubrica «Conoscenze linguistiche», che, per essere ammessi alle prove scritte, i candidati dovevano avere una conoscenza approfondita di una delle lingue ufficiali come lingua principale e una conoscenza soddisfacente del tedesco, dell'inglese o del francese come seconda lingua, obbligatoriamente diversa dalla lingua principale. Il punto II B dei bandi di concorso controversi stabiliva inoltre che le prove scritte si sarebbero svolte «in tedesco, in inglese o in francese ([seconda] lingua)».
- 11 Il 20 giugno e il 13 luglio 2007, l'EPSO ha pubblicato due modifiche ai bandi di concorso controversi in tutte le versioni linguistiche della *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* (C 136 A, pag. 1, e C 160, pag. 14). Nella modifica pubblicata il 20 giugno 2007 era indicato che i candidati dovevano possedere, per il concorso EPSO/AD/94/07, un diploma attestante una formazione universitaria completa di tre anni nel settore in questione, cioè quello dell'informazione, della comunicazione e dei media, oppure un diploma attestante una formazione universitaria completa di tre anni in un altro settore, seguita da un'esperienza professionale di almeno tre anni in un settore pertinente alla natura delle funzioni da svolgere. Riguardo al concorso EPSO/AST/37/07, era poi indicato che i candidati dovevano avere, secondo il tipo di qualificazione da loro posseduto, un'esperienza professionale di tre o sei anni. Nella modifica pubblicata il 13 luglio 2007 era indicato, per il concorso EPSO/AD/95/07, che i candidati dovevano aver compiuto studi di livello universitario di durata triennale nel settore dell'informazione (biblioteca/documentazione) o studi di livello universitario di durata triennale seguiti da una qualificazione specialistica nel detto settore, e che non era richiesta alcuna esperienza professionale. Inoltre, le due modifiche rinviavano espressamente alla versione integrale dei bandi di concorso controversi pubblicati nelle edizioni tedesca, inglese e francese della *Gazzetta ufficiale* e fissavano nuovi termini per la presentazione delle candidature ai concorsi in parola.

#### **Ricorsi dinanzi al Tribunale e sentenza impugnata**

- 12 Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale l'8 maggio 2007, la Repubblica italiana ha proposto un ricorso inteso all'annullamento dei bandi di concorso EPSO/AD/94/07 ed EPSO/AST/37/07. La Repubblica di Lituania è intervenuta a sostegno delle conclusioni della Repubblica italiana in tale causa, registrata con il numero di ruolo T 166/07.
- 13 Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale il 18 luglio 2007, la Repubblica italiana ha proposto un ricorso inteso all'annullamento del bando di concorso EPSO/AD/95/07. La Repubblica ellenica è intervenuta a sostegno delle conclusioni della Repubblica italiana in tale causa, registrata con il numero di ruolo T 285/07.
- 14 Le cause T 166/07 e T 285/07 sono state riunite con ordinanza del 9 novembre 2009 ai fini della fase orale del procedimento e della sentenza.
- 15 La Repubblica italiana contestava essenzialmente, in primo luogo, la mancata pubbli-

cazione integrale nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* dei bandi di concorso controversi nelle lingue ufficiali diverse da quelle tedesca, inglese e francese e, in secondo luogo, l'arbitraria limitazione a tre lingue soltanto nella scelta della seconda lingua per la partecipazione ai concorsi in questione, per tutte le comunicazioni con l'EPSO e per lo svolgimento delle prove.

- 16 Dopo aver rigettato una domanda di non luogo a provvedere presentata dalla Commissione, il Tribunale ha esaminato, in primo luogo, il motivo di ricorso relativo alla violazione dell'articolo 290 CE e, in secondo luogo, quello attinente alla violazione degli articoli 1, 4, 5 e 6 del regolamento n. 1. In terzo luogo, esso si è pronunciato sul motivo di ricorso vertente sulla violazione dei principi di non discriminazione, di proporzionalità e del multilinguismo. Tale motivo, suddiviso in due parti, verteva, nella sua prima parte, sulla conformità ai suddetti tre principi della pubblicazione integrale, nella *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea*, dei bandi di concorso controversi nelle sole lingue tedesca, inglese e francese. La seconda parte del motivo riguardava la conformità a questi stessi principi della scelta della seconda lingua tra le tre lingue fissate per la partecipazione ai concorsi in questione, per tutte le comunicazioni con l'EPSO e per lo svolgimento delle prove. In quarto luogo, il Tribunale ha esaminato il motivo relativo alla violazione del principio della tutela del legittimo affidamento, al fine di verificare se la pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* dei bandi di concorso controversi violasse tale principio, dal momento che essa contraddiceva una prassi costante seguita sino al mese di luglio 2005, consistente nel redigere e pubblicare integralmente nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* i bandi di concorso in tutte le lingue ufficiali. Infine, il Tribunale ha esaminato i motivi relativi al difetto di motivazione dei bandi di concorso controversi e allo sviamento di potere.
- 17 Il Tribunale ha respinto ciascuno dei suddetti motivi di ricorso e, di conseguenza, i ricorsi di annullamento proposti.

#### **Conclusioni delle parti nel giudizio di impugnazione**

- 18 La Repubblica italiana chiede che la Corte voglia:
- annullare la sentenza impugnata;
  - statuire direttamente sulla controversia, annullando i bandi di concorso controversi;
  - condannare la Commissione alle spese.
- 19 La Commissione chiede che la Corte voglia:
- respingere l'impugnazione;
  - condannare la Repubblica italiana alle spese.
- 20 La Repubblica ellenica conclude che la Corte voglia accogliere la sua comparsa di risposta, con conseguente annullamento della sentenza pronunciata dal Tribunale il 13 settembre 2010 nelle cause T 166/07 e T 285/07.
- 21 La Repubblica di Lituania non ha depositato comparsa di risposta.

#### **Sull'impugnazione**

- 22 L'impugnazione è fondata su sette motivi.
- Argomenti delle parti*
- Il primo motivo
- 23 Il primo motivo di impugnazione riguarda la violazione dell'articolo 290 CE e dell'articolo 6 del regolamento n. 1.
- 24 Esso è diretto contro i punti 41 e 42 della sentenza impugnata, con i quali il Tribunale ha statuito che i bandi di concorso controversi non violavano l'articolo 290 CE, in quanto

essi erano stati adottati dalla Commissione in virtù della competenza riconosciuta alle istituzioni e agli organi comunitari dall'articolo 6 del regolamento n. 1, il quale consente espressamente alle istituzioni di determinare le modalità di applicazione del regime linguistico nei loro regolamenti interni. Facendo segnatamente riferimento al paragrafo 48 delle conclusioni presentate dall'avvocato generale Poirares Maduro nella causa definita dalla sentenza del 15 marzo 2005, Spagna/Eurojust (C 160/03, Racc. pag. I 2077), ed alla giurisprudenza citata in detto paragrafo, il Tribunale ha statuito nei medesimi punti 41 e 42 che occorreva riconoscere alle istituzioni una certa autonomia funzionale nell'esercizio della competenza ad esse conferita dall'articolo 6 del regolamento n. 1, al fine di garantire il loro buon funzionamento.

- 25 La Repubblica italiana fa valere che il Tribunale ha violato l'articolo 290 CE e l'articolo 6 del regolamento n. 1, riconoscendo la competenza della Commissione ad adottare i bandi di concorso controversi malgrado che, in primo luogo, nessun regolamento interno sia mai stato adottato dalla Commissione al fine di determinare le modalità di applicazione del citato regolamento n. 1, che, in secondo luogo, un bando di concorso non sia un regolamento interno e che, in terzo luogo, la Commissione, per il tramite dell'EPSO, si sia sostituita al Consiglio pretendendo di dettare in via di mera prassi amministrativa un regime linguistico in una materia importante come i concorsi di ammissione alle carriere dell'amministrazione dell'Unione.
- 26 La Repubblica ellenica, facendo riferimento alla sentenza del Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea del 15 giugno 2010, Pachitis/Commissione (F 35/08, non ancora pubblicata nella Raccolta), – sentenza che, al momento del deposito della comparsa di risposta della Repubblica ellenica, era stata oggetto di un'impugnazione della Commissione, poi respinta dal Tribunale con la sentenza del 14 dicembre 2011, Commissione/Pachitis (T 361/10 P, non ancora pubblicata nella Raccolta), – sottolinea che l'EPSO è incompetente a stabilire la lingua di un concorso, non soltanto perché ciò finisce per determinare il regime linguistico di un'istituzione, pur rientrando tale aspetto nella competenza del Consiglio, ma anche perché le lingue costituiscono il «contenuto delle prove» e fanno parte delle conoscenze la cui valutazione spetta alla commissione giudicatrice. La Repubblica ellenica si interroga in merito all'esistenza di un'«autonomia funzionale» – quale rilevata al punto 41 della sentenza impugnata – fondata sull'articolo 6 del regolamento n. 1 e riconosciuta alle istituzioni dal Tribunale. Detto Stato membro conclude che il regolamento viene utilizzato per evitare il voto all'unanimità richiesto dall'articolo 290 CE.
- 27 La Commissione sostiene che il Tribunale non ha commesso alcun errore di diritto. Essa ricorda che la necessità di riconoscere alle istituzioni una certa autonomia funzionale risulta dalla giurisprudenza della Corte. Pertanto, sarebbe corretta la statuizione del Tribunale secondo cui i bandi di concorso sono un'espressione di tale potere di auto organizzazione. Il fatto che la Commissione non abbia adottato disposizioni interne ai sensi dell'articolo 6 del regolamento n. 1 non sarebbe pertinente, in quanto tale disposizione non sarebbe altro che l'espressione di un potere di auto organizzazione più ampio.
- Il secondo motivo
- 28 Il secondo motivo di impugnazione riguarda la violazione degli articoli 1 e 4 6 del regolamento n. 1.
- 29 Esso è diretto contro i punti 52 57 della sentenza impugnata. Al punto 52 di tale sentenza, il Tribunale, citando in particolare il punto 60 della sentenza del 5 ottobre 2005, Ra-

smussen/Commissione (T 203/03, Racc. FP pagg. I A 279 e II 1287), ha ricordato la costante giurisprudenza secondo cui «il regolamento n. 1 non è applicabile ai rapporti tra le istituzioni e i loro funzionari e agenti, in quanto fissa unicamente il regime linguistico applicabile tra le istituzioni ed uno Stato membro o una persona che ricade nella giurisdizione di uno degli Stati membri». Al punto 53 della sentenza impugnata, facendo riferimento in particolare al punto 13 della sentenza del 7 febbraio 2001, Bonaiti Brighina/Commissione (T 118/99, Racc. FP pagg. I A 25 e II 97), il Tribunale ha affermato che «i funzionari e gli altri agenti delle Comunità, nonché i candidati a tali posti, (...) sono soggetti unicamente alla giurisdizione comunitaria» e, inoltre, che «l'art. 6 del regolamento n. 1 consente espressamente alle istituzioni di determinare le modalità di applicazione del regime linguistico nei loro regolamenti interni». Al punto 54 di detta sentenza, il Tribunale ha giustificato l'equiparazione ai funzionari e agli altri agenti delle Comunità dei candidati a tali posti, in materia di regime linguistico applicabile, con la «circostanza che tali candidati entrano in relazione con un'istituzione unicamente al fine di ottenere un posto di funzionario o di agente per il quale talune conoscenze linguistiche sono necessarie e possono essere imposte dalle disposizioni comunitarie applicabili per assegnare il posto di cui è causa». Su tale base, il Tribunale ha concluso, ai punti 55 e 56 della medesima sentenza, che «gli artt. 1, 4 e 5 del regolamento n. 1 non si applicano ai bandi di concorso controversi» e che «[r]ientra (...) nella responsabilità delle istituzioni la scelta della lingua di pubblicazione esterna di un bando».

- 30 La Repubblica italiana sottolinea nuovamente che nessun regolamento interno è stato adottato dalla Commissione in applicazione dell'articolo 6 del regolamento n. 1. Essa sostiene, inoltre, che un bando di concorso è un testo di portata generale ai sensi dell'articolo 4 del regolamento n. 1, dal momento che esso può interessare la generalità dei cittadini comunitari e che, comunque, il bando è la legge particolare del concorso. Ciò sarebbe confermato dall'articolo 1, paragrafo 2, dell'allegato III dello Statuto dei funzionari, il quale impone la pubblicazione dei bandi di concorso nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*. Detto Stato membro contesta infine l'equiparazione dei candidati di un concorso ai funzionari e agli altri agenti, sottolineando che un candidato è un cittadino dell'Unione, il quale è titolare di un diritto pubblico soggettivo fondamentale ad accedere agli impieghi della funzione pubblica dell'Unione e che, quando chiede di partecipare ad un concorso per entrare in un'istituzione, è necessariamente esterno a quest'ultima.
- 31 La Repubblica ellenica sostiene che esiste una contraddizione tra i punti 41 e 42 della sentenza impugnata – con i quali il Tribunale ha concluso che i bandi di concorso controversi erano stati adottati in virtù della competenza riconosciuta alle istituzioni dall'articolo 6 del regolamento n. 1 – e i punti 52-58 della medesima sentenza – con i quali detto giudice ha respinto il motivo di ricorso relativo alla violazione degli articoli 1 e 46 del citato regolamento, giudicando che quest'ultimo non fosse applicabile ai rapporti tra le istituzioni dell'Unione e i loro funzionari. Secondo la Repubblica ellenica, o il regolamento n. 1 è applicabile – e allora l'articolo 6 del medesimo è pertinente – o non lo è. Detto Stato membro fa inoltre valere come il punto 60 della citata sentenza Rasmussen sia una semplice affermazione che non è giustificata e che, in via trattativa, è divenuta giurisprudenza costante.
- 32 La Commissione sostiene che il Tribunale non è incorso in alcun errore di diritto, segnatamente per quanto riguarda l'equiparazione dei candidati di un concorso ai funzio-

nari in ruolo. Un principio siffatto figurerebbe anche nella giurisprudenza della Corte per giustificare l'applicazione delle procedure dello Statuto dei funzionari a coloro che rivendicano tale qualità. Inoltre, un bando di concorso definirebbe le regole applicabili alle persone che sottopongono la propria candidatura, regole che esprimerebbero l'esclusivo interesse del servizio e, dunque, i bisogni interni dell'istituzione. Un bando siffatto non potrebbe dunque costituire un testo di portata generale.

- 33 La Commissione sottolinea che l'allegato III dello Statuto dei funzionari impone degli obblighi al fine di garantire l'uguaglianza nell'accesso alle informazioni, e non esprime esigenze linguistiche di forma che caratterizzano il regime «esterno», vale a dire le relazioni tra le istituzioni e il mondo esterno.

Il terzo motivo

- 34 Il terzo motivo di impugnazione riguarda la violazione dei principi di non discriminazione, di proporzionalità e del multilinguismo, e segnatamente la violazione dell'articolo 12 CE, dell'articolo 22 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»), dell'articolo 6, paragrafo 3, UE, dell'articolo 5 del regolamento n. 1, dell'articolo 1, paragrafi 2 e 3, dell'allegato III dello Statuto dei funzionari e, infine, dell'articolo 230 CE.

- 35 Detto motivo è diretto contro i punti 72 e 91 della sentenza impugnata, con i quali il Tribunale ha statuito sulla prima parte di un motivo di ricorso, relativa alla pubblicazione nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* nelle lingue tedesca, inglese e francese dei bandi di concorso controversi, nonché alla pubblicazione nella citata Gazzetta, in tutte le lingue ufficiali, di modifiche ai suddetti bandi di concorso.

- 36 Al punto 72 della sentenza impugnata, il Tribunale ha rilevato che «non sussistono disposizioni né principi di diritto comunitario che impongano la pubblicazione sistematica nella Gazzetta ufficiale, in tutte le lingue ufficiali, di bandi di concorso». Esso ha tuttavia ricordato, al successivo punto 74, che, «se è vero che l'amministrazione può legittimamente adottare le misure che le sembrano adeguate al fine di disciplinare alcuni aspetti della procedura di assunzione del personale, tali misure non devono sfociare in una discriminazione fondata sulla lingua tra i candidati a un determinato posto». Al punto 84 della medesima pronuncia, il Tribunale ha constatato che «i bandi di concorso controversi sono stati pubblicati, integralmente, soltanto nelle lingue francese, inglese e tedesca». Esso ha però sottolineato, al punto 85 della sua decisione, che le due modifiche pubblicate nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* in tutte le lingue ufficiali, che informavano succintamente il pubblico dell'esistenza e del contenuto dei bandi di concorso controversi e che rinviavano alle edizioni francese, inglese e tedesca per ottenere il loro testo integrale, «hanno posto rimedio all'omessa pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dei bandi di concorso controversi in tutte le lingue ufficiali». Il Tribunale ha così concluso, al punto 90 della sentenza impugnata, che «la pubblicazione integrale nella Gazzetta ufficiale dei bandi di concorso controversi in sole tre lingue, seguita da una pubblicazione succinta nella Gazzetta ufficiale, in tutte le lingue ufficiali, di modifiche di detti bandi, non costituisce una discriminazione [tra candidati] basata sulla lingua contraria all'art. 12 CE[, che essa] non integra neppure una violazione dell'art. 6, n. 3, UE, il quale si limita ad indicare che l'Unione rispetta le identità nazionali[, e che] detta pubblicazione non viola l'art. 22 della Carta, che comunque è priva di forza giuridica vincolante».

- 37 La Repubblica italiana sostiene che il Tribunale, prendendo in considerazione le modi-

fiche dei bandi di concorso, ha violato l'articolo 230 CE, in quanto la legittimità di un atto deve essere valutata tenendo conto della sua formulazione nel momento in cui viene emanato. Detto Stato membro sostiene inoltre che, comunque, la pubblicazione delle modifiche non ha consentito di porre rimedio alla mancata pubblicazione dei bandi in tutte le lingue ufficiali.

- 38 Secondo la Repubblica italiana, il ragionamento del Tribunale è viziato da una tautologia, in quanto esso presume la conoscenza delle tre lingue a motivo del fatto che i bandi prevedevano soltanto queste tre lingue. Orbene, era necessario appunto giustificare la limitazione a tre lingue, nonché la discriminazione che ne derivava.
- 39 Anche la Repubblica ellenica sostiene che i bandi di concorso avrebbero dovuto essere pubblicati in tutte le lingue ufficiali e nega che la pubblicazione delle modifiche abbia posto rimedio alla violazione iniziale.
- 40 La Commissione rileva che gli argomenti sviluppati nell'ambito del presente motivo di impugnazione non rimettono in discussione il ragionamento seguito dal Tribunale ai punti 72, 73 76, nonché 79 81 della sentenza impugnata, il quale era a suo avviso sufficiente per fondare il dispositivo di tale sentenza. Ad ogni modo, il bando di concorso doveva indicare i requisiti dettati dall'interesse del servizio, al fine di evitare che persone non qualificate si presentassero inutilmente. Essa sostiene che il Tribunale ha correttamente motivato la conclusione cui è giunto, secondo la quale l'obbligo dell'istituzione non è di pubblicare tutti i bandi di concorso in tutte le lingue ufficiali, ma soltanto di assicurare che il metodo di pubblicazione scelto non sia fonte di discriminazione tra candidati.

Il quarto motivo

- 41 Il quarto motivo di impugnazione riguarda la violazione delle norme sulla non discriminazione in base alla lingua, nonché la violazione degli articoli 1 e 6 del regolamento n. 1 e degli articoli 1 quinquies, paragrafi 1 e 6, 27, secondo comma, e 28, lettera f), dello Statuto dei funzionari.
- 42 Detto motivo è diretto contro i punti 93 105 della sentenza impugnata, nei quali il Tribunale si è pronunciato su una parte di un motivo di ricorso relativa alla scelta della seconda lingua tra tre lingue per la partecipazione ai concorsi in questione, per qualsiasi comunicazione con l'EPSO e per lo svolgimento delle prove, e nei quali esso ha infine concluso, al citato punto 105, che occorre respingere nella sua interezza il motivo relativo alla violazione dei principi di non discriminazione, di proporzionalità e di multilinguismo.
- 43 Fondandosi sulle conclusioni presentate dall'avvocato generale Poiars Maduro nella causa decisa dalla citata sentenza Spagna/Eurojust, il Tribunale ha ricordato, al punto 93 della sentenza impugnata, «che il buon funzionamento delle istituzioni e degli organi comunitari può obiettivamente giustificare una scelta limitata di lingue di comunicazione interna». Al punto 94 di tale sentenza, esso ha altresì ricordato che la scelta di una o di più lingue ufficiali a livello interno non può compromettere la parità di accesso dei cittadini dell'Unione ai posti di lavoro offerti dalle istituzioni e dagli organi comunitari. Tuttavia, al punto 95 della medesima pronuncia, il Tribunale ha constatato «che qualsiasi candidato ai concorsi di cui trattasi in possesso delle competenze linguistiche richieste dai bandi di concorso controversi ha potuto accedere e partecipare, alle stesse condizioni, ai procedimenti di assunzione». Al punto 99 della sentenza impugnata, il Tribunale ha rilevato che «la Repubblica italiana non ha fornito alcun elemento concreto atto a contestare la pertinenza delle conoscenze linguistiche richieste nei bandi di concorso con-



trover[s], e che essa] non può pertanto asserire che tale requisito non sia oggettivamente dettato dalle esigenze del servizio». Il Tribunale ha del pari rilevato, nel medesimo punto, che la mancata pubblicazione iniziale di una menzione in tutte le lingue ufficiali non ha penalizzato i candidati la cui lingua principale non era quella tedesca, inglese o francese, in quanto le due modifiche pubblicate successivamente hanno riaperto il termine per la presentazione delle candidature ai concorsi in questione. Infine, al punto 101 della medesima sentenza, il Tribunale ha statuito che, se certo i settori cui fanno riferimento i bandi di concorso controversi richiedono una grande varietà di competenze linguistiche, il fatto che la lingua principale, della quale i bandi di concorso controversi richiedono una conoscenza approfondita, possa essere qualsiasi lingua ufficiale è sufficiente a garantire una grande varietà di competenze linguistiche nell'assunzione dei candidati che rispondono ai suddetti bandi di concorso.

- 44 Mediante tale motivo di impugnazione, la Repubblica italiana sostiene che il fatto di accettare soltanto tre lingue ufficiali come seconda lingua, ai fini di qualsiasi comunicazione con l'EPSO nonché dello svolgimento delle prove del concorso, costituisce una discriminazione sulla base della lingua, anzitutto rispetto alle altre lingue non ammesse come seconda lingua, ma anche nei confronti dei cittadini degli Stati membri che conoscano una seconda lingua ufficiale diversa dalle tre lingue ammesse. La Repubblica italiana fa valere che la facoltà, per le istituzioni, di determinare le modalità di applicazione del regime linguistico nei loro regolamenti interni riguarda solo il funzionamento interno delle istituzioni, e non lo svolgimento dei concorsi esterni, e che in ogni caso nessuna istituzione ha adottato disposizioni al riguardo.
- 45 Detto Stato membro sostiene inoltre che, alla luce del principio che vieta di riservare impieghi ai cittadini di un determinato Stato membro, enunciato all'articolo 27, secondo comma, dello Statuto dei funzionari, le limitazioni all'uso delle lingue all'interno delle istituzioni devono essere considerate quali eccezioni necessitanti di congrua giustificazione. Inoltre, l'articolo 28 dello Statuto dei funzionari preciserebbe che la seconda lingua può essere scelta tra una qualsiasi delle lingue dell'Unione e non prevedrebbe una posizione privilegiata di alcuna di esse a tale riguardo. La Repubblica italiana ne deduce che le lingue di selezione devono essere il più possibile neutre rispetto ai titoli richiesti per superare la selezione, ciò che presupporrebbe che tutte le lingue dell'Unione possano essere ammesse. Secondo la Repubblica italiana, una corretta interpretazione dell'articolo 28, lettera f), dello Statuto dei funzionari deve portare alla conclusione che la valutazione dei titoli professionali necessari per superare la selezione, per essere efficiente e non discriminatoria, non dovrebbe essere influenzata in modo decisivo dalle conoscenze linguistiche del candidato. Questa interpretazione sarebbe confermata dall'articolo 1 dell'allegato III dello Statuto dei funzionari, a norma del quale il bando di concorso deve specificare, eventualmente, le conoscenze linguistiche richieste per la particolare natura dei posti da coprire. Le limitazioni che tale disposizione prevede sarebbero soltanto semplici eventualità. Esse dovrebbero essere motivate nel bando di concorso e fondarsi su quanto è «necessario alle funzioni» da svolgere e sulla «particolare natura dei posti da coprire». Orbene i bandi di concorso controversi non avrebbero rispettato tali regole.
- 46 La Repubblica italiana contesta l'affermazione compiuta dal Tribunale, ai punti 98 e 99 della sentenza impugnata, secondo cui essa non avrebbe dimostrato che la scelta delle tre lingue come lingue di svolgimento delle prove fosse incongrua rispetto alle finalità

dei concorsi in questione. Detto Stato membro sostiene che l'onere della prova gravava non su di esso, bensì sulla Commissione, dal momento che tale istituzione si avvaleva di un'eccezione alle norme secondo cui tutte le lingue comunitarie sono lingue ufficiali e lingue di lavoro.

- 47 La Repubblica italiana non nega l'importanza delle esigenze organizzative interne, e perfino delle prassi, delle istituzioni. Essa afferma però che tale importanza, allorché si traduce in limitazioni delle possibilità di espressione linguistica dei cittadini europei, deve essere fatta valere nel contesto di norme trasparenti ed appropriate. Le istituzioni dovrebbero precisare la natura delle esigenze che possono condurre a limitazioni linguistiche non soltanto all'interno delle istituzioni, ma anche e tanto più nei concorsi di accesso – che non sono un mero affare interno a queste –, nonché stabilire le modalità procedurali con cui pervenire a tali limitazioni. Secondo detto Stato membro, non sarebbe accettabile l'esercizio di un potere discrezionale basato unicamente sul rilievo (fatto non si sa in quali sedi e con quali criteri) di presunte pratiche di fatto.
- 48 La Commissione sottolinea che la Repubblica italiana non contesta l'esistenza di un bisogno oggettivo delle istituzioni giustificante la limitazione della scelta della seconda lingua del concorso a tre lingue ufficiali determinate. Essa ricorda, inoltre, che tali bisogni sono riconosciuti dalla giurisprudenza (sentenza del 5 aprile 2005, Hendrickx/Consiglio, T 376/03, Racc. FP pagg. I A 83 e II 379). Essa sostiene, infine, che la constatazione del Tribunale di cui al punto 95 della sentenza impugnata, secondo la quale «qualsiasi candidato ai concorsi di cui trattasi in possesso delle competenze linguistiche richieste dai bandi di concorso controversi ha potuto accedere e partecipare, alle stesse condizioni, ai procedimenti di assunzione», costituisce una constatazione di fatto che non può essere esaminata dalla Corte nell'ambito di un'impugnazione.

Il quinto motivo

- 49 Il quinto motivo di impugnazione verte sulla violazione dell'articolo 6, paragrafo 3, UE, nella parte in cui tale norma afferma il principio della tutela del legittimo affidamento quale diritto fondamentale risultante dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.
- 50 Esso è diretto contro i punti 110 115 della sentenza impugnata, nei quali il Tribunale ha respinto il motivo di ricorso riguardante la violazione del suddetto principio. Il Tribunale ha in particolare statuito, al punto 110 di detta sentenza, che «nessuno può affermare la violazione di tale principio in mancanza di assicurazioni precise fornitegli dall'amministrazione» e, al successivo punto 112, «che una semplice prassi (...) non equivale a informazioni precise, incondizionate e concordanti» ai sensi della giurisprudenza.
- 51 La Repubblica italiana sostiene che, nel negare l'esistenza di un affidamento perché non erano state fornite assicurazioni, senza considerare la portata della prassi pluridecennale della cui esistenza lo stesso Tribunale aveva dato atto, quest'ultimo ha violato il principio dell'affidamento. Avere da un certo momento, senza alcun preavviso e senza alcuna giustificazione, mutato rotta in senso trilinguistico, può avere discriminato quanti ragionevolmente ipotizzavano di accedere alle carriere europee sulla base di competenze linguistiche diverse, e fino allora perfettamente legittimate.
- 52 La Commissione sostiene che, sul punto, il Tribunale non è incorso in alcun errore di diritto.

Il sesto motivo

- 53 Il sesto motivo di impugnazione concerne la violazione dell'articolo 253 CE, relativo all'obbligo di motivazione degli atti.

- 54 Esso è diretto contro i punti 125 e 126 della sentenza impugnata. Al punto 125 di tale sentenza, il Tribunale ha ricordato «che la funzione essenziale del bando di concorso consiste nell'informare gli interessati, con la maggiore precisione possibile, del tipo di condizioni richieste per occupare il posto di cui trattasi, al fine di porli in grado di valutare, da un lato, se sia per essi opportuno presentare la propria candidatura e, dall'altro, quali documenti giustificativi siano rilevanti per i lavori della commissione giudicatrice e debbano, conseguentemente, essere allegati agli atti di candidatura». Al punto 126 della suddetta sentenza, il Tribunale ha giudicato che «l'amministrazione non era tenuta a giustificare, nei bandi di concorso controversi, la scelta delle tre lingue da utilizzare come seconda lingua per partecipare ai concorsi e alle prove, dal momento che è pacifico che tale scelta risponde alle sue esigenze interne».
- 55 La Repubblica italiana sostiene che il Tribunale ha confuso la funzione dei bandi di concorso e la loro motivazione. I bandi costituivano attuazione delle possibilità di restrizione linguistica concesse dallo Statuto dei funzionari e dovevano dunque indicare la precisa connessione funzionale tra la natura delle mansioni o le esigenze del servizio da svolgere e le restrizioni linguistiche apportate alla procedura di selezione. Il totale silenzio sull'esistenza e sulla natura delle presunte «esigenze interne» rendeva la scelta operata dalla Commissione incontrollabile dal giudice e dai destinatari dell'atto. Il Tribunale avrebbe commesso un errore di diritto affermando che la motivazione relativa alle esigenze corrispondenti del servizio poteva essere desunta dalla presenza, nel bando, di disposizioni restrittive.
- 56 La Commissione ricorda che la necessità di una motivazione è in funzione della natura e della finalità dell'atto in questione. Nel caso di specie, non si trattava di atti vincolanti, bensì di atti informativi, ossia inviti a partecipare a dei concorsi. Essa ritiene che il Tribunale avesse pieno titolo per concludere, al punto 126 della sentenza impugnata, che nessuna motivazione era richiesta quanto alla scelta delle tre lingue da utilizzare.
- Il settimo motivo
- 57 Il settimo motivo di impugnazione verte sulla violazione delle norme sostanziali inerenti alla natura e alla finalità dei bandi di concorso, e in particolare degli articoli 1 quinquies, paragrafi 1 e 6, 28, lettera f), e 27, secondo comma, dello Statuto dei funzionari.
- 58 Detto motivo è diretto contro i punti 128-135 della sentenza impugnata, con i quali il Tribunale ha in particolare statuito che l'EPSO non aveva commesso alcuno sviamento di potere dal momento che esso non aveva utilizzato il regime linguistico dei concorsi per fini estranei ai suoi compiti istituzionali. La Repubblica italiana contesta il punto 133 di detta sentenza, in cui il Tribunale ha rilevato che «la commissione giudicatrice è vincolata al bando di concorso e, in particolare, alle condizioni di ammissione stabilite da quest'ultimo», nonché il successivo punto 134, dove il Tribunale ha concluso che «[n]on si può (...) contestare all'EPSO di aver stabilito, nei bandi di concorso controversi, requisiti linguistici che, in quanto condizioni di ammissione, potevano escludere alcuni candidati potenziali e, in particolare, di aver fatto ricorso a modalità di pubblicazione che ostacolavano, in pratica, la partecipazione ai concorsi in parola degli interessati [che] non soddisface[ssero] tali requisiti linguistici».
- 59 Secondo la Repubblica italiana, il requisito linguistico è distinto da quello professionale. I requisiti linguistici dovrebbero essere accertati dalla commissione giudicatrice nel corso della procedura di selezione, e non prima, ad opera dell'autorità che emana il bando. Le restrizioni linguistiche preliminari, cioè quelle previste nel bando, sarebbero ammissibili

solo se collegate a dimostrate esigenze di servizio. Orbene, nella specie, la Commissione non ha precisato nei bandi di concorso controversi alcuna esigenza linguistica giustificante le limitazioni, però nello stesso tempo ha preteso, come risulta dal punto 134 della sentenza impugnata, di «ostacola[re], in pratica, la partecipazione ai concorsi in parola degli interessati» che non fossero in grado di soddisfare al restrittivo requisito linguistico imposto dai bandi. Da ciò il suddetto Stato membro conclude che il Tribunale, ritenendo che non spettasse alla commissione giudicatrice valutare le competenze linguistiche dei candidati, in quanto l'autorità che emana il bando potrebbe in via preventiva operare una selezione preliminare degli interessati su base puramente linguistica, ha violato le norme sopra menzionate, nonché il principio che in queste è insito, secondo cui i bandi di concorso debbono tendere a verificare, con la maggiore ampiezza possibile, l'esistenza delle competenze linguistiche necessarie a ricoprire i posti presso le istituzioni.

- 60 La Commissione rileva che la Repubblica italiana ripete l'argomentazione già sviluppata negli altri motivi di impugnazione e rinvia a sua volta alle risposte da essa fornite a tali motivi. Essa ricorda nuovamente che la Repubblica italiana non ha messo in dubbio la realtà della situazione fattuale nelle istituzioni, concernente l'impiego di certe lingue per facilitare la comunicazione interna.

*Giudizio della Corte*

- 61 Occorre esaminare congiuntamente, da un lato, i primi tre motivi di impugnazione relativi alla pubblicazione dei bandi di concorso controversi e, dall'altro, gli ultimi quattro motivi, riguardanti la designazione delle lingue tedesca, inglese e francese come seconda lingua, come lingua di comunicazione con l'EPSO e come lingua delle prove del concorso.  
Sui primi tre motivi di impugnazione, relativi alla pubblicazione dei bandi di concorso
- 62 Ai sensi dell'articolo 1 dell'allegato III dello Statuto dei funzionari, il bando di concorso viene emanato dall'autorità avente il potere di nomina dell'istituzione che organizza il concorso stesso, previa consultazione della commissione paritetica, e deve specificare un certo numero di informazioni riguardanti la procedura di selezione. A seguito della decisione 2002/620, i poteri di selezione conferiti segnatamente da tale allegato alle autorità che hanno il potere di nomina delle istituzioni firmatarie della decisione stessa sono esercitati dall'EPSO.
- 63 Nell'ambito della presente impugnazione, due sono le norme fatte valere come fonte di un obbligo di pubblicare i bandi di concorso controversi in tutte le lingue ufficiali, e precisamente l'articolo 4 del regolamento n. 1 e l'articolo 1, paragrafo 2, dell'allegato III dello Statuto dei funzionari, letto in combinato disposto con l'articolo 5 del regolamento n. 1. Occorre dunque esaminare gli obblighi previsti da ciascuna di tali norme.
- 64 L'articolo 4 del regolamento n. 1 stabilisce che i regolamenti e gli altri testi di portata generale sono redatti nelle lingue ufficiali. A questo proposito la Commissione fa valere: anzitutto, che il regolamento n. 1 non è applicabile ai bandi di concorso, in quanto questi ultimi concernono persone equiparate ai funzionari; poi, e in ogni caso, che l'istituzione ha la facoltà di determinare la lingua di pubblicazione del bando a norma dell'articolo 6 del suddetto regolamento; infine, che i bandi di concorso non sono testi di portata generale.
- 65 Al punto 52 della sentenza impugnata, il Tribunale ha statuito che, secondo una sua consolidata giurisprudenza, il regolamento n. 1 non è applicabile ai rapporti tra le istituzioni e i loro funzionari e agenti, in quanto esso fissa unicamente il regime linguistico applicabile tra le istituzioni e uno Stato membro o una persona ricadente nella giurisdizione di uno degli Stati membri.

- 66 A giudizio del Tribunale, tale inapplicabilità troverebbe giustificazione, da un lato, nel fatto che i funzionari e gli altri agenti, nonché i candidati di un concorso, sono assoggettati, per quanto riguarda l'applicazione delle disposizioni dello Statuto dei funzionari, unicamente alla giurisdizione delle Comunità e, dall'altro lato, nell'articolo 6 del regolamento n. 1.
- 67 A questo proposito occorre rilevare, anzitutto, che l'articolo 1 del regolamento n. 1 enuncia espressamente quali sono le lingue di lavoro delle istituzioni, mentre l'articolo 6 del medesimo regolamento stabilisce che le istituzioni possono determinare le modalità di applicazione del regime linguistico nei loro regolamenti interni. Tuttavia, si deve constatare che le istituzioni interessate dai bandi di concorso controversi non hanno stabilito, sulla base dell'articolo 6 del regolamento n. 1, le modalità del regime linguistico nei loro regolamenti interni. In particolare, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 29 delle sue conclusioni, i bandi di concorso non possono essere considerati come costituenti dei regolamenti interni in ordine a tale aspetto.
- 68 In assenza di norme regolamentari speciali applicabili ai funzionari e agli agenti, e in mancanza di norme al riguardo nei regolamenti interni delle istituzioni interessate dai bandi di concorso controversi, nessun testo normativo consente di concludere che i rapporti tra tali istituzioni e i loro funzionari e agenti siano totalmente esclusi dalla sfera di applicazione del regolamento n. 1.
- 69 Lo stesso vale, a fortiori, per quanto riguarda i rapporti tra le istituzioni e i candidati a un concorso esterno che non sono, di norma, né funzionari né agenti.
- 70 Quanto poi alla questione se dei bandi di concorsi generali, quali i bandi di concorso controversi, ricadano sotto l'articolo 4 del regolamento n. 1 o sotto l'articolo 1, paragrafo 2, dell'allegato III dello Statuto dei funzionari, è sufficiente constatare come quest'ultima disposizione stabilisca specificamente che, per i concorsi generali, deve essere pubblicato un bando di concorso nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*.
- 71 Pertanto, senza che occorra stabilire se un bando di concorso sia un testo di portata generale ai sensi dell'articolo 4 del regolamento n. 1, è sufficiente constatare che, a norma dell'articolo 1, paragrafo 2, dell'allegato III dello Statuto dei funzionari, letto in combinato disposto con l'articolo 5 del regolamento n. 1, il quale dispone che la *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* è pubblicata in tutte le lingue ufficiali, i bandi di concorso controversi avrebbero dovuto essere pubblicati integralmente in tutte le lingue ufficiali.
- 72 Poiché tali disposizioni non prevedono alcuna eccezione, il Tribunale ha commesso un errore di diritto statuendo, al punto 85 della sentenza impugnata, che la successiva pubblicazione delle modifiche in data 20 giugno e 13 luglio 2007, le quali contenevano soltanto informazioni succinte, aveva posto rimedio all'omessa pubblicazione integrale nella suddetta Gazzetta dei bandi di concorso in tutte le lingue ufficiali.
- 73 Ad ogni modo, anche se tali modifiche contenevano un certo numero di informazioni relative al concorso, partendo dal presupposto che i cittadini dell'Unione europea leggano la *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* nella loro lingua materna e che tale lingua sia una delle lingue ufficiali dell'Unione, un potenziale candidato la cui lingua materna non fosse una delle lingue in cui erano stati pubblicati integralmente i bandi di concorso controversi doveva procurarsi la citata Gazzetta in una di tali lingue e leggere il bando in questa lingua prima di decidere se presentare la propria candidatura a uno dei concorsi.
- 74 Un candidato siffatto era svantaggiato rispetto ad un candidato la cui lingua materna fosse una delle tre lingue nelle quali i bandi di concorso erano stati pubblicati integral-

mente, sia sotto il profilo della corretta comprensione di tali bandi sia relativamente al termine per preparare ed inviare una candidatura a tali concorsi.

- 75 Tale svantaggio è la conseguenza della diversità di trattamento a motivo della lingua, – vietata dall’articolo 21 della Carta e dall’articolo 1 quinquies, paragrafo 1, dello Statuto dei funzionari, – generata dalle pubblicazioni suddette. Tale articolo 1 quinquies prescrive, al paragrafo 6, che, nel rispetto del principio di non discriminazione e del principio di proporzionalità, ogni limitazione di tali principi deve essere oggettivamente giustificata e deve rispondere a obiettivi legittimi di interesse generale nel quadro della politica del personale.
- 76 All’udienza, la Commissione ha chiarito che la nuova prassi di pubblicazione limitata dei bandi di concorso era stata resa necessaria dal carico di lavoro risultante dalle adesioni dei nuovi Stati all’Unione europea nel corso degli anni 2004 e 2007 e, in particolare, dall’aumento improvviso del numero di lingue ufficiali, mentre l’EPSO non disponeva delle capacità di traduzione sufficienti. Tuttavia, all’udienza è stato sostenuto che tale prassi di pubblicazione non sembrava collegata alle adesioni, perché essa perdurava, perché i testi dei bandi di concorso avevano carattere ripetitivo, ciò che dunque non doveva costituire un carico di lavoro insormontabile, e perché i problemi materiali relativi alle capacità di traduzione dovevano essere messi in bilanciamento con il diritto per tutti i cittadini dell’Unione di prendere conoscenza dei bandi di concorso alle medesime condizioni.
- 77 Ne consegue che la prassi di pubblicazione limitata non rispetta il principio di proporzionalità e configura pertanto una discriminazione fondata sulla lingua, vietata dall’articolo 1 quinquies dello Statuto dei funzionari.
- 78 Dal complesso di tali elementi risulta che il Tribunale è incorso in errori di diritto statuendo che né l’articolo 1, paragrafo 2, dell’allegato III dello Statuto dei funzionari, letto in combinato disposto con l’articolo 5 del regolamento n. 1, né l’articolo 1 quinquies del medesimo Statuto erano stati violati nell’ambito della pubblicazione dei bandi di concorso controversi.
- Sugli ultimi quattro motivi di impugnazione, relativi alle lingue imposte come seconda lingua, per le comunicazioni con l’EPSO e per le prove dei concorsi
- 79 La Repubblica italiana, pur riconoscendo che un multilinguismo integrale potrebbe nuocere all’efficacia del lavoro nelle istituzioni, critica la mancanza di regole chiare, obiettive e prevedibili riguardo alla scelta della seconda lingua dei concorsi, circostanza questa che non consentirebbe a un candidato di prepararsi alle prove. Essa sostiene, inoltre, che l’obbligo di presentare il concorso in una seconda lingua costituisce in realtà una forma inadeguata di preselezione, in quanto, a suo avviso, un candidato dovrebbe essere selezionato sulla base, anzitutto, delle sue competenze professionali e, poi, delle sue conoscenze linguistiche.
- 80 All’udienza, la Commissione ha chiarito che le tre lingue scelte sono quelle più utilizzate nelle istituzioni – e questo da molto tempo – e che risultava da uno studio dell’EPSO che, tra l’anno 2003 e l’anno 2005 – vale a dire un’epoca in cui i candidati potevano scegliere la loro seconda lingua – più del 90% dei candidati di concorsi avevano scelto le lingue tedesca, inglese o francese come seconda lingua. Inoltre, la Commissione ha fatto valere che l’indicazione delle lingue di concorso nel bando consente ai candidati di prepararsi alle prove.
- 81 A questo proposito, come si è ricordato al punto 67 della presente sentenza, l’articolo 1

- del regolamento n. 1 designa 23 lingue non soltanto come lingue ufficiali, ma anche come lingue di lavoro delle istituzioni dell'Unione.
- 82 Inoltre, l'articolo 1 quinquies, paragrafo 1, dello Statuto dei funzionari stabilisce che, nell'applicazione dello Statuto stesso, è vietata qualsiasi discriminazione fondata, tra l'altro, sulla lingua. A norma del paragrafo 6, prima frase, del medesimo articolo, qualsiasi limitazione dei principi di non discriminazione e di proporzionalità deve essere oggettivamente e ragionevolmente giustificata e deve rispondere a obiettivi legittimi di interesse generale nel quadro della politica del personale.
- 83 Inoltre, l'articolo 28, lettera f), dello Statuto dei funzionari dispone che, per la nomina a funzionario, è necessario avere una conoscenza approfondita di una delle lingue dell'Unione e una conoscenza soddisfacente di un'altra lingua dell'Unione. Tale disposizione precisa invero che la conoscenza soddisfacente di un'altra lingua è richiesta «nella misura necessaria alle funzioni» che il candidato è chiamato a svolgere, ma non indica i criteri che possono essere presi in considerazione per limitare la scelta di tale lingua nell'ambito delle 23 lingue ufficiali.
- 84 Vero è che, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, lettera f), dell'allegato III dello Statuto dei funzionari, il bando di concorso può specificare eventualmente le conoscenze linguistiche richieste per la particolare natura dei posti da coprire. Tuttavia, da tale disposizione non discende un'autorizzazione generale a derogare alle prescrizioni dell'articolo 1 del regolamento n. 1.
- 85 Le disposizioni suddette non prevedono dunque criteri espliciti che consentano di limitare la scelta della seconda lingua, indipendentemente dal fatto che tale restrizione avvenga a favore delle tre lingue imposte dai bandi di concorso controversi oppure a favore di altre lingue ufficiali.
- 86 Occorre aggiungere che le istituzioni interessate dai bandi di concorso controversi non sono assoggettate ad un regime linguistico specifico (v., riguardo al regime linguistico dell'UAMI, sentenza del 9 settembre 2003, Kik/UAMI, C 361/01 P, Racc. pag. I 8283, punti 81 97).
- 87 Occorre tuttavia verificare se il requisito della conoscenza di una delle tre lingue in questione possa essere giustificato – così come sostiene la Commissione – dall'interesse del servizio.
- 88 A questo proposito, dall'insieme delle disposizioni sopra citate risulta che l'interesse del servizio può costituire un obiettivo legittimo idoneo ad essere preso in considerazione. In particolare, come si è indicato al punto 82 della presente sentenza, l'articolo 1 quinquies dello Statuto dei funzionari autorizza limitazioni ai principi di non discriminazione e di proporzionalità. È necessario però che tale interesse del servizio sia oggettivamente giustificato e che il livello di conoscenze linguistiche richiesto risulti proporzionato alle effettive esigenze del servizio (v., in tal senso, sentenze del 19 giugno 1975, Küster/Parlamento, 79/74, Racc. pag. 725, punti 16 e 20, nonché del 29 ottobre 1975, Küster/Parlamento, 22/75, Racc. pag. 1267, punti 13 e 17).
- 89 Al punto 126 della sentenza impugnata, il Tribunale ha statuito che «è pacifico» che la scelta delle tre lingue da utilizzare come seconda lingua per partecipare ai concorsi e alle prove risponde alle esigenze interne dell'amministrazione. Tuttavia, il Tribunale non soltanto non ha motivato la propria affermazione, ma ha per giunta constatato che una motivazione siffatta da parte dell'amministrazione non era richiesta.
- 90 A questo proposito, occorre sottolineare che eventuali norme che limitino la scelta della

- seconda lingua devono stabilire criteri chiari, oggettivi e prevedibili affinché i candidati possano sapere, con sufficiente anticipo, quali requisiti linguistici debbono essere soddisfatti, e ciò al fine di potersi preparare ai concorsi nelle migliori condizioni.
- 91 Orbene, come si è ricordato al punto 67 della presente sentenza, le istituzioni interessate dai concorsi non hanno mai adottato norme interne ai sensi dell'articolo 6 del regolamento n. 1. Inoltre, la Commissione non ha neppure invocato l'esistenza di altri atti, quali ad esempio comunicazioni enuncianti i criteri per una limitazione della scelta di una lingua come seconda lingua per partecipare ai concorsi. Infine, i bandi di concorso controversi non recano alcuna motivazione che giustifichi la scelta delle tre lingue in questione.
- 92 Contrariamente a quanto asserito dalla Commissione, la citata sentenza Hendrickx/Consiglio non conferma la tesi secondo cui l'interesse del servizio potrebbe giustificare il requisito della conoscenza della lingua tedesca, inglese o francese indicato nei bandi di concorso controversi. Infatti, mentre tali bandi di concorso generali erano rivolti a cittadini dell'Unione che, in grande maggioranza, non erano abitualmente in contatto con le istituzioni, la citata sentenza Hendrickx/Consiglio riguardava un avviso di concorso interno aperto ai funzionari e agli agenti in servizio presso il segretariato generale del Consiglio dell'Unione europea con almeno cinque anni di anzianità di servizio presso le Comunità. Inoltre, le funzioni da esercitare erano descritte in maniera precisa, ciò che consentiva ai funzionari e agli agenti del segretariato generale di comprendere la giustificazione delle lingue imposte per le prove e al Tribunale di esercitare il suo controllo sulla scelta di tali lingue.
- 93 Nei limiti in cui sia possibile far valere un obiettivo legittimo di interesse generale e dimostrarne l'effettiva sussistenza, è importante ricordare che una differenza di trattamento a motivo della lingua deve altresì rispettare il principio di proporzionalità, vale a dire essa deve essere idonea a realizzare l'obiettivo perseguito e non deve andare oltre quanto è necessario per raggiungerlo (v., in tal senso, sentenza del 6 dicembre 2005, ABNA e a., C 453/03, C 11/04, C 12/04 e C 194/04, Racc. pag. I 10423, punto 68).
- 94 Conformemente all'articolo 27, primo comma, dello Statuto dei funzionari, le assunzioni devono assicurare all'istituzione la collaborazione di funzionari dotati delle più alte qualità di competenza, rendimento e integrità. Poiché tale obiettivo può essere meglio salvaguardato quando i candidati sono autorizzati a presentare le prove di selezione nella loro lingua materna o nella seconda lingua della quale si reputano maggiormente esperti, è onere delle istituzioni sotto questo aspetto effettuare un bilanciamento tra l'obiettivo legittimo che giustifica la limitazione del numero delle lingue dei concorsi e l'obiettivo dell'individuazione dei candidati dotati delle più alte qualità di competenza.
- 95 All'udienza, la Commissione ha fatto valere che i candidati avevano la possibilità di prepararsi dopo la pubblicazione del bando di concorso. Occorre nondimeno rilevare che il termine tra la pubblicazione di ciascun bando di concorso controverso e la data delle prove scritte non consente necessariamente a un candidato di acquisire le conoscenze linguistiche sufficienti per dimostrare le proprie competenze professionali. Quanto alla possibilità di apprendere una di queste tre lingue nella prospettiva di futuri concorsi, essa presuppone che le lingue imposte dall'EPSO siano determinabili con grande anticipo di tempo. Orbene, la mancanza di norme quali quelle menzionate al punto 91 della presente sentenza non garantisce in alcun modo il perdurare della scelta delle lingue di concorso e non consente alcuna prevedibilità in materia.



- 96 Inoltre, le conoscenze linguistiche dei funzionari sono un elemento essenziale della loro carriera e le autorità che hanno il potere di nomina dispongono di vari mezzi per controllare tali conoscenze e l'impegno mostrato dai funzionari per metterle in pratica e acquisirne eventualmente di nuove. Ciò risulta in particolare dall'articolo 34, paragrafo 3, dello Statuto dei funzionari, relativo al periodo di prova, e dall'articolo 45, paragrafo 1, del medesimo Statuto, riguardante i criteri di promozione. L'importanza delle conoscenze linguistiche è stata del resto rafforzata dalla riforma del 1° maggio 2004, introdotta dal regolamento n. 723/2004, dal momento che, a norma dell'articolo 45, paragrafo 2, dello Statuto, il funzionario è ormai tenuto a dimostrare, anteriormente alla sua prima promozione dopo l'assunzione, la propria capacità di lavorare in una terza lingua tra quelle menzionate all'articolo 314 CE.
- 97 Dunque, in proposito, spetta alle istituzioni effettuare un bilanciamento tra l'obiettivo legittimo che giustifica la limitazione del numero di lingue dei concorsi e le possibilità per i funzionari assunti di apprendere, in seno alle istituzioni, le lingue necessarie all'interesse del servizio.
- 98 Dalle considerazioni svolte ai punti 81-97 della presente sentenza risulta che gli elementi presentati dalla Commissione al Tribunale non consentivano un controllo giurisdizionale inteso a verificare se l'interesse del servizio costituisca un obiettivo legittimo giustificante una deroga alla regola enunciata all'articolo 1 del regolamento n. 1. Il Tribunale è dunque incorso in un errore di diritto.
- 99 Non vi è luogo a pronunciarsi sugli altri motivi e addebiti invocati in rapporto con le seconde lingue imposte per i concorsi.
- 100 Dall'insieme di tali elementi e, più in particolare, dai punti 78 e 98 della presente sentenza risulta che la sentenza impugnata deve essere annullata.
- Sui ricorsi in primo grado**
- 101 Ai sensi dell'articolo 61, primo comma, seconda frase, dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, quest'ultima può, in caso di annullamento della decisione del Tribunale, statuire definitivamente sulla controversia se lo stato degli atti lo consente.
- 102 Nella specie, per le motivazioni sopra illustrate, e considerando, più in particolare,
- la violazione dell'articolo 1, paragrafo 2, dell'allegato III dello Statuto dei funzionari, letto in combinato disposto con l'articolo 5 del regolamento n. 1, e
  - la violazione del principio di non discriminazione a motivo della lingua, enunciato all'articolo 1 quinquies dello Statuto dei funzionari,
- occorre annullare i bandi di concorso controversi.
- 103 Come proposto dall'avvocato generale ai paragrafi 115 e 116 delle sue conclusioni, e al fine di preservare il legittimo affidamento dei candidati prescelti, non è opportuno rimettere in discussione i risultati dei suddetti concorsi.
- Sulle spese**
- 104 Ai sensi dell'articolo 184, paragrafo 2, del regolamento di procedura, quando l'impugnazione è accolta e la controversia viene definitivamente decisa dalla Corte, quest'ultima statuisce sulle spese.
- 105 Ai sensi dell'articolo 138, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte, applicabile al procedimento di impugnazione in virtù dell'articolo 184, paragrafo 1, del medesimo regolamento, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda.
- 106 La Repubblica italiana ha chiesto la condanna della Commissione al pagamento delle

spese relative al procedimento di primo grado e al procedimento di impugnazione. Essendo rimasta soccombente nelle difese proposte, la Commissione deve essere condannata a sopportare le spese sostenute dalla Repubblica italiana nonché quelle da essa stessa sostenute in entrambi i gradi di giudizio.

- 107 L'articolo 140, paragrafo 1, del regolamento di procedura, anch'esso applicabile al procedimento di impugnazione in virtù dell'articolo 184, paragrafo 2, del medesimo regolamento, stabilisce che le spese sostenute dagli Stati membri e dalle istituzioni intervenuti nella causa restano a loro carico. In conformità di tale norma, vi è luogo per decidere che la Repubblica ellenica e la Repubblica di Lituania sopporteranno ciascuna le proprie spese.

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

- 1) La sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 13 settembre 2010, Italia/Commissione (T 166/07 e T 285/07), è annullata.**
- 2) I bandi dei concorsi generali EPSO/AD/94/07, per la costituzione di un elenco di riserva ai fini dell'assunzione di amministratori (AD 5) nel settore dell'informazione, della comunicazione e dei media, EPSO/AST/37/07, per la costituzione di un elenco di riserva ai fini dell'assunzione di assistenti (AST 3) nel settore della comunicazione e dell'informazione, ed EPSO/AD/95/07, per la costituzione di un elenco di riserva ai fini dell'assunzione di amministratori (AD 5) nel settore dell'informazione (biblioteca/documentazione), sono annullati.**
- 3) La Commissione europea è condannata a sopportare le spese sostenute dalla Repubblica italiana nonché quelle da essa stessa sostenute in entrambi i gradi di giudizio.**
- 4) La Repubblica ellenica e la Repubblica di Lituania sopportano ciascuna le proprie spese.**

## I GIUDIZI IN CORSO ALLA CORTE DI GIUSTIZIA UE

**Intervento orale del Governo Italiano (avv. Stato Wally Ferrante, AL 49012/11) nella causa C-509/11.****Materia: Trasporti**

Signor Presidente, signori Giudici, signor Avvocato Generale,

Premessa

1. Preliminarmente, devo sottolineare che il Governo italiano ha tempestivamente inviato via fax le osservazioni scritte in data 2 febbraio 2012 ma non ha potuto provvedere al deposito dell'originale entro il 12 febbraio successivo in quanto, per le avverse e straordinarie condizioni metereologiche, il Prefetto di Roma ha disposto la chiusura degli uffici pubblici nei giorni 3, 4, 10 e 11 febbraio 2012.
2. Il Ministro della Giustizia, con decreti dell'8 febbraio 2012 e del 13 marzo 2012, ha quindi disposto la proroga di quindici giorni di tutti i termini scadenti nei suddetti giorni o nei cinque giorni successivi.
3. L'istanza di deposito tardivo dell'originale delle osservazioni scritte, avanzata dall'Agente del Governo il 15 febbraio 2012, sulla base di tali presupposti, è stata tuttavia respinta dal Presidente della Corte, di qui l'esigenza di partecipazione alla fase orale del procedimento.

**FATTI DI CAUSA**

4. La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata sollevata in relazione ad una causa, pendente in Austria, tra un'impresa ferroviaria e l'autorità nazionale di regolamentazione.
5. Detta impresa applica ai contratti di trasporto condizioni generali che prevedono anche disposizioni relative all'indennizzo per il prezzo del biglietto nel caso di ritardo o soppressione del servizio.
6. L'autorità nazionale di regolamentazione, con decisione del 6 dicembre 2010, ha imposto alla ricorrente di modificare le modalità di indennizzo nella parte in cui escludono il diritto all'indennizzo o al rimborso delle spese sostenute in ragione del ritardo del treno in alcuni casi specifici accomunati dall'assenza di colpa del trasportatore.
7. La ricorrente ha impugnato tale provvedimento assumendo che l'autorità resistente non sarebbe competente ad ordinare una modifica delle modalità di indennizzo e che l'esclusione dell'obbligo di indennizzo in caso di forza maggiore sarebbe contemplato dal regolamento n. 1371/2007 relativo ai diritti e agli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario.

## QUESITO POSTO DALLA CORTE

8. Ciò detto, con il quesito rivolto alle parti, la Corte chiede di pronunciarsi sulla natura amministrativa o giurisdizionale dell'autorità nazionale di regolamentazione austriaca nonché organismo di controllo ai sensi dell'art. 30 del regolamento n. 1371/2007, la Schienen Control Kommission.
9. Al riguardo, il Governo italiano concorda con l'opinione espressa dall'Avvocato Generale nella causa C-136/11 in ordine alla natura giurisdizionale della Schienen Control Kommission.
10. Da quanto allegato e documentato da quest'ultima nella risposta scritta al quesito rivoltole dalla Corte, risulta che la stessa rispetta le condizioni per poter essere definita un organo giurisdizionale, conformemente alla consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia (da ultimo sentenza del 10 dicembre 2009, causa C-205/08, *Umweltanwalt von Kärnten*).
11. Tali condizioni sono: l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, l'applicabilità del principio del contraddittorio nel relativo procedimento, la decisione in base a norme giuridiche, l'indipendenza dei suoi componenti.
12. La Schienen Control Kommission infatti è stata istituita in via permanente con legge federale e nella sua giurisdizione, che è obbligatoria, rientrano le controversie relative ai mercati ferroviari. I procedimenti dinanzi ad essa si svolgono in contraddittorio e possono prevedere un'udienza alla quale possono essere citati testimoni e periti. La stessa è soggetta alla legge generale sul procedimento amministrativo e le sue decisioni non sono annullabili per via amministrativa ma sono soggette al sindacato giurisdizionale del Verwaltungsgerichtshof (Tribunale amministrativo). Infine, i suoi tre componenti non possono essere ministri o segretari di Stato del governo federale o del governo di un Land e devono essere indipendenti da qualsiasi soggetto che presenti un collegamento con le attività della Schienen Control Kommission. In particolare, il suo presidente deve appartenere alla magistratura ed è nominato dal Ministro della giustizia mentre gli altri membri sono nominati dal governo federale.
13. È evidente tuttavia che, mentre nella causa C-136/11 la Schienen Control Kommission era stata investita, quale organo giurisdizionale, nella controversia insorta tra la Westbahn Management e la ÖBB-Personenverkehr, con conseguente legittimazione a sollevare una questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE, nella presente causa principale, la Schienen Control Kommission è coinvolta in veste di parte nella controversia che la contrappone alla ÖBB-Personenverkehr innanzi al Verwaltungsgerichtshof e quindi non sarebbe legittimata a sollevare una questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE, che infatti è stata sollevata dal Tribunale amministrativo.

## PRIMO QUESITO

14. Ciò detto, può essere affrontato il merito della causa. Con il primo quesito, il giudice del rinvio chiede, nella sostanza, alla Corte di Giustizia di stabilire se l'organismo nazionale designato da ciascuno Stato membro possa ordinare all'impresa ferroviaria l'adozione di specifiche modalità di indennizzo, là dove quelle introdotte da parte di tale impresa non siano conformi ai criteri dettati dall'articolo 17 del Regolamento n. 1371/2007.
15. Al quesito, il Governo italiano dà risposta positiva.
16. La questione riguarda la portata e l'efficacia della tutela dei diritti del consumatore, acquirente e fruitore dei servizi di trasporto ferroviario, nonché l'estensione dei poteri di intervento dell'autorità di regolazione cui spetta la funzione generale di tutela del consumatore.
17. Secondo il diritto nazionale austriaco, l'organismo di controllo ha solo il potere di dichiarare inefficaci le clausole che stabiliscano modalità di indennizzo dei passeggeri non conformi al regolamento.
18. In base all'articolo 30 del Regolamento n. 1371/2007/CE: *“Ogni Stato membro designa uno o più organismi responsabili dell'applicazione del presente regolamento. Ciascun organismo adotta le misure necessarie per garantire il rispetto dei diritti dei passeggeri”*.
19. Contrariamente a quanto sostenuto dalla Svezia nelle sue osservazioni scritte, il regolamento non si limita a richiedere l'istituzione dell'organismo di controllo e prevederne l'indipendenza ma sancisce anche la competenza di tale organismo che è appunto quella di **adottare le misure necessarie per garantire il rispetto dei diritti dei passeggeri**.
20. Il Governo italiano è dell'avviso che il citato art. 30 debba essere interpretato nel senso di riconoscere all'organismo di controllo non solo il potere di dichiarare inefficaci le clausole che prevedano modalità di indennizzo non conformi al regolamento medesimo, ma anche quello di ordinare all'impresa ferroviaria l'adozione di clausole che contemplino modalità di indennizzo conformi all'articolo 17.
21. Tale norma disciplina l'indennità per il prezzo del biglietto in caso di ritardo del treno o soppressione del servizio.
22. In particolare, il par. 1 dell'art. 17 prescrive le condizioni e la misura dell'indennizzo; il par. 2 stabilisce il termine entro il quale va corrisposto l'indennizzo e le modalità di erogazione dello stesso; il par. 3 prevede l'inapplicabilità di costi che possano decurtare l'importo del risarcimento, ferma restando una franchigia minima; infine, il par. 4 **prevede due cause di esclusione del diritto all'indennizzo**: la previa informazione circa il ritardo prima dell'acquisto del biglietto e il ritardo inferiore a 60 minuti in caso di prosecuzione del viaggio su un servizio diverso o con un itinerario alternativo.
23. Ciò posto, un siffatto potere di intervento dell'organismo di controllo ap-

- pare necessario a garantire che i diritti dei passeggeri del trasporto ferroviario - identificati nel terzo considerando del Regolamento 1371/2007/CE come parte debole del contratto di trasporto - ricevano una tutela piena, adeguata, tempestiva ed efficace.
24. Tra gli obiettivi del Regolamento compare anche il rafforzamento dei diritti di indennizzo e di assistenza ai passeggeri in caso di ritardo, perdita di coincidenza o soppressione del servizio (tredicesimo considerando).
  25. Pertanto, prevedere che i poteri dell'organismo di controllo contemplino solo la mera dichiarazione di inefficacia significherebbe privare tale organismo degli strumenti necessari a garantire il pieno soddisfacimento della sua "missione".
  26. Nell'ipotesi in cui dovesse prevalere quest'ultima opzione interpretativa, l'organismo di controllo non potrebbe disporre di uno strumento di intervento decisivo ed efficace ai fini del riconoscimento, a favore dei passeggeri, di un sistema di indennizzo adeguato.
  27. Ciò potrebbe anche prestarsi a favorire comportamenti "dilatatori" dell'impresa ferroviaria volti a ritardare l'adozione di meccanismi di indennizzo conformi ai criteri del Regolamento.
  28. Dunque, la tesi secondo cui l'organismo di controllo può ordinare all'impresa ferroviaria l'adozione di specifiche modalità di indennizzo appare perfettamente conforme alla *ratio* dell'articolo 30 del Regolamento, poiché riconosce all'organismo di controllo un potere necessario e proporzionato rispetto al fine enunciato nella norma stessa, che è quello di garantire il rispetto dei diritti dei passeggeri.
  29. A ciò si aggiunga che l'attribuzione all'organismo di controllo di ampi poteri di intervento, anche di tipo sostitutivo, appare coerente con quanto previsto nell'articolo 32 del Regolamento citato, ai sensi del quale gli Stati membri stabiliscono sanzioni proporzionate, efficaci e dissuasive per le infrazioni alle disposizioni del Regolamento stesso.
  30. La Commissione, nelle sue osservazioni scritte, pur ritenendo, al punto 22, che è certamente possibile che, in base al regolamento, l'autorità nazionale di regolamentazione possa prescrivere il contenuto concreto della clausola di indennizzo affinché sia conforme all'art. 17, ritiene tuttavia che il regolamento non imponga in modo cogente che detta autorità **debba avere un tale potere sostitutivo**.
  31. Secondo la Commissione, il regolamento lascerebbe agli Stati membri la competenza a decidere sull'estensione dei poteri delle autorità di regolamentazione.
  32. Non si può concordare con tale assunto. Infatti, se è vero che l'art. 30 del regolamento rimette agli Stati membri la designazione dell'organismo di controllo, non può sostenersi che detti organismi possano avere, in ogni Stato, poteri di intervento totalmente diversi.

33. L'esigenza di uniformità nell'applicazione del regolamento e la finalità dello stesso di assicurare una efficace tutela dei diritti dei passeggeri nel trasporto ferroviario ne risulterebbero del tutto compromesse ove le autorità nazionali di regolamentazione non avessero in ogni Stato membro analoghi poteri di intervento per arginare eventuali pratiche dilatorie delle imprese ferroviarie.
34. Tali pratiche potrebbero comportare una sorta di "ping-pong", come paventato dal giudice del rinvio, tra autorità e imprese che, a seguito del mero annullamento di una clausola non conforme all'art. 17, potrebbero riproporla in modo di nuovo non conforme ai criteri dettati dal regolamento e così all'infinito.
35. Ciò è effettivamente accaduto diverse volte, come è stato evidenziato dalla Schienen Control Kommission nelle sue osservazioni scritte al punto VII.
36. La stessa Germania, pur giungendo nelle sue osservazioni scritte a conclusioni opposte rispetto a quelle del Governo italiano, ricorda, al punto 11, che per realizzare gli obiettivi di miglioramento della qualità e dell'efficacia dei servizi ferroviari nonché della tutela dei diritti dei passeggeri, il regolamento **armonizza** in particolare la responsabilità delle imprese ferroviarie e il regime di indennizzo per i ritardi e le cancellazioni dei treni.
37. È evidente che questa armonizzazione non può passare che per una uniforme disciplina dei poteri di intervento degli organismi di controllo deputati a vigilare sul rispetto del regolamento medesimo.
38. Peraltro, al punto 29, la Germania ammette che, se le condizioni generali di contratto delle imprese ferroviarie violano nel caso specifico il regolamento 1371/2007, le "misure necessarie" che gli organismi nazionali sono tenuti ad adottare **comprendono la possibilità di imporre all'impresa ferroviaria di modificare le suddette condizioni**. Tali organismi non potrebbero tuttavia prescrivere all'impresa il contenuto concreto delle condizioni contrattuali.
39. Sinceramente non si comprende quale sostanziale differenza ci sia tra queste due ipotesi. Posto che la possibilità di imporre la modifica delle condizioni non conformi **va senz'altro oltre il mero potere di annullare la condizione medesima**, non si vede come l'organismo nazionale potrebbe imporre all'impresa di modificare la clausola senza indicare in che termini.
40. Si concorda quindi con la tesi sostenuta dal Giudice del rinvio secondo la quale l'organismo nazionale ha il potere di rendere obbligatorio per un'impresa ferroviaria il contenuto specifico delle modalità di indennizzo, affinché siano conformi al regolamento.

## SECONDO QUESITO

41. Venendo al secondo quesito, il giudice del rinvio chiede alla Corte di Giustizia se l'articolo 17 del Regolamento n. 1371/2007/CE debba essere interpretato nel senso di consentire all'impresa ferroviaria di escludere la sua responsabilità in ordine all'indennizzo per il prezzo del biglietto in presenza di cause di forza maggiore, in analogia con quanto previsto nei Regolamenti n. 261/2004/CE, n. 1177/2010/UE e n. 181/2011/UE in materia di trasporto aereo, via mare e con autobus nonché dall'art. 32, par. 2 delle regole uniformi concernenti il contratto di trasporto internazionale per ferrovia dei viaggiatori e dei bagagli (allegato I del regolamento).
42. Al quesito, il Governo dà risposta negativa.
43. Al riguardo, si ritiene che l'articolo 17 del Regolamento 1371/2007 rechi una disciplina compiuta ed esaustiva dell'indennità per il prezzo del biglietto, che contempla, come si è visto, due specifiche cause di esclusione della responsabilità - la previa informazione circa il ritardo e il ritardo inferiore a 60 minuti - e non prevede invece l'esonero di responsabilità per causa di forza maggiore.
44. Come correttamente rilevato dall'Austria al punto 5 delle sue osservazioni scritte, non vi è una lacuna da colmare nel regolamento 1371/2007 in quanto lo stesso, all'art. 17, disciplina esaustivamente i casi di esonero da responsabilità senza, scientemente, prevedere l'esclusione di responsabilità per causa di forza maggiore.
45. Si tratta quindi di un'omissione consapevole e voluta - atteso che detto regolamento è successivo a quello del 2004 in materia di trasporto aereo - da ritenersi perfettamente legittima **in assenza di un principio generale, nel diritto dell'Unione, che consenta in ogni caso di invocare la forza maggiore.**
46. Non vi è infatti alcuna sentenza della Corte di Giustizia che richiami l'esistenza di un tale principio a prescindere dalla specifica previsione della normativa in concreto applicabile (punto 10 delle osservazioni dell'Austria).
47. Appare poi assorbente il fatto che il rinvio operato dall'articolo 15 del Regolamento 1371/2007 alle disposizioni del Contratto di trasporto Internazionale per ferrovia dei Viaggiatori e dei bagagli (CIV), ed in particolare all'articolo 32 di quest'ultimo, **fa espressamente salve "le disposizioni del presente capo"**, segnatamente gli articoli da 15 a 18, tra le quali rientra appunto anche l'art. 17, che limita ai due casi suddetti l'esclusione della responsabilità.
48. Sorprende peraltro l'affermazione della Commissione, al punto 30 delle osservazioni scritte, secondo la quale sarebbe incontestato che gli articoli 16 e 18 - che dispongono, in caso di ritardo, il rimborso integrale del biglietto, l'offerta di prosecuzione del viaggio con un mezzo o un itinerario



alternativo e l'assistenza ai passeggeri con pasti ed alloggio in albergo - **non prevedono alcun esonero di responsabilità per causa di forza maggiore mentre tale esonero sarebbe applicabile all'indennità di cui all'art. 17.**

49. Tutte e tre le norme infatti sono fatte salve dal richiamo dell'art. 15 all'art. 32 dell'allegato I del regolamento e quindi prevalgono, quali disposizioni speciali, rispetto al predetto art. 32.
50. La stessa tesi è sostenuta dalla ricorrente nella causa principale, la ÖBB-Personenverkehr che, nelle sue osservazioni scritte ai punti 52 e 53, assume che il rinvio dell'art. 15 all'art. 32 dell'allegato I riguarderebbe solo l'art. 17 mentre resterebbe salva la diversa disciplina degli articoli 16 e 18 in quanto tali norme, contrariamente all'art. 17, non riguarderebbero i ritardi dei treni.
51. Tale tesi, oltre a confliggere palesemente con il tenore dell'art. 15, che fa salve **tutte le disposizioni del capo IV** a quindi gli articoli 15, 16, 17 e 18, è altresì chiaramente contrastante con il contenuto degli articoli 16 e 18 che, anche essi, disciplinano i diritti dei passeggeri **in caso di ritardo.**
52. Lo stesso Governo tedesco, pur giungendo a conclusioni opposte, riconosce, al punto 39 delle sue osservazioni scritte, che la formulazione dell'art. 15 comporta che la disciplina contenuta nell'art. 32 dell'allegato I si applica solo **in maniera sussidiaria**, quando cioè le disposizioni del capo IV del regolamento, e segnatamente l'art. 17, **non prevedano regole contrarie.**
53. Ed è proprio ciò che accade nel caso di specie. L'art. 17, paragrafo 4 infatti prevede espressamente le cause di esonero da responsabilità per ritardo del treno **senza includere quella per forza maggiore.**
54. Inoltre, detta norma prevede una disciplina **dell'indennizzo del prezzo del biglietto** che non è in alcun modo contemplata nell'art. 32 dell'allegato I e che, come dice la stessa Germania al punto 45, **è redatta in modo incondizionato ed è applicabile in via prioritaria** rispetto all'art. 32 dell'allegato I.
55. Detta ultima norma infatti disciplina un'ipotesi particolare di risarcimento, riguardante **le spese ragionevoli di alloggio, nonché le spese ragionevoli per avvisare le persone che attendono il viaggiatore**, derivanti dalla soppressione, dal ritardo o dalla mancanza di una corrispondenza che precludano la prosecuzione del viaggio nello stesso giorno.
56. Il citato articolo 17 contempla, invece, un'ipotesi diversa che è quella **dell'indennizzo del prezzo del biglietto** in caso di ritardo e soppressione del treno, che deve essere sempre pagato dall'impresa ferroviaria là dove ricorrano le condizioni indicate nell'articolo 17 stesso.
57. Del resto che le due ipotesi siano diverse e che per esse non possano valere le medesime cause di esclusione della responsabilità dell'impresa

- ferroviaria è desumibile anche dalla circostanza che il viaggiatore, che ha subito il ritardo, potrebbe non avere sempre diritto anche al risarcimento delle spese di alloggio o per avvisare le persone che lo attendono, nei casi ad esempio in cui la prosecuzione del viaggio sia possibile nello stesso giorno.
58. Come correttamente osservato dalla Svezia al punto 14 delle sue osservazioni scritte, la finalità del regolamento e cioè la tutela del consumatore e il rafforzamento dei diritti dei passeggeri nel trasporto ferroviario (sesto considerando) militano contro una interpretazione estensiva delle cause di esclusione della responsabilità dell'impresa ferroviaria previste dall'art. 17.
  59. La stessa Commissione, pur giungendo a conclusioni contrarie, richiama, al punto 41, il principio secondo il quale **le eccezioni devono essere oggetto di un'interpretazione restrittiva.**
  60. Contraddittoriamente, però, la Commissione invoca una sorta di interpretazione analogica delle cause di esclusione della responsabilità previste dai regolamenti disciplinanti il trasporto aereo, via mare e per autobus, affermando che non vi è ragione di pensare che il legislatore dell'Unione abbia voluto disciplinare diversamente il trasporto ferroviario, ripartendo diversamente il rischio tra passeggeri e impresa di trasporto (punto 40).
  61. La base testuale che preclude tale interpretazione è invece proprio che in quei regolamenti l'esonero di responsabilità per causa di forza maggiore è espressamente previsto mentre nel regolamento 1371/2007 non lo è.
  62. Il Governo italiano ritiene quindi che dette cause di esonero di responsabilità non siano estensibili al trasporto ferroviario anche in ragione delle peculiari motivazioni, attinenti alle condizioni meteorologiche e alla sicurezza, che giustificano dette esenzioni per quei tipi di trasporto e non anche per quello ferroviario.
  63. L'art. 5, n. 3 del regolamento n. 261/2004 sul trasporto aereo dispone che: *“il vettore aereo operativo non è tenuto a pagare una compensazione pecuniaria a norma dell'art. 7, se può dimostrare che la cancellazione del volo è dovuta a circostanze eccezionali che non si sarebbero comunque potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso”*.
  64. L'art. 20, n. 4 del regolamento n. 1177/2010 sul trasporto via mare stabilisce che il diritto a compensazione economica connessa al prezzo del biglietto in caso di ritardo all'arrivo non è dovuto *“se il vettore prova che la cancellazione o il ritardo è provocato da condizioni meteorologiche che mettono a rischio il funzionamento sicuro della nave o da circostanze straordinarie che ostacolano l'esecuzione del servizio passeggeri, le quali non potevano essere evitate anche adottando tutte le misure ragionevoli”*.
  65. Infine, l'art. 23, n. 2 del regolamento n. 181/2011 sul trasporto con autobus prescrive che la sistemazione in albergo o in altro alloggio nonché il trasporto tra la stazione e il luogo di alloggio quando si renda necessario

un soggiorno di una o più notti non sono dovuti “*se il vettore prova che la cancellazione o il ritardo sono dovuti a condizioni metereologiche avverse o gravi catastrofi naturali che mettono a rischio il funzionamento sicuro dei servizi a mezzo autobus*”.

66. L’inapplicabilità delle suddette norme di esenzione da responsabilità al trasporto ferroviario deriva altresì dal preciso tenore dell’art. 6 del regolamento n. 1371/2007, in base al quale gli obblighi nei confronti dei passeggeri stabiliti nel regolamento medesimo **non possono essere soggetti a limitazioni o esclusioni, segnatamente mediante l’introduzione di clausole derogatorie o restrittive nel contratto di trasporto.**
67. Detta norma prevede semmai che le imprese ferroviarie possono offrire al passeggero condizioni contrattuali **più favorevoli** delle condizioni fissate dal regolamento ma certamente non peggiorative.
68. Del resto, la Corte di Giustizia (sentenza 19 novembre 2009, cause riunite C-402/07 e C-432/07, *Sturgeon*, punto 45) ha chiaramente affermato che le disposizioni che conferiscono diritti ai passeggeri del traffico aereo, comprese quelle che riconoscono il diritto alla compensazione pecuniaria, devono essere interpretate estensivamente (nello stesso senso, Corte di giustizia, sentenza 22 dicembre 2008, causa C-549/07, *Wallentin-Herzmann*, punto 17).
69. A contrario, si deduce che le disposizioni che prevedono esclusioni o limitazioni di responsabilità a carico dei vettori debbono essere interpretate restrittivamente e non oltre i casi dalle stesse espressamente disciplinati.
70. Tanto è vero che la citata sentenza *Sturgeon* ha ritenuto che un problema tecnico occorso ad un aereomobile e che comporta la cancellazione o il ritardo del volo non rientra nella nozione di “circostanze eccezionali” ai sensi dell’art. 5, n. 3 del regolamento n. 261/2004.
71. Si concorda quindi con la tesi sostenuta dal Giudice del rinvio secondo la quale l’art. 17 del regolamento n. 1371/2007 non contempla esenzioni di responsabilità per causa di forza maggiore.

Lussemburgo, 22 novembre 2012

*Wally Ferrante*  
*Avvocato dello Stato*

## Osservazioni del Governo della Repubblica italiana (avv. Stato Wally Ferrante, AL 30397/12) nella causa C-314/12.

*Materia: Ravvicinamento delle legislazioni  
Proprietà industriale e commerciale*

### QUESTIONE PREGIUDIZIALE

1. Con l'ordinanza del 11 maggio 2012, depositata in data 29 giugno 2012 dal Oberster Gerichtshof – Austria, è stato chiesto alla Corte di Giustizia dell'Unione europea di pronunciarsi, ai sensi dell'art. 267 TFUE, sulle seguenti questioni pregiudiziali:
  1. *“Se l'art. 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29/CE debba essere interpretato nel senso che un soggetto, il quale mette a disposizione del pubblico in internet materiali protetti senza l'autorizzazione dei titolari dei diritti (articolo 3, paragrafo 2, della direttiva 2001/29), utilizza i servizi del fornitore di accesso a internet dei soggetti che accedono a tali materiali”.*
  2. *In caso di risposta negativa alla prima questione:  
se una riproduzione effettuata per uso privato (articolo 5, paragrafo 2, lettera b), della direttiva 2001/29) e una riproduzione priva di rilievo economico proprio e transitoria o accessoria (articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 2001/29) siano ammissibili soltanto qualora l'originale usato per la riproduzione sia stato riprodotto, diffuso o reso accessibile al pubblico in modo lecito.*
  3. *In caso di risposta affermativa alla prima o alla seconda questione, e di conseguente necessità di adottare provvedimenti inibitori ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29 nei confronti del fornitore di accesso a internet degli utenti:  
se sia compatibile con il diritto dell'Unione, in particolare con la necessità di operare un bilanciamento fra i diritti fondamentali delle parti coinvolte, vietare a un fornitore di accesso a internet in modo totalmente generale (dunque senza la prescrizione di misure concrete) di consentire ai suoi clienti l'accesso a un determinato sito internet fintanto che ivi siano, esclusivamente o prevalentemente, resi accessibili contenuti senza l'autorizzazione dei titolari dei diritti, qualora il fornitore di accesso a internet possa evitare sanzioni per la violazione di tale divieto dimostrando di avere comunque adottato tutte le misure ragionevoli.*
  4. *In caso di risposta negativa alla terza questione:  
se sia compatibile con il diritto dell'Unione, in particolare con la necessità di bilanciamento dei diritti fondamentali delle parti coinvolte, prescrivere a un fornitore di accesso a internet determinate misure volte a ostacolare i suoi clienti nell'accesso a un sito internet nel quale siano*

*resi disponibili contenuti in modo illecito, qualora tali misure comportino un impiego di mezzi non trascurabile e, tuttavia, possano essere facilmente aggirate anche senza particolari conoscenze tecniche”.*

#### ESPOSIZIONE DEI FATTI DI CAUSA

2. La questione pregiudiziale trae origine da una controversia tra due società titolari di diritti d'autore su vari film (di seguito le ricorrenti) e una società fornitrice di accesso ad internet di grandi dimensioni (di seguito la convenuta) che ha messo a disposizione del pubblico i predetti film sul sito internet gestito sotto il dominio kino.to senza la previa autorizzazione dei titolari dei diritti.
3. Tale sito internet ha l'obiettivo di fornire agli utenti l'accesso su vasta scala a film protetti.
4. Le ricorrenti hanno chiesto, in via cautelare, che sia vietato alla convenuta di fornire ai propri clienti l'accesso al sito internet kino.to ove tale sito metta a disposizione dei clienti medesimi i film in relazione ai quali le ricorrenti sono titolari di diritti.
5. La domanda delle ricorrenti è stata accolta nei giudizi di primo e di secondo grado.
6. La convenuta ha proposto ricorso per cassazione e tale giudice ha sollevato le suddette questioni pregiudiziali, dando atto che il dominio kino.to attualmente non attivo e che tuttavia la decisione dovrà basarsi sullo stato di fatto esistente al momento della decisione di primo grado, essendo irrilevanti modifiche intervenute successivamente.

#### NORMATIVA COMUNITARIA

7. La direttiva 2001/29/CE sull'armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi nella società dell'informazione (di seguito direttiva sul diritto d'autore), all'art. 8, paragrafo 3, recante “*sanzioni e mezzi di ricorso*”, dispone: “*Gli Stati membri si assicurano che i titolari dei diritti possano chiedere un provvedimento inibitorio nei confronti degli intermediari i cui servizi siano utilizzati da terzi per violare un diritto d'autore o diritti connessi*”.
8. La predetta norma, di cui viene chiesta l'interpretazione, impone, in via preliminare, di soffermarsi sulla figura degli “intermediari”, essendo tale nozione centrale per la risposta ai quesiti.
9. Al riguardo, il citato art. 8, paragrafo 3 richiede, ai fini di una più compiuta analisi, di essere esaminato anche alla luce delle norme comunitarie che disciplinano il ruolo e le responsabilità dei prestatori intermediari nei servizi della società dell'informazione, rinvenibili nella direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico nel mercato in-

- terno (di seguito direttiva sul commercio elettronico), che riguarda la circolazione dei servizi nella società dell'informazione, inclusa la materia del diritto d'autore.
10. Benché il giudice del rinvio ometta di menzionare tale direttiva nella ricostruzione del quadro normativo, la rilevanza della stessa discende direttamente dal sedicesimo considerando della direttiva sul diritto d'autore, ove si precisa che quest'ultima dovrebbe essere attuata in tempi analoghi a quelli previsti per l'attuazione della direttiva sul commercio elettronico, in quanto tale direttiva fornisce un quadro armonizzato di principi e di regole che riguardano tra l'altro alcune parti importanti della direttiva sul diritto d'autore che, in particolare, lascia impregiudicate le regole relative alla responsabilità della direttiva sul commercio elettronico.
  11. Quest'ultima direttiva, infatti, agli articoli 12, 13 e 14 definisce le caratteristiche delle tre figure di prestatori intermediari e descrive rispettivamente le attività di *mere conduit*, *caching* e *hosting* e le relative responsabilità.
  12. In particolare, l'art. 12, recante *Semplice trasporto* ("*mere conduit*"), così dispone: "1. *Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, o nel fornire un accesso alla rete di comunicazione, il prestatore non sia responsabile delle informazioni trasmesse a condizione che egli: a) non dia origine alla trasmissione; b) non selezioni il destinatario della trasmissione; c) non selezioni né modifichi le informazioni trasmesse.* 2. *Le attività di trasmissione e di fornitura di accesso di cui al paragrafo 1 includono la memorizzazione automatica, intermedia e transitoria delle informazioni trasmesse, a condizione che questa serva solo alla trasmissione sulla rete di comunicazione e che la sua durata non ecceda il tempo ragionevolmente necessario a tale scopo.* 3. *Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli Stati membri, che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca o ponga fine ad una violazione*" (sottolineatura aggiunta).
  13. L'art. 13, recante *Memorizzazione temporanea detta "caching"*, così dispone: "1. *Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nel trasmettere, su una rete di comunicazione, informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile della memorizzazione automatica, intermedia e temporanea di tali informazioni effettuata al solo scopo di rendere più efficace il successivo inoltrare ad altri destinatari a loro richiesta, a condizione che egli: a) non modifichi le informazioni; b) si conformi alle condizioni di accesso alle informazioni; c) si conformi*

*alle norme di aggiornamento delle informazioni, indicate in un modo ampiamente riconosciuto e utilizzato dalle imprese del settore; d) non interferisca con l'uso lecito di tecnologia ampiamente riconosciuta e utilizzata nel settore per ottenere dati sull'impiego delle informazioni; e) agisca prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato, o per disabilitare l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione dell'accesso. 2. Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli Stati membri, che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca o ponga fine ad una violazione" (sottolineatura aggiunta).*

14. Infine, l'art. 14, recante "Hosting", così dispone: "1. Gli Stati membri provvedono affinché, nella prestazione di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni fornite da un destinatario del servizio, il prestatore non sia responsabile delle informazioni memorizzate a richiesta di un destinatario del servizio, a condizione che detto prestatore: a) non sia effettivamente al corrente del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illegalità dell'attività o dell'informazione; b) non appena al corrente di tali fatti, agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso. 2. Il paragrafo 1 non si applica se il destinatario del servizio agisce sotto l'autorità o il controllo del prestatore. 3. Il presente articolo lascia impregiudicata la possibilità, per un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa, in conformità agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, di esigere che il prestatore ponga fine ad una violazione o la impedisca nonché la possibilità, per gli Stati membri, di definire procedure per la rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime" (sottolineatura aggiunta).
15. Le tre suddette categorie di prestatori intermediari operano in un regime di esonero dall'obbligo di vigilanza preventiva sui contenuti, come previsto dall'art. 15 della medesima direttiva, impregiudicata la possibilità, secondo gli ordinamenti degli Stati membri, che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa esiga che il prestatore impedisca o ponga fine ad una violazione.
16. L'art. 15, infatti, recante *Assenza dell'obbligo generale di sorveglianza*, così dispone. "1. *Nella prestazione dei servizi di cui agli articoli 12, 13 e 14, gli Stati membri non impongono ai prestatori un obbligo generale di sorveglianza sulle informazioni che trasmettono o memorizzano né un*

*obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite. 2. Gli Stati membri possono stabilire che i prestatori di servizi della società dell'informazione siano tenuti ad informare senza indugio la pubblica autorità competente di presunte attività o informazioni illecite dei destinatari dei loro servizi o a comunicare alle autorità competenti, a loro richiesta, informazioni che consentano l'identificazione dei destinatari dei loro servizi con cui hanno accordi di memorizzazione dei dati”.*

#### RISPOSTA AL PRIMO QUESITO

17. Con il primo quesito, il giudice del rinvio chiede nella sostanza alla Corte di giustizia se, dall'interpretazione dell'art. 8, paragrafo 3 della direttiva sul diritto d'autore, possa evincersi che, tra gli intermediari che possono essere destinatari di provvedimenti inibitori, rientrino anche i fornitori di accesso ad internet degli utenti che accedono al materiale illecito.
18. Il Governo italiano ritiene che al quesito debba darsi risposta positiva.
19. Come si è visto, la generale presunzione di irresponsabilità del prestatore intermediario, sancita dagli articoli 12, 13 e 14 della direttiva sul commercio elettronico, viene a cadere nel momento in cui ricorrano le circostanze ivi espressamente menzionate che sostanzialmente rimuovono la condizione di non responsabilità quando il prestatore viene a conoscenza dell'illecito.
20. Come infatti precisato al considerando 48 della direttiva sul commercio elettronico, la medesima direttiva *“non pregiudica la possibilità per gli Stati membri di chiedere ai prestatori di servizi, che detengono informazioni fornite dai destinatari del loro servizio, di adempiere al dovere di diligenza che è ragionevole attendersi da loro ed è previsto dal diritto nazionale, al fine di individuare e prevenire taluni tipi di attività illecite”.*
21. Per quanto riguarda i tipi di interventi che possono essere richiesti dalle autorità competenti (giurisdizionale o amministrativa) nei confronti dei prestatori intermediari, le citate norme prevedono una serie di azioni *ex post*, per porre fine alle violazioni, in capo a chi presta le attività di memorizzazione temporanea ( *caching* ) e di memorizzazione ( *hosting* ).
22. Ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, lett. e), della direttiva sul commercio elettronico, il fornitore di servizi di  *caching*  è tenuto ad agire prontamente per rimuovere le informazioni che ha memorizzato o per disabilitarne l'accesso, non appena venga effettivamente a conoscenza del fatto che le informazioni sono state rimosse dal luogo dove si trovavano inizialmente sulla rete o che l'accesso alle informazioni è stato disabilitato oppure che un organo giurisdizionale o un'autorità amministrativa ne ha disposto la rimozione o la disabilitazione del relativo accesso.
23. Ai sensi dell'articolo 14, paragrafo 1, lett. b), della direttiva sul commercio



- elettronico, il fornitore di servizi di *hosting*, non appena a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione è illecita e, per quanto attiene ad azioni risarcitorie, non appena a conoscenza di fatti o di circostanze che rendano manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione, è tenuto ad agire immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso.
24. Il fornitore di servizi di *mere conduit*, invece, non è soggetto ad obblighi positivi consistenti nella rimozione delle informazioni o nella disabilitazione dell'accesso alle stesse, proprio in virtù della specifica attività che svolge, consistente nel semplice trasporto delle informazioni, la cui disponibilità in rete è indipendente dalle sue azioni.
  25. A tale categoria di intermediario, come espressamente previsto all'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva sul commercio elettronico, può essere rivolta, tramite le autorità giurisdizionali o amministrative competenti, solo un ingiunzione volta a impedire o porre fine alla violazione.
  26. In tale quadro, la ricostruzione del giudice di rinvio - secondo la quale per "intermediario" ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva sul diritto d'autore non deve intendersi solamente il fornitore di accesso utilizzato dall'autore della violazione per mettere a disposizione in modo illecito il materiale ma anche il fornitore di accesso ad internet dei soggetti che comunque accedono a tali materiali - appare del tutto condivisibile per i motivi di seguito illustrati.
  27. In primo luogo, tale tesi è supportata dal cinquantanovesimo considerando della direttiva sul diritto d'autore, in base al quale "*i titolari dei diritti dovrebbero avere la possibilità di chiedere un provvedimento inibitorio contro un intermediario che consenta violazioni in rete da parte di un terzo contro opere o altri materiali protetti*".
  28. Il generico riferimento all' "*intermediario che consenta violazioni in rete da parte di un terzo*" permette di ricomprendere in tale nozione anche il fornitore di accesso ad internet degli utenti che accedono al materiale protetto.
  29. In secondo luogo, la lettura dell'articolo 8, paragrafo 3, della direttiva sul diritto d'autore deve essere operata, in questo caso, alla luce dell'articolo 3 della direttiva medesima, che concerne la disposizione di carattere sostanziale in tema di diritto di comunicazione al pubblico.
  30. Ebbene, il diritto di comunicazione al pubblico di un'opera consiste proprio nel "*mettere a disposizione tale materiale in maniera tale che ciascuno possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente*".
  31. In tale quadro, appare evidente che anche l'attività del fornitore di accesso degli utenti, e non solo quella del fornitore d'accesso di chi offre materiale illecito, appare necessaria a commettere la violazione.
  32. Più in dettaglio, come del resto, illustrato dal giudice del rinvio, l'autore della violazione utilizza necessariamente anche i servizi del fornitore di

accesso degli utenti per mettere a disposizione del pubblico il materiale illecito, senza i quali egli non solo non potrebbe trarre alcun vantaggio economico ma - occorre aggiungere e sottolineare - non potrebbe neppure commettere la violazione, che consiste appunto nella messa a disposizione del pubblico in rete del materiale protetto, consentendone l'accesso "dal luogo e nel momento scelti individualmente".

33. Per le ragioni esposte, si propone pertanto di rispondere al primo quesito nel senso di individuare tra gli intermediari di cui all'art. 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29/CE anche i fornitori di accesso ad internet degli utenti che accedono al materiale illecito.

#### RISPOSTA AL SECONDO QUESITO

34. Avendo dato risposta positiva al primo quesito, non è necessario rispondere al secondo quesito.

#### RISPOSTA AL TERZO E AL QUARTO QUESITO

35. Con il terzo quesito, in sostanza, il giudice del rinvio chiede alla Corte se sia ammissibile un provvedimento inibitorio a carico del fornitore di accesso a internet *ex* articolo 8, paragrafo 3, della direttiva sul diritto d'autore, formulato in modo generale e consistente nel blocco totale dell'accesso al sito a tutti i suoi clienti.
36. Con il quarto quesito, al quale occorre rispondere solo in caso di risposta negativa al terzo quesito, il giudice chiede alla Corte di chiarire se sia ammissibile prescrivere a un fornitore di accesso ad internet misure specifiche di blocco qualora la facile aggirabilità dei blocchi sia tale da rendere sproporzionati gli sforzi connessi alla loro attivazione.
37. La stretta correlazione tra i due quesiti rende opportuno affrontare contestualmente i problemi interpretativi sottoposti all'attenzione della Corte, rimettendo tuttavia al giudice nazionale la valutazione del caso concreto e della conseguente proporzionalità del provvedimento inibitorio da adottare.
38. In proposito, la giurisprudenza della Corte, richiamata dallo stesso giudice del rinvio, ha chiaramente affermato, rispettivamente per un fornitore di servizi di *mere conduit* (sentenza del 24 novembre 2011, causa C-70/10, *Scarlet Extended*) e per un prestatore di servizi di *hosting* (sentenza del 16 febbraio 2012, causa C-360/10, *Sabam*) che il diritto dell'Unione osta ad un'ingiunzione rivolta da un giudice nazionale ad un prestatore di servizi di accesso ad internet o di *hosting* che lo obblighi a predisporre un sistema di filtraggio delle informazioni che si applichi indistintamente a tutti gli utenti, a titolo preventivo, a spese esclusive del prestatore e senza limiti di tempo, onde bloccare la messa a disposizione del pubblico del materiale rispetto al quale il richiedente vanta diritti di proprietà intellettuale.
39. Infatti, sebbene la tutela del diritto d'autore - in quanto appartenente alla

sfera del diritto di proprietà intellettuale - sia sancita dall'art. 17, paragrafo 2 della Carte dei diritti fondamentali dell'Unione europea, non può desumersi né da tale disposizione, né dalla giurisprudenza della Corte che tale diritto sia intangibile e che la sua tutela debba essere garantita in modo assoluto.

40. Al riguardo, come già affermato dalla sentenza della Corte del 29 gennaio 2008, causa C-275/06, *Promusicae*, è compito delle autorità e dei giudici nazionali, nel contesto delle misure adottate per proteggere i titolari di diritto d'autore, garantire un giusto equilibrio tra la tutela di tali diritti e quella dei diritti fondamentali delle persone su cui incidono dette misure.
41. In particolare, un'ingiunzione generalizzata di vietare il totale accesso al sito internet a tutti i clienti potrebbe causare una violazione della libertà di impresa del fornitore di accesso ad internet non proporzionata allo scopo.
42. Una tale misura potrebbe inoltre non apparire coerente con quanto disposto dal quarantacinquesimo considerando della direttiva sul commercio elettronico, secondo il quale le limitazioni della responsabilità dei prestatori intermedi lasciano impregiudicata la possibilità di azioni inibitorie di altro tipo, che obblighino, tra l'altro, ad impedire o a porre fine ad una violazione anche con la rimozione dell'informazione o la disabilitazione dell'accesso alla medesima e quindi in modo selettivo e non generalizzato.
43. Inoltre, gli effetti di un'ingiunzione che imponga un blocco totale dell'accesso al sito non si limiterebbero al prestatore di servizi, incidendo anche sui diritti fondamentali degli utenti dei servizi di tale prestatore ed in particolare sul loro diritto di ricevere o di comunicare informazioni.
44. Detta ingiunzione rischierebbe peraltro di ledere la libertà di informazione sotto altro profilo in quanto la misura investirebbe allo stesso modo un contenuto illecito ed un contenuto lecito, con il risultato di bloccare anche l'accesso a materiale lecito.
45. Alla luce di quanto sopra, si osserva che la questione interpretativa posta al vaglio della Corte sottende l'analisi del ventaglio di provvedimenti inibitori alla luce della necessità di assicurare un equo temperamento tra l'esigenza di garantire un'efficace tutela del diritto d'autore con la libertà di ricevere e di comunicare notizie e informazioni.
46. Al riguardo, appare possibile ricorrere ad interventi dalla pervasività graduata in ragione della potenziale offensività della violazione, adottando provvedimenti inibitori più severi per i casi di violazioni sistematiche del diritto d'autore.
47. Mentre in capo ai prestatori di *caching* e *hosting* è agevole configurare un intervento di rimozione selettiva dei contenuti illeciti, azione particolarmente adatta e rispettosa del principio di proporzionalità per le violazioni episodiche o isolate, nel caso di violazioni sistematiche ad opera del prestatore di servizi di *mere conduit*, invece, diventa pressoché im-

- possibile operare un intervento selettivo, con conseguente frustrazione dell'efficacia dell'intervento.
48. Per le violazioni massive, come quella che appare sottesa alla causa *de qua*, l'unica forma di intervento che consenta un raggiungimento della finalità di tutela del diritto d'autore appare infatti il blocco dell'accesso a tutto il sito internet, ad opera dei prestatori di *mere conduit*.
  49. Inoltre, l'intervento di inibizione dell'accesso del prestatore di servizi di *mere conduit* appare essere l'unico possibile nel caso di siti internet ospitati su server esteri rispetto al Paese verso il quale sono destinati i contenuti illegali, stante l'inefficacia, sia in termini di tempistica che di risultato delle richieste di blocco di contenuti destinate a *hosting provider* o *caching provider* ubicati in territori extra UE.
  50. Un tale provvedimento non sembra precluso dall'art. 15, paragrafo 1 della direttiva sul commercio elettronico, che si limita a vietare un obbligo generale di sorveglianza e quindi di "filtraggio", in capo ai prestatori, sulle informazioni che trasmettono o memorizzano nonché un obbligo generale di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illecite.
  51. Tale norma vieta quindi un obbligo generale di controllo preventivo a carico degli intermediari ma non impedisce di adottare misure generalizzate *ex post* di blocco dell'accesso ad un sito una volta che le violazioni siano state accertate, su istanza dei titolari dei diritti violati, da parte del giudice nazionale.
  52. I criteri di valutazione del requisito della prevalente finalità di un sito possono essere ricondotti alla "sistematicità" delle violazioni, facendo riferimento a parametri quali, ad esempio, il valore economico della violazione nonché la reiterazione della violazione e l'incoraggiamento alla fruizione illegale dei contenuti.
  53. Tali elementi indiziari potrebbero includere: a) la persistenza della messa a disposizione di contenuti in violazione delle norme sul diritto d'autore; b) la significativa quantità dei contenuti diffusi in violazione del diritto d'autore e la sponsorizzazione del sito attraverso strumenti di linkaggio in grado di comportare l'accesso di un numero elevatissimo di utenti; c) il valore economico dei diritti violati; d) l'incoraggiamento anche indiretto della fruizione di contenuti diffusi in violazione delle norme sul diritto d'autore, ad esempio, fornendo indicazioni in merito alle modalità tecniche per accedere a contenuti illegali, ricavando introiti da modelli di business legati alla loro fruizione mediante pagamento o associando ad essi messaggi pubblicitari, così inducendo nell'utente l'erronea convinzione che trattasi di attività lecita.
  54. In conclusione, si ritiene che spetti al giudice nazionale verificare la gradualità della tipologia di provvedimenti inibitori da adottare nel caso con-

creto, tenendo conto dei principi di proporzionalità e di contenimento dei costi a carico degli intermediari, che consentano di garantire un equo contenimento tra i vari diritti in gioco, tutti meritevoli di tutela, ed in particolare tra il diritto d'autore da un lato e la libertà di impresa e il diritto all'informazione dall'altra.

#### CONCLUSIONI

55. Il Governo italiano propone alla Corte di risolvere il primo quesito nel senso che l'art. 8, paragrafo 3, della direttiva 2001/29/CE debba essere interpretato nel senso che un soggetto, il quale mette a disposizione del pubblico in internet materiali protetti senza l'autorizzazione dei titolari dei diritti utilizza i servizi del fornitore di accesso a internet dei soggetti che accedono a tali materiali.
56. Avendo dato risposta positiva al primo quesito, non è necessario rispondere al secondo quesito.
57. Il Governo italiano propone inoltre alla Corte di risolvere il terzo e il quarto quesito nel senso che spetti al giudice nazionale verificare la gradualità della tipologia di provvedimenti inibitori da adottare nel caso concreto, tenendo conto dei principi di proporzionalità e di contenimento dei costi a carico degli intermediari, che consentano di garantire un equo contenimento tra il diritto d'autore da un lato e la libertà di impresa e il diritto all'informazione dall'altra.

Roma, 3 ottobre 2012

*Wally Ferrante*  
*Avvocato dello Stat*



# CONTENZIOSO NAZIONALE

## Spunti in materia di mutuo dissenso nei contratti ad effetti reali

*(Nota a Cassazione, sez. trib. civ., sent. 6 ottobre 2011, n. 20445)*

*Lorenzo Diotallevi\**

1. Con contratto stipulato in data 23 dicembre 1992, la Saif s.r.l. ha acquistato da Edilizia Napoli Nord s.r.l. un fabbricato in costruzione al prezzo di lire 14.047.803.346 oltre Iva al 4 per cento.

Successivamente, nell'ambito della transazione concordata in relazione alla controversia insorta sull'esecuzione dell'appalto di lavori commissionato dall'acquirente alla venditrice, in data 14 aprile 1993, è stato stipulato un altro contratto, con il quale si è previsto il ritrasferimento a Edilizia Napoli Nord dell'immobile al medesimo prezzo, la corresponsione a Saif - a tacitazione di eventuali pretese risarcitorie - di un indennizzo pari a 2 miliardi di lire, nonché il rimborso dell'Iva, con contestuale emissione di nota di credito a compensazione della fattura emessa in occasione della conclusione del primo negozio.

2. Tale comportamento veniva contestato dall'Agenzia delle Entrate, la quale ha proposto ricorso alla Corte di Cassazione per l'annullamento della sentenza della Commissione tributaria regionale di Bari del 23 maggio 2005, n. 28 che, avendo qualificato il contratto stipulato in data 14 aprile 1993 come atto di mutuo dissenso, avente efficacia risolutoria del primo accordo, ha da ciò ricavato l'applicabilità, in favore di Saif, dell'art. 26, commi 2 e 3, del d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633, ai sensi del quale viene riconosciuto il diritto alla detrazione dell'imposta versata per l'operazione eseguita e successivamente venuta meno "in dipendenza di sopravvenuto accordo fra le parti".

In particolare, l'Agenzia delle Entrate ha denunciato il vizio di violazione

---

(\*) Dottore in Giurisprudenza, già praticante forense presso l'Avvocatura dello Stato.

e falsa applicazione degli artt. 1321, 1343, 1470 ss., 1362 ss. e 1453 c.c., degli artt. 21 e 26 del citato d.p.r., nonché vizio di motivazione, sottolineando come i giudici di merito abbiano desunto l'effetto risolutorio del secondo contratto da una vicenda inerente ad un altro e distinto rapporto contrattuale, in ordine al quale soltanto era insorta una controversia e si era posta l'esigenza di addi-venire alla stipula di un accordo transattivo.

Ha altresì osservato la ricorrente che il primo contratto aveva ormai prodotto i suoi effetti traslativi, con la conseguenza di non potersi ammettere un negozio risolutorio di un contratto già eseguito.

In quest'ottica, l'Agenzia delle Entrate ha evidenziato come la retrovendita immobiliare conclusa tra le parti si configurasse come un nuovo negozio traslativo, soggetto ad Iva all'aliquota del 9 per cento vigente al tempo della stipula.

3. Con sentenza del 6 ottobre 2011, n. 20445, la Corte di Cassazione, sez. trib. civ., ha rigettato il ricorso proposto dall'Agenzia delle Entrate.

In particolare - per quel che qui interessa -, con riferimento all'asserita violazione delle norme codicistiche in materia di interpretazione del contratto, il Giudice di legittimità, dopo aver escluso, in termini generali, che, a differenza di quanto prospettato dalla difesa erariale, "la risoluzione con efficacia *ex tunc* oper(i) esclusivamente quale rimedio ai vizi funzionali della causa, e cioè alle situazioni patologiche connesse alla esecuzione del contratto", ha affermato che "la figura del mutuo dissenso (o mutuo consenso o risoluzione convenzionale o accordo risolutorio: cfr. artt. 1321 e 1372 c.c.) costituisce espressione della autonomia negoziale dei privati che bene sono liberi di regolare gli effetti prodotti da un precedente negozio a prescindere dalla esistenza di eventuali fatti o circostanze sopravvenute impeditivi o modificativi della attuazione dell'originario regolamento di interessi (...)".

Quanto, invece, alla seconda obiezione - secondo cui il contratto da risolvere per mutuo dissenso aveva già prodotto i suoi effetti, trattandosi di contratto ad effetti reali -, il Supremo Collegio ha sottolineato che "(l) risoluzione convenzionale integra (...) un contratto autonomo con il quale le stesse parti o i loro eredi ne estinguono uno precedente, liberandosi dal relativo vincolo", ed ha aggiunto che "(l)'effetto ripristinatorio è (...) espressamente previsto (art. 1458 c.c.) per il caso di risoluzione per inadempimento anche dei contratti aventi ad oggetto il trasferimento di diritti reali, non essendo dato pertanto riscontrare impedimenti ad un accordo risolutorio con effetto retroattivo di un contratto ad efficacia reale, fatto salvo l'onere della forma *ad substantiam* (...)".

4. Tutto ciò premesso, la sentenza in commento suscita fondate perplessità in relazione ai seguenti profili: a) l'affermazione della naturale retroattività del mutuo dissenso; b) l'estensione di tale principio ai contratti ad effetti reali.

Quanto al punto a), va ribadito come la Corte di Cassazione abbia ritenuto



applicabile al caso di specie l'art. 1458 c.c., a mente del quale "(1) a risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, salvo il caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni eseguite" (1).

Una simile opzione, invero, presuppone la ricostruzione del mutuo dissenso come ipotesi particolare di risoluzione convenzionale (2). Sennonchè, non possono essere sottaciute le profonde differenze esistenti tra gli istituti in parola quanto a presupposti e oggetto.

Sotto il primo profilo, è pacifico come la risoluzione convenzionale richieda la sussistenza di vizi funzionali della causa - quali positivamente individuati dalla legge (3) -, laddove con il mutuo dissenso le parti, sul presupposto della validità ed efficacia del contratto, procedono allo scioglimento di un preesistente rapporto giuridico di carattere patrimoniale, non avendo più interesse alla sua realizzazione (4).

Sotto il secondo, invece, v'è da dire che, mentre ai sensi dell'art. 1453, comma 1, c.c. la risoluzione può operare solo ed esclusivamente con riferimento a contratti a prestazioni corrispettive, per il combinato disposto degli artt. 1321 e 1372 c.c., il mutuo dissenso è teoricamente predicabile in relazione a qualsiasi tipo di rapporto contrattuale, e dunque - per quel che qui interessa - anche in mancanza di detto nesso di sinallagmaticità (5).

Ma c'è di più. Infatti, che il principio dell'efficacia retroattiva della risoluzione non possa trovare applicazione nelle ipotesi di mutuo dissenso, sembra trovare conferma, non solo nelle rilevanti differenze strutturali e funzionali riscontrabili tra i due istituti, ma anche in considerazioni di ordine sistematico e interpretativo.

Si vuole, in primo luogo, fare riferimento alla circostanza che la retroattività costituisce un fenomeno eccezionale che, come tale, necessita di una esplicita previsione di legge (6).

D'altra parte, se - come evidenziato da autorevole dottrina - "il vincolo

(1) V. *supra* il paragrafo n. 2.

(2) In tal senso, v., in dottrina, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1974, 217-218; F. GRADASSI, *Requisiti formali della risoluzione consensuale di compravendita immobiliare*, in *Notariato*, 6, 1997, 520-521; E. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA e P. ZATTI (a cura di), *Tratt. dir. civ.*, Milano 2001, 540.

(3) ... vale a dire l'inadempimento (art. 1453 c.c. ss.), l'impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1463 c.c. ss.) e la sua eccessiva onerosità (art. 1467 c.c. ss.).

(4) In proposito, v. A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano 1980, 256 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano 1998, 700; A. GALATI, *Mutuo dissenso e contratti ad effetti reali*, in *www.treccani.it*, 2.

(5) Cfr. A. GALATI, *Mutuo dissenso*, cit., 2.

(6) Il punto è messo in evidenza da W. BIGLAVI, *Irretroattività della risoluzione per inadempimento*, in *Riv. dir. comm.* 1934, I, 718; G. DEIANA, *Contrarius consensus*, in *Riv. dir. priv.* 1939, I, 103 ss.; S. ROMANO, voce *Revoca*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino 1968, 810.

della legge è una precondizione selettiva delle conseguenze sulle quali può essere trasferita una questione di valutazione” (7), e se “il tenore letterale segna il limite estremo delle variabili di senso ascrivibili al testo” (8), ne deriva che non può essere affermata l’efficacia retroattiva del mutuo dissenso, laddove l’art. 1458 c.c. si limita a fare riferimento alle sole ipotesi di “risoluzione per inadempimento” (9).

5. Ciò detto, deve altresì essere osservato come l’affermazione della naturale efficacia retroattiva del mutuo dissenso sia ancor più discutibile se riferita ai contratti ad effetti reali.

In primo luogo, se la causa del mutuo dissenso risiede nell’estinzione di un rapporto giuridico pendente, va da sé che nessun effetto eliminativo è predicabile in relazione a contratti - come quello concluso in data 23 dicembre 1992 da Edilizia Napoli Nord e Saif - i cui effetti reali siano già integralmente prodotti (10).

A ciò si aggiungano le conseguenze pregiudizievoli che, ad accettare la soluzione criticata, si verrebbero a determinare sui diritti acquisiti dai terzi (11).

Tutt’al più - è stato evidenziato -, si potrebbe ammettere l’efficacia retroattiva del mutuo dissenso con riferimento ai contratti ad effetti obbligatori, nonché a tutte quelle ipotesi in cui la “costituzione” o il “trasferimento” del diritto non si realizzino immediatamente, all’atto della manifestazione del consenso (12), ma siano differiti ad un momento successivo (13).

Né a conclusioni diverse sembra condurre la giurisprudenza richiamata dalla Corte di Cassazione al fine di giustificare l’affermazione in base alla quale “non (è) dato (...) riscontrare impedimenti ad un accordo risolutorio con effetto retroattivo di un contratto ad efficacia reale, fatto salvo l’onere della forma *ad substantiam* (...)”. Si tratta, infatti, di pronunce aventi ad oggetto contratti ad effetti obbligatori (14), ovvero compravendite immobiliari in relazione alle quali è stato bensì ritenuto ammissibile il ricorso al mutuo dissenso, ma è stato pure sottolineato come, attraverso tale operazione negoziale,

(7) Così, L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano 1996, 103.

(8) Di nuovo, L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, cit., 103.

(9) In tal senso, A. GALATI, *Il mutuo dissenso*, cit., 4.

(10) Cfr. D. RUBINO, *La compravendita*, in A. CICU e F. MESSINEO (a cura di), *Tratt. dir. civ. comm.*, Milano 1971, 1024; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino 1980, 290; A. GALATI, *Mutuo dissenso*, cit., 9.

(11) Cfr. G. DEIANA, *Contrarius consensus*, cit., 103 ss.

(12) Cfr. l’art. 1376 c.c.

(13) Basti pensare alle varie ipotesi di “vendita obbligatoria”, ovvero alla vendita di genere (art. 1378 c.c.), alla vendita di cosa altrui (art. 1478 c.c.), alla vendita di cosa futura (art. 1472 c.c.), alla vendita alternativa (art. 1286 c.c.), alla vendita con patto di riservato dominio (art. 1523 c.c.). Sul punto, cfr., ad es., A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova 1995, 726; A. GALATI, *Mutuo dissenso*, cit., 9.

(14) ... ovvero un contratto preliminare di compravendita immobiliare (Cass., sez. un. civ., sent. 28 agosto 1990, n. 8878) e una vendita di cosa futura (Cass., sez. II civ., sent. 6 novembre 1991, n. 11840).

si realizzi una nuova e distinta vicenda traslativa (15).

Con il che il Giudice di legittimità ha finito, in realtà, per aderire alla tesi prospettata, nel caso di specie, dalla difesa erariale, laddove ha qualificato il contratto stipulato da Edilizia Napoli Nord e Saif, in data 14 dicembre 1993, come “retrovendita”.

Una soluzione, questa, in linea con le considerazioni di ordine teorico e pratico sopra esposte, ove si ponga mente al fatto che solo la stipulazione di un “contronegozio” - vale a dire di un negozio “uguale” e “contrario” rispetto a quello precedentemente concluso - può consentire alle parti di rimuovere - con efficacia, evidentemente, *ex nunc* - le modificazioni reali prodottesi in via definitiva, senza con ciò andare ad incidere sul generale principio di tutela dell'affidamento dei terzi (16).

**Cassazione civile, Sez. V, sentenza 6 ottobre 2011 n. 20445** - Pres. Pivetti, Rel. Olivieri, P.M. Gambardella (conforme) - Agenzia delle entrate (avv. gen. Stato) c. S.A.I.F. s.r.l. (avv. Lacarra).

(...)

#### *Svolgimento del processo*

Con sentenza 23 maggio 2005 la 13A sezione della Commissione Tributaria Regionale di Bari, rigettava l'appello proposto dall'Ufficio finanziario, confermando la sentenza impugnata, rilevando che il contratto stipulato in data 14 dicembre 1993 tra SAIF s.p.a. ed Edilizia Napoli Nord s.r.l. aveva effetto risolutorio del precedente contratto stipulato per atto pubblico in data 23 dicembre 1992 tra le stesse parti con il quale la SAIF s.r.l. - successivamente dichiarata fallita in data 25 novembre 1996 dal Tribunale di Bari - aveva acquistato da Edilizia Napoli Nord s.r.l. un fabbricato in costruzione per il prezzo di L. 14.047.803.346 oltre Iva al 4%. I Giudici di appello rilevavano che l'atto di risoluzione era intervenuto nell'ambito della soluzione transattiva concordata tra le parti in ordine alla controversia insorta sulla esecuzione dell'appalto di lavori commissionato dalla acquirente alla venditrice. Pertanto con il contratto del 14 dicembre 1993 si procedeva al ritrasferire l'immobile al medesimo prezzo corrisposto (nonché alla corresponsione a SAIF di un indennizzo di L. 2 miliardi a tacitazione di pretese risarcitorie) ed al rimborso da parte di Edilizia Napoli Nord della IVA pagata da SAIF, con contestuale emissione da parte della stessa Edilizia Napoli Nord di nota di credito n. (omissis) - con aliquota

---

(15) Cfr. Cass., sez. II civ., sent. 15 maggio 1998, n. 4906, secondo cui “nel caso di contratto di trasferimento della proprietà immobiliare, per la cui validità la legge richiede la forma scritta *ad substantiam*, anche il suo scioglimento per mutuo consenso deve risultare da atto scritto poiché per effetto di esso si opera un nuovo trasferimento della proprietà al precedente proprietario”. Nel medesimo senso, Cass., sez. III civ., sent. 18 febbraio 1980, n. 1186; Cass., sez. II civ., sent. 14 febbraio 1981, n. 908; Cass., sez. II civ., sent. 14 luglio 1989, n. 3288; Cass., sez. II civ., sent. 7 marzo 1997, n. 2040, parimenti richiamate dal Giudice di legittimità.

(16) In tal senso, ad es., D. RUBINO, *La compravendita*, cit., 1024; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., 290; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in G. GROSSO e S. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Tratt. dir. civ.*, Milano 1972, 205 ss., 290; A. GALATI, *Mutuo dissenso*, cit., 4.

IVA al 4% - a compensazione della fattura emessa in occasione del primo contratto.

La identità del contenuto dei due contratti e la motivazione relativa alla volontà manifestata dalle parti di risolvere stragiudizialmente la controversia tra le stesse insorta, legittimava la operazione eseguita che doveva ricondursi sotto la disciplina del D.P.R. n. 633 del 1972, art. 26, non potendo dar luogo il secondo atto ad una nuova operazione economica a fini fiscali come riteneva l'Ufficio finanziario che qualificava il secondo atto come retrovendita.

Avverso la sentenza di appello ha proposto ricorso per cassazione la Agenzia delle Entrate deducendo un unico motivo. Resiste con controricorso il Fallimento SaiF s.p.a.

#### *Motivi della decisione*

1. I Giudici di appello hanno fondato la propria decisione qualificando il contratto stipulato dalle parti in data 14 dicembre 1993 come atto di muto dissenso volto allo scioglimento del precedente atto pubblico in data 23 dicembre 1992. A tale conclusione sono pervenuti all'esito della interpretazione del contenuto dei due atti negoziali nonchè dei rapporti intercorsi tra le parti nel periodo di tempo tra la stipula del primo e del secondo contratto. Quanto al primo aspetto i Giudici di merito hanno rilevato che le disposizioni e clausole pattizie di entrambi i contratti erano da ritenersi identiche e contrarie, sicchè il secondo contratto veniva ad elidere gli effetti del primo. Quanto al secondo aspetto i Giudici rilevavano che la società prima acquirente aveva commissionato all'alienate l'appalto dei lavori di ultimazione dell'immobile compravenduto, nonchè aveva conferito alla stessa mandato a vendere le singole unità immobiliari. Essendo insorta tra le parti controversia in ordine all'esatto adempimento dei rapporti obbligatori, le parti erano pervenute alla definizione delle reciproche pretese, ripristinando lo "status quo ante" mediante la risoluzione di comune accordo di tutti rapporti negoziali intercorsi tra di esse (contratto di compravendita - con restituzione del medesimo importo corrisposto a titolo di prezzo ed emissione, restituzione all'originario acquirente dell'IVA applicata al 4% e contestuale emissione di nota credito di pari importo; contratto di appalto -con corresponsione a SAIF di un indennizzo a tacitazione di ogni pretesa di natura risarcitoria; contratto di mandato a vendere), dovendo sussumersi tale accordo nella figura dell'accordo transattivo. Inoltre elemento decisivo a sostegno della qualificazione del secondo atto come negozio risolutorio veniva attribuito dai Giudici di merito alla circostanza che il secondo contratto era intervenuto entro l'anno dalla stipula del primo, elemento questo espressamente considerato dal D.P.R. n. 633 del 1972, art. 26, commi 2 e 3 per il riconoscimento di diritto alla detrazione - restituzione della imposta versata per la operazione eseguita e successivamente venuta meno "in dipendenza di sopravvenuto accordo fra le parti".

2. La Agenzia delle Entrate censura la sentenza di appello, denunciando vizio di violazione e falsa applicazione degli artt. 1321, 1343 c.c., dell'art. 1470 c.c. e segg., dell'art. 1362 c.c. e segg. e dell'art. 1453 c.c., del D.P.R. n. 633 del 1972, artt. 21 e 26 nonchè vizio di motivazione, in quanto i Giudici di merito che avrebbero desunto l'effetto risolutorio del secondo contratto da una vicenda inerente un altro e distinto rapporto contrattuale intercorso tra le parti (appalto lavori), in ordine al quale soltanto era insorta controversia e dunque sussisteva la esigenza della stipula di un atto transattivo: con la conseguenza che dovevano essere tenute distinte le cause negoziali relative alla transazione, avente ad oggetto il rapporto di appalto, ed alla retrovendita immobiliare che configurava, pertanto, un nuovo negozio traslativo ed andava quindi assoggettata ad IVA all'aliquota del 9% vigente al tempo della stipula. Pur senza negare che la retrocessione della proprietà dell'immobile era stata determinata dalla risoluzione del contratto di appalto, tuttavia ciò configurava soltanto il motivo ma non la causa giustificativa del nuovo atto.

Inoltre la autonomia del successivo negozio di vendita derivava necessariamente dal fatto che

il primo contratto aveva ormai prodotto i propri effetti traslativi e pertanto non poteva configurarsi un negozio risolutorio di un contratto già eseguito.

3. Controdeduce il Fallimento SAIF s.p.a. aderendo alle argomentazioni poste a base della decisione impugnata e rilevando che indipendentemente dalla qualificazione del secondo contratto come atto transattivo, era innegabile che la originaria operazione eseguita dalle parti (trasferimento della proprietà immobiliare) era venuta meno, entro l'anno, per volontà delle parti contraenti, con la conseguenza che dovevano comunque ritenersi integrati i presupposti che legittimavano il recupero dell'IVA assolta in occasione della stipula del contratto risolto per mutuo dissenso.

4. Il ricorso deve essere rigettato in relazione ad entrambe le censure prospettate con l'unico complesso motivo.

Occorre premettere che la qualificazione del contratto è una operazione ermeneutica volta ad identificare il modello legale astratto di contratto all'interno del quale sussumere il contratto in concreto stipulato, a fine di assoggettare quest'ultimo alla disciplina dettata dal primo. Tale operazione strutturalmente si articola in tre fasi, la prima delle quali consiste nella ricerca della comune volontà dei contraenti, la seconda nella individuazione della fattispecie legale e l'ultima consiste nel giudizio di rilevanza giuridica qualificante gli elementi di fatto in concreto accertati (cfr. Corte cass. 3<sup>a</sup> sez. 16 giugno 1997 n. 5387; Corte cass. 3<sup>a</sup> sez. 5 luglio 2004 n. 12289).

La prima fase si risolve in un tipico accertamento di fatto riservato al giudice di merito, sindacabile in sede di legittimità solo per vizi di motivazione in relazione ai canoni di ermeneutica contrattuale di cui all'art. 1362 c.c. e segg. Le successive consistono nella ricerca del paradigma legale da applicare alla fattispecie (*id est* della norma o del complesso normativo in base al quale si intende regolare il rapporto dedotto in giudizio) e nella qualificazione che procede secondo il modello della sussunzione - cioè del confronto tra fattispecie contrattuale concreta e tipo astrattamente definito dalla norma - per verificare la corrispondenza degli elementi di fatto accertati a quelli individuanti la fattispecie normativa. Queste fasi comportano applicazione di norme giuridiche ed il giudice non è vincolato dal "*nomen juris*" adoperato dalle parti, ma può correggere la loro autoqualificazione quando riscontri che non corrisponde alla sostanza del contratto come da esse voluto. La ricostruzione data dal giudice di merito è incensurabile in sede di legittimità allorché si risolve nella richiesta di una nuova valutazione dell'attività negoziale oppure nella contrapposizione di un'interpretazione della medesima a quella del giudice di merito (cfr. Corte cass. 2<sup>a</sup> sez. 3 novembre 2004 n. 21064; Corte cass. 3<sup>a</sup> sez. 22 giugno 2005 n. 13399).

Tanto premesso, con riferimento alla asserita violazione delle norme codicistiche indicate in rubrica, palesemente privo di pregio è l'assunto della ricorrente secondo cui la risoluzione con efficacia *ex tunc* opera esclusivamente quale rimedio ai vizi funzionali della causa e cioè alle situazioni patologiche connesse alla esecuzione del contratto, essendo appena il caso di rilevare che la figura del mutuo dissenso (o mutuo consenso o risoluzione convenzionale o accordo risolutorio: cfr. artt. 1321 e 1372 c.c.) costituisce espressione della autonomia negoziale dei privati che bene sono libere di regolare gli effetti prodotti da un precedente negozio a prescindere dalla esistenza di eventuali fatti o circostanze sopravvenute impeditivi o modificativi della attuazione dell'originario regolamento di interessi: come infatti ribadito dalle pronunce di questa Corte la risoluzione del contratto per mutuo dissenso costituisce un caso di ritrattazione bilaterale del contratto con la conclusione di un nuovo negozio uguale e contrario a quello da risolvere (cfr. Corte cass. 3<sup>a</sup> sez. 10. marzo 1966 n. 683; id. 2<sup>a</sup> sez. 30 agosto 2005

n. 17503; id. 3<sup>^</sup> sez. 10 luglio 2008 n. 18859).

Inconsistente è altresì la obiezione secondo cui il contratto da risolvere per mutuo consenso aveva già prodotto i propri effetti, trattandosi di contratto ad efficacia reale.

La risoluzione convenzionale integra, infatti, un contratto autonomo con il quale le stesse parti o i loro eredi ne estinguono uno precedente, liberandosi dal relativo vincolo e "la sua peculiarità è di presupporre un contratto precedente fra le medesime parti e di produrre effetti estintivi delle posizioni giuridiche create da esso" (cfr. Corte cass. 3<sup>^</sup> sez. 27 novembre 2006). L'effetto ripristinatorio è, peraltro, espressamente previsto (art. 1458 c.c.) per il caso di risoluzione per inadempimento anche dei contratti aventi ad oggetto il trasferimento di diritti reali, non essendo dato pertanto riscontrare impedimenti ad un accordo risolutorio con effetto retroattivo di un contratto ad efficacia reale, fatto salvo l'onere della forma "ad substantiam": "la forma scritta costituisce requisito necessario dei contratti risolutivi del diritto di proprietà sui beni immobili, dovendo dai medesimi trarsi con sufficiente certezza tutti gli elementi del negozio cui le parti abbiano inteso dare vita, quali l'indicazione del bene ritrasferito e del prezzo, nonché la manifestazione della effettiva volontà di operare il nuovo trapasso del bene" (cfr. con riferimento a contratto di compravendita immobiliare: Corte cass, 3<sup>^</sup> sez.. 18 febbraio 1980 n. 1186; id. 2<sup>^</sup> sez. 14 febbraio 1981; id. 2<sup>^</sup> sez. 14 luglio 1989 n. 3288; id. 2<sup>^</sup> sez. 7 marzo 1997 n. 2040; id. 2<sup>^</sup> sez. 15 maggio 1998 n. 4906 "nel caso di contratto di trasferimento della proprietà immobiliare, per la cui validità la legge richiede la forma scritta *ad substantiam*, anche il suo scioglimento per mutuo consenso deve risultare da atto scritto poichè per effetto di esso si opera un nuovo trasferimento della proprietà al precedente proprietario (v. sent. 20 dicembre 1988 n. 6959. 28 agosto 1990 n. 8878) ...": cfr. con riferimento al contratto di vendita di cosa futura Corte cass. 2<sup>^</sup> sez.. 6 novembre 1991 n. 11840 che desume l'obbligo della forma scritta dell'accordo risolutorio dalla efficacia definitiva e non meramente obbligatoria della vendita).

Del pari manifestamente infondato è il denunciato vizio di sussunzione della fattispecie concreta nello schema normativo del D.P.R. n. 633 del 1972, art. 26, commi 2 e 3 nonché la censura per vizio motivazionale.

La norma invocata attribuisce al cedente (nella specie alla Edilizia Napoli Nord s.r.l.) di portare in detrazione l'imposta - previa registrazione D.P.R. n. 633 del 1972, ex art. 25 - in ogni caso in cui "un'operazione per la quale sia stata emessa fattura... viene meno in tutto od in parte, o se ne riduce l'ammontare imponibile, in conseguenza di dichiarazione di nullità, annullamento, revoca, risoluzione, rescissione e simili, o per mancato pagamento..." (comma 2). Qualora tali eventi si verificano "in dipendenza di sopravvenuto accordo tra le parti la neutralità fiscale può essere fatta valere esclusivamente entro l'anno dalla operazione imponibile (comma 3). Orbene gli elementi normativi della fattispecie possono quindi individuarsi:

a) nella realizzazione di una operazione imponibile, per la quale sia stata emessa fattura, che deve essere "vera e reale e non già del tutto inesistente", come deve argomentarsi dalla disposizione di chiusura del D.P.R. n. 633 del 1972, art. 21, comma 7 che individua il presupposto impositivo, in caso di operazione inesistente, e dunque in assenza di un fatto imponibile definito nel suo effettivo contenuto economico D.P.R. n. 633 del 1972, ex art. 6, nel mero elemento cartolare della fattura (cfr. Corte cass. 5<sup>^</sup> sez. 10 giugno 2005 n. 12353);

b) nella realizzazione di una causa di scioglimento del contratto (cui consegue il venir meno della "operazione imponibile": nella specie cessione di bene immobile), non occorrendo uno specifico accertamento negoziale o giudiziale della intervenuta risoluzione (Corte cass. 3<sup>^</sup> sez. 21 gennaio 2010 n. 987). Deve sussistere quindi un titolo idoneo a realizzare gli effetti risolutivi del precedente contratto (Corte cass. 1<sup>^</sup> sez. 23 aprile 1993 n. 4767 ove si esclude

che un "accordo" comportante variazioni dell'imponibile o dell'imposta riguardo ad una precedente operazione regolarmente assoggettata ad IVA non può essere desunto dal mero fatto che una delle parti del rapporto di cessione ha emesso, senza neppure indicarne la causa, alcune "note di accredito"): con la conseguenza che l'accordo risolutorio di un contratto per il quale sia richiesta la forma scritta "ad substantiam" è soggetto alla stessa forma stabilita per la sua conclusione e l'anzidetto requisito formale può ritenersi sussistente solo in presenza di un documento che contenga in modo diretto la dichiarazione della volontà negoziale e che venga redatto al fine specifico di manifestare tale volontà (Corte cass. 2<sup>a</sup> sez. 7 marzo 1997 n. 2040; id. 3<sup>a</sup> sez. 27 novembre 2006 n. 25126; id. 2<sup>a</sup> sez. 6 aprile 2009 n. 8234):

c) nella identità delle parti dell'accordo risolutorio e del negozio oggetto di risoluzione consensuale (Corte cass. 5<sup>a</sup> sez. 12 febbraio 2010 n. 3380);

d) nel regolare adempimento degli obblighi di registrazioni previsti dal D.P.R. n. 633 del 1972: in tema di detrazioni IVA, la norma di cui al D.P.R. n. 633 del 1972, art. 26, comma 2 - a mente della quale le ragioni per cui un'operazione fatturata viene meno in tutto o in parte, ovvero sia ridotta nel suo ammontare imponibile, possono essere varie, e consistere, in particolare, non solo nella nullità, nell'annullamento, nella revoca, nella risoluzione, nella rescissione, ma anche in ragioni "simili", quali il mancato pagamento o la concessione di abbuoni o sconti previsti contrattualmente - va interpretata nel senso che ciò che rileva, per volontà legislativa, non è tanto la modalità secondo cui si manifesta la causa della variazione dell'imponibile IVA, quanto, piuttosto, che, tanto della variazione, quanto della sua causa, si effettui registrazione ai sensi degli artt. 23, 24 e 25 del citato D.P.R. (Corte cass. 5<sup>a</sup> sez. 6 luglio 2001 n. 9195. Sui rispettivi obblighi di registrazione gravanti sul cedente e sul cessionari cfr. Corte cass. 1 sez. 11 giugno 1993 n. 6552);

e) nel lasso temporale infrannuale entro il quale deve verificarsi la vicenda risolutoria nel caso in cui l'effetto risolutorio trovi titolo in un accordo di mutuo dissenso: la prova relativa può legittimamente essere fornita soltanto attraverso l'indicazione di quei dati che risultino idonei a collegare le due operazioni - essendo lo scopo perseguito dalla legge quello di impedire pericolose forme di elusione degli obblighi del contribuente, ed essendo tale scopo perseguibile attraverso il principio di immodificabilità, sia unilaterale, sia concordata tra le parti, delle registrazioni obbligatorie, fatto salvo il caso di successive variazioni dell'imponibile o dell'imposta, ex art. 26 citato - mercè dimostrazione, da parte del contribuente, dell'identità tra l'oggetto della fattura e della registrazione originarie, da un canto, e l'oggetto della registrazione della variazione, dall'altro, sì da palesare inequivocabilmente la corrispondenza tra i due atti contabili (Corte cass. 5<sup>a</sup> sez. 6 luglio 2001 n. 9188).

Orbene i Giudici territoriali hanno correttamente ricondotto la fattispecie concreta nello schema normativo del D.P.R. n. 633 del 1972, art. 26, commi 2 e 3, ravvisando la identità di contenuto dei due atti negoziali uguali e contrari (quanto all'oggetto - proprietà dell'immobile - ed alla prestazione avente ad oggetto il pagamento del prezzo, nonché quanto alla forma), accertando la identità delle parti contraenti, la eseguita registrazione della variazione contabile ai fini della detrazione IVA da parte del cedente, la esatta corrispondenza dell'imposta versata e di quella recuperata (con applicazione della identica aliquota pari al 4%), la esistenza del presupposto temporale richiesto dal D.P.R. n. 633 del 1972, art. 26, comma 3.

Hanno inoltre desunto l'effetto risolutorio del primo contratto dall'inserimento del contratto stipulato in data 14 dicembre 1993 nell'ambito della composizione transattiva, con la quale le medesime parti hanno voluto definire tutti i rapporti pendenti, della più ampia vicenda negoziale intercorsa tra le parti che oltre al contratto di compravendita concerneva anche il contratto

di appalto relativo alla esecuzione dei lavori di ultimazione dell'intero immobile ed il contratto di mandato a vendere le singole unità immobiliari.

Evidente è la confusione in cui incorre la Agenzia delle Entrate laddove ipotizza una mancanza originaria della causa negoziale dell'accordo risolutorio allegando che il contenzioso tra le parti concerneva esclusivamente il rapporto originato dal contratto di appalto, in tal modo non considerando che, tanto gli artt. 1321 e 1372 c.c. quanto il D.P.R. n. 633 del 1972, art. 26, comma 3, prevedendo espressamente l'accordo delle parti quale negozio risolutorio idoneo a determinare il venir meno della "operazione imponibile", prescindono del tutto da eventuali vizi genetici o funzionali della causa del contratto che le stesse intendono risolvere.

La critica motivazionale della ricorrente, pertanto, si risolve soltanto nel contrapporre una diversa ricostruzione giuridica dei fatti rispetto a quella effettuata dai Giudici di merito, senza individuare specificamente gli errori logici che inficiano la *ratio decidendi* della sentenza impugnata, con la conseguenza che l'accertamento della risoluzione del contratto per mutuo dissenso costituisce apprezzamento di fatto del Giudice di merito, che rimane incensurabile in sede di legittimità in presenza di congrua motivazione (Corte cass. 3<sup>a</sup> sez. 27 novembre 2006 n. 25126).

**5.** Il ricorso deve essere, pertanto, rigettato ed in applicazione del principio di soccombenza la parte ricorrente va condannata alla rifusione delle spese del presente giudizio che si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

La Suprema Corte di cassazione:

- rigetta il ricorso e condanna la Agenzia delle Entrate alla rifusione delle spese di lite del presente giudizio che liquida in Euro 7.200,00 (di cui Euro 7.000,0 per onorari) oltre rimborso forfetario spese generali ed accessori di legge.



## I licenziamenti disciplinari dopo la l. 92/2012 (c.d. “Riforma Fornero”). Considerazioni alla luce della prima pronuncia giurisdizionale in materia

(Nota a Tribunale di Bologna, ordinanza 15 ottobre 2012)

*Stefano Bini\**

La legge 28 giugno 2012, n. 92, c.d. “Riforma Fornero”, ha come noto significativamente inciso sull’intero *corpus* normativo del diritto del lavoro italiano e, in special modo, su quello attinente alla materia dei licenziamenti. Particolarmente rilevanti risultano essere, tra le altre, le modifiche apportate all’art. 18 della l. 20 maggio 1970, n. 300 (c.d. “Statuto dei lavoratori”), al dichiarato fine di facilitare e snellire la “flessibilità in uscita” dal rapporto di lavoro, rivisitando così l’apparato sanzionatorio connesso alle ipotesi di illegittimità del licenziamento.

A distanza di poco più di un anno dall’importante ed innovativa promulgazione del c.d. “Collegato Lavoro” (l. 4 novembre 2010, n. 183), il Legislatore è nuovamente intervenuto, animato dall’intento di «realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione [...]»(1).

Il disegno riformatore posto a fondamento della l. 92/2012 ha portato ad un radicale superamento del precedente schema di classificazione delle sanzioni applicabili in conseguenze di illegittimi casi di recesso datoriale dal rapporto di lavoro: mentre infatti precedentemente il “rimedio” principale (se non unico), nelle ipotesi di licenziamento invalido, era costituito dalla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, unitamente al risarcimento del danno,

---

(\*) Ammesso alla pratica forense presso l’Avvocatura dello Stato, Dottorando di ricerca in “Diritto ed Impresa” (LUISS “Guido Carli”, Roma).

(1) Significativa è la non usuale esposizione delle finalità e degli obiettivi che il legislatore intende perseguire, di cui all’art. 1, comma 1 (*incipit*) della legge 28 giugno 2012, n. 92: «La presente legge dispone misure e interventi intesi a realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione, in particolare [...] c) ridistribuendo in modo più equo le tutele dell’impiego [...] adeguando contestualmente alle esigenze del mutato contesto di riferimento la disciplina del licenziamento, con previsione altresì di un procedimento giudiziario specifico per accelerare la definizione delle relative controversie [...]».

Di interesse è anche Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Comunicato stampa “La riforma del mercato del lavoro è legge”*, Roma, 27 giugno 2012, p. 2.

Per quanto concerne l’introduzione del nuovo rito per l’impugnazione dei licenziamenti, si rinvia all’esautivo saggio di A. GIORDANO, *Il nuovo rito per l’impugnazione dei licenziamenti*, Treccani.it, 2012, [www.treccani.it/magazine/diritto](http://www.treccani.it/magazine/diritto).

in misura non inferiore a cinque mensilità (2), con la legge entrata in vigore lo scorso 18 luglio 2012 si supera il carattere di esclusività, che aveva precedentemente connotato la soluzione della reintegrazione: è così il giudice ad essere investito della scelta della sanzione da irrogare nel concreto caso di specie, sulla base dei criteri e dei parametri previsti, anche se solo in generale, dalla normativa (3).

Le tipologie di licenziamento sono sostanzialmente ricondotte a tre: disciplinare, economico e discriminatorio; non potendosi in questa sede esaminare la complessiva disciplina di riforma in materia, si prenderanno in considerazione solamente i profili della stessa, che presentino maggiore interesse, ai fini di una chiara ed organica analisi dell'ordinanza che qui si annota.

Quello relativo ai licenziamenti disciplinari costituisce dunque certamente uno dei profili di maggiore interesse nell'indagine attorno all'ampia materia del recesso dal rapporto di lavoro, con particolare riferimento alla sua riconducibilità nell'ambito del potere disciplinare, *ex art. 7 St. lav.*

Essendo la c.d. "Riforma Fornero" di così recente introduzione, sono le concrete implicazioni applicative ad assumere una rilevanza ed una valenza davvero cruciali: il ruolo della giurisprudenza di merito, assume dunque un fondamentale ruolo integrativo, complementare all'elaborazione dottrinale di commento alla disciplina normativa. In quest'ottica, pertanto, si presenta di notevole interesse quello che potrebbe essere definito come il primo provvedimento giudiziale "post Riforma Fornero", ovvero l'ordinanza del Tribunale di Bologna del 15 ottobre 2012 (procedimento n. 2631/2012).

Con il provvedimento appena richiamato, la sezione lavoro del Tribunale di Bologna ha disposto la reintegrazione del dipendente di un'impresa, impiegato con qualifica di responsabile del reparto qualità, licenziato per aver espresso, in uno scambio di e-mail con il suo diretto superiore gerarchico, la seguente valutazione circa l'attitudine alla pianificazione dell'impresa: «Parlare di pianificazione nel Gruppo [nome dell'impresa, *omissis*] è come parlare di psicologia con un maiale, nessuno ha il minimo sentore di cosa voglia dire pianificare una minima attività in questa azienda».

Affermata primariamente la necessità di considerare e qualificare il fatto storico nell'ambito di una più ampia contestualizzazione spazio-temporale, tesa a tenere in debito conto, oltre che la sequenza di avvenimenti e condotte, anche (e - nell'approccio ermeneutico adottato dal giudice - soprattutto) la situazione psicologica dei soggetti coinvolti, il Tribunale di Bologna fonda la condanna del datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro del lavo-

---

(2) Per quanto concerne la disciplina dei licenziamenti in vigore anteriormente all'entrata in vigore della recente riforma del mercato del lavoro, si veda R. PESSI, *Lezioni di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 352 e ss.

(3) F. TOFFOLETTO, *Il nuovo regime sanzionatorio previsto dalla legge Fornero in caso di licenziamento invalido*, *Top Legal*, ottobre 2012, n. 9, p. 46.

ratore licenziato, su due argomentazioni tra loro marcatamente eterogenee.

Invero il fatto viene considerato, nel caso di specie, come insussistente e al contempo riconducibile alla c.d. «lieve insubordinazione» inquadrata, dalla contrattazione collettiva concretamente applicabile, nell'ambito delle condotte punite con sanzione conservativa.

Il Tribunale di Bologna, presenta in primo luogo un'interessante argomentazione attorno all'interpretazione da attribuire alla nozione di «insussistenza del fatto», di cui all'art. 1, comma 42 della l. 92/2012: «[...] la norma in questione, parlando di fatto, fa necessariamente riferimento al c.d. Fatto Giuridico, inteso come il fatto globalmente accertato, nell'*unicum* della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l'elemento soggettivo» (4).

Perchè quindi il “fatto” possa ritenersi effettivamente sussistente, occorre che la condotta del prestatore di lavoro si sia pienamente verificata tanto sotto il profilo oggettivo, quanto sotto quello soggettivo-psicologico, attinente all’*animus*” del lavoratore stesso.

Sulla base della suddetta considerevole premessa argomentativa, nell'ordinanza si procede così osservando che la proposizione oggetto del contendere («Parlare di pianificazione nel Gruppo [nome dell'impresa, *omissis*] è come parlare di psicologia con un maiale») non può ritenersi pronunciata nel quadro di quella che potrebbe definirsi come una lucida, fredda e deliberata ponderazione, tesa a ledere il prestigio della società di appartenenza, dovendosi al contrario ritenere che la stessa frase rappresenti l'impetuosa reazione del lavoratore alla stressante pressione cui era sottoposto da parte del superiore gerarchico, viste anche le scuse per il comportamento posto in essere, che il lavoratore ha successivamente formulato e presentato (5).

Posta pertanto dal giudice un'interpretazione più ampia ed estensiva della nozione di “fatto”, il comportamento del prestatore di lavoro viene ad essere preso in considerazione non solo limitatamente al dato materiale ed oggettivo, ma unitamente alla centrale componente soggettiva dell'elemento psicologico; a sostegno di tale tesi ermeneutica, la sezione lavoro del Tribunale di Bologna argomenta la necessità di osservare i principi generali dell'ordinamento civilistico della diligenza, nonché della buona fede, “calati” nell'ambito dello svolgimento del rapporto di lavoro (si vedano a tal proposito gli artt. 1175 e 1176

---

(4) Tribunale di Bologna, ordinanza 15 ottobre 2012, procedimento n. 2631/2012, p. 2.

(5) Nell'ordinanza, la condotta posta in essere dal superiore gerarchico del lavoratore licenziato, attraverso le diverse mail inviate, viene considerata e valutata in termini di palese ed inutile contenuto denigratorio, connotato da un'intrinseca offensività della professionalità del dipendente. Il Tribunale di Bologna, invero, ricostruisce il “fatto” posto in essere dal lavoratore nella più ampia cornice di una relazione di causalità, tra la mail «inutilmente denigratoria» del superiore gerarchico e quella «non finalizzata a ledere il prestigio aziendale» del lavoratore, espressione di un disagio conseguente allo stress lavorativo, indotto - ed ecco quindi l'essenza del nesso di causalità, rinvenuto dal giudice - proprio dal contenuto e, soprattutto, dal tono della mail del superiore gerarchico.

c.c., rispettivamente rubricati: «Comportamento secondo correttezza» e «Diligenza nell'adempimento»).

Assumendo a fondamento della propria decisione tali considerazioni di carattere interpretativo della normativa di recente introduzione, dunque, il Tribunale riconosce la insussistenza del fatto nel comportamento posto in essere dal lavoratore licenziato.

Meritevole però di attenzione è il fatto che il suddetto Tribunale, fonda tale dichiarazione di insussistenza del fatto, non sulla esclusione dell'elemento soggettivo (riconosciuto, nella stessa ordinanza, come elemento imprescindibile ai fini dell'accertamento del fatto, inteso nella sua accezione di "fatto giuridico"), ma piuttosto sulla valutazione della sua scusabilità.

Semplificando, il giudice ritiene il fatto "insussistente" non perché il fatto non è stato oggettivamente posto in essere o perché non ricorre il necessario elemento soggettivo nel comportamento del lavoratore, quanto invece perché considera la condotta del prestatore come scusabile, in quanto impetuosamente reattiva al comportamento offensivamente denigratorio del superiore gerarchico.

Appare già *prima facie* evidente come l'*iter* argomentativo adottato e seguito dall'organo giudicante nella concreta fattispecie si presenta pervaso da una intrinseca e sostanziale peculiarità; il fatto è considerato insussistente, così da determinare la reintegrazione del lavoratore licenziato *ex art. 18, comma 4, St. lav.*, sebbene però la ragione di tale insussistenza sia rinvenuta nella scarsa rilevanza del fatto stesso; valutando purtuttavia il fatto scarsamente rilevante sotto un profilo di analisi disciplinare, però, se ne riconosce in tal guisa la sua ontologica esistenza.

La condanna alla reintegrazione del lavoratore viene altresì motivata dal Tribunale sulla base di un secondo argomento, rappresentato dalla riconducibilità del fatto contestato nell'ambito delle cc.dd. condotte punibili con sanzione conservativa, secondo quanto disposto dalla contrattazione collettiva e dai codici disciplinari, concretamente applicabili al rapporto di lavoro.

Considerate le due distinte fattispecie giuridiche astratte, contemplate dall'art. 18, commi 4 e 5, l. 300/1970, nella sua versione riformata dalla l. 92/2012, «Nel caso in esame, osserva il Tribunale che ricorrono entrambe le fattispecie previste dalla norma in questione».

L'art. 1, comma 41 della l. 92/2012, nel predisporre la nuova formulazione del quarto comma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, prevede che il giudice del lavoro possa condannare il datore di lavoro, unitamente al pagamento di un'indennità risarcitoria (6), alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro solamente allorquando sia accertata la infondatezza della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo, posti a fondamento del recesso stesso, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché la condotta posta in essere dal prestatore di lavoro (il fatto) è inquadrabile tra quelle per le quali i contratti collettivi o i codici disciplinari applicabili prevedano una sanzione conservativa.

Nel dettaglio, il contratto collettivo di categoria cui fare riferimento nel caso *de quo* è rappresentato dal C.C.N.L. Metalmeccanici del 2008 che, alla lettera *c*) dell'art. 9 (Titolo 7, Sezione 4), dispone che: «Incorre nei provvedimenti di ammonizione scritta, multa o sospensione, il lavoratore che: [...] compia lieve insubordinazione nei confronti dei superiori»; come appare chiaro dalla lettura della disposizione contrattuale, tutti i citati provvedimenti, presentati nella loro crescente gradazione di gravità, presentano natura conservativa. Una riflessione più ampia potrebbe a tal punto esplorarsi, seppur concisamente, con riferimento all'inquadrabilità della condotta contestata nel caso di specie nell'ambito della lieve insubordinazione (con conseguente sanzione conservativa *ex art. 9, lett. c)*, titolo 7, sezione 4, C.C.N.L. Metalmeccanici 2008), oppure nel novero della più generica «insubordinazione ai superiori», per la quale l'art. 10, lett. *A)*, lett. *a)*, titolo 7, sezione 4, C.C.N.L. Metalmeccanici 2008, contempla la sanzione del licenziamento con preavviso (licenziamento per giustificato motivo soggettivo). La questione rientra nell'ambito di quella che potrebbe definirsi come una “sovrapponibilità” di casistiche, verificabili allorquando la medesima fattispecie concreta appaia come sussumibile sotto un molteplice novero di fattispecie giuridiche astratte; si pensi esemplificativamente alle tre nozioni di «lieve insubordinazione nei confronti dei superiori» (art. 9, lett. *c)*), «insubordinazione ai superiori» (art. 10, lett. *A)*, lett. *a)*) e «grave insubordinazione ai superiori» (art. 10, lett. *B)*, lett. *a)*): forte appare la necessità di fondare tale distinzione sulla base di parametri ed elementi oggettivi che certamente appaiono essere contestabili. Nella fattispecie oggetto di analisi, appare tuttavia chiaro che le diverse ragioni argomentate dal Tribunale nell'ordinanza, corroborano l'interpretazione della condotta del lavoratore come in sé espressiva di una «lieve insubordinazione nei confronti dei superiori».

A margine delle considerazioni sin qui svolte, emerge che l'importanza della pronuncia esaminata risiede, oltre che nel fatto di aver costituito essa il primo provvedimento giudiziario in materia di licenziamenti dopo l'entrata in vigore della riforma Fornero (7), nel significativo contributo ermeneutico offerto, fornendo essa un'interpretazione dell'art. 1, comma 41 della l. 92/2012 di rilevante interesse.

Il *decisum* del Tribunale di Bologna appare certamente distante dallo spi-

---

(6) L'indennità risarcitoria prevista dal comma 4 dell'art. 18, St. lav. deve essere «commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto».

(7) Di certo interesse è l'analisi critica del “nuovo” art. 18, St. lav., elaborata da S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2012, n. 3, pp. 535 e ss.

rito del legislatore (8): «A fronte di una invarianza delle tutele a favore del lavoratore in caso di licenziamento discriminatorio e in alcuni casi di infondatezza del licenziamento disciplinare, con la riforma si riduce l'incertezza che circonda gli esiti dei procedimenti eventualmente avviati in caso di licenziamento per motivi economici» (9).

Tale distanza interpretativa trova la sua principale ragione giustificativa nella considerevole discrezionalità rimessa al Giudice tanto nella valutazione dei comportamenti posti in essere dal prestatore di lavoro quanto nella decisione circa le sanzioni da ricondurre alle diverse fattispecie di licenziamento disciplinare, concretamente verificatesi.

Pur non volendo in alcun modo esprimere considerazioni attorno alla divisibilità o meno della decisione del Tribunale di Bologna dello scorso 15 novembre 2012, appare però inevitabile constatare come gli ampi margini di discrezionalità rimessi al magistrato giudicante - nell'assenza di fattispecie di reintegrazione normativamente ben definite - possono verosimilmente determinare significative disparità decisionali di trattamento, in presenza di casi tra loro identici (o quantomeno simili), ma differentemente considerati da giudici diversi (10).

La formulazione delle due ipotesi al ricorrere delle quali deve trovare applicazione la sanzione della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro (insussistenza del fatto contestato e sussumibilità del fatto sotto una delle condotte punibili con sanzione conservativa *ex* contrattazione collettiva o codici disciplinari) risulta così ampia e poco circoscritta, da poter abbracciare qualsiasi ipotesi di licenziamento disciplinare illegittimo.

L'argomento principe considerato dal Tribunale di Bologna per sorreggere la condanna alla reintegrazione è costituita dalla sostanziale involontarietà (assenza dell'*animus*, dell'elemento soggettivo, con riferimento ad un comportamento comunque oggettivamente sussistente) e scusabilità (scarsa rilevanza, vista anche la formulazione delle scuse da parte dello stesso lavoratore licenziato) della condotta del prestatore: si afferma in sostanza la sproporzione del licenziamento, rispetto alla natura "lieve" della insubordinazione, per la quale occorrerebbe ricorrere a sanzioni conservative.

---

(8) Per un'organica analisi sul punto, si veda in Dottrina F. CARINCI, *Il legislatore e il giudice: l'imprevidente innovatore ed il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012)*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2012, n. 4-5, pp. 773 e ss: «[...] noi tutti consegnati ad una giurisprudenza di merito che, come testimonia questa prima ordinanza del Tribunale di Bologna, si prospetta all'insegna di una continuità sostanziale, ma con una forzatura rispetto alla finalità perseguita dalla legge, sì da produrre la madre di ogni incertezza, quale data dalla delegittimazione della stessa fonte regolativa».

(9) Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Comunicato stampa "La riforma del mercato del lavoro è legge"*, Roma, 27 giugno 2012, p. 2.

(10) D. CARBONE, *Riforma Fornero e nuovo articolo 18 dello Statuto dei lavoratori: un caso di reintegra del dipendente licenziato*, in *Italia Oggi*, 7 novembre 2012, [www.italiaooggi.it/news/dettaglio\\_news.asp?id=201211070351001468&chkAgenzie=PREV](http://www.italiaooggi.it/news/dettaglio_news.asp?id=201211070351001468&chkAgenzie=PREV).

Appare però a tal punto lecito chiedersi quando il licenziamento disciplinare illegittimo potrà effettivamente incontrare la condanna del datore di lavoro alla sola liquidazione dell'indennità risarcitoria (nella misura compresa tra 12 e 24 mensilità). La risposta che sembrerebbe potersi esprimere, alla luce dell'orientamento espresso dalla recentissima pronuncia di merito esaminata, sembrerebbe essere quasi paradossale: la tutela esclusivamente economica troverebbe applicazione - secondo l'argomentazione ermeneutica dell'ordinanza del Tribunale di Bologna - esclusivamente nei casi di licenziamento legittimo, ovverosia allorquando si accerti la sussistenza del comportamento nella sua complessità oggettiva e soggettiva, tanto sotto il profilo materiale quanto sotto quello soggettivo, unitamente alla rilevanza della condotta stessa.

Un'attenzione particolarmente vigile dovrà allora necessariamente essere focalizzata sulle prossime pronunce in materia, al fine di registrare la uniformità o difformità di approcci ermeneutici rispetto all'orientamento recentemente assunto dal Tribunale di Bologna. Il contesto italiano di relazioni industriali, improntato ad una concezione del lavoratore inteso quale "parte debole" del rapporto di lavoro, lascia pensare che l'area della tutela esclusivamente economica sarà notevolmente compressa, a favore di una maggiore predisposizione alla reintegrazione del lavoratore (11).

**Tribunale di Bologna, Sez. lavoro, ordinanza 15 ottobre 2012 - Giud. M. Marchesini.**

(...)

Il Tribunale di Bologna in funzione di Giudice del Lavoro, a scioglimento della riserva, osserva quanto segue.

Il fatto storico che ha dato luogo al licenziamento di (...) da parte di (...) srl, è documentale ed incontestato tra le parti.

Nello specifico è accaduto che in data 13 luglio 2012, (...) superiore gerarchico diretto del ricorrente ha inviato al medesimo ricorrente, un'e-mail interna avente il seguente contenuto: "Per favore controlla questi disegni, hanno modificato di nuovo i disegni (alcune cose). Tolleranze sono state modificate. Per favore fare misurare sulla base di questi ultimi disegni allegati. Buttare via i disegni che avevamo chiesto ieri".

In data 17 luglio 2012, (...) ha risposto con la seguente e-mail: "Confido per martedì 24 luglio 2012 di avere i rilievi con le tempistiche di modifica dei programmi".

Nello stesso giorno, (...) rispondeva alla predetta e-mail con la seguente e-mail: "Non devi confidare. Devi avere pianificato l'attività, quindi se hai dato come data il 24 luglio, deve essere quella la data di consegna dei dati. Altrimenti indichi una data diversa, che non è confidente ma certa, per favore".

---

(11) R. PESSI, *Intervista ad Adnkronos Labitalia* ("Pessi, dubbi di costituzionalità su disciplina per licenziamenti economici"), 21 marzo 2012.

Nella stessa data, (...) rispondeva all'e-mail di (...), con la seguente e-mail: "Parlare di pianificazione nel Gruppo (...), è come parlare di psicologia con un maiale, nessuno ha il minimo sentore di cosa voglia dire pianificare una minima attività in questa azienda. Pertanto, se Dio vorrà, per martedì 24 luglio 2012, avrai tutto quello che ti serve".

Questo è il fatto storico che ha dato luogo al licenziamento del ricorrente, sulla base di un'asserita giusta causa di licenziamento, in relazione al contenuto offensivo dell'ultima e-mail dello stesso ricorrente.

Ciò posto osserva il Tribunale che la qualificazione e la valutazione di tale fatto, come di qualunque fatto storico, richiede la contestualizzazione del fatto medesimo e la sua collocazione nel tempo, nello spazio, nella situazione psicologica dei soggetti operanti, nonché nella sequenza degli avvenimenti e nelle condotte degli altri soggetti che hanno avuto un ruolo nel fatto storico in esame e nelle condotte antefatte e nelle condotte post factum dei protagonisti. Ciò posto osserva il Tribunale che da una serena e complessiva valutazione del fatto storico che ha dato luogo al presente procedimento, emerge con evidenza la modestia dell'episodio in questione, la sua scarsa rilevanza offensiva, ed il suo modestissimo peso disciplinare.

Infatti, in primo luogo, (...) lavora in azienda dal luglio 2007 con qualifica di impiegato e mansioni di Responsabile del reparto qualità, e non ha mai avuto precedenti richiami disciplinari, neppure minimi.

In secondo luogo, la frase incriminata "è come parlare di psicologia con un maiale", non è stata pronunciata a freddo, in maniera pensata e deliberata, nell'ambito di un'aggressione verbale preordinata e finalizzata a ledere il prestigio aziendale, bensì è stata pronunciata, in un evidente momento di disagio conseguente da una parte allo stress lavorativo che emerge dallo scambio epistolare, da cui si evince che il lavoratore era sotto pressione per le scadenze lavorative in essere.

È poi stata pronunciata a fronte e nell'immediatezza di un' e-mail del superiore gerarchico il cui contenuto è palesemente ed inutilmente denigratorio e contenutisticamente offensivo della professionalità del soggetto cui era diretta, ossia dello stesso (...).

Infatti se si esamina il tono ed il contenuto della e-mail di (...), che qui si riporta: "Non devi confidare. Devi avere pianificato l'attività, quindi se hai dato come data il 24 luglio, deve essere quella la data di consegna dei dati. Altrimenti indichi una data diversa, che non è confidente ma certa, per favore", emerge con evidenza il contenuto implicitamente ed inutilmente denigratorio ed offensivo, ed il tono che è palesemente di aggressivo rimprovero e dispregiativo, e riflette a sua volta, con ogni probabilità, quello che era in quel momento, uno stato di tensione e stress lavorativo dello stesso (...), a sua volta sotto pressione per le incombenze legate all'attività di certificazione che era in essere, con scadenze ravvicinate ed assillanti.

A ciò si aggiunge, quale ulteriore elemento valutativo dell'atteggiamento psicologico del ricorrente, che lo stesso ricorrente, nell'immediatezza del fatto, con lettera del 24 luglio 2012, ha dato atto dell'inopportunità della propria affermazione, ne ha spiegato la genesi, riconducendola ad un momento di stress lavorativo, ed ha posto le scuse del predetto comportamento. Ne consegue, sotto il profilo della valutazione di gravità del comportamento addebitato al ricorrente, che lo stesso non è idoneo ad integrare il concetto di giusta causa di licenziamento ex art. 2119.

Da tale valutazione inerente la gravità del fatto come sopra ricostruito, discende un'importante conseguenza, relativa alla disciplina applicabile.

Infatti, la recente riforma dell'art. 18 della L. n. 300 del 1970, ha modificato la predetta norma, ed ha delineato nel comma 4, le fattispecie di licenziamento disciplinare con reintegra, distin-



guendole dalle fattispecie di licenziamento disciplinare senza reintegra, disciplinate dal successivo comma 5 della stessa norma. Nello specifico, l'art. 18 comma 4 della L. n. 300 del 1970, come novellato, prevede che il Giudice dispone la reintegra del lavoratore, nelle ipotesi in cui non ricorrano gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, allorché ricorra un'ipotesi di insussistenza del fatto contestato, o qualora il fatto rientri tra le condotte punibili con una sanzione conservativa, secondo le previsioni dei contratti collettivi e dei codici disciplinari applicabili.

Nel caso in esame, osserva il Tribunale che ricorrono entrambe le fattispecie previste dalla norma in questione.

Infatti, per quanto riguarda la fattispecie inerente la c.d. "insussistenza del fatto contestato", osserva il Tribunale che la norma in questione, parlando di fatto, fa necessariamente riferimento al c.d. Fatto Giuridico, inteso come il fatto globalmente accertato, nell'unicum della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l'elemento soggettivo.

Né può ritenersi che l'espressione "insussistenza del fatto contestato", utilizzata dal legislatore facesse riferimento al solo fatto materiale, posto che tale interpretazione sarebbe palesemente in violazione dei principi generali dell'ordinamento civilistico, relativi alla diligenza ed alla buona fede nell'esecuzione del rapporto lavorativo, posto che potrebbe giungere a ritenere applicabile la sanzione del licenziamento indennizzato, anche a comportamenti esistenti sotto l'aspetto materiale ed oggettivo, ma privi dell'elemento psicologico, o addirittura privi dell'elemento della coscienza volontà dell'azione.

Per quanto riguarda poi la fattispecie inerente l'ipotesi che "il fatto rientri tra le condotte punibili con una sanzione conservativa, secondo le previsioni dei contratti collettivi e dei codici disciplinari applicabili, osserva il Tribunale che l'art. 9 Sez. 4. Titolo 7 C.C.N.L. Metalmeccanici 2008, applicabile al rapporto di lavoro in questione, prevede espressamente solo sanzioni conservative, nella diversa gradazione ivi contemplata, per la fattispecie della c.d. "lieve insubordinazione nei confronti dei superiori", previsioni in cui rientra palesemente, per le ragioni sopra esposte, il fatto commesso dal ricorrente.

Per tali motivi deve essere disposta la reintegra del ricorrente, nel posto di lavoro e nelle mansioni, o in mansioni equivalenti, ed il risarcimento del danno, in misura pari alle retribuzioni mensili globali di fatto dovute e non corrisposte, dal giorno del licenziamento al giorno della reintegra, con interessi legali e rivalutazione monetaria secondo indici Istat, dalla mora al saldo.

Le spese processuali seguono la soccombenza e vengono liquidate in Euro 2.000,00 oltre Iva e cpa.

P.Q.M.

Il Giudice del Tribunale di Bologna in funzione di Giudice del Lavoro, dichiara l'illegittimità del licenziamento intimato da (...) srl a (...), in data 30 luglio 2012, ed ordina ad (...) srl la reintegra di (...), nel posto di lavoro e nelle mansioni, o in mansioni equivalenti.

Condanna (...) srl al risarcimento del danno a favore di (...), liquidato in misura pari alle retribuzioni mensili globali di fatto dovute, dal giorno del licenziamento a quello di reintegra, dedotto l'aliunde perceptum, oltre alla regolarizzazione contributiva, con interessi legali e rivalutazione monetaria secondo indici Istat, dalla mora al saldo.

Condanna (...) srl alla rifusione delle spese processuali a favore del ricorrente, liquidate in Euro 2,000,00 oltre Iva e cpa, con distrazione ai Procuratori Antistatari.

## Licenziamento: Legge Fornero e pubblici dipendenti

(e.mail a Tribunale Perugia, ordinanza 10 novembre 2012)

**Ugo Adorno\***

«Da: Ugo Adorno [mailto:ugo.adorno@avvocaturastato.it]

Inviato: ven 30/11/2012 12.40

A: Avvocati\_tutti

Oggetto: Licenziamento: Legge fornero e pubblici dipendenti

Con l'allegata ordinanza del 10 novembre u.s., il Tribunale del lavoro di Perugia si è pronunciato (in senso positivo) sulla questione dell'applicabilità della disciplina sostanziale (art. 18 St. lav.) e processuale della legge Fornero ai dipendenti pubblici, sia pure dichiaratamente nei limiti della cognizione sommaria propria della fase cautelare. Si afferma infatti che *“il rinvio allo statuto dei lavoratori, per quel che interessa in materia di licenziamento, è operato, infatti, con l'utilizzo della tecnica del rinvio mobile, che recepisce il contenuto di norme collocate in altre fonti adeguandosi automaticamente all'evoluzione delle medesime, dal che consegue l'applicazione del nuovo art. 18 St. lav. (e del rito speciale che detto articolo richiama) anche al pubblico impiego privatizzato”*.

Dal che ne è derivata la necessaria applicazione del rito celere ex art. 47 legge Fornero.

Il Tribunale ha ritenuto anche l'ammissibilità del 700 come rimedio cautelare atipico, in mancanza di altri mezzi per fare valere l'urgenza, pur nell'ambito di un *“processo di merito incanalato su una corsa veloce”*. L'ordinanza è criticabile, sul punto, posto che il rimedio ex art. 700 c.p.c. ha carattere residuale, e che la residualità non opera solo limitatamente ai provvedimenti cautelari disciplinati dal codice di procedura, ma anche in relazione a quelli contemplati nel codice civile o in leggi speciali, a quelli c.d. endo-processuali, alle tutele speciali non cautelari, etc. In applicazione dello stesso principio, allora, anche nel presente caso, il rimedio ex art. 700 c.p.c. doveva essere dichiarato inammissibile, risultando l'impugnazione del licenziamento compiutamente disciplinata dall'art. 1, L. 92/2012, co. 48 ss., con specifica previsione di una fase sommaria d'urgenza tesa a soddisfare le medesime esigenze cui risulta preordinato lo strumento della tutela atipica.

In ogni caso, l'ordinanza, proprio nel prevedere l'ammissibilità di una fase cautelare atipica riguardante un giudizio che beneficia di per sé di un

---

(\*) Avvocato dello Stato.

rito celere ha riconosciuto un peso preponderante alla valutazione del *periculum in mora* che deve essere oggetto di una allegazione rigorosissima (nel caso di specie assente).

Da quanto risulta, la pronuncia sembra essere la prima in materia di pubblico impiego, ...

Buon lavoro a tutti

UA »

**Tribunale di Perugia, Sez. lavoro, ordinanza 10 novembre 2012 - Giud. M. Medoro.**

(...)

R.S. si è rivolto a questo Tribunale per ottenere, in via interinale ed urgente, previa declaratoria di illegittimità del licenziamento intimatogli in data 29 agosto 2012 dal Ministero dell'Istruzione (d'ora in poi, MIUR), alle dipendenze del quale presta servizio dal 2007 in qualità di collaboratore scolastico, la reintegrazione nel posto di lavoro.

Il MIUR e l'Ufficio scolastico regionale si sono costituiti in giudizio sostenendo, in via preliminare l'inammissibilità del ricorso alla tutela cautelare atipica per difetto del requisito di residualità in ragione dell'entrata in vigore del rito speciale accelerato previsto dalla legge 92/2012 e contestando il fondamento delle numerose censure, formali e sostanziali, di legittimità del recesso intimato in tronco (...) a seguito della sentenza con cui questo Ufficio, ai sensi dell'art. 444 c.p.p., aveva applicato al medesimo, con il beneficio della sospensione condizionale, la pena di mesi 10 di reclusione e di 2.000,00 e di multa per i reati p. e p. dagli artt. 81, cpv., 600 *quater*, secondo comma e 600 *ter*, terzo e quinto comma, c.p.

Il ricorso deve ritenersi ammissibile, ma va respinto per l'assorbente difetto dell'imprescindibile requisito del *periculum in mora* per le considerazioni dappresso brevemente indicate.

La legge n. 92 del 28 giugno 2012 "*Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*", ha modificato profondamente, tra l'altro, la disciplina dei licenziamenti del personale delle aziende con più di 15 dipendenti, ristrutturando, in particolare - a precetti sostanzialmente invariati - la disciplina delle sanzioni applicabili, confinando in uno spazio tendenzialmente residuale (o quantomeno tale sembra essere l'intenzione del legislatore in senso soggettivo) la tutela in forma specifica costituita dalla reintegra nel posto di lavoro. A completamento di un complesso disegno di cui fanno parte anche interventi di modifica del sistema degli ammortizzatori sociali e una nuova regolamentazione di alcune figure contrattuali (lavoro subordinate a termine, lavoro a progetto, associazione in partecipazione) tesa a ridurre la c.d. flessibilità in entrata nel mercato del lavoro, l'art. 1, commi 47 e ss. ha introdotto un rito speciale accelerato, costituito da una fase a cognizione sommaria e da una eventuale fase successiva a cognizione piena per decidere le controversie in tema di impugnazione dei licenziamenti ai sensi dell'art. 18 St. lav.

A monte, i commi 7 e 8 dello stesso art. 1, con una formulazione piuttosto anodina, si sono posti il problema dell'applicazione della riforma nel suo complesso ai rapporti di pubblico impiego, stabilendo che "*7. Le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto*

*legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, in coerenza con quanto disposto dall'articolo 2, comma 2, del medesimo decreto legislativo. Restano ferme le previsioni di cui all'articolo 3 del medesimo decreto legislativo. 8. Al fine dell'applicazione del comma 7 il Ministero per la pubblica amministrazione e la semplificazione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche".* Tale enunciazione di principio, con le cautele imposte dalla cognizione sommaria che caratterizza la sede e peraltro da una prima lettura che vede già confrontarsi posizioni molto diverse in dottrina, manifesta l'intento (in contraddizione con la tendenza sviluppata sin dalla legge-delega 421/1992 ma in sintonia con l'assetto attuale di molti aspetti della relazione lavorativa pubblica) di approvare un corpo di norme speciali per la disciplina dei rapporti di pubblico impiego c.d. privatizzato pur nell'ottica di recepire i principi-cardine della novella attraverso un confronto con le OO.SS. Si pone, - dunque il problema - nelle more dell'approvazione di questa ulteriore novella di individuare i parametri sostanziali e processuali di riferimento per la regolamentazione delle vicende che cadono, a partire dal 18 luglio 2012, sotto l'impero dell'attuale legislazione.

Sulla base di queste premesse, ritiene lo scrivente che, allo stato, non possa negarsi l'applicazione ai rapporti di lavoro pubblico della disciplina attualmente vigente in materia di licenziamenti dal punto di vista sia sostanziale che processuale. Depone in tal senso l'art. 51 del d.lgs. 165/2001 (T.U.P.I.) che stabilisce che *"Il rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche è disciplinato secondo le disposizioni degli articoli 2, commi 2 e 3, e 3, comma 1. La legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni, si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti"*.

Il rinvio allo statuto dei lavoratori, per quel che interessa in materia di licenziamento, è operato, infatti, con l'utilizzo della tecnica del rinvio mobile che recepisce il contenuto di norme collocate in altre fonti adeguandosi automaticamente all'evoluzione delle medesime, dal che consegue l'applicazione del nuovo art. 18 St. lav. (e del rito speciale che il predetto articolo richiama) anche al pubblico impiego privatizzato. La tesi opposta, propugnata da una parte della dottrina, poggia sull'assunto - non secondario dell'intenzione sopra lumeggiata di dettare norme speciali in materia, ma non spiega come sia possibile, a fronte di una lettera così chiara che la riforma non ha corretto né intaccato, dettando disposizioni transitorie, considerare il rinvio di tipo recettizio e, per l'effetto, porre a base delle decisioni sui licenziamenti pubblici il vecchio art. 18 St. lav. abrogato dalla legge 92/12, determinandone una sopravvivenza a tempo indeterminato che la norma sopra riportata e la carenza di una espressa salvezza delle disposizioni precedenti paiono inequivocabilmente escludere.

La legittimità del licenziamento oggetto di causa, intimato il 29 agosto 2012 nella piena vigenza della riforma dovrà, dunque, essere vagliata alla luce del nuovo art. 18 St. lav. e la presente controversia, nella fase di merito, andrà trattata con il rito speciale imposto dall'art. 1, commi 47 e ss. della legge 92/2012 a tutela dell'interesse di entrambe le parti alla celere definizione del giudizio. Detto rito, infatti, a differenza di quello - disegnato dagli artt. 702 - bis e ss. c.p.c. non ha carattere opzionale e non è, perciò, a disposizione della parte che, sull'assunto di una prognosi di sommarietà dell'istruttoria, abbia interesse a velocizzare la causa, ma è funzionale all'interesse pubblico ad una risposta rapida che la Giustizia deve dare in ordine alla prosecuzione del rapporto.

Dalle considerazioni che precedono discende che il presente ricorso d'urgenza formalmente

ammissibile giacché il rito celere-sommario, non presupponendo il vaglio del *periculum in mora* ed essendo preordinato alla formazione di un giudicato, è una *species* del rito ordinario del lavoro e non può quindi considerarsi sostitutivo della tutela cautelare. Deve, quindi, convenirsi con la difesa del ricorrente che, nel caso in esame, non difetta la residualità del mezzo che la tutela cautelare atipica dell'art. 700 c.p.c. richiede giacché non esistono altri strumenti omogenei preordinati ad assicurare l'anticipazione, interinale ed urgente, della reintegrazione pretendibile in sede di merito attraverso il rito speciale.

Cionondimeno, della tutela cautelare, come prima e più di prima essendo il processo di merito incanalato su una corsia veloce, devono sussistere tutti i presupposti, a partire da quello più qualificante costituito proprio dal pericolo imminente ed attuale di un pregiudizio grave ed irreparabile che potrebbe rendere inutile la sentenza emessa al termine del giudizio di merito. Nel caso in esame, di contro, il R. invoca la reintegrazione non articolando alcuna deduzione atta ad illuminarne l'urgenza, limitandosi a richiamare l'orientamento giurisprudenziale che associa alla perdita del posto di lavoro un *periculum in re ipsa*. Sul punto va osservato che la giurisprudenza di questo Tribunale, in armonia con il maggioritario orientamento del Giudici di merito, ha costantemente sancito che anche nel caso di perdita del posto di lavoro, chi ricorre all'A.G.O. deve allegare ed offrire la prova dell'esistenza di circostanze atte a dimostrare che il tempo necessario per il tramite del rito ordinario (ma ora attraverso il rito veloce) a riallacciare il rapporto è in grado di procurare conseguenze irreparabili a chi lo invoca. Ciò significa, nella più semplice delle ipotesi, che il ricorrente deve quantomeno offrire un quadro completo della propria situazione patrimoniale e così dimostrare l'urgenza della reintegrazione adducendo che non dispone di fonti di reddito alternative al posto di lavoro che ha perduto sufficienti a garantire il mantenimento proprio e della propria famiglia.

Nel caso in esame, l'assoluta carenza di allegazioni e produzioni documentali sul punto non può che fare deporre in direzione della mancanza del requisito dell'urgenza che, peraltro, doveva essere argomentato tenendo conto che non è più possibile poggiare sull'assunto dei tempi lunghi di un processo strutturato per essere rapido e deformalizzato. Nulla sposta il precedente giurisprudenziale di questo Ufficio, risalente peraltro ad oltre sei anni fa, nel quale, a differenza di quanto ipotizzato dalla difesa del ricorrente, si argomentava della sussistenza dell'urgenza anche in base ad un compendio fattuale attinente la situazione patrimoniale del lavoratore e della sua famiglia di cui nel caso che ci occupa non v'è traccia. Del resto, solo una qualificata urgenza, tale cioè da non potete attendere neppure i ristretti termini di emissione dell'ordinanza prevista dall'art. 1, comma 51, della legge 92/2012 potrebbe giustificare - *unicum* nel nostro ordinamento - l'apposizione del primo tassello di un giudizio potenzialmente composto da una concatenazione di ben sei distinte fasi processuali di cui tre a cognizione sommaria (700, reclamo al Collegio, fase sommaria del giudizio celere, opposizione a cognizione piena, reclamo alla Corte d'Appello, giudizio di legittimità dinanzi alla S.C.).

Il ricorso cautelare va, dunque, rigettato, assorbita ogni considerazione sul *fumus boni juris*, per difetto di *periculum in mora*.

Non può accedersi, da ultimo, alla richiesta subordinata avanzata dal R. nel verbale di udienza del 9 ottobre 2012 di trattare il procedimento "direttamente" con il rito Fornero: a ciò osta, all'evidenza, sia il conflitto logico con la sopra argomentata ammissibilità della tutela cautelare richiesta proprio dal ricorrente sia l'impossibilità di applicare in via analogica in questo caso le disposizioni sul mutamento di rito (artt. 426-427 c.p.c. e 4 d.lgs. 150/2011) che sono dettate allo scopo di consentire la correzione dell'errore di impostazione dell'azione di *merito* tesa ad ottenere la definizione di una controversia con la formazione di un giudicato e non ad ot-

tenere un'improponibile osmosi tra forme di tutela (cautelare e di merito) strutturalmente differenti.

Le considerazioni sopra esposte determinano la reiezione del ricorso. L'assoluta peculiarità "cronologica" della fattispecie, tra i primi casi verificatisi in un contesto di grande incertezza dal punto di vista normativo sostanziale e processuale, costituisce una ragione grave ed eccezionale, ai sensi dell'attuale art. 92 c.p.c. per dichiarare integralmente compensate tra le parti le spese della presente fase.

PQM

Visti gli artt. 669 *bis* e seguenti e 700 c.p.c.;

- respinge il ricorso;
- compensa le spese.

Si comunichi.

Perugia, 9 novembre 2012

## **Art. 143, comma 11, T.U.E.L.** **Un breve appunto e una sentenza di conferma**

*(TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, sent. 15 ottobre 2012, n. 2005)*

«L'art. 143 T.U.E.L., come novellato dall'art. 2, comma 30, della legge 15 luglio 2009, n. 94, prevede che *“Fatta salva ogni altra misura interdittiva ed accessoria eventualmente prevista, gli amministratori responsabili delle condotte che hanno dato causa allo scioglimento di cui al presente articolo non possono essere candidati alle elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali, che si svolgono nella regione nel cui territorio si trova l'ente interessato dallo scioglimento, limitatamente al primo turno elettorale successivo allo scioglimento stesso, qualora la loro incandidabilità sia dichiarata con provvedimento definitivo. Ai fini della dichiarazione d'incandidabilità il Ministro dell'interno invia senza ritardo la proposta di scioglimento di cui al comma 4 al tribunale competente per territorio, che valuta la sussistenza degli elementi di cui al comma 1 con riferimento agli amministratori indicati nella proposta stessa. Si applicano, in quanto compatibili, le procedure di cui al libro IV, titolo II, capo VI, del codice di procedura civile”*.

La giurisprudenza, formatasi nel breve arco temporale di vigenza della prefata disposizione, ha evidenziato che l'ipotesi di incandidabilità disciplinata all'art. 143, comma 11, T.U.E.L. presenta *“presupposti, funzione ed effetti non assimilabili a quelli di cui all'ipotesi contemplata dall'art. 58 del medesimo T.U.E.L.”* (cfr. provvedimento del Tribunale di Reggio Calabria del 14 marzo 2011); più in particolare, la giurisprudenza ha osservato che mentre l'incandidabilità di cui all'art. 58 del T.U.E.L. consegue automaticamente al verificarsi dei presupposti enucleati dalla legge (sentenza di condanna definitiva per determinati delitti, applicazione di misure di prevenzione con provvedimento definitivo) e limita considerevolmente il diritto di elettorato passivo in quanto opera senza limiti di tempo ed è esclusa solo se è concessa la riabilitazione ai sensi dell'art. 178 c.p., l'incandidabilità di cui all'art. 143, comma 11, T.U.E.L. *“deve essere dichiarata con un provvedimento definitivo di carattere giurisdizionale”*, è limitata, sotto il profilo temporale, al primo turno elettorale successivo allo scioglimento e, da un punto di vista spaziale, alle elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali relative al territorio regionale in cui si trova l'ente locale il cui consiglio sia stato attinto dal provvedimento dissolutivo, ed è infine correlata non alla condanna definitiva per specifici titoli di reato (ovvero alla applicazione, sempre con provvedimento definitivo, di misure di prevenzione) *“bensì a condotte, in ipotesi non contestate in sede penale, che abbiano dato causa allo scioglimento del consiglio dell'ente locale”* (cfr. provvedimento del Tribunale di Reggio Calabria, sopra menzionato).

Alla luce di quanto sopra, ben si comprende il motivo per il quale il legisla-

tore ha previsto che l'incandidabilità di cui all'art. 143, comma 11, del T.U.E.L. debba essere dichiarata con provvedimento definitivo di carattere giurisdizionale.

Occorre, a questo punto, stabilire quando il provvedimento di cui sopra diventi definitivo e, conseguentemente, a quali e quanti mezzi di impugnazione sia assoggettabile il provvedimento reso dal Tribunale.

L'art. 143, comma 11, del T.U.E.L. prevede che al relativo giudizio si "*applicano, in quanto compatibili, le procedure di cui al libro IV, titolo II, capo VI, del codice di procedura civile*"; vengono, pertanto, in rilievo gli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile.

Di particolare interesse, risultano, ai fini che ci occupano, le disposizioni di cui all'art. 739 c.p.c. secondo le quali "*... Contro i decreti pronunciati dal tribunale in camera di consiglio in primo grado si può proporre reclamo con ricorso alla Corte d'appello, che pronuncia anch'essa in camera di consiglio. Il reclamo deve essere proposto nel termine perentorio di dieci giorni dalla comunicazione del decreto se è dato in confronto di una sola parte, o dalla notificazione se è dato in confronto di più parti. Salvo che la legge disponga altrimenti, non è ammesso reclamo contro i decreti della Corte d'appello...*".

In forza delle predette previsioni, sembrerebbe doversi concludere che il provvedimento del Tribunale, che dichiara l'incandidabilità di un soggetto ai sensi dell'art. 143, comma 11, del T.U.E.L., diventi definitivo in caso di mancata proposizione del reclamo nel termine perentorio di dieci giorni dalla notificazione dello stesso ovvero quando il provvedimento di primo grado (come nel caso che ci occupa) sia stato confermato dalla Corte di Appello adita in sede di reclamo.

Trattasi di conclusione che non può, tuttavia, ritenersi corretta per le ragioni che seguono.

La Corte di Cassazione ha, in diverse occasioni, affermato l'ammissibilità del ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost., avverso quei provvedimenti, relativi a diritti soggettivi ed a *status*, che siano stati emessi all'esito di una procedura contenziosa in camera di consiglio (cfr., tra le altre, Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza del 18 novembre 2008, n. 28873 relativa al giudizio avente ad oggetto il riconoscimento dello *status* di apolide; Corte di Cassazione, sentenze 20 dicembre 2007 n. 26822, 15 gennaio 2007 n. 747, relative allo *status* di rifugiato politico ed ai provvedimenti che lo riconoscono).

La predetta ricorribilità in Cassazione è stata, invece, esclusa con riferimento a provvedimenti di volontaria giurisdizione, emessi cioè in procedimenti non contenziosi (cfr., tra le altre, Corte di Cassazione, sentenze 5 febbraio 2008 n. 2576, 4 novembre 2003 n. 16568, 7 maggio 1998 n. 4614).

Orbene, non è revocabile in dubbio che il provvedimento giurisdizionale, con il quale venga dichiarata l'incandidabilità di un soggetto ai sensi dell'art. 143, comma 11, del T.U.E.L., abbia natura decisoria, incida su interessi di rango costituzionale (il diritto di elettorato passivo, da un lato, e l'interesse al



buon andamento della Pubblica Amministrazione, dall'altro) e sia emesso all'esito di una procedura contenziosa, sebbene svolta nelle forme dei procedimenti in camera di consiglio.

Quanto al primo profilo, la natura decisoria del provvedimento in argomento trova conferma nelle motivazioni del provvedimento reso dalla Corte di Appello di Palermo in data odierna; alle pagine 3 e 4, infatti, il Giudice di appello palermitano richiama espressamente la giurisprudenza di legittimità che ritiene compatibili le regole del rito camerale con provvedimenti *“che presuppongono una fase contenziosa e sfociano in un provvedimento di natura decisoria”*.

Quanto, poi, al terzo profilo (non abbisognando il secondo di ulteriori considerazioni), giova osservare, proprio con riferimento al giudizio che ha riguardato l'On.le (...), che sia il Tribunale di Marsala che la Corte di Appello di Palermo hanno riconosciuto inequivocabilmente la natura contenziosa del procedimento, assicurando il più ampio contraddittorio tra le parti con la concessione, all'uopo, di seppure brevi differimenti dello svolgimento dell'udienza camerale ai fini del deposito di memorie e repliche scritte.

Per completezza, si evidenzia che non potrebbe pervenirsi a diversa conclusione facendo leva sulla previsione di cui all'art. 741 c.p.c. a tenore del quale *“I decreti acquistano efficacia quando sono decorsi i termini di cui agli articoli precedenti senza che sia stato proposto reclamo”*.

Non bisogna, infatti, confondere l'efficacia ovvero l'esecutorietà di un provvedimento giurisdizionale con la definitività dello stesso.

A quest'ultimo proposito, giova richiamare quanto concordemente affermato dall'Avvocatura Generale dello Stato e dal Consiglio di Stato - Sezione I Consultiva, in ordine al quesito, posto dal Ministero dell'Interno, circa la possibilità di procedere allo scioglimento del consiglio comunale ai sensi dell'art. 141, comma 1, lett. B, n. 1, e comma 3, del T.U.E.L., subito dopo la sentenza con la quale la Corte di Appello abbia dichiarato l'incandidabilità del sindaco, senza attendere la pronuncia definitiva della Corte di Cassazione.

In merito, entrambi gli Organi consultivi hanno ritenuto che *“non possa sostenersi l'equiparabilità della “esecutorietà” della sentenza di accertamento di una condizione di incandidabilità alla “definitività” della decisione”*, evidenziando che *“solo la sentenza passata in giudicato o la sentenza di ultima istanza determina un accertamento irretrattabile, mentre tale non è la sentenza (ancorchè esecutiva) soggetta a ricorso ad una istanza giurisdizionale superiore”* (cfr. Avvocatura Generale dello Stato, parere del 19 febbraio 2002, prot. n. 15967/57 e Consiglio di Stato, Sez. I, parere n. 1392/02 del 22 maggio 2002).

Si resta a disposizione per ogni ulteriore chiarimento.

Roma, 4 maggio 2012

Maurizio Borgo »

**Tar Sicilia, Palermo, Sezione Seconda, sentenza del 15 ottobre 2012 n. 2005 - Pres. Giamportone, Est. Cavallo.**

(...)

1. Nei giorni 6 e 7 maggio 2012 si è svolta la competizione elettorale per il rinnovo del Sindaco e del Consiglio Comunale di Cefalù, che ha visto vincitore il sig. R.L. con 3325 voti validi. Tra i candidati per il posto di primo cittadino concorrevano anche, tra gli altri, E.C., odierno ricorrente e secondo classificato con 2190 voti validi, e V.S., già Sindaco del Comune siciliano di Salemi, che ha ottenuto 1621 voti.

2. Il prof. C., unitamente al candidato al consiglio comunale G.S., in data 14 giugno 2012 ha depositato presso questo Tribunale Amministrativo Regionale un ricorso ai sensi dell'art. 130 c.p.a., chiedendo la declaratoria di nullità delle operazioni elettorali e l'annullamento di tutti gli atti del relativo procedimento, nonché la rinnovazione delle operazioni elettorali e quindi, in finale, la ripetizione delle elezioni.

Il motivo posto a fondamento della suddetta richiesta risiede nella pretesa alterazione delle operazioni elettorali, e quindi, da ultimo, del risultato finale, a causa della partecipazione del prof. V.S. alla competizione elettorale.

Sostengono infatti i ricorrenti che S. non avrebbe potuto partecipare alla tornata elettorale, in quanto dichiarato incandidabile ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 143, comma 11, del D.Lgs. n. 267 del 2000 (Testo Unico degli Enti Locali - T.U.E.L.), per ragioni connesse alla sua precedente qualità di sindaco del Comune di Salemi, il cui consiglio comunale, con D.P.R. del 30 marzo 2012, è stato sciolto per infiltrazioni mafiose.

Ed allora, a detta del C., stante il chiaro tenore della disposizione sopra citata, che vieta la partecipazione - nel territorio regionale interessato - al primo turno elettorale successivo allo scioglimento del consiglio comunale *qualora l'incandidabilità sia dichiarata con provvedimento definitivo*, S. non avrebbe sicuramente potuto prender parte alla competizione elettorale, posto che il Tribunale di Marsala, con Provv. del 20 aprile 2012, lo ha dichiarato "incandidabile" per le prime elezioni siciliane successive al decreto di scioglimento del Comune di Salemi (quindi, anche per quelle in corso a Cefalù), e che tale provvedimento è stato confermato con decreto della I Sezione della Corte di Appello di Palermo del 3 maggio 2012.

I ricorrenti sostengono che il provvedimento della Corte d'Appello sia definitivo, per il combinato disposto degli artt. 739 e 741 c.p.c., ossia della normativa processuale applicabile al giudizio per la declaratoria di incandidabilità; di conseguenza, S. non avrebbe potuto prender parte alle elezioni, che avrebbero dovuto essere rinviate per cause di forza maggiore ex art. 8, comma 4, del D.P. reg. n. 3/1960, come pure chiesto dalla Prefettura di Palermo all'Assessorato Regionale delle Autonomie Locali e della Funzione Pubblica, responsabile delle elezioni, che invece non aveva accolto tale richiesta.

A detta dei ricorrenti il solo fatto della presenza del nominativo dell'incandidabile V.S. nei manifesti ma soprattutto nelle schede elettorali, avrebbe alterato senza rimedio la competizione elettorale, in quanto i cittadini di Cefalù avrebbero potuto votare, come in effetti hanno fatto in una cospicua percentuale (circa il 16% dei voti espressi), per un soggetto dichiarato non candidabile prima dello svolgimento delle elezioni, e questo senza che la maggior parte di loro fosse debitamente informata della circostanza.

Il voto espresso per S., pertanto, sarebbe nullo *ab origine*, in quanto una parte dei cittadini di Cefalù sarebbe stata indotta a votare per un soggetto il cui nome era stampigliato sulla scheda come candidato Sindaco, ma che al momento dello svolgimento delle elezioni non aveva la capacità soggettiva per farlo.

Chi è incandidabile, infatti, non può prendere parte fin dall'inizio della procedura alla competizione elettorale, come più volte ribadito dalla giurisprudenza, anche siciliana, richiamata diffusamente nel ricorso.

Non essendosi invece bloccate le elezioni, i voti poi andati a S. (ben 1621), nonché quelli attribuiti alle liste elettorali con lui collegate (che hanno ottenuto 3 seggi in consiglio comunale), sarebbero da considerare nulli, con evidente alterazione del risultato elettorale, tale da legittimarne l'annullamento e la conseguente ripetizione delle elezioni.

3. Con decreto presidenziale dell'8 giugno 2012, veniva fissata l'udienza per la discussione al 9 ottobre 2012 e ordinate le notifiche dello stesso alle parti resistenti e controinteressate.

4. Il 28 giugno 2012 si è costituito il Comune di Cefalù, chiedendo la conferma del risultato elettorale e dei provvedimenti impugnati.

4.1. In via preliminare, il Comune ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto di litisconsorzio necessario, a causa della mancata *vocatio in ius* del Ministero dell'Interno e della Prefettura, quest'ultima, in particolare, per esser titolare del potere di adottare misure interdittive dello svolgimento delle elezioni, ai sensi dell'art. 143 T.U.E.L.

4.2. In secondo luogo, ha prospettato l'infondatezza del ricorso sotto il profilo della inesistenza di un provvedimento definitivo di incandidabilità di V.S..

Tale non sarebbe, infatti, quello pronunciato dal Tribunale di Marsala il 20 aprile 2012, in quanto lo stesso era stato oggetto di reclamo, da parte di S., davanti alla Corte d'Appello, sicché le note dell'Assessorato che confermavano il prossimo svolgimento delle elezioni, impugnate anch'esse con il ricorso introduttivo, sarebbero da ritenersi perfettamente legittime.

Ma neppure il decreto della Corte d'Appello di Palermo, del 3 maggio 2012, avrebbe potuto considerarsi tale, posto che avverso lo stesso è possibile il ricorso straordinario in Cassazione ex art. 111 Cost., ricorso che, stando a quanto affermato dal Comune medesimo, è stato proposto dal prof. S., sia pur dopo le elezioni.

In ogni caso, a detta dell'ente resistente, il decreto della Corte d'Appello non sarebbe stato notificato o comunicato all'Assessorato regionale competente, e sarebbe, sotto questo profilo, privo di efficacia.

4.2.2. In subordine a tale prospettazione, il Comune ha chiesto la sospensione del processo ex art. 295 c.p.c., proprio per via della pendenza del ricorso in cassazione.

4.3. Infine, e solo per il caso di accoglimento della tesi dei ricorrenti sulla incandidabilità di V.S., la parte resistente ha lungamente articolato in ordine alla circoscrivibilità degli effetti di detta incandidabilità ai soli voti ottenuti da S. e dalla liste a lui collegate, senza che possa configurarsi alterazione alcuna del risultato elettorale finale e dei voti ottenuti dal sindaco eletto, R.L..

5. Con memoria depositata il 29 giugno 2012, si è costituita l'Avvocatura dello Stato di Palermo, eccependo, preliminarmente, il difetto di legittimazione passiva delle Amministrazioni intimiate, in quanto l'art. 130 c.p.a. e la giurisprudenza hanno dato risalto al criterio di imputazione sostanziale, e non formale, degli effetti della competizione elettorale, sicché le parti pubbliche (nella specie, Assessorato, Ufficio Centrale Elettorale e Commissione elettorale circoscrizionale) non avrebbero alcun ruolo e alcun interesse nella procedura conclusa, né, tantomeno, nel giudizio incardinato davanti al T.a.r.

5.1. Piuttosto, il ricorso sarebbe inammissibile in quanto non notificato all'unico vero controinteressato, della cui incandidabilità si sta trattando, ossia il prof. V.S..

5.2. Nel merito, la difesa erariale, dopo aver efficacemente ripilogato i fatti alla base dell'odierno giudizio, ha sostenuto la legittimità della decisione dell'Assessorato Regionale delle Autonomie Locali e della Funzione Pubblica di non sospendere o bloccare i comizi elettorali

in forza dell'art. 8 del D.P. Reg. n. 3 del 1960, che prevede a fondamento del rinvio solo " sopravvenute cause di forza maggiore".

Inoltre, esaminando il procedimento "atipico" di cui all'art. 143 T.U.E.L., l'Avvocatura ha evidenziato come decisiva, ai fini della decisione del giudizio, sia la valutazione sulla misura in cui i decreti del Tribunale di Marsala prima, e della Corte d'Appello poi, possano ritenersi idonei a confermare la dedotta non candidabilità del prof. S., ovvero se, sulla base di quelle due pronunce di merito, possa ritenersi definitivamente accertata l'esistenza di adeguati presupposti alla declaratoria di incandidabilità dello S. alle prime elezioni successive.

La circostanza che l'accertamento della Corte d'Appello riguardi uno *status* personale, collegato alla responsabilità delle condotte poste in essere come membri del disciolto consiglio comunale, renderebbe dunque ammissibile l'esistenza di un terzo grado di giudizio, e, di conseguenza, ricollegabile solo all'ultima pronuncia la connotazione di "definitività", ai sensi e per gli effetti di cui al comma 11 dell'art. 143 T.U.E.L.

In conclusione, alla data delle elezioni, S. - essendo ancora in termini per fare ricorso in Cassazione, successivamente presentato - non poteva considerarsi incandidabile in via definitiva.

6. Con memoria depositata il 30 giugno 2012, si è costituito il Sindaco eletto R.L., che ha anch'egli incentrato le proprie difese sulla non definitività del provvedimento della Corte d'Appello del 3 maggio 2012, che dichiarava S. incandidabile.

6.1. Ha altresì aggiunto che, alla data ultima fissata per la presentazione delle candidature (11 aprile 2012), il prof. S. era perfettamente candidabile, in quanto il decreto del Tribunale di Marsala interveniva solo il 20 aprile 2012, e quello della Corte d'Appello il 3 maggio successivo.

6.2. Infine, ha chiesto la declaratoria di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse in relazione alla impossibilità del travolgimento dell'intero risultato elettorale per la partecipazione di un soggetto incandidabile, e in relazione al mancato superamento della prova di resistenza, ed anche l'inammissibilità della domanda relativa alla rinnovazione delle operazioni elettorali a partire dal momento della asserita illegittima ammissione della candidatura di V.S..

7. Con memoria depositata il 21 settembre 2012, i ricorrenti hanno, preliminarmente, prospettato l'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità formulata dall'Avvocatura dello Stato circa la mancata notificazione del ricorso al candidato S..

Quest'ultimo, infatti, non avrebbe conseguito dall'accoglimento del ricorso alcun pregiudizio, non essendo beneficiario del provvedimento impugnato. Per questo motivo, egli non può ritenersi parte necessaria nel giudizio.

7.1. Pure l'eccezione di inammissibilità per mancata evocazione in giudizio della Prefettura e del Ministero dell'Interno è stata ritenuta infondata, anche in ragione del fatto che le funzioni di quest'ultimo sono svolte, in Sicilia, dall'Assessorato regionale delle Autonomie Locali e della Funzione Pubblica, debitamente citato.

7.2. In ordine al mancato superamento della prova di resistenza, i ricorrenti hanno evidenziato che l'azione di annullamento è proposta anche da G.S., in qualità di candidato al consiglio comunale ed elettore del Comune di Cefalù.

7.3. Nel merito, hanno prospettato l'infondatezza delle difese avversarie in ordine sia alla mancata tempestiva comunicazione del decreto della Corte d'Appello di Palermo (avvenuta il 5 maggio 2012), sia alla definitività del decreto della Corte d'Appello, quest'ultimo riferibile al rilievo della incandidabilità per la sola tornata elettorale del 6 e 7 maggio 2012, proprio quella interessata anche dalle elezioni per l'elezione del Sindaco di Cefalù.

D'altra parte, non avrebbe senso la previsione di un procedimento rapido per l'accertamento della incandidabilità se poi fosse possibile proporre ricorso per Cassazione avverso la decisione del

reclamo da parte della Corte d'Appello, considerando i tempi assai più lunghi di tale giudizio. In pratica, per la difesa dei ricorrenti, la rapidità del procedimento giurisdizionale contemplato dall'art. 143 comma 11 T.U.E.L. sarebbe posta a garanzia dell'interesse della collettività a non essere amministrata da soggetti rei di condotte che hanno dato causa allo scioglimento degli organi rappresentativi, e anche del soggetto colpito dalla declaratoria di incandidabilità, che vede rapidamente definita la propria situazione relativa all'esercizio del diritto di elettorato passivo. Tutto questo, invece, verrebbe vanificato accedendo alla tesi della non definitività del provvedimento camerale di secondo grado.

8. Con memoria depositata il 28 settembre 2012, L. ha replicato alle affermazioni avversarie circa la non ricorribilità in Cassazione del decreto della Corte d'Appello, in quanto i procedimenti camerali contenziosi, quale quello in oggetto, mirando alla soluzione di conflitti su diritti soggettivi, possono sfociare in provvedimenti che sono idonei al giudicato, e come tali impugnabili per Cassazione.

Non vi sarebbe dubbio, pertanto, che l'accertamento dell'esistenza del diritto all'elettorato passivo rientri nel novero di tali situazioni.

8.1. Con la stessa memoria, si è replicato alle ulteriori contestazioni dei ricorrenti in ordine alle prospettazioni circa l'inammissibilità del ricorso per mancato superamento della prova di resistenza e del difetto di interesse (cfr. *supra*, pt. 6.2.).

9. Alla udienza pubblica del 9 ottobre 2012, il Comune resistente ha depositato l'avviso di cancelleria della Prima Sezione Civile della Corte di Cassazione, relativo alla fissazione per il 14 novembre 2012 dell'udienza pubblica per la discussione del ricorso proposto da V.S. avverso il decreto della Corte d'Appello di Palermo.

10. Il collegio, sentiti tutti i difensori delle parti, ha trattenuto la causa per la decisione.

#### DIRITTO

1. Il Collegio prende in esame, preliminarmente, le eccezioni di rito e di merito presentate, a vario titolo, da tutte le parti resistenti costituite.

Si tratta, nell'ordine di esame ritenuto logico da parte del giudicante, i) dell'eccezione di difetto di legittimazione passiva delle Amministrazioni intime; ii) dell'inammissibilità del ricorso per mancata *vocatio in ius*, in qualità di parti necessarie del giudizio, del Ministero dell'Interno e della Prefettura nonché iii) del prof. V.S..

La dedotta inammissibilità del ricorso per difetto di interesse del ricorrente in relazione all'impossibilità del travolgimento del risultato elettorale, ed in relazione al mancato superamento della prova di resistenza (cfr. *supra* pt. 6.2.), essendo strettamente collegata alla decisione del ricorso nel merito e, di conseguenza, irrilevante in caso di rigetto dello stesso, pur afferendo ad una condizione dell'azione, verrà esaminata dal collegio solo in caso di accoglimento dell'impugnativa.

2. L'eccezione di difetto di legittimazione a resistere delle Amministrazioni intime, prospettata dall'Avvocatura distrettuale dello Stato, è fondata solo in parte.

Essa va sicuramente accolta con riguardo alla posizione dell'Ufficio Centrale Elettorale e della Commissione circoscrizionale, in quanto, per giurisprudenza pacifica e consolidata, tali uffici pubblici non sono centri di imputazione sostanziale degli interessi dedotti in giudizio e, quindi, non sono parti necessarie del relativo contenzioso.

Gli uffici elettorali, in particolare, stante la loro natura di organi straordinari e temporanei in posizione neutra, investiti solo del compito di dichiarare la volontà del corpo elettorale, esauriscono la loro funzione con la proclamazione degli eletti, e quindi non sono direttamente o indirettamente toccati dall'esito del giudizio elettorale davanti al T.a.r.

Infatti, l'art. 130 comma 3, c.p.a., prescrivendo che il ricorso relativo alle operazioni elettorali riguardanti le consultazioni amministrative debba essere notificato "all'ente della cui elezione si tratta", oltre che alle altre parti che vi abbiano interesse, individua quale unica parte pubblica necessaria l'ente locale interessato alle elezioni, cui vanno imputati i risultati elettorali ed al quale soltanto spetta la legittimazione passiva (*ex plurimis* Cons. Stato, 23 luglio 2010 n. 4851; C.G.A. 18 maggio 2007 n. 396; T.a.r. Emilia Romagna, Bologna, sez. I, 10 luglio 2012 n. 266; T.a.r. Sicilia, Palermo, sez. II, 05 marzo 2012, n. 494; T.a.r. Puglia, Bari, sez. I, 09 dicembre 2010, n. 4115; T.a.r. Calabria, Catanzaro, 28 ottobre 2010, n. 2648; T.a.r. Piemonte, sez. I, 28 luglio 2010, n. 3136; T.a.r. Lombardia, Milano, sez. IV, 2 febbraio 2010, n. 231; T.a.r. Lazio, Latina, 29 gennaio 2010, n. 45).

Deve essere, pertanto, dichiarato il difetto di legittimazione passiva dell'Ufficio Elettorale e della Commissione circoscrizionale, con estromissione degli stessi dal presente giudizio.

2.1. Astrattamente, tale eccezione avrebbe dovuto essere accolta anche con riferimento all'Assessorato Regionale delle Autonomie Locali e della Funzione Pubblica, anch'esso evocato in giudizio e difeso dall'Avvocatura dello Stato, ed anch'esso ben lungi dall'essere centro di imputazione del risultato elettorale, nonostante il ruolo di primo piano svolto, in Sicilia, nella convocazione dei comizi elettorali e nella gestione dell'intero procedimento.

Tuttavia, il collegio rileva che tra gli atti impugnati dai ricorrenti vi sono anche le note assessoriali prot. 64589 del 30 aprile 2012 e 65542 del 2 maggio 2012, a mezzo delle quali l'Assessorato, in risposta alle richieste della Prefettura che chiedeva lo slittamento della competizione elettorale ad altra data (a ciò a seguito del pronunciamento, del Tribunale di Marsala prima e della Corte d'Appello poi, sull'incandidabilità di V.S.), confermava lo svolgimento delle elezioni nelle date del 6 e 7 maggio 2012.

Dette note, ad avviso del collegio, sono state correttamente impuginate nel contesto del ricorso proposto dal prof. C. e dal sig. S. ai sensi dell'art. 130 c.p.a.

Tale circostanza, pertanto, legittima la presenza in questo giudizio dell'Assessorato delle Autonomie Locali e della Funzione Pubblica, chiamato a difendere (come in effetti fa) il proprio operato, ed interessato alla reiezione del ricorso e alla conferma del risultato elettorale.

D'altronde, quando il comma 3, lett. c) dell'art. 130 c.p.a. fa riferimento, ai fini della notifica del ricorso, alle "altre parti che vi hanno interesse, e comunque ad almeno un controinteressato", non può che riferirsi a parti il cui interesse all'esito del giudizio, transcendendo l'aspetto della mera aspettativa di fatto, si connota da un punto di vista giuridico come interesse al mantenimento del risultato elettorale.

Nel caso concreto, l'Assessorato regionale, con le note impuginate, ha ritenuto di non dover sospendere o procrastinare le elezioni in programma da lì a pochissimi giorni, negando la presenza delle "cause di forza maggiore" paventate dalla Prefettura di Palermo, che invece ne aveva sollecitato l'intervento.

Considerando che la decisione assessoriale è strettamente collegata alla valutazione giuridica circa la candidabilità o meno del prof. S., la cui peculiare posizione soggettiva - dopo i pronunciamenti dell'autorità giudiziaria - non è stata ritenuta tale da integrare una causa di forza maggiore, risultano evidenti al collegio le ragioni di connessione tra i provvedimenti dell'Assessorato, oggetto del ricorso, e l'esito della competizione elettorale, anch'essa impugnato, sicchè sussiste l'interesse giuridicamente qualificato dell'Amministrazione regionale a veder confermata la bontà del proprio operato.

Sotto questo profilo, pertanto, non può censurarsi la chiamata in giudizio dell'Assessorato da parte dei ricorrenti, che dunque resta parte del processo, anche ai fini della possibile condanna

alle spese e dell'esame delle eccezioni e prospettazioni contenute nei propri atti processuali.

3. Chiarito quali siano le effettive parti del giudizio, il collegio passa all'esame delle eccezioni di inammissibilità del ricorso per mancata notifica ad uno o più controinteressati.

3.1. Il Comune ha prospettato la mancanza del litisconsorzio necessario con riferimento alla Prefettura di Palermo e al Ministero dell'Interno, in quanto titolari dello specifico potere di azione in materia elettorale, nonché, stando al disposto del comma 11 dell'art. 143 T.U.E.L., del potere di adottare "ogni altra misura interdittiva ed accessoria eventualmente prevista".

L'eccezione è del tutto infondata.

Nel ribadire quanto già chiarito in ordine alle parti necessarie del giudizio elettorale, che sono solo quelle cui vanno imputati i risultati elettorali e che sono ora elencate dal Codice del Processo Amministrativo all'art. 130, il collegio sottolinea, da un lato, l'assoluta irrilevanza di eventuali e comunque non meglio tipizzati poteri del Prefetto in ordine al ricorso elettorale di cui si discute, sicché la circostanza che, nel caso concreto, la Prefettura non sia intervenuta in alcun modo nella competizione elettorale, conferma la correttezza della scelta dei ricorrenti di non evocarla in giudizio; dall'altro, si ricorda che nella Regione Sicilia l'art. 8 del D.P. Reg. 20 agosto 1960 n. 3 ("Approvazione del testo unico delle leggi per la elezione dei consigli comunali nella Regione Siciliana") ha attribuito all'Assessorato Regionale per gli Enti Locali tutti i poteri in ordine allo svolgimento delle competizioni elettorali, sicché nella materia *de qua* il Ministero dell'Interno non ha alcun ruolo che renda sia pur astrattamente possibile la sua presenza in giudizio.

3.2. Parimenti infondata è l'eccezione di inammissibilità del ricorso, sollevata dalla difesa erariale, per la mancata notificazione dello stesso "all'unico vero controinteressato, ovvero il prof. V.S.", della cui incandidabilità si starebbe controvertendo.

Il collegio non può non evidenziare che il ricorso elettorale sottoposto alla sua attenzione non ha ad oggetto l'incandidabilità di S. a Sindaco del Comune di Cefalù (come invece è accaduto nel giudizio davanti al tribunale di Marsala prima e alla Corte d'Appello di Palermo poi), bensì l'esito della competizione elettorale del 6 e 7 maggio 2012, nella quale il prof. S. si è classificato al terzo posto tra i soggetti candidati a ricoprire la carica di Sindaco di Cefalù.

Quand'anche, in via incidentale ed ai fini della decisione del ricorso, questo collegio debba valutare la candidabilità o meno dello S., ciò non lo qualifica come "controinteressato" ai sensi e per gli effetti di cui al combinato disposto degli artt. 130 e 41 c.p.a., giacché il controinteressato è solo ed esclusivamente colui che ha un interesse sostanziale analogo e contrario a quello che legittima la proposizione del ricorso, e quindi, in concreto, il solo candidato eletto Sindaco e gli altri soggetti risultati vincitori della tornata elettorale (T.a.r. Sicilia, Catania, sez. I, ord., 17 novembre 2005, n. 425).

Infatti, "solo i soggetti i quali ricevano un pregiudizio, attuale e diretto, dalla pronuncia di annullamento del risultato elettorale, sono titolari di un interesse processuale uguale e di segno contrario a quello del ricorrente, mentre la lesione subita dai candidati non eletti non è immediata e diretta: la situazione giuridica connessa all'aspettativa al subentro è, infatti, soltanto ipotetica ed eventuale, perciò non idonea a conferire la qualità di controinteressato ma, semmai, quella di titolarità di un interesse "di fatto" all'esito della controversia che legittima il soggetto a divenire parte processuale attraverso lo strumento dell'intervento in giudizio" (T.a.r. Molise, 26 giugno 1996, n. 231).

Semmai il prof. S. potrebbe aver avuto interesse, in qualità di cointeressato e analogamente ai ricorrenti, alla ripetizione delle operazioni elettorali, posto che egli, classificatosi al terzo posto, si trova in una situazione del tutto analoga a quella del C., con l'unica (rilevante) dif-

ferenza che non avrebbe certamente sollevato questioni relative alla sua stessa pretesa incandidabilità, *status* che egli - alla luce della vicenda giudiziaria che lo ha visto protagonista davanti agli organi di giustizia ordinaria - ha finora contestato.

Al di là di queste considerazioni, il collegio osserva che i ricorrenti hanno notificato il ricorso a ben ventiquattro effettivi controinteressati (consiglieri comunali eletti ed assessori nominati dal Sindaco), in linea con la lett. c) del comma 3 dell'art. 130 c.p.a., che fa riferimento " ad almeno un controinteressato".

Inoltre, l'eventuale rilievo - da parte del collegio - della pretermissione di taluni controinteressati determina esclusivamente l'onere per il ricorrente di integrare il contraddittorio su richiesta del giudice, ai sensi dell'art. 41 c.p.a., ma non può comportare l'inammissibilità del ricorso laddove si rilevi, come nel caso di specie, che almeno un altro controinteressato è stato evocato in giudizio.

4. Il collegio passa all'esame del merito della vicenda sottoposta al suo giudizio, avendo cura di illustrarne il quadro normativo e processuale, poiché fondamentale ai fini della comprensione della stessa.

L'art. 143 T.U.E.L. ("Scioglimento dei consigli comunali e provinciali conseguente a fenomeni di infiltrazione e di condizionamento di tipo mafioso. Responsabilità dei dirigenti e dipendenti") disciplina, per l'appunto, la procedura di scioglimento degli organi elettivi degli enti locali interessati da fenomeni di criminalità mafiosa.

Il Comune di Salemi, in provincia di Trapani, di cui V.S. era stato Sindaco per alcuni anni, è stato sciolto con D.P.R. del 30 marzo 2012, pubblicato in Gazzetta Ufficiale in data 20 aprile 2012 S.O. n. 79.

Pertanto, in base al comma 11 della medesima disposizione, introdotto con l'art. 2, comma 30, della L. n. 94 del 2009, agli amministratori del Comune disciolto si sarebbe dovuta applicare la speciale disciplina sulla loro *incandidabilità* per la prima tornata elettorale successiva allo scioglimento.

Più precisamente, il comma 11 dell'art. 143 T.U.E.L stabilisce che : "Fatta salva ogni altra misura interdittiva ed accessoria eventualmente prevista, gli amministratori responsabili delle condotte che hanno dato causa allo scioglimento di cui al presente articolo non possono essere candidati alle elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali, che si svolgono nella regione nel cui territorio si trova l'ente interessato dallo scioglimento, *limitatamente al primo turno elettorale successivo allo scioglimento stesso*, qualora la loro *incandidabilità* sia dichiarata con *provvedimento definitivo*. Ai fini della dichiarazione d'incandidabilità il Ministro dell'interno invia senza ritardo la proposta di scioglimento di cui al comma 4 al tribunale competente per territorio, che valuta la sussistenza degli elementi di cui al comma 1 con riferimento agli amministratori indicati nella proposta stessa. Si applicano, *in quanto compatibili, le procedure di cui al libro IV, titolo II, capo VI, del codice di procedura civile*".

La disposizione prevede, dunque, una particolare ipotesi di responsabilità "dirigenziale", applicabile ad ampio spettro sia ai dirigenti che ai membri degli organi elettivi degli enti locali disciolti. Tuttavia, lungi dal trattarsi di una responsabilità "automatica", essa deve essere oggetto di accertamento in via definitiva da parte degli organi giurisdizionali a ciò preposti, in quanto sfocia nella sanzione della "incandidabilità" - in ambito regionale - alle prime elezioni successive allo scioglimento dell'ente locale, impingendo quindi nella sfera soggettiva più intima dei candidati, in quanto ha ad oggetto il diritto di elettorato passivo, che, come è noto, è un diritto costituzionalmente garantito.

L'accertamento della incandidabilità è devoluto alla giurisdizione del giudice ordinario, che



opera nell'ambito dei "procedimenti speciali" di cui al Libro IV del Codice di procedura civile (artt. 737 - 742 *bis* c.p.c.), e precisamente con il cd. rito camerale, caratterizzato da forme celeri di presentazione e decisione del ricorso, che avviene sempre in camera di consiglio, da parte del collegio.

La scelta del legislatore di devolvere l'accertamento della incandidabilità a tale particolare forma di procedimento giurisdizionale è collegata alla circostanza che essa si applica per tutti i procedimenti in materia di "famiglia e stato delle persone".

Tuttavia, si fa notare sin d'ora che la disciplina *de quo* è richiamata dal comma 11 dell'art. 143 "in quanto compatibile".

5. Orbene, come pure sottolineato dalle difese di tutte le parti resistenti, che, al pari dei ricorrenti, hanno insistito lungamente sull'argomento, il punto nodale della presente vicenda giudiziaria è la questione relativa alla candidabilità o meno del prof. V.S. alle elezioni per il rinnovo degli organi elettivi del Comune di Cefalù.

Infatti, l'unico articolato motivo di ricorso da parte dei ricorrenti concerne la legittimità di una competizione elettorale nella quale è stato presente, ottenendo il 16% dei voti validi, un soggetto che, a detta loro, non avrebbe potuto parteciparvi, sicché il solo fatto che quasi un quinto degli elettori di C. si sia determinato a dargli il suo voto significa chiara alterazione degli equilibri in campo, della volontà e della libera autodeterminazione del corpo elettorale e quindi, in finale, di tutta la competizione svoltasi il 6 e 7 maggio 2012.

A ciò aggiungendosi che alcuni esponenti delle liste che appoggiavano il suddetto candidato, odierni controinteressati non costituiti, siedono tuttora in consiglio comunale.

È quindi evidente che diventa cruciale stabilire se il prof. S. fosse candidabile alle elezioni del Comune di Cefalù: se lo era, le elezioni sono valide; se non lo era, spetta a questo collegio annullarle.

5.1. Il collegio rigetta il ricorso, in quanto ritiene che V.S. fosse candidabile alla data di svolgimento delle elezioni e che quindi le medesime siano valide.

Sotto un primo profilo, va rilevato che nessun dubbio può sussistere in ordine al fatto che alla data di presentazione delle candidature (11 aprile 2012), il prof. S. fosse perfettamente candidabile, non essendo intervenuta alcuna pronuncia dell'autorità giudiziaria, e non potendo in alcun modo attribuirsi valore retroattivo a quelle successivamente intervenute.

5.2. Dovendo spostare l'analisi sulla candidabilità al momento dello svolgimento delle elezioni e dovendo quindi incidentalmente valutare se a tale data il prof. S. fosse o meno candidabile, questo giudice si orienta per la prima delle due soluzioni, e questo in base all'attuale maggioritaria interpretazione giurisprudenziale circa la sottoponibilità o meno del provvedimento della Corte d'Appello, emesso in sede di reclamo ai sensi dell'art. 739 c.p.c., ad un ulteriore grado di giudizio davanti alla Corte di Cassazione, ai sensi dell'art. 111, comma 7 della Costituzione.

La normativa processuale richiamata, infatti, non contempla espressamente tale rimedio, ed anzi è caratterizzata da un regime di sostanziale revocabilità che, ad una prima lettura, sembrerebbe escludere la possibilità stessa di un giudicato formale e sostanziale, sicché, sotto questo profilo, il provvedimento "definitivo" non potrebbe che essere quello del Tribunale, se non reclamato, o quello della Corte d'Appello in seconda istanza.

Tuttavia, come si vedrà, nonostante il silenzio della legge, la giurisprudenza ha aperto il varco alla proposizione del ricorso straordinario in Cassazione, in particolari ipotesi.

In sostanza, nel caso concreto, come debitamente illustrato nella parte in *Fatto* della presente sentenza, è la definitività o meno del provvedimento della Corte d'Appello di Palermo a determinare il consolidamento dello *status* di incandidabile del prof. S..

Pertanto, poiché la proposizione, da parte di quest'ultimo, di ricorso in Cassazione avverso la decisione della Corte d'Appello del 3 maggio 2012 non consente di dedurre, in automatico, la non definitività della pronuncia di incandidabilità (e questo perché la Suprema Corte potrebbe ritenerlo non ammissibile), il collegio è chiamato a decidere in via incidentale, e senza nulla togliere rispetto al futuro *decisum* della Cassazione, circa la legittimità o meno di un terzo grado di giudizio nella materia *de qua*, in quanto la risposta positiva a questo quesito determina, come conseguenza pressoché automatica, quella di ritenere non definitivo il giudizio della Corte d'Appello e quindi, la candidabilità del prof. S. alla data di svolgimento delle elezioni, che, conseguentemente, si sarebbero svolte in maniera del tutto legittima.

5.3. Per arrivare alle conclusioni sopra accennate, è necessario illustrare, sia pure in maniera concisa, come si conviene a un provvedimento giurisdizionale, la materia di cui si sta trattando. Il procedimento giurisdizionale in camera di consiglio, di cui agli artt. 737 e ss. c.p.c., è pacificamente utilizzato per ambiti assai diversi tra loro, assumendo la definizione di "contenitore neutro" da parte della dottrina più perspicace.

In pratica, esso è utilizzato sia per la gestione di procedimenti cd. non contenziosi (la cd. volontaria giurisdizione, caratterizzata da funzioni giurisdizionali non necessarie e dalla gestione di interessi da parte del giudice, ovviamente nei casi previsti dalla legge), sia per la tutela giurisdizionale dei diritti e degli *status*, ambito rimesso necessariamente alla potestà di un magistrato e, normalmente, assoggettato alla cognizione piena, la quale costituisce la forma tipica nella quale assicurare la tutela dei diritti.

Esistono, tuttavia, alcune eccezioni, in particolari materie e per particolari esigenze - soprattutto di celerità della decisione - per cui la tutela di diritti e *status* è attribuita sempre all'autorità giurisdizionale, ma attraverso la forma del procedimento speciale o sommario, la cui principale differenza sostanziale rispetto al procedimento a cognizione piena consiste nella astratta non attitudine al giudicato dei provvedimenti decisori emessi dal giudice.

In poche parole, l'attitudine al giudicato formale e sostanziale (artt. 324 c.p.c. e 2909 c.c.) di cui si sostanziano le sentenze emesse al termine di un giudizio di cognizione ordinaria, è astrattamente assente per i provvedimenti emessi al termine del procedimento camerale di cui agli artt. 737 c.p.c.

È innegabile però che, fin dall'entrata in vigore del Codice di procedura civile, il processo di "cameralizzazione dei diritti" sia stato pressoché continuo e massiccio, al punto che già nel 1950 l'art. 51 della L. 14 luglio 1950, n. 581 aveva introdotto l'art. 742 *bis*, il quale stabilisce che " le disposizioni del presente capo si applicano a tutti i procedimenti in camera di consiglio, ancorché non regolati dai capi precedenti o che non riguardino materia di famiglia o di stato delle persone".

Tenuto conto della essenzialità del procedimento camerale e, soprattutto, della astratta sua non attitudine a dare certezze assimilabili al giudicato formale e sostanziale (certamente ottenibili attraverso il procedimento a cognizione piena, destinato a sfociare in una sentenza), la dottrina maggioritaria ha costantemente ritenuto che la procedura *ex* artt. 737 e ss. da sola, mentre appare adeguata nei casi in cui, attraverso essa, si attua la gestione di interessi, risulta strutturalmente e funzionalmente inadeguata ad assicurare la tutela giurisdizionale dei diritti e degli *status*, in quanto da un lato non garantista (a causa della struttura procedimentale semplificata, della presenza di una istruttoria atipica quanto ai mezzi di prova ed informale quanto alle modalità di espletamento, etc.), dall'altro perché inadeguata al giudicato (i decreti sono sempre revocabili *ex* art. 742 c.p.c.).

Pertanto, sul piano ermeneutico la conseguenza per il giudice non può che essere che in pre-

senza di ipotesi in cui il legislatore ha richiamato, in tutto o in parte, il procedimento di cui agli artt. 737 e ss. per la tutela giurisdizionale dei diritti, è doveroso offrire l'interpretazione che risulti il più possibile conforme con l'esigenza, da un lato, di semplificazione-accelerazione di cui è espressione la scelta legislativa concretatasi con il ricorso allo schema camerale, dall'altro di garantire che il ricorso allo schema camerale non significhi messa al bando della possibilità di avvalersi della cognizione piena.

Sotto questo punto di vista, la non attitudine al giudicato costituisce sicuramente la criticità maggiore.

Infatti, poiché il combinato disposto degli artt. 739, comma 3 c.p.c. ("salvo che la legge disponga altrimenti, non è ammesso reclamo contro i decreti della corte d'appello e contro quelli del tribunale pronunciati in sede di reclamo") e 742 c.p.c. ("i decreti possono essere in ogni tempo modificati o revocati, ma restano salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in forza di convenzioni anteriori alla modificazione o alla revoca") delinea uno schema che esclude la possibilità stessa di un provvedimento con caratteristiche di definitività, ne discende che esso appare adeguato nei casi in cui, attraverso il medesimo, si attui la gestione di interessi, ma è altresì evidente che esso è sostanzialmente entrato in crisi in concomitanza con la sua espansione applicativa, legata sia all'introduzione del citato art. 742 *bis*, sia con una serie di interventi legislativi "a pioggia", i quali, nel disciplinare nuovi procedimenti, hanno espressamente richiamato tutte o alcune delle disposizioni di cui agli artt. 737 e ss.

Tale espansione applicativa ha significato l'utilizzo del procedimento camerale per la tutela di posizioni sostanziali di diritto soggettivo o *status*, ovvero di situazioni sostanziali su di essi pesantemente incidenti.

In questo modo il quadro di fondo si è modificato, passandosi da una situazione iniziale nella quale si aveva una tendenziale coincidenza tra procedimento in camera di consiglio e tutela giurisdizionale di interessi, alla situazione odierna, caratterizzata da eccessiva frammentazione delle fattispecie e da un uso promiscuo del procedimento, per la tutela di situazioni sostanziali alquanto disomogenee, che vanno dalla gestione di interessi ad esclusiva rilevanza pubblicistica alla attuazione di diritti soggettivi violati, di obbligazioni civili classiche come di diritti della personalità.

Tra questi, il riferimento contenuto nel comma 11 dell'art. 143 del T.U.E.L. è sicuramente tra gli ultimi arrivati (la norma fu modificata nel 2009, introducendo per l'appunto il comma 11) e, per le implicazioni che può avere in ordine ai diritti coinvolti, come detto di rilievo costituzionale, sicuramente uno tra i più problematici.

Infatti, la questione dell'incandidabilità o meno di un cittadino alle competizioni elettorali, coinvolge aspetti strettamente personali, poiché incide sul diritto di elettorato passivo e, in qualche modo, anche sulla stessa reputazione e onorabilità del soggetto coinvolto, ma al contempo tocca anche aspetti pubblicistici, pure di livello costituzionale, perché è posta a garanzia del buon andamento della Pubblica Amministrazione (art. 97 Cost.) e, in finale, del diritto delle comunità locali ad avere assicurato il diritto a votare per vedersi garantito un assetto politico quanto più possibile immune da contaminazioni e deviazioni di qualsiasi genere.

5.4. Tornando al caso concreto, poiché sulla questione non esistono precedenti giurisprudenziali, il collegio non può che far riferimento all'evoluzione della giurisprudenza di legittimità in materia di adeguamento dello schema camerale alle esigenze di tutela piena dei diritti soggettivi coinvolti nei procedimenti sommari, ed in particolare a quella giurisprudenza che ammette l'utilizzo del ricorso straordinario in cassazione per garantire almeno un grado di giudizio a cognizione piena e per salvare, al contempo, l'impianto codicistico da una declara-

toria di incostituzionalità per violazione dell'art. 111 Cost., che sin dalla sua versione originaria, prima delle modifiche di cui alla l. cost. 23 novembre 1999 n. 2 (Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione), consentiva il ricorso in cassazione per violazione di legge "contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali".

Un ruolo decisivo è stato ed è tuttora prospettato dalla giurisprudenza della Suprema Corte in tema di ricorribilità *ex art.* 111 Cost. dei provvedimenti emanati al termine di procedimenti camerali, che ha inaugurato quest'orientamento con la sentenza a Sezioni Unite del 30 luglio 1953, n. 2593, avente ad oggetto il procedimento di cui agli artt. 28-30 della L. n. 794 del 1942 ("l'ordinanza del giudice che decide un'opposizione a decreto ingiuntivo in materia di spese e di onorari di avvocati e procuratori per prestazione di opera giudiziale, avendo carattere decisorio, è impugnabile con ricorso per Cassazione, ai sensi dell'art. 111 della Costituzione"). Sulla scorta di tale pronuncia sono seguite numerose altre.

Tra le più recenti, Cass. Civ. Sez. Un., 21 ottobre 2009, n. 22238, che ha ammesso la ricorribilità in cassazione con ricorso straordinario del decreto emesso in camera di consiglio dalla corte d'appello a seguito di reclamo avverso i provvedimenti emanati dal tribunale sull'istanza di revisione delle disposizioni accessorie alla separazione, in quanto incidente su diritti soggettivi delle parti, nonché caratterizzato da stabilità temporanea, che lo rende idoneo ad acquistare efficacia di giudicato, sia pure *rebus sic stantibus* (la sentenza ha anche stabilito che il decreto, dovendo essere motivato, sia pure sommariamente, può essere censurato anche per carenze motivazionali, le quali sono prospettabili in rapporto all'ultimo comma dell'art. 360 cod. proc. civ., nel testo novellato dal D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, che qualifica come violazione di legge il vizio di cui al n. 5 del primo comma, alla luce dei principi del giusto processo, che deve svolgersi nel contraddittorio delle parti e concludersi con una pronuncia motivata). Nel medesimo senso, Cass. civ., sez. I, 7 dicembre 2007 n. 25619; id., 18 agosto 2006 n. 18187; id., 28 giugno 2006 n. 18627; id., 16 maggio 2005 n. 10229; id., 30 dicembre 2004 n. 24265.

Parimenti, il ricorso straordinario è stato escluso quando il provvedimento impugnato sia privo dei caratteri della decisorietà e definitività in senso sostanziale (come nel caso di provvedimenti emessi in sede di volontaria giurisdizione, che disciplinino, limitino, escludano o ripristinino la potestà dei genitori naturali ai sensi degli artt. 317 *bis*, 330, 332, 333 cod.civ.), neppure se il ricorrente lamenti la lesione di situazioni aventi rilievo processuale, quali espressione del diritto di azione, posto che la situazione strumentale in tal modo prospettata non assume certo una rilevanza sostanziale di decisorietà e definitività (Cass. civ., sez. I, 14 maggio 2010 n. 11756; id., 1 agosto 2007 n. 16984).

Anche la Corte Costituzionale ha utilizzato, in diverse occasioni, il richiamo alla affermata ricorribilità per Cassazione dei decreti della Corte d'Appello quando aventi ad oggetto diritti soggettivi accertati con provvedimenti dotati di definitività in senso sostanziale (*ex multis*, C. Cost., 1 marzo 1973, n. 22; 16 aprile 1985, n. 103).

Alla base di tutte queste decisioni vi è la comune interpretazione del termine " sentenza", di cui all'art. 111, comma 7, Cost., quale provvedimento " a contenuto decisorio", secondo la tesi, fatta propria dalla dottrina maggioritaria e della maggior parte della giurisprudenza anche di merito, della prevalenza della sostanza sulla forma, sicchè quando la legge abbia voluto escludere la forma di "sentenza ", apparentemente escludendo anche la possibilità di un'impugnazione straordinaria, l'interpretazione sistematica dell'ordinamento giuridico consente di fare uso del ricorso straordinario *ex art.* 111 Cost., anche per interpretare le norme sui proce-

dimenti camerali in maniera costituzionalmente orientata, facendole uscire indenni, dopo sessant'anni di vigenza della Costituzione, dal sindacato di costituzionalità.

5.5. Così riassunta, tuttavia, la questione verrebbe posta in termini troppo semplicistici rispetto alla complessità della stessa, agli istituti coinvolti e anche al dibattito giurisprudenziale e dottrinario che ha alimentato, e tuttora alimenta, da oltre sette decenni.

Al fine di stabilire, sia pure in via incidentale, se il provvedimento emesso dalla Corte d'Appello in sede di reclamo nella fattispecie contemplata dal comma 11 dell'art. 143 T.U.E.L. sia o meno definitivo e, come tale, idoneo a sancire l'incandidabilità del soggetto cui si rivolga, il collegio non può prescindere dal fondamentale insegnamento della sentenza a Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 23 ottobre 1986 n. 6220.

In base a quanto in essa stabilito, il problema della impugnabilità di un provvedimento, ai sensi dell'art. 111, comma 2 (ora, comma 7) della Costituzione, così come sviluppatosi a seguito della giurisprudenza successiva alla citata sentenza n. 2593 del 1953, deve risolversi verificando di volta in volta se ne ricorrano le due condizioni consistenti nella "decisorietà", intesa come risoluzione di una controversia su diritti soggettivi o *status*, e nella "definitività", intesa come mancanza di rimedi diversi e nell'attitudine del provvedimento a pregiudicare con l'efficacia propria del giudicato quei diritti e quegli *status*.

Citando le parole delle Sezioni Unite, "le due condizioni devono coesistere, in quanto è irrilevante la decisorietà se il provvedimento è sempre modificabile e revocabile tanto per una nuova e diversa valutazione delle circostanze precedenti, quanto per il sopravvenire di nuove circostanze, nonché per motivi di legittimità (art. 742 c.p.c.). In questi casi il provvedimento non contiene una statuizione definitiva ed un pregiudizio irreparabile ai diritti che vi sono coinvolti".

"Pur essendo necessaria la prima condizione attinente al contenuto (per esempio: una modifica del diritto o dello *status*), detto contenuto deve essere anche espressione di un potere giurisdizionale esercitato con carattere vincolante rispetto all'oggetto della pronuncia, in modo da garantire l'immodificabilità da parte del giudice che lo ha pronunciato e l'efficacia di giudicato ex art. 2909 c.c. "

Il problema, afferma la Corte, "sorge a proposito dei procedimenti in camera di consiglio, regolati con le forme degli artt. 737 e ss. perché (a meno di una deroga espressa, che per esempio qualifichi come sentenza il provvedimento terminativo: v. Cass. 9 dicembre 1985 n. 6211), dovrebbe applicarsi in via di principio l'intera normativa, e quindi anche gli artt. 739 ultimo comma e 742, con conseguente esclusione dell'art. 111 comma 2 Cost. A prima vista, l'esclusione degli artt. 739 ultimo comma e 742 (e la conseguente applicazione dell'art. 111 Cost.) è ancorata ad un criterio incerto e non risolutivo (l'incidenza su diritti soggettivi o *status*) sia perché l'esperienza giurisprudenziale dimostra la varietà di soluzioni adottate per il medesimo caso, sia perché sarebbe una pura e semplice petizione di principio ritenere il provvedimento suscettibile di conseguire l'efficacia di giudicato in base agli indici relativi alla sua decisorietà su diritti soggettivi o *status*".

La Corte, pertanto, ritiene che si "debbono utilizzare degli indici più puntuali, tratti dalla concreta regolamentazione della singola materia, per quel che concerne i principi fondamentali del processo contenzioso (domanda, contraddittorio e difesa, immutabilità del provvedimento sotto forma di preclusioni). Dove i suddetti indici esistono, l'opzione verso la "sostanza" contenziosa, pur nella "forma volontaria" ha un alto grado di attendibilità. Dove non esistono, quell'opzione appare contrastante con la scelta del legislatore (salvo il controllo di costituzionalità, se ne sia il caso, e cioè se vi sia contratto fra alcuni di quegli indici e la qualificazione

del provvedimento finale)."

Pertanto, la Corte fornisce alcuni precisi indici per stabilire l'idoneità al giudicato, quali:

- a) l'esistenza di una controversia o conflitto in ordine a diritti soggettivi o *status*, con la conseguenza che se si è in presenza di situazioni di interesse, che la legge non ritiene di affidare all'autonomia privata, ma sottopone al controllo giudiziario mediante interventi incidenti sulla attribuzione, esercizio e conformazione delle posizioni soggettive coinvolte nella cura o gestione di tale interesse, si è fuori dal campo della giurisdizione contenziosa;
- b) la strutturazione del procedimento in forme che, anche se rimesse all'iniziativa della parte, assicurino il diritto di azione e di difesa ed il contraddittorio.

Secondo la Corte, "la negazione di tali diritti può essere considerata in una duplice direzione: o come sospetto di incostituzionalità di una disciplina che - pur conducendo al giudicato e quindi al pregiudizio definitivo ed irreparabile delle posizioni soggettive delle parti - non assicura quelle garanzie; o come presa d'atto di una scelta legislativa che, da un canto, esclude il giudicato e quindi il pregiudizio irreparabile prevedendo il rimedio alternativo della modificabilità e revocabilità e, dall'altro lato, esclude l'incostituzionalità";

- c) la mancata espressa previsione della revocabilità dei provvedimenti per fatti originari e sopravvenuti.

5.6. Senza avventurarsi nell'esame, pressoché infinito, della casistica in *subiecta materia*, il collegio giunge dunque al punto di dover applicare alla fattispecie oggetto del giudizio quanto esposto sin ora quale portato dell'evoluzione giurisprudenziale sull'argomento della ricorribilità in cassazione dei provvedimenti emessi in sede camerale, aventi ad oggetto materie contenziose e comunque collegati all'accertamento di diritti o *status*.

Come più volte ribadito, l'incandidabilità - di cui al comma 11 dell'art. 143 T.U.E.L. - deve essere dichiarata con provvedimento definitivo.

Il collegio deve dunque accertare, da un lato, se la qualità sulla quale si controverte (ossia, la "candidabilità") sia da considerare o meno alla stregua di un diritto o di uno *status* (così integrandosi il requisito poc'anzi illustrato *sub a*), che attiene alla *decisorietà* del provvedimento); dall'altro, deve verificare se il procedimento sia strutturato in modo da assicurare la tutela del contraddittorio e del diritto di difesa (requisito *sub b*); infine, deve stabilire se il provvedimento della Corte d'Appello possa essere inteso come definitivo nel senso sopra indicato, sia sotto il profilo della sua non revocabilità (requisito *sub c*) che sotto quello della sua attitudine a pregiudicare, con l'efficacia propria del giudicato, i diritti e gli *status* del soggetto coinvolto.

5.6.1. Sul primo punto la motivazione è quasi superflua: l'art. 51 della Costituzione garantisce il diritto all'elettorato passivo, in quanto "tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge".

La giurisprudenza amministrativa e civile ha in più occasioni (da ultimo, con ampia ricognizione della giurisprudenza in materia, Tar Sicilia, Catania, 24 febbraio 2012, n. 483) affermato che "il diritto di accedere alle cariche elettive pubbliche di cui all'art. 51 Cost. - cd. diritto di elettorato passivo - rappresenta un diritto politico fondamentale, riconosciuto e garantito dalla Costituzione".

"Esso costituisce un aspetto essenziale della partecipazione dei cittadini alla vita democratica del paese, e rientra nel novero dei diritti inviolabili di cui all'art. 2 Cost. (cfr. Corte Cost. 235/88 e 571/89)".

"Pur trattandosi di diritto costituzionalmente tutelato ed inviolabile, lo stesso costituente ha previsto la possibilità che il legislatore ordinario lo limiti attraverso norme di contenuto ge-

nerale che stabiliscano i requisiti di accesso alle cariche elettive. La Consulta, muovendo dal principio per cui "l'eleggibilità è la regola, e l'ineleggibilità deve essere l'eccezione" (Corte Cost. 310/1991) ha più volte affermato che tutte le limitazioni legali al diritto di elettorato passivo devono essere necessarie e ragionevolmente proporzionate (Corte Cost. 141/1996 e 476/1991), devono rispondere all'esigenza di "realizzare altri interessi costituzionali altrettanto fondamentali e generali" (Corte Cost. 235/1988), o comunque essere ispirate da "motivi adeguati e ragionevoli finalizzati alla tutela di un interesse generale" (Corte Cost. 571/1989), quale ad esempio la "salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica, di tutela della libera determinazione degli organi elettivi, di buon andamento e trasparenza delle amministrazioni pubbliche (sentenze n. 407 del 1992, nn. 197, 218 e 288 del 1993, nn. 118 e 295 del 1994, n. 141 del 1996), finalità, queste, "di indubbio rilievo costituzionale" (sentenza n. 197 del 1993), connesse "a valori costituzionali di rilevanza primaria" (sentenza n. 218 del 1993)" (Corte Cost. 132/2001)".

L'attività di "selezione" di tali interessi primari che giustificano l'apposizione di limitazioni al diritto di elettorato passivo si snoda attraverso un giudizio discrezionale di bilanciamento degli interessi meritevoli di tutela, affidato alla competenza del legislatore ordinario (Corte Cost. 160/97), con la conseguenza che in *subiecta materia* non esistono spazi discrezionali per l'Amministrazione pubblica, e, quindi, trattandosi di diritti soggettivi, l'accertamento dei medesimi è rimesso alla cognizione del giudice ordinario.

5.6.1.1. In relazione al caso concreto, non vi sono dubbi che con il comma 11 dell'art. 143 il legislatore abbia previsto una ipotesi di incandidabilità, ulteriore rispetto a quelle di cui all'art. 58 T.U.E.L., affidando l'accertamento della medesima alla giurisdizione del giudice ordinario, sia pure nella forma dei procedimenti in camera di consiglio.

Pertanto, nel procedimento camerale applicabile alla fattispecie concreta, è sicuramente coinvolto un diritto soggettivo (che ha i suoi riflessi anche sotto il piano, quanto mai importante, della tutela del diritto della personalità all'onorabilità e al rispetto nel contesto sociale di appartenenza). Risulta dunque integrato il primo dei tre requisiti illustrati come necessari per la sottoponibilità a ricorso straordinario dei provvedimenti giurisdizionali della Corte d'Appello.

5.6.2. In ordine al secondo dei suddetti requisiti (procedimento strutturato in modo da assicurare la tutela del contraddittorio e del diritto di difesa), il collegio non nutre dubbi sulla risposta positiva, anche considerando lo svolgimento del giudizio in capo al prof. S. nei due gradi svoltisi davanti ai giudici di primo e secondo grado.

Anche se detto procedimento origina da un'iniziativa d'ufficio del Ministero dell'Interno (che "invia senza ritardo la proposta di scioglimento di cui al comma 4 al tribunale competente per territorio"), la disposizione, nel prevedere che il tribunale valuti "la sussistenza degli elementi di cui al comma 1 con riferimento agli amministratori indicati nella proposta stessa", impone al giudice l'effettuazione di una effettiva e nuova ponderazione dei fattori che hanno condotto allo scioglimento del consiglio comunale o provinciale (ossia, "concreti, univoci e rilevanti elementi su collegamenti diretti o indiretti con la criminalità organizzata di tipo mafioso o simile degli amministratori di cui all'articolo 77, comma 2, ovvero su forme di condizionamento degli stessi").

Se così non fosse, non si vede alcuna logica nell'operato del legislatore, che, a fronte dello scioglimento dell'ente, non ha previsto una automatica incandidabilità degli amministratori decaduti dalla carica (come invece accade per l'incandidabilità di cui all'art. 58 T.U.E.L., che discende in automatico dal verificarsi della situazioni contemplate dalla norma), ma ha rimesso alla magistratura ordinaria l'accertamento della stessa ricorrendone tutti i presupposti, sia pure

nelle forme rapide e sommarie del giudizio in camera di consiglio, nel cui ambito è comunque garantito il contraddittorio.

Questo specifico profilo è stato colto anche dal provvedimento del tribunale di Marsala del 22 aprile 2012, con il quale veniva dichiarata l'incandidabilità di S., confermata dalla Corte d'Appello di Palermo.

Proprio dall'esame dei suddetti provvedimenti, ampiamente motivati anche in ordine ai rapporti tra gli amministratori locali coinvolti ed esponenti della criminalità organizzata, il collegio trae conforto nel ritenere che il procedimento all'esito del quale è sopravvenuta la pronuncia di incandidabilità è stato condotto all'insegna del pieno rispetto del diritto di difesa del soggetto resistente.

Sul punto, è la stessa Corte d'Appello, nel suo provvedimento, che, a fronte di un'eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 143 comma 11 T.U.E.L., in relazione ai principi del giusto processo di cui all'art. 111 Cost., sollevata dalla difesa di V.S., ha superato la stessa facendo riferimento alla natura dei procedimenti camerali e ai suoi connotati di celerità e urgenza, quanto mai opportuni in un contesto nel quale la natura degli interessi coinvolti, entrambi di rilievo costituzionale (diritto di elettorato passivo da un lato; buon andamento della Pubblica Amministrazione dall'altro) legittimano il ricorso a un procedimento diverso, e alquanto più snello, di quello di cognizione ordinaria.

In particolare sotto il profilo della inesistenza, nell'art. 737 c.p.c., di un termine a difesa, la Corte d'Appello ha chiarito che la " natura urgente delle materie consegnate dal legislatore al procedimento camerale, induce a ritenere irragionevole la previsione di qualsivoglia termine minimo di comparizione, che proprio per la sua astratta predeterminazione potrebbe risultare contrastante col raggiungimento delle finalità di volta in volta sottoposte al vaglio dell'Autorità giudiziaria". Sotto l'altro profilo, anche esso sollevato dalla difesa di S., della congruità del termine a difesa, la Corte ha ribadito il principio generale secondo il quale detta congruità va valutata comparando l'interesse di chi sia gravato dall'onere di rispettarlo con quello, generale, al compimento di un atto entro un termine tale da non vanificare le finalità per le quali sia attivato un determinato procedimento (nel caso concreto, l'imminente svolgimento delle elezioni).

5.6.3. Infine, con riguardo all'ultimo dei requisiti sopra illustrati (la mancata espressa previsione della revocabilità dei provvedimenti per fatti originari e sopravvenuti), non resta che considerare il disposto del comma 11 dell'art. 143 T.U.E.L., che non solo non contempla alcuna ipotesi di revocabilità del provvedimento, ma anzi fa riferimento alla attitudine del medesimo a diventare definitivo.

Per contro, la " revocabilità" cui fa riferimento l'art. 742 c.p.c. è ormai associata esclusivamente ai provvedimenti di volontaria giurisdizione, non idonei a passare in giudicato (*ex multis*, Cass. civ., sez. I, 9 dicembre 1985, n. 6223; id., 6 novembre 2006, n. 23673).

Lo stesso art. 739 c.p.c. esclude la reclamabilità (*alias, impugnabilità*) dei provvedimenti di secondo grado "salvo che la legge disponga altrimenti", aprendo dunque la strada alla possibilità di una fase di impugnazione ulteriore davanti alla Corte di cassazione, quando ciò sia reso necessario in ragione della natura delle situazione soggettive coinvolte.

5.7. Ne consegue che, interpretando in modo sistemico, e alla luce della giurisprudenza su richiamata, la disciplina degli artt. 737 e ss. con quella del T.U.E.L., non può che pervenirsi alla conclusione che la declaratoria di incandidabilità ad opera della Corte d'Appello abbia in sé tutte le caratteristiche necessarie per essere assoggettata al ricorso straordinario per Cassazione, non potendosi ricondurre alla pronuncia dei giudici di secondo grado quella definitività strutturalmente e funzionalmente incompatibile con un ulteriore grado di giudizio.



Il collegio, ovviamente, perviene a queste conclusioni senza trascurare che, così interpretata, la disciplina dell'art. 11 dell'art. 143, presta il fianco alle critiche di chi sostiene (compresi i ricorrenti) che ammettendo la proponibilità del ricorso in Cassazione vengono meno tutte le esigenze di celerità che il legislatore ha inteso tutelare rimettendo questo tipo di accertamento alle forme semplificate e veloci, anche quanto a mezzi di impugnazione, del procedimento camerale.

Non vi è dubbio che tale aspetto è stato ben evidenziato dalla Corte di Appello, nel suo Provv. del 3 maggio 2012, con il quale, nel rigettare le questioni di costituzionalità della disciplina sollevate dalla difesa degli appellanti, faceva riferimento proprio all'esigenza costituzionale di assicurare la certezza del diritto in una materia dalle profonde implicazioni sociali e costituzionali, stante la natura costituzionalmente protetta di tutti gli interessi coinvolti (non ultimo, quello delle comunità locali a votare per soggetti la cui candidabilità non è messa in discussione).

Tuttavia, pur constatando che con l'ammissibilità del ricorso in cassazione, la disposizione del comma 11 dell'art. 143 T.U.E.L verrebbe snaturata quanto alla sua *ratio* intrinseca, di accertamento rapido della incandidabilità o meno degli amministratori locali coinvolti nello scioglimento del proprio ente, questo Collegio evidenzia che il caso sottoposto al proprio giudizio è quanto mai peculiare, in quanto lo scioglimento del Comune di Salemi (e, quindi, l'inizio del procedimento di cui all'art. 143 comma 11, ad opera del Ministero dell'Interno) è, per pura coincidenza, avvenuto a ridosso della consultazione elettorale indetta per il 6 e 7 maggio 2011. Considerando che il tempo fisiologico per una consiliatura è di cinque anni, è alquanto improbabile che lo scioglimento del Comune per infiltrazioni mafiose, e le successive elezioni, si verificino nel medesimo periodo.

Va altresì considerato che il divieto di candidarsi riguarda solo le elezioni regionali, provinciali, comunali e circoscrizionali, che si svolgono nella regione nel cui territorio si trova l'ente interessato dallo scioglimento, limitatamente al primo turno elettorale successivo allo scioglimento stesso, e naturalmente solo se l'incandidabilità venga accertata con provvedimento definitivo. Ne consegue che solo per una pura fatalità la vicenda che ha visto protagonista il prof. S. si è concentrata, sostanzialmente, nell'arco di un mese, di talchè il definitivo pronunciamento della Cassazione (successivo solo di sei mesi alla data delle elezioni, che, tenuto anche conto della sospensione feriale, è un tempo più che ragionevole per una decisione della Suprema Corte) arriverà quando ormai le elezioni si sono svolte, con la partecipazione dello S., come più volte illustrato.

Evidentemente, il solo fatto che ciò sia accaduto dimostra che, per quanto improbabile, la circostanza è non solo possibile, ma anche suscettibile di ripetersi.

Tuttavia, allo stato, è da ritenere che questo fatto non possa impedire la proposizione del ricorso in cassazione avverso la decisione della Corte d'Appello, in quanto nessuna interpretazione - sia pur ragionevole - della *ratio* di una legge può precludere agli interessati di tutelare appieno i propri diritti in tutte le forme consentite dall'ordinamento.

6. Alla luce di quanto sopra esposto, diventa irrilevante, per il collegio, procedere all'esame delle eccezioni e prospettazioni delle parti resistenti, relative al possibile accoglimento della tesi dei ricorrenti in ordine alla incandidabilità del prof. V.S..

6.1. Anche la richiesta del Comune, peraltro subordinata, di sospensione del processo ai sensi dell'art. 295 c.p.c. non merita l'esame del collegio, che ribadisce la natura incidentale del proprio accertamento, posto che esso è devoluto, nel merito, esclusivamente alla cognizione del giudice ordinario.

7. In conclusione, il ricorso va respinto, con condanna dei ricorrenti, in solido, alle spese di giudizio, liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- dichiara il difetto di legittimazione passiva dell'Ufficio Centrale Elettorale e della Commissione Elettorale Circoscrizionale;
- respinge il ricorso;
- condanna i ricorrenti in solido al pagamento delle spese processuali in favore delle parti resistenti costituite in giudizio, pro quota, che liquida in complessivi Euro 3000,00 (tremila/00);
- dispone che la Segreteria, ai sensi dell'art. 130, comma 8, c.p.a., trasmetta copia della presente sentenza al Prefetto della Provincia di Palermo nonché al Sindaco pro tempore del Comune di Cefalù, per gli ulteriori adempimenti previsti e per quelli di cui al comma 11 dello stesso art. 130 c.p.a.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2012.

# PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

## **La consulenza di legittimità e di merito delle amministrazioni competenti, in via esclusiva, all'Avvocatura dello Stato**

*(Appunto a Consiglio di Stato, Sez. seconda, parere del 23 ottobre 2012 n. 04320)*

*L'Avvocatura dello Stato è l'organo istituzionalmente preposto a fornire pareri ed indicazioni nell'interesse dell'amministrazione; ad essa spetta supportare le scelte decisionali delle amministrazioni ogni qual volta le stesse ritengano, a loro discrezione, di doversi avvalere della consulenza pubblico-istituzionale.*

*All'Avvocatura compete il supporto gestionale dell'amministrazione con riguardo anche all'eventuale profilarsi di contenziosi.*

*Di contro, il Consiglio di Stato non è organo consultivo dell'Amministrazione e, quindi, non partecipa, mediante un'attività di consulenza di legittimità o di merito, all'ordinario svolgersi dell'azione amministrativa; per tale funzione di consulenza è previsto l'ausilio dell'Avvocatura dello Stato.*

*M.B.*

Numero 04320/2012 e data 23/10/2012

REPUBBLICA ITALIANA

Consiglio di Stato

Sezione Seconda

Adunanza di Sezione del 4 luglio 2012

NUMERO AFFARE 00265/2012

OGGETTO:

Ministero dell'economia e delle finanze, Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato. Lotteria istantanea "Sette e Vinci" – Vertenza Amministrazione Autonoma Monopoli di Stato (AAMS) e Istituto Poligrafico Zecca dello Stato (IPZS) – Parere sulla proposta di transazione.

## LA SEZIONE

Vista la relazione dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato prot. n. 49948, in data 16 dicembre 2011, trasmessa dal Ministero dell'economia e delle finanze, Ufficio del coordinamento legislativo finanze, con nota prot. n. 3-1309 del 2 febbraio 2012, con la quale è stato richiesto al Consiglio di Stato il parere sull'affare in oggetto;

Visto il parere interlocutorio reso nell'Adunanza del 7 marzo 2012;

Vista la nota prot. n. 406363 del 17 dicembre 2011 dell'Avvocatura generale dello Stato, trasmessa, in relazione al predetto parere interlocutorio, dal Ministero dell'economia e delle finanze - Ufficio del coordinamento legislativo - Finanze con lettera prot. n. 38293 del 13 giugno 2012;

Esaminati gli atti e udito il relatore, Consigliere Gerardo Mastrandrea;

Premesso:

Il quesito ha come oggetto la possibile soluzione, mediante un apposito atto di transazione, della vertenza intercorsa tra Amministrazione dei Monopoli di Stato (AAMS) e l'Istituto Poligrafico Zecca dello Stato (IPZS), in relazione alla vicenda della lotteria istantanea denominata "Sette e Vinci", per la quale si sono verificati errori di stampa da parte del Poligrafico dello Stato, che hanno determinato l'emissione di biglietti apparentemente vincenti venduti nella zona di Curno, risalenti al maggio 1996.

In particolare, premetteva l'AAMS che all'epoca dei fatti l'attività di ideazione, stampa e gestione delle lotterie, istantanee e tradizionali, era gestita dall'AAMS medesima, mentre la stampa, in concreto, dei biglietti era affidata *ex lege* al Poligrafico dello Stato, quale struttura "in house" del Ministero delle finanze.

In relazione a tali errori di stampa, si è registrata l'insorgenza di una consistente mole di contenzioso, ad oggi non del tutto definito (risultano pendenti n. 19 giudizi, per i quali è stata emessa sentenza di primo o secondo grado, per di più favorevole all'Amministrazione, successivamente impugnata dai detentori dei biglietti in questione, o per i quali si attendono notizie dalle Avvocature distrettuali sulla definitività dei provvedimenti), con rischio dunque di notevole ulteriore esborso di risorse pubbliche.

In proposito, puntualizzava l'Amministrazione, la situazione connessa al contenzioso è stata contenuta e fronteggiata in virtù dell'accoglimento di tesi difensive impostate sulla ripetibilità, nei casi di specie, della sola somma pari al costo del biglietto, ma non può escludersi che alla fine si addivenga a pronunzie di condanna dell'Amministrazione al pagamento dei premi reclamati dagli attori.

Ricadendo l'erronea stampa dei biglietti nell'imputabilità esclusiva dell'IPZS, l'AAMS, con la finalità di evitare l'accollo dell'onere economico corrispondente, ha, nel tempo, disposto la cessazione dei pagamenti al predetto Istituto a fronte di fatture emesse per la stampa di biglietti per altre lotterie. E ciò, fino alla conclusione dei giudizi ancora pendenti.

Precisava, altresì, l'Amministrazione riferente che tra la stessa e l'IPZS è intercorsa negli anni – anche per il tramite dell'Avvocatura dello Stato – una copiosa corrispondenza. In particolare, rileva che detto Istituto, pur avendo già in data 4 dicembre 1996 (nota prot. n. 297) assunto l'impegno di fronteggiare eventuali ed accertate responsabilità per i fatti contestati o contestabili dalla stessa, ha successivamente disatteso tali impegni (nota prot. n. 192 dell'8/04/2004), respingendo, di contro, le richieste di rimborso delle somme pagate dall'Amministrazione oggetto del citato contenzioso ed inviando, peraltro, periodici solleciti di pagamento delle fatture sospese.

Riferiva, inoltre, l'AAMS che da circa due anni, con la mediazione dell'Avvocatura generale dello Stato, sono in corso trattative per addivenire ad una transazione per la quale la stessa si è resa disponibile a riconoscere la somma di € 11.677.053,32, per fatture non pagate, oltre interessi legali, in cambio del riconoscimento della somma di € 900.183,44, quale importo versato dall'Amministrazione in esecuzione di sentenze passate in giudicato e di provvedimenti giudiziari, nonché di € 130.872,00 per i costi concernenti l'impiego del personale adibito al contenzioso insorto.

L'IPZS ha manifestato la propria disponibilità ad accedere a tale proposta, mentre non ha acconsentito alla proposta di pattuizione transattiva rispetto agli ulteriori oneri relativi ai contenziosi tuttora pendenti. Tali oneri economici, precisava l'Amministrazione, ammontano ad € 1.724.066,04 e si riferiscono a contenziosi per i quali è solo potenziale l'individuazione dell'effettivo soggetto onerato, essendosi consolidata una giurisprudenza favorevole all'Amministrazione.

Concludendo, l'AAMS evidenziava che, rispetto all'epoca nella quale i fatti si sono verificati, è mutata la natura giuridica dell'IPZS, ora S.p.A., con il Ministero dell'economia e delle finanze unico azionista, e trasmetteva la bozza dell'atto di transazione sopra descritto, predisposta dall'IPZS, ai fini dell'acquisizione del parere del Consiglio di Stato, ai sensi della direttiva del Ministro delle finanze del 22 settembre 1997.

La Sezione, in sede di esame dell'affare in oggetto, nell'Adunanza del 7 marzo 2012, premesso che l'invocata direttiva del Ministro delle finanze in data 22 settembre 1997, nell'individuare i casi nei quali è "conveniente acquisire il parere facoltativo del Consiglio di Stato ai fini del miglior perseguimento dell'interesse pubblico" cita "ogni transazione allorquando l'importo dal quale si origina il relativo contratto sia di misura superiore a lire 500 milioni", precisando, tuttavia, che "detto parere va richiesto in aggiunta a quello che è prescritto si debba acquisire dall'Avvocatura di Stato", osservava che il parere che a lume di tale direttiva è d'uopo sia richiesto al Consiglio di Stato "non si configura come sostitutivo, ma, semmai, al più, come aggiuntivo". Il Collegio riteneva, pertanto, imprescindibile acquisire il parere dell'Avvocatura dello Stato sull'atto transattivo in oggetto, "così come, peraltro, è tenuta di norma in tutti i casi nei quali si predispongano schemi di transazione con la P.A. al fine di addivenire alla soluzione di controversie insorte" e sospendeva l'emissione del parere, evidenziando, altresì, che restava, comunque, impregiudicata ogni definitiva valutazione sulla sussistenza dei presupposti a rendere il parere richiesto.

In relazione al predetto parere interlocutorio, con nota prot. n. 38293 del 13 giugno 2012, il Ministero dell'economia e delle finanze - Ufficio del coordinamento legislativo - Finanze ha trasmesso la nota dell'Avvocatura generale dello Stato, prot. n. 406363 del 17 dicembre 2011.

Considerato:

La Sezione ritiene doveroso rilevare, preliminarmente, che l'Avvocatura generale dello Stato, nel parere di cui alla nota prot. n. 406363 del 17 dicembre 2011, pur dando conto di alcune variazioni contenute nella nuova bozza di transazione, rispetto a quella precedentemente esaminata, ha concluso approvando "in linea legale" la bozza di transazione *de qua*, "non sussistendo elementi di diversità sostanziale rispetto alla precedente bozza sulla quale si era già pronunciata favorevolmente ... con nota in data 6 luglio 2011, prot. n. 221948P".

Ciò premesso, il Collegio, nel prendere atto di tale esito, deve nondimeno osservare che, nel caso di specie, in relazione alla questione prospettata, non appaiono sussistere i presupposti per attivare l'attività consultiva facoltativa del Consiglio di Stato e quindi rendere il parere richiesto.

Giova ricordare, in via generale, che in base all'orientamento consolidatosi dopo la riqualificazione dell'attività consultiva del Consiglio di Stato, intervenuta alla luce delle disposizioni di cui all'art. 17, commi 25 e segg., l. n. 127/1997, ferma restando la tipicità dei pareri da richiedersi in via obbligatoria, i pareri richiesti in via facoltativa devono investire questioni di diritto di portata generale e non attenere ad aspetti gestionali di natura concreta e singolare: il Consiglio di Stato non è, dunque, destinato a supportare le scelte decisionali delle amministrazioni ogni qual volta le stesse ritengano, a loro discrezione, di doversi avvalere della consulenza pubblico-istituzionale. Per una siffatta opera di supporto gestionale, con riguardo anche all'eventuale profilarsi di contenziosi, soccorre, infatti, l'Avvocatura dello Stato, organo istituzionalmente preposto a fornire pareri ed indicazioni nell'interesse non dell'ordinamento generale ma dell'Amministrazione assistita.

Corre l'obbligo di rammentare, invero, che il Consiglio di Stato, che non è organo consultivo dell'Amministrazione, e che quindi non partecipa, mediante un'attività di consulenza di legittimità o di merito, all'ordinario svolgersi dell'azione amministrativa (per tale funzione di consulenza è previsto l'ausilio dell'Avvocatura dello Stato), ma che deve qualificarsi quale organo ausiliario del Governo in una particolare posizione di autonomia, indipendenza e terzietà, attraverso la quale la funzione consultiva concorre insieme a quella giurisdizionale a realizzare la giustizia nell'amministrazione, non può che fornire il proprio avviso in stretta e rigorosa interpretazione della legge e su questioni di larga massima, la cui soluzione potrà guidare la successiva azione amministrativa nel suo concreto, futuro esplicitarsi (cfr. Cons. Stato, II, 25 settembre 2002, n. 2994/02).

Alla luce delle considerazioni che precedono, ritiene la Sezione che l'invocata direttiva del Ministro delle finanze in data 22 settembre 1997, che in base ad una valutazione di "convenienza", e, quindi, meramente discrezionale, ancorché ai fini del miglior perseguimento dell'interesse pubblico, individua le fattispecie nelle quali acquisire il parere facoltativo del Consiglio di Stato (peraltro, si ribadisce, non a caso configurato come aggiuntivo e non sostitutivo del parere dell'Avvocatura generale dello Stato, Organo deputato) non può costituire il fondamento giuridico per incardinare in capo al Consiglio di Stato la competenza, non supportata da alcuna previsione puntuale di legge, a rendere il parere sull'atto transattivo in questione.

Alla stregua delle considerazioni che precedono, prendendo atto, dunque, che l'Avvocatura generale dello Stato, quale organo istituzionalmente competente, si è già espressa, deve, pertanto, essere pronunciato il non luogo ad esprimere il richiesto parere.

P.Q.M.

La Sezione dichiara non esservi luogo ad esprimere parere.

L'ESTENSORE  
Gerardo Mastrandrea

IL PRESIDENTE  
Pietro Falcone

## **Sul patrocinio c.d. autorizzato degli enti lirici (ora, fondazioni di diritto privato)**

*(Parere prot. 297282 del 23 luglio 2012, AL 16227/12, avv. MARIA ELENA SCARAMUCCI)*

Con nota del 16 aprile u.s. codesta Avvocatura esponeva di avere rilevato che il patrocinio della Fondazione (...), che per legge e per Statuto dello stesso Ente è attribuito all'Avvocatura dello Stato, viene da tempo affidato, se pur in relazione a singole controversie, ad avvocati del libero foro, senza alcuna motivazione in ordine alla sussistenza di particolari ragioni giustificative di tale deroga.

Anche al fine di stabilire per tutti gli enti lirici, dopo la loro trasformazione in fondazioni di diritto privato, un indirizzo uniforme in materia di patrocinio c.d. autorizzato, chiedeva, quindi, alla Scrivente di chiarire quale atteggiamento si dovesse assumere nei confronti (...) in relazione alla problematica sopra evidenziata.

Prima di passare all'esame del quesito, si ritiene opportuno richiamare i presupposti e il contenuto del patrocinio previsto dal r.d. n. 1611 del 1933, come modificato dalla legge n. 103 del 1979, che distingue le ipotesi della "rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato" da quelle sulla "assunzione da parte dell'Avvocatura dello Stato della rappresentanza e difesa di amministrazioni non statali".

Nella prima ipotesi è previsto che nessuna amministrazione statale possa richiedere l'assistenza di avvocati del libero foro se non per ragioni assolutamente eccezionali, inteso il parere dell'Avvocato generale dello Stato, secondo norme che saranno stabilite dal Consiglio dei Ministri.

Nella seconda ipotesi, di cui all'art. 43, comma 1, è previsto che "L'Avvocatura dello Stato può assumere la rappresentanza e la difesa ... di amministrazioni pubbliche non statali ed enti sovvenzionati, sottoposti a tutela o anche a sola vigilanza dello Stato, sempre che sia autorizzata da disposizione di legge, di regolamento o di altro provvedimento approvato con regio decreto".

I commi 3 e 4 dell'art. 43 disciplinano direttamente i requisiti per la valida dispensa dal patrocinio obbligatorio ed indirettamente i presupposti per la valida nomina di un professionista del libero Foro.

Secondo i principi generali espressi nella circolare dell'Avvocatura Generale n. 46/2002 in merito alla natura e agli effetti del patrocinio, oltre che sulla scorta della conforme giurisprudenza della S.C., del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti, l'affidamento da parte dell'Ente pubblico di un incarico a un avvocato del libero Foro ha carattere di specialità, e deve essere supportato dall'esistenza di oggettive e inderogabili esigenze, nonché da adeguata motivazione.

La mancata deliberazione da parte dell'Ente, l'inesistenza della motivazione o la mancata sottoposizione della deliberazione dismissiva all'organo

di vigilanza, integrando una violazione del sistema normativo di cui al predetto art. 43, determinano l'invalidità del mandato e il conseguente difetto di *ius postulandi* del difensore, che condurrebbe alla nullità di tutte le attività processuali svolte, con conseguente prevedibile danno erariale.

Ciò premesso, si ricorda che con il D.Lgs del 29 giugno 1996 n. 367 è stato disposto l'avvio alla trasformazione degli Enti Lirici in Fondazioni di diritto privato, mentre l'art. 1 del D.L. 24 novembre 2000 n. 345 (convertito in Legge 26 gennaio 2001 n. 6) ne ha stabilito la trasformazione effettiva a decorrere dal 23 maggio 1998.

Il co. 3 della citata norma prevede che la Fondazione, che è dotata di uno statuto che ne specifica le finalità, *può* continuare ad avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato.

Come noto, lo Statuto della Fondazione (...) (adottato dal CdA della stessa Fondazione nella seduta del 6 maggio 1999 e approvato con D.M. 15 giugno 1999) ha previsto all'art. 20, testualmente che: "*La Fondazione si avvale della consulenza e del patrocinio legale dell'Avvocatura dello Stato, ai sensi dell'art. 7 del D.Lgs. n. 134/1998, salva diversa deliberazione del Consiglio di Amministrazione*".

Può, pertanto, affermarsi che, nei confronti (...), non vi sia stata, a seguito della riforma, soluzione di continuità nel rapporto di patrocinio autorizzato con l'Avvocatura dello Stato.

Nonostante quanto sopra premesso, osserva la Scrivente che il comportamento della Fondazione nei confronti di codesta Avvocatura induce a ritenere che la stessa interpreti la citata disposizione statutaria, non alla stregua del dato normativo sopra ricordato (art. 43, commi 3 e 4), ma nel senso della possibilità che il patrocinio erariale possa essere derogato mediante deliberazione del Consiglio di amministrazione ogniqualvolta quest'ultimo, in base a proprie insindacabili valutazioni, lo ritenga opportuno.

Ricordato che anche per la Fondazione (...) - in quanto ente pubblico finanziato dallo Stato e sottoposto alla vigilanza dello Stato - si pone l'esigenza di evitare un aggravio di spese per la difesa in giudizio, essendo il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato sostanzialmente gratuito, si ribadisce che la portata della norma statutaria non può eccedere quelli che sono i limiti tracciati dal chiaro dettato normativo sopra richiamato, secondo il quale, anche nel caso di patrocinio c.d. autorizzato, *la rappresentanza e la difesa ... sono assunte dall'Avvocatura dello Stato in via organica ed esclusiva*.

Caratteri fondamentali e inderogabili del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, infatti, sono quelli della organicità e della esclusività consistenti, rispettivamente, nello stabilirsi col rapporto di patrocinio - sia obbligatorio che autorizzato - di un rapporto di immedesimazione organica col soggetto patrocinato, sicchè nell'ambito di tale rapporto il soggetto patrocinato è rappresentato, per ogni profilo e senza necessità di specifico mandato, dall'Av-



vocatura dello Stato ed è nell'impossibilità di affidare il proprio patrocinio a legale diverso dall'Avvocatura dello Stato o di affiancare a quest'ultima altro legale del libero Foro (artt. 5, co. 1, e 43, co. 4, R.D. 1611/33). Ambedue i sottolineati caratteri hanno la loro ragion d'essere nell'esigenza di unicità e coerenza di indirizzi che potrebbe venir compromessa dall'eventualità o di approntare, di volta in volta, per svolgere scelte di gestione processuale, specifiche direttive o di svolgere difese non coerenti con gli indirizzi generali di istituto, conformi alla tutela generale dei pubblici interessi necessariamente informata a criteri di uniformità interpretativa ed applicativa della legalità.

Alla luce di quanto sopra esposto, la Scrivente ritiene che la norma statutaria autorizzatoria, sia se inserita in un provvedimento normativo che in un provvedimento amministrativo, non possa contenere altro che la previsione dell'estensione dei compiti dell'Avvocatura dello Stato ontologicamente dovuti per le Amministrazioni dello Stato anche ad altri enti diversi dalle amministrazioni statali.

Non è quindi consentito alla Fondazione di autodeterminarsi in ordine all'affidamento del patrocinio ad avvocati del libero Foro al di fuori delle condizioni poste dalla legge, ossia in presenza di oggettive e inderogabili esigenze, previa deliberazione sorretta da adeguata motivazione.

Viene da parte di codesta Avvocatura [distrettuale] segnalata, tuttavia, la difficoltà in cui l'ufficio potrebbe venire a trovarsi nell'assumere la difesa della Fondazione ove la consistenza del relativo contenzioso tornasse a livelli incompatibili con l'attuale organico presente in sede.

A prescindere dalle ipotesi regolate dall'art. 417 *bis* cpc (controversie individuali di lavoro), in merito alle quali si è espresso il Comitato consultivo in data 10 febbraio 2010, si osserva che nulla osta a che una diversa motivata delibera (sempre necessaria) da parte del Consiglio di Amministrazione della Fondazione riguardi non un'unica controversia, bensì un gruppo ben definito e omogeneo di giudizi (casi comunque "speciali"), nell'ipotesi in cui non si possa ricorrere - ad esempio, per impossibilità dell'Amministrazione di fornire adeguato supporto, o altre motivate ragioni - agli strumenti "ordinari" individuati negli articoli 2 e 3 del T.U. n. 1611/33.

Il Comitato consultivo si è di recente espresso in argomento in data 20 ottobre 2011, affermando che *lo strumento della delibera di "carattere generale" può essere attivato laddove, in considerazione dell'Autorità giudiziaria dinanzi alla quale i giudizi pendono (natura del Giudice; sua ubicazione), dell'oggetto delle cause (non particolare rilevanza economica e/o giuridica; ripetitività), dei tempi del giudizio, il ricorso a patrocinatore privato assicurati in determinati casi e in presenza di peculiari circostanze di fatto (a titolo meramente esemplificativo, la contiguità con l'Amministrazione e con il Foro, tali da rendere più celere e agevole l'istruttoria e più facile la presenza in udienza) una più pratica difesa della parte pubblica e si risolva, in ultima*

*analisi, in una soluzione pienamente conforme all'interesse pubblico.*

Come in quella sede è stato anche sottolineato, *una simile scelta - da intendersi sempre eccezionale, come l'art. 43 prescrive - non potrebbe che essere concordata con l'Avvocatura dello Stato (ed eventualmente sottoposta, ove previsto, all'Organo di vigilanza) a seguito di un attento e scrupoloso esame, ferma restando in singoli casi la possibilità di eccezione per particolari ragioni che rendano invece preferibile il ricorso all'Avvocatura.*

Nulla osta, inoltre, a che tali accordi vengano trasferiti in una convenzione sul modello di quella già conclusa con altri Enti pubblici ammessi al patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, vincolante per entrambe le parti, eventualmente con l'intervento dell'autorità di vigilanza.

Sulla questione è stato sentito il Comitato consultivo, che si è espresso in conformità nella seduta del 19 luglio 2012.

## **Ammissione degli stranieri al servizio civile nazionale**

*(Parere prot. 298530 del 24 luglio 2012, AL 12735/12, avv. GIANNA MARIA DE SOCIO)*

1. Con la nota indicata a margine codesto Ufficio espone che:

- a seguito della pubblicazione del bando per la selezione di 10.481 volontari da impiegare in progetti di servizio civile (pubblicato nella G.U. 75 del 20 settembre 2011), sono stati presentati due ricorsi proposti da due stranieri, rispettivamente dinnanzi al Tribunale di Brescia e al Tribunale di Milano, con i quali - ai sensi dell'art. 44 D.lgs 286/1998, come modificato dalla L. 189/2002 - è stata denunciata la natura asseritamente discriminatoria della clausola del predetto bando, nella parte in cui ammette i soli cittadini italiani alla selezione suddetta;

- di detti giudizi l'uno (quello instaurato a Milano) si è chiuso in primo grado con una decisione sfavorevole all'Ufficio, con la quale è stato dichiarato discriminatorio l'art. 3 del bando; sono state sospese le procedure di selezione, ed è stato ordinato all'amministrazione di *“modificare il bando nella parte in cui richiede il requisito della cittadinanza, consentendo l'accesso agli stranieri soggiornanti regolarmente in Italia e di fissare un nuovo termine per la presentazione delle domande”*; la decisione suddetta, impugnata dall'Ufficio, è stata sospesa dalla Corte d'Appello con riferimento *“all'ordine di sospensione delle procedure di selezione...”* e ad *“ogni conseguente pronuncia ordinatoria derivante”*; il giudizio pende tuttora;

- l'altro giudizio promosso dinnanzi al Tribunale di Brescia (rimesso alla III sezione civile da quella Lavoro originariamente adita), è stato definito in primo grado con una sentenza (trasmessa alla Scrivente con la nota del 10 maggio 2012), che ha respinto il ricorso. Per le vie brevi codesta Amministrazione ha fatto sapere che avverso la sentenza è stato proposto appello (con udienza indicata in citazione il 20 novembre 2012).

2. In relazione alla sopra descritta situazione di fatto, codesto Ufficio espone altresì che, avendo concluso le procedure relative al bando ordinario sopra specificato, *“dovrebbe procedere alla pubblicazione sul sito istituzionale dell'avviso recante le date entro le quali gli enti devono far pervenire il progetto per l'accompagnamento dei grandi invalidi e dei ciechi civili e successivamente emanare il Bando Straordinario per la selezione dei volontari da impiegare nei suddetti progetti, individuando i requisiti per la partecipazione alle selezioni”*, precisando che *“il descritto problema si pone anche in vista della imminente pubblicazione del bando per la selezione dei volontari da impiegare nei progetti autofinanziati da soggetti privati”*.

3. Si chiede pertanto il parere della Scrivente in ordine alla possibilità di indire nuovi bandi senza prevedere l'ammissione degli stranieri al servizio civile, tenuto conto che l'esecuzione dell'ordinanza del Tribunale di Milano comporterebbe il problema di chiarire in cosa consista la *“regolare residenza in Italia”* del cittadino straniero.

4. Tanto premesso, limitando le successive considerazioni alla posizione degli stranieri extracomunitari, ai quali si riferiscono le controversie che hanno dato luogo alla richiesta di parere, si osserva quanto segue.

5. La sentenza del Tribunale di Milano aveva

- dichiarato il carattere discriminatorio dell'art. 3 del Bando;

- sospeso le procedure di selezione;

- ordinato all'amministrazione di *“modificare il bando nella parte in cui richiede il requisito della cittadinanza, consentendo l'accesso agli stranieri soggiornanti regolarmente in Italia e di fissare un nuovo termine per la presentazione delle domande”*.

La decisione suddetta è stata sospesa dalla Corte di Appello con specifico riferimento *“all'ordine di sospensione delle procedure di selezione ...”* e ad *“ogni conseguente pronuncia ordinatoria derivante”* (1); sicchè sembra che la decisione di primo grado sia stata sospesa per quello che riguarda gli effetti ordinatori e non per quanto concerne il contenuto dichiarativo, ciò facendo venir meno, fino all'esito del giudizio di merito (la cui prossima udienza è fis-

---

(1) Infatti dal verbale di udienza risulta che *“gli appellati non si oppongono alla sospensione degli effetti della decisione impugnata per la sola parte in cui ordina alla Presidenza ... di sospendere le procedure di selezione e di modificare il bando 20 settembre 2011, ferma restando ogni altra statuizione e in particolare gli effetti dell'accertamento circa il carattere discriminatorio della esclusione degli stranieri”*.

sata per il 22 novembre 2012), l'esecutività della stessa e gli obblighi conseguenti con riferimento alla procedura concorsuale per cui è causa.

6. Sotto un profilo più generale, si osserva che la clausola del bando che ammette i soli cittadini italiani alla selezione per il servizio civile - ritenuta dal Tribunale di Milano comportamento discriminatorio ai sensi dell'art. 44 D.lgs. 286/98 (come modificato dalla L. 189/2002) - è stata invece considerata legittima e non discriminatoria da altri giudici di merito (tra altri dal Tribunale di Brescia, con la sentenza rimessa con la nota del 10 maggio 2012).

7. Oltre a ciò si deve rilevare che la riserva ai soli cittadini dell'accesso al servizio civile è prevista dall'art. 3 co. 1 del D.lgs. 5 aprile 2002 n. 77 (Disciplina del Servizio civile a norma dell'art. 2 della L. 64/2001) che prevede quanto segue:

*“Requisiti di ammissione e durata del servizio.*

*1. Sono ammessi a svolgere il servizio civile, a loro domanda, senza distinzioni di sesso i cittadini italiani, muniti di idoneità fisica, che, alla data di presentazione della domanda, abbiano compiuto il diciottesimo anno di età e non superato il ventottesimo”.*

Con riferimento a tale norma non è stato aperto incidente di costituzionalità, sicchè la norma suddetta - la quale crea per l'amministrazione un diretto vincolo non suscettibile di applicazione discrezionale - è tuttora vigente ed efficace.

Si aggiunge a ciò che una ipotetica censura di incostituzionalità del richiamato art. 3 co. 1 del D.lgs. 5 aprile 2002 n. 77 prevedibilmente non troverebbe avallo presso la Consulta, la quale si è ripetutamente pronunciata sulla peculiare natura del servizio civile, chiarendo che le norme sul servizio civile *“trovano fondamento, anzitutto, nell'art. 52 della Costituzione ...che configura la difesa della Patria come sacro dovere del cittadino, il quale ha una estensione più ampia dell'obbligo di prestare servizio militare. ...In questo contesto deve leggersi pure la scelta legislativa che, a seguito della sospensione della obbligatorietà del servizio militare ... configura il servizio civile come l'oggetto di una scelta volontaria, che costituisce adempimento del dovere di solidarietà (art. 2 della Costituzione), nonché di quello di concorrere al progresso materiale e spirituale della società (art. 4 Cost., secondo comma). ... In questo contesto, il servizio civile tende a proporsi come forma spontanea di adempimento del dovere costituzionale di difesa della Patria”* (Corte cost. 16 luglio 2004, n. 228, richiamata e ribadita da Corte cost., 2 dicembre 2005, n. 431).

Alla luce di tali principi si ritiene che ben difficilmente un ipotetico vaglio costituzionale della norma suddetta potrebbe concludersi sfavorevolmente, travolgendo la legittimità di eventuali bandi emessi sulla base della predetta disposizione; il che - a parere della Scrivente - porta anche ad escludere la natura discriminatoria (ai sensi dell'art. 44 D.lgs. 286/1998) della clausola del bando che riserva ai soli cittadini l'accesso al servizio civile.

8. Un ipotetico obbligo di disapplicazione diretta della norma da parte di

codesta Amministrazione potrebbe venire, in astratto, dalla sua eventuale incompatibilità con norme comunitarie direttamente efficaci o trasposte, sicchè è opportuno valutare anche tale aspetto al fine di rendere il richiesto parere.

Al proposito vengono in rilievo la Direttiva 2000/43/CE (Direttiva del Consiglio che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica) e la Direttiva n. 2000/78/CE (concernente la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro), recepite con i D.lgs. 215 e 216 del 2003.

Per quanto concerne la direttiva 2000/43/CE, l'art. 3 (Campo di applicazione) precisa che *“La presente direttiva non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni e le condizioni relative all'ingresso e alla residenza di cittadini di paesi terzi e di apolidi nel territorio degli Stati membri, né qualsiasi trattamento derivante dalla condizione giuridica dei cittadini dei paesi terzi o degli apolidi interessati”*.

Tali principi sono stati ribaditi anche in sede di recepimento, infatti il D.Lgs. n. 215/2003 prevede (art. 3) che il principio di parità di trattamento senza distinzione di razza e di origine etnica si applichi a tutte le persone, sia nel settore pubblico che privato, e sia suscettibile di tutela giurisdizionale, con specifico riferimento alle seguenti aree: a) accesso all'occupazione e al lavoro, sia autonomo che dipendente, compresi i criteri di selezione e le condizioni di assunzione; b) occupazione e condizioni di lavoro, compresi gli avanzamenti di carriera, la retribuzione e le condizioni di licenziamento; c) accesso a tutti i tipi e livelli di orientamento e formazione professionale, perfezionamento e riqualificazione professionale, inclusi i tirocini professionali; d) affiliazione e attività nell'ambito di organizzazioni di lavoratori, di datori o di altre organizzazioni professionali e prestazioni erogate dalle medesime; e) protezione sociale, inclusa la sicurezza sociale; f) assistenza sanitaria; g) prestazioni sociali; h) istruzione; i) accesso a beni e servizi, incluso l'alloggio.

Tuttavia la medesima norma precisa che *“il presente decreto legislativo non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni nazionali e le condizioni relative all'ingresso, al soggiorno, all'accesso all'occupazione, all'assistenza e alla previdenza dei cittadini dei Paesi terzi e degli apolidi nel territorio dello Stato, né qualsiasi trattamento, adottato in base alla legge, derivante dalla condizione giuridica dei predetti soggetti”*.

D'altra parte anche la direttiva n. 2000/78/CE (che riprende le diverse tipologie di discriminazioni individuate dalla direttiva n. 2000/43, applicandone il divieto, con specifico riferimento all'occupazione ed alle condizioni di lavoro, ad una serie di situazioni eterogenee, quali religione, convinzioni personali, handicap, età, tendenze sessuali) non riguarda, neanche essa, le differenze di trattamento basate sulla nazionalità, aspetto questo confermato anche dal D.lgs. 216/2003 che di tale direttiva costituisce trasposizione.

Tale ambito di applicazione, unitamente alla considerazione della peculiare natura del servizio civile, non riconducibile al rapporto di lavoro (cfr. Corte Cost. 2004, n. 228), a parere della Scrivente esclude la rilevanza, in materia, di profili comunitari.

In relazione a quanto sopra, pertanto, si può concludere che l'art. 3 co. 1 del D.lgs. 5 aprile 2002 n. 77 non appare incompatibile con la richiamata normativa comunitaria, il che esclude una sua diretta disapplicabilità (per tale ragione) da parte dell'Amministrazione.

9. In conclusione alla luce degli esposti principi e tenuto conto delle norme vigenti (che peraltro, a quanto consta, potrebbero essere oggetto di modifica da parte del legislatore), a parere della Scrivente nulla osta alla indizione di nuovi bandi contenenti la clausola di riserva ai soli cittadini dell'accesso al servizio civile in conformità all'art. 3 co. 1 del D.lgs. 5 aprile 2002 n. 77, essendo quest'ultima norma in vigore ed efficace, non in contrasto con principi comunitari (in quanto tale non disapplicabile dall'Amministrazione), e non manifestamente contrastante con i parametri costituzionali, ciò sembrando anche sufficiente - in via di principio - ad escludere che da essa possano essere indotti comportamenti potenzialmente discriminatori.

In tale contesto anche in caso di ipotetica soccombenza dell'Amministrazione in singoli giudizi intrapresi da soggetti non cittadini per accedere alla selezione, detta soccombenza non sarebbe di per sé sufficiente - in presenza di una siffatta norma di legge efficace e vincolante - a giustificare una eventuale modifica dei bandi né lo stralcio della clausola che a tale norma di legge si conforma.

Sul presente parere è stato sentito il Comitato Consultivo di cui all'art. 26 della legge 3 aprile 1979 n. 103, che si è espresso in conformità.

## **Applicabilità ai dirigenti RAI dei limiti alle retribuzioni disposti dal d.p.r. 195/2010**

*(Parere prot. 312424 del 2 agosto 2012, AL 27777/12, avv. GIUSEPPE ALBENZIO)*

Codesto Ministero chiede alla Scrivente parere sull'applicabilità ai dirigenti RAI dei limiti alle retribuzioni disposti dal d.p.r. 195/2010.

1. Ad avviso di questa Avvocatura, la limitazione al trattamento retributivo disposta in via generale dall'art. 3, comma 44, l. 244/2007 non si applica: a) ai componenti del Consiglio di amministrazione della RAI; b) ai dipendenti con contratto di lavoro subordinato.

a) il disposto generale appena citato ("3. 44. *Il trattamento economico onnicomprensivo di chiunque riceva a carico delle pubbliche finanze emolumenti o retribuzioni nell'ambito di rapporti di lavoro dipendente o autonomo con pubbliche amministrazioni statali di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, agenzie, enti pubblici anche economici, enti di ricerca, università, società non quotate a totale o prevalente partecipazione pubblica nonché le loro controllate, ovvero sia titolare di incarichi o mandati di qualsiasi natura nel territorio metropolitano, non può superare quello del primo presidente della Corte di cassazione. Il limite si applica anche ai magistrati ordinari, amministrativi e contabili, ai presidenti e componenti di collegi e organi di governo e di controllo di società non quotate, ai dirigenti*") non si applica ai casi previsti dall'art. 4 d.p.r. 195/2010 ("3. *Le attività soggette a tariffa professionale, le attività di natura professionale non continuativa, i contratti d'opera di natura non continuativa ed i compensi determinati ai sensi dell'articolo 2389, terzo comma, codice civile, degli amministratori delle società non quotate a totale o prevalente partecipazione pubblica e le loro controllate investiti di particolari cariche, non sono assoggettati al rispetto del limite di cui al presente regolamento*").

La retribuzione dei componenti degli organi di amministrazione delle società non quotate, direttamente o indirettamente controllate dallo Stato ai sensi dell'art. 2359, prima comma, numero 1), del codice civile (quale è la RAI) era stata oggetto di specifica disposizione riduttiva nella stessa l. 244/2007, art. 3, comma 12, lett. a): "*I compensi deliberati ai sensi dell'articolo 2389, prima comma, del codice civile sono ridotti, in sede di prima applicazione delle presenti disposizioni, del 25 per cento rispetto ai compensi precedentemente deliberati per ciascun componente dell'organo di amministrazione*".

L'esclusione concerne i compensi dei componenti degli organi di amministrazione, da intendersi il Presidente e i componenti del Consiglio di Amministrazione RAI, e non sembra estensibile anche al Direttore Generale, attesa la necessità di stretta interpretazione della disposizione esentiva di natura eccezionale contenuta nel citato art. 4 d.p.r. 195/2010 e la natura e le funzioni del Direttore Generale, organo di gestione dell'azienda e di esecuzione delle deliberazioni consiliari, secondo quanto delineato dall'art. 29 dello Statuto RAI.

b) La disposizione generale in esame non trova applicazione neppure per gli emolumenti indicati nel comma 2 dell'art. 4 del d.p.r. 195/2010 il quale recita: "*2. Ai fini della verifica del rispetto del limite non è computato il corrispettivo globale percepito per il rapporto di lavoro o il trattamento pensionistico corrisposti al soggetto destinatario, rispettivamente, dall'amministrazione o dalla società di appartenenza e dall'ente previdenziale. Ai fini della verifica del rispetto del limite non è computata la parte del compenso che il soggetto destinatario è obbligato a versare in fondi. Negli incarichi di durata pluriennale con compenso cumulativamente previsto, al fini della de-*

*terminazione del limite, il compenso è computato in parti uguali per gli anni di riferimento, tenendo conto delle frazioni di anno".*

Nessuna rilevanza in materia assumono le disposizioni dell'art. 23-ter d.l. 201/2011 e del suo decreto attuativo (DPCM 23 marzo 2012) aventi ad oggetto solo *"emolumenti o retribuzioni nell'ambito di rapporti di lavoro dipendente o autonomo con pubbliche amministrazioni statali di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, ivi incluso il personale in regime di diritto pubblico di cui all'articolo 3 del medesimo decreto legislativo"*, quindi con esclusione delle *società non quotate, direttamente o indirettamente controllate dallo Stato*, oggetto della disposizione generale del 2007.

Pertanto, la detta esclusione, tutt'ora operante per i dipendenti delle società controllate (e, quindi, della RAI) e non più per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, potrebbe essere applicata alla retribuzione del Direttore Generale qualora questa figura possa qualificarsi come rapporto di lavoro dipendente.

In proposito, si osserva che lo Statuto RAI - art. 29 - contempla la figura con riferimento ai poteri attribuiti, senza indicazioni sulla natura del relativo rapporto di lavoro, così che lo stesso potrebbe in astratto strutturarsi *sub specie* di lavoro subordinato o di lavoro autonomo.

Occorre, pertanto, verificare in concreto il contenuto del contratto che lega il Direttore Generale all'azienda onde attribuirgli la necessaria qualificazione.

Qualora il detto contratto possa qualificarsi di natura dirigenziale subordinata, la relativa retribuzione sfuggirebbe al "tetto" retributivo previsto dall'art. 3, comma 44, l. 244/2007, in virtù dell'art. 4, comma 2, d.p.r. 195 sopra citato; nel caso, invece, il contratto sia da qualificarsi come di natura professionale autonoma, la retribuzione dovrebbe essere assoggettata al "tetto" di cui sopra perché non potrebbe rientrare nelle ipotesi estensive previste dal comma 3 del citato art. 4, né con riferimento alle *"attività soggette a tariffe professionale"* (non ricorrendone i presupposti) né quanto a *"le attività di natura professionale non continuativa, i contratti d'opera di natura non continuativa"* (attesa la natura "continuativa" del rapporto).

In conclusione, allo stato attuale della normativa vigente, i limiti alle retribuzioni disposti dall'art. 3, comma 44, l. 244/2007 sembrano non potersi applicare ai componenti degli organi di amministrazione della RAI, secondo l'art. 4, comma 3, d.p.r. 195/2010, mentre non trovano applicazione per il Direttore Generale soltanto qualora sia stato assunto con contratto di lavoro subordinato, ai sensi dell'art. 4, comma 2, stesso decreto.

2. *De jure condendo*, bisogna dar conto del testo del d.l. 6 luglio 2012 n. 95, come modificato ed approvato dal Senato in sede di conversione (n. 3396 atto senato) ed attualmente all'esame della Camera dei Deputati per la definitiva approvazione.

Il trattamento economico dei dipendenti delle società a prevalente parte-



cipazione pubblica e, quindi, della RAI è preso in considerazione sia dall'art. 4, comma 11 ("*...il trattamento economico complessivo ... non può superare quello ordinariamente spettante per l'anno 2011*") sia dall'art. 2, commi 20-*quater* e 20-*quinquies* (aggiunti in sede di conversione); questi ultimi impingono nell'oggetto del parere richiesto, nel senso che, estendendo anche ai compensi dei componenti dei consigli di amministrazione ed al trattamento economico annuo onnicomprensivo dei dipendenti delle dette società il tetto del trattamento economico del primo presidente della Corte di Cassazione, e prevedendo l'applicabilità della disposizione solo per il futuro ("*a decorrere dal primo rinnovo dei consigli di amministrazione ... e ai contratti stipulati e agli atti emanati successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto*") confermano la correttezza della ricostruzione della normativa attualmente vigente sopra delineata e delle conclusioni formulate nel precedente punto 2.1.

Sul presente parere è stato sentito il Comitato Consultivo che si è espresso in conformità nella seduta del 2 agosto 2012.

## **“Limite massimo retributivo per emolumenti o retribuzioni nell’ambito di rapporto di lavoro dipendente o autonomo con le pubbliche amministrazioni statali” - D.P.C.M. 23 marzo 2012**

*(Parere prot. 368257 del 26 settembre 2012, AL 21789/12, avv. WALLY FERRANTE)*

Con la nota del 1 giugno 2012, codesto Istituto ha chiesto l'avviso di questa Avvocatura in merito alla computabilità, per il personale dirigenziale fuori ruolo proveniente dall'Avvocatura dello Stato, degli onorari *ex art.* 21 R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611 ai fini del calcolo della percentuale del 25% dell'ammontare complessivo del trattamento economico percepito di cui all'art. 23 *ter* (\*) del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201 convertito dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214. Ciò alla luce di quanto disposto dagli articoli 3 e 4 del D.P.C.M.

---

(\*) Art. 23 *ter*:

*(...) 2. Il personale di cui al comma 1 che è chiamato, conservando il trattamento economico riconosciuto dall'amministrazione di appartenenza, all'esercizio di funzioni direttive, dirigenziali o equiparate, anche in posizione di fuori ruolo o di aspettativa, presso Ministeri o enti pubblici nazionali, comprese le autorità amministrative indipendenti, non può ricevere, a titolo di retribuzione o di indennità per l'incarico ricoperto, o anche soltanto per il rimborso delle spese, più del 25 per cento dell'ammontare complessivo del trattamento economico percepito (...). [N.d.r.]*

del 23 marzo 2012, adottato in attuazione del comma 1 del predetto art. 23 *ter* che, come è noto, fissa un tetto retributivo massimo per chiunque riceva a carico delle finanze pubbliche emolumenti o retribuzioni nell'ambito di rapporti di lavoro dipendente o autonomo con pubbliche amministrazioni statali.

Trattandosi di questioni di massima di particolare delicatezza, la Scrivente, (...) ha reputato opportuno acquisire preliminarmente l'avviso della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per la funzione pubblica e del Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato in ordine al quesito prospettato.

Con nota del 26 luglio 2012, n. 64018, il Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato ha rappresentato che gli importi degli onorari spettanti al personale dell'Avvocatura dello Stato collocato fuori ruolo presso l'ISVAP non possono essere computati nel calcolo del trattamento economico su cui applicare la percentuale del 25 %, in quanto trattasi di voci di natura variabile, legate all'effettiva prestazione presso l'amministrazione di origine e strettamente correlate all'attività che gli interessati, collocati fuori ruolo presso l'ISVAP, non svolgono più presso l'Avvocatura.

Ciò premesso, va sottolineato che l'art. 4 del citato D.P.C.M. del 23 marzo 2012, al comma 2, dispone, a proposito del conferimento di incarichi dirigenziali a personale collocato fuori ruolo o in aspettativa, che *“se l'assunzione dell'incarico comporta la perdita di elementi accessori della retribuzione propri del servizio nell'amministrazione di appartenenza, alla percentuale di cui al comma 1 si aggiunge un importo pari all'ammontare dei predetti elementi accessori, che vengono contestualmente considerati ai fini del calcolo della percentuale medesima”*.

Come anche ritenuto dal Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, tale norma non sembra potersi applicare agli onorari percepiti dagli avvocati e procuratori dello Stato ai sensi dell'art. 21 del regio decreto 30 ottobre 1933, n. 1611 trattandosi di emolumenti accessori e di natura variabile, il cui importo muta di anno in anno e da dipendente a dipendente in base all'anzianità e alla sede di servizio nonché al numero degli avvocati e procuratori in ruolo.

Nello stesso senso ha concluso la Corte dei Conti (Sezioni riunite di controllo del 4 ottobre 2011, n. 51/CONTR/11) in relazione alle risorse destinate a remunerare le prestazioni professionali dell'avvocatura interna di comuni e province.

Come già rappresentato con nota del Segretario Generale del 24 febbraio 2012, n. 69263 P indirizzata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della Funzione Pubblica, dal tenore letterale dell'art. 9, comma 2 del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, si evince, *a contrario*, che gli onorari degli avvocati e procuratori dello Stato, salvo espressa previsione di legge, non rientrano nel loro trattamento

economico complessivo e quindi non possono essere computati ai fini dell'applicazione del tetto retributivo di cui all'art. 23 *ter* del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214. Del resto, ai sensi dell'art. 17, comma 3 della legge 2 aprile 1979, n. 97, recante norme sullo stato giuridico dei magistrati e sul trattamento economico dei magistrati ordinari e amministrativi, dei magistrati della giustizia militare e degli avvocati dello Stato, i compensi previsti dal citato art. 21 del regio decreto n. 1611 del 1933 sono esclusi dal principio di onnicomprensività del trattamento economico degli avvocati e procuratori dello Stato.

Ne consegue, coerentemente, che detti compensi non possono essere inclusi nella base di calcolo della percentuale del 25% di cui al più volte citato art. 23 *ter*.

Sui profili di massima della presente questione, si è espresso in conformità il Comitato Consultivo nella seduta del 25 settembre 2012.

## **Concessioni radio/televise: possibilità di affitto del servizio da parte del concessionario**

*(Parere prot. 372568 del 28 settembre 2012, AL 25265/12, avv. ALESSANDRO DE STEFANO)*

Con la nota in riferimento codesta Amministrazione chiede se, in via di astratto diritto, sia possibile riconoscere la validità di un contratto di affitto di azienda, con il quale il concessionario di un servizio di radiodiffusione sonora e televisiva analogica in ambito locale o per la radiodiffusione sonora in ambito nazionale ceda ad altro soggetto il diritto di esercitare la propria attività. Nel caso in cui al predetto quesito si dovesse dare risposta affermativa, codesta Amministrazione chiede altresì se l'obbligo di pagamento del canone di concessione sia da imputarsi al concessionario o all'affittuario, che di fatto gestisce l'emittente.

Questa Avvocatura ritiene che occorre distinguere i profili di carattere privatistico, che attengono al rapporto negoziale che intercorre tra le parti, dai profili di diritto pubblicistico, che concernono il rapporto con l'Amministrazione concedente.

Sotto il primo aspetto, si rileva che - secondo la giurisprudenza della Cassazione - il contratto rientra nell'autonomia privata delle parti e può considerarsi valido ed efficace tra di esse, perché non contrasta con norme imperative ed non ha per oggetto un bene indisponibile. Si ravvisa infatti una specie di

sub-concessione, con cui il concessionario dispone delle facoltà derivanti dal rapporto pubblicistico istituito con l'Amministrazione, che hanno la consistenza di veri e propri diritti soggettivi nei rapporti interprivati (in tal senso, cfr. Cass., 27 marzo 2009, n. 7532, che richiama i principi enunciati dalle SS.UU. con sentenze nn. 9233/02 e 4021/93).

Tuttavia, come riconoscono le stesse sentenze citate innanzi, ciò non implica che l'Amministrazione concedente sia obbligata a prender atto dell'accordo privato intercorso tra le parti ed a trasferire al terzo affittuario le posizioni soggettive che derivano dall'atto di concessione adottato a favore del locatore. Infatti, il rapporto pubblicistico rimane regolato dalla legge, che costituisce espressione di esigenze e di interessi di carattere generale. Da ciò consegue che l'Amministrazione potrà disporre il trasferimento del rapporto concessorio nei soli casi e con i soli limiti in cui ciò sia consentito dalle norme vigenti, e potrà invece ritenere che il contratto di affitto non sia opponibile nei suoi confronti, fino a pervenire alla dichiarazione di decadenza dal rapporto, qualora la situazione non sia conforme alle previsioni normative ed agli obblighi del concessionario.

In questa prospettiva, si deve osservare che l'art. 27, comma 5, del d.lgs. 177 del 2005, che specificamente disciplina il trasferimento delle concessioni di cui trattasi, si limita a consentire la devoluzione del rapporto a seguito di trasferimenti di impianti, di rami di azienda o di intere emittenti a favore di altro concessionario, ovvero l'acquisizione di concessionarie costituite in forma di società cooperative a r.l. da parte di società di capitali, ovvero le cessioni di intere emittenti radiofoniche analogiche a società di capitali di nuova costituzione da parte di soggetti titolari di più concessioni. La specificità delle previsioni normative, che individuano con rigore i soggetti, l'oggetto e le condizioni delle operazioni di trasferimento, induce a ritenere che il legislatore abbia voluto ammettere la voltura delle concessioni delle frequenze nelle sole ipotesi espressamente contemplate, escludendo la possibilità di interpretazioni analogiche ed estensive.

In particolare, non sembra che il riferimento alle "cessioni" di emittenti radiofoniche analogiche da parte dei titolari di più concessioni a favore di società di nuova costituzione possa essere ritenuto comprensivo dell'ipotesi dell'affitto di azienda. Il legislatore ha fatto riferimento ad una fattispecie che contempla la definitiva dismissione della concessione da parte del precedente titolare; e non sembra che a questa ipotesi possa essere equiparata la diversa fattispecie in cui si determini una scissione tra la titolarità e l'esercizio dell'emittente.

Oltre tutto, una simile fattispecie comporterebbe una serie di problemi applicativi che il legislatore ha verosimilmente voluto evitare, come quello - posto in evidenza da codesta Amministrazione con il proprio secondo e condizionato quesito - della individuazione del soggetto obbligato al pagamento

del canone concessorio. Non si può inoltre trascurare che la possibilità di trasferire il diritto di emittenza radiotelevisiva mediante contratto di affitto potrebbe originare fenomeni speculativi, che il legislatore non ha inteso avallare.

Le considerazioni sopra svolte sembrano confermate dai principi di carattere generale che disciplinano il rilascio della licenza d'uso delle frequenze, che costituisce condizione essenziale per l'esercizio dell'attività di trasmissione radio-televisiva. A tal riguardo, la normativa comunitaria di riferimento prevede che *"gli Stati membri hanno la facoltà di prevedere che le imprese trasferiscano i diritti di uso delle radiofrequenze ad altre imprese"* [art. 9 della direttiva 2002/21/CE (cd. "direttiva quadro")] e che *"Nel concedere i diritti [per l'uso delle frequenze: n. d. r.] gli Stati membri precisano se sono trasferibili su iniziativa del detentore degli stessi e a quali condizioni, nel caso delle frequenze radio, conformemente all'art. 9 della direttiva 2002/21/CE"* [(art. 5, par. 2, comma 2, della direttiva 2002/20/CE (cd. "direttiva autorizzazioni"))].

Nel recepire questi principi, l'art. 27, comma 5 *bis*, del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, ha previsto che *"al momento del rilascio dei diritti d'uso [delle frequenze radio: n. d. r.] il Ministero specifica se tali diritti possono essere trasferiti dal titolare e a quali condizioni"*.

Un'ulteriore conferma della soluzione interpretativa qui sostenuta si desume dal comma 6 *bis* del citato d.lgs. n. 259 del 2003, introdotto dall'art. 23, comma 5, del d.lgs. 28 maggio 2012, n. 70, secondo cui *"il Ministero e l'Autorità [...] assicurano che le frequenze radio siano utilizzate in modo efficiente ed efficace [...]"*, ed adottano, se del caso, *«misure appropriate, quali ad esempio l'obbligo di vendita o di locazione dei diritti d'uso delle frequenze radio"*. Da questa norma si desume per un verso che i concessionari sono tenuti ad utilizzare in modo efficiente e efficace le frequenze ad essi assegnate (circostanza che non si verificherebbe, qualora potessero utilizzarle come beni di mero godimento e come oggetto di negozi di affitto), e per un altro verso che il legislatore ha considerato la locazione soltanto come una misura di regolamentazione, diretta ad evitare la distorsione della concorrenza, e non pure come una facoltà del concessionario.

Per queste ragioni, si ritiene che il trasferimento possa essere ammesso nelle sole ipotesi espressamente previste dalla legge, nonché negli ulteriori casi eventualmente previsti dal provvedimento di concessione. Ne consegue che, al di fuori di tali ipotesi, la dismissione ed il trasferimento a terzi del diritto d'uso, sebbene valido sotto il profilo civilistico, non comporta il diritto del terzo di conseguire il riconoscimento della sua emittente, e può configurare anzi una violazione degli obblighi gravanti sul concessionario.

In tal senso sembra d'altronde orientata la prassi amministrativa. In relazione ad una controversia proposta da un'emittente televisiva (...) ed attualmente pendente dinanzi al Tar del Lazio (causa n.r.g. ...), codesto Ministero ha infatti rappresentato di non aver censito un impianto gestito dalla ricorrente

perché acquisito in base ad un contratto di comodato d'uso a titolo gratuito ed a tempo indeterminato, che non conferisce affatto la titolarità dell'esercizio. In senso analogo si è espresso l'Ispettorato Territoriale del Lazio con nota del 6 luglio 2012 in relazione al caso dell'emittente (...), qui segnalato per le vie brevi da codesto Ministero.

Si ritiene quindi che al contratto di affitto del ramo di azienda di un'emittente radiofonica non possano riconoscersi effetti nei confronti dell'Amministrazione, se ciò non sia espressamente consentito dall'atto di concessione.

Il presente parere viene reso previa audizione del Comitato Consultivo di questa Avvocatura, che si è espresso in conformità nella seduta del 25 settembre u.s.

## **Spese di custodia dei veicoli sequestrati o sottoposti a fermo amministrativo per violazione del codice della strada**

*(Parere prot. 375988 del 1° ottobre 2012, AL 10575/12,  
avv. DANIELA CANZONERI e dott. GIUSEPPE ZUCCARO)*

### **1. Individuazione della fattispecie.**

Codesto Ministero ha proposto alla Scrivente il seguente quesito: “*Se le disposizioni di cui agli artt. 11 e 12 D.P.R. 29 luglio 1982, n. 571 devono essere interpretate nel senso che l'art. 11 porrebbe a carico dell'Amministrazione le sole spese vive che l'amministrazione o il terzo hanno sostenuto per assicurare la custodia dei veicoli sequestrati o sottoposti a fermo amministrativo per violazione del codice della strada, mentre l'art. 12 porrebbe a carico dei proprietari degli anzidetti veicoli le ulteriori spese di conservazione*”.

I dubbi interpretativi sono sorti a seguito di due distinti pareri resi dalla Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli (CS 4073/2011 del 6 luglio 2011 prot. 81476P, e CS 2774/2012, prot. 35257P del 13 marzo 2012).

Il primo dei pareri dell'Avvocatura Distrettuale di Napoli è stato reso in funzione difensiva, avuto riguardo ad una proposta di transazione avanzata da una ditta iscritta nell'elenco di cui all'art. 8 del D.P.R. 571/82 a seguito di emissione di decreti ingiuntivi ottenuti nei confronti dell'amministrazione sull'assunto che su questa gravasse l'obbligo di anticipazione delle spese di custodia di alcuni veicoli sottoposti alla misura cautelare del sequestro ammi-

nistrativo *ex art.* 11 del D.P.R. 571/82 ed ancora giacenti presso la depositaria, mentre il secondo è stato reso, unitamente ad altri successivi, in funzione esplicativa dell'assunto difensivo con riguardo agli aspetti generali che la problematica dell'affidamento della custodia aveva presentato nel corso degli anni, in particolare dalla entrata in vigore delle modifiche al Codice della Strada introdotte con D.L. 30 settembre 2003 n. 269.

Il presente parere non costituisce quindi un riesame - per ciò solo inammissibile - dei pareri resi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli in funzione difensiva, ed è volto unicamente all'esame dei quesiti generali sottesi alla richiesta di parere formulata da codesta Amministrazione.

## ***2. Soluzioni prospettabili. Considerazioni preliminari.***

Tutto ciò premesso e considerato, occorre precisare che i pareri dell'Avvocatura Distrettuale di Napoli hanno il merito di aver messo in evidenza il cronico ritardo delle Amministrazioni interessate a dare attuazione alla disciplina del c.d. custode-acquirente di cui all'art. 214-*bis* C.d.S., dettata dal legislatore proprio al fine di "scardinare il sistema del ricorso alle depositarie *ex art.* 8 del D.P.R. 571/82" che ha "dato luogo, per un ventennio, a gravi disfunzioni che" si sono tradotte "per le casse dell'erario in un gravissimo danno" (cfr. nota dell'Avvocatura Distrettuale di Napoli del 23 maggio 2012, prot. 67089 P).

Ne deriva che appare assolutamente necessario procedere in tempi brevi a dare attuazione alla disciplina del c.d. custode-acquirente, provvedendo alla tempestiva individuazione dei custodi-acquirenti di cui all'art. 214-*bis* C.d.S. in tutti gli ambiti provinciali del territorio nazionale.

Nelle more dello svolgimento delle gare per l'individuazione dei custodi-acquirenti, codesto Ministero dovrà procedere (come suggerito dall'Avvocatura Distrettuale di Napoli), negli ambiti provinciali ancora scoperti e nell'ipotesi in cui sia già stato individuato ed in concreto operi il c.d. custode-acquirente in ambiti provinciali limitrofi, all'affidamento della custodia dei veicoli sottoposti a sequestro o a fermo, in favore di tale operatore.

Sempre nelle more dell'attivazione del custode-acquirente, codesto Ministero dovrà fare ricorso alla procedura di cui all'art. 38 d.l. 269/2003, convertito in L. n. 326/2003, al fine di liberare le depositarie giudiziarie dai veicoli da lungo tempo giacenti presso di esse.

La norma in esame detta infatti le disposizioni per la semplificazione in materia di sequestro, fermo, confisca e alienazione dei veicoli. Com'è noto, essa, al comma 2, prevede che: "I veicoli giacenti presso le depositarie autorizzate a seguito dell'applicazione di misure di sequestro e sanzioni accessorie previste dal decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285, e successive modificazioni, ovvero quelli non alienati per mancanza di acquirenti, purché immatricolati per la prima volta da oltre cinque anni e privi di interesse storico e

*collezionistico, comunque custoditi da oltre due anni alla data del 30 settembre 2003, anche se non confiscati, sono alienati, anche ai soli fini della rottamazione, mediante cessione al soggetto titolare del deposito*". Vorrà, pertanto, codesto Ministero adottare, di concerto con l'Agazia del Demanio, un nuovo decreto dirigenziale, al fine di riattivare la procedura straordinaria di alienazione e rottamazione, nel rispetto dei presupposti previsti dal comma 2 dell'art. 38 cit., al fine di liberare le depositerie giudiziarie dai veicoli ivi esistenti.

Codesto Ministero dovrà altresì procedere, per i veicoli che non rientrano nell'ambito di applicazione del citato comma 2 dell'art. 38 d.l. 269/2003, secondo le modalità di cui al successivo comma 11 dell'art. 38 cit, secondo il quale: *"In relazione ai veicoli, diversi da quelli oggetto della disciplina stabilita dal presente articolo, che alla data di entrata in vigore del presente decreto sono giacenti presso le depositerie autorizzate a seguito dell'applicazione di misure di sequestro o di fermo previste dal decreto legislativo n. 285 del 1992, l'organo di polizia che ha proceduto al sequestro o al fermo notifica al proprietario l'avviso previsto dal comma 2-quater dell'articolo 213 del predetto decreto legislativo, introdotto dal comma 1, lettera a), n. 2) del presente articolo, con l'esplicito avvertimento che, in caso di rifiuto della custodia del veicolo a proprie spese, si procederà, altresì, all'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria e della sanzione amministrativa accessoria previste, al riguardo, dal comma 2-ter del predetto articolo 213, introdotto dal comma 1, lettera a), n. 2) del presente articolo. Il termine di dieci giorni, dopo il cui inutile decorso si verifica il trasferimento della proprietà del veicolo al custode, decorre dalla data della notificazione dell'avviso"*.

Giova precisare che la procedura di cui all'art. 38 co. 2 del D.L. n. 269/2003, convertito in L. n. 326/2003, non riveste carattere eccezionale e temporaneo.

L'art. 38, co. 3, cit., prevede, infatti, che nel caso di giacenza presso le depositerie di un certo tipo di veicoli e al verificarsi di determinate condizioni, all'alienazione ed alle attività ad essa funzionali e connesse (per quanto concerne i veicoli di cui al comma 2) procedano congiuntamente il Ministero dell'Interno e l'Agazia del Demanio, secondo modalità stabilite con decreto dirigenziale di concerto tra le due amministrazioni.

Ciò conferma il difetto del carattere di "temporaneità" alla procedura in esame: la circostanza che il decreto dirigenziale del 2004 dettava una determinata tempistica appare coerente con tale atto, avente natura meramente amministrativa, volto a regolamentare un'attività da porre in essere con riferimento ad uno stato di fatto (alienazione di veicoli giacenti presso le depositerie al momento della adozione del decreto); nulla esclude, però, l'adozione di un nuovo decreto dirigenziale che vada a regolamentare le medesime attività, allorché il presupposto che consente la adozione della procedura di alienazione (giacenza da un certo tempo presso le depositerie di determinati veicoli sottoposti a misure di sequestro e sanzioni accessorie ex D.Lgs. n.



285/92, ovvero non alienati, ovvero non confiscati e di cui al punto 2 del medesimo articolo) venga constatato in un momento successivo alla adozione del decreto dirigenziale del 2004.

Il carattere “temporaneo” o “eccezionale” della procedura, inoltre, non trova conferma neppure nella rubrica dell’articolo 38 cit., che detta le “*Norme di semplificazione in materia di sequestro, fermo, confisca e alienazione di veicoli*”.

Facendo corretta applicazione delle previsioni di cui ai commi 2 e 11 dell’art. 38 d.l. 269/2003 s.m.i., si ritiene che, nelle more dell’individuazione del custode-acquirente, si possa perseguire l’obiettivo voluto dal legislatore, di liberare le depositerie giudiziarie dai veicoli da lungo tempo ivi custoditi, e ciò con conseguente ingente risparmio di spesa per l’Erario.

### **3. Ambito di applicazione della disciplina di cui al D.P.R. 571/1982, e del D.Lgs. 285/1992 (c.d. Codice della Strada).**

Venendo ora all’esame delle complesse problematiche sollevate dalla questione in esame, occorre, in primo luogo, rilevare che la corretta applicazione degli artt. 213 e 214 del C.d.S. dovrebbe ridurre drasticamente il numero dei veicoli da ricoverare presso le depositerie giudiziarie.

L’applicazione delle sanzioni collegate alla mancata assunzione dell’obbligo di custodia da parte dei soggetti contemplati nelle anzidette norme dovrebbe, infatti, costituire un forte deterrente al verificarsi delle anomalie caratterizzanti il previgente sistema, nel quale di fatto il veicolo veniva “abbandonato” dal proprietario.

A norma infatti dell’art. 214 , per quel che qui interessa, “*salvo quanto previsto dal comma 2-quinquies, nelle ipotesi di cui al comma 1, il proprietario ovvero, in caso di sua assenza, il conducente del veicolo o altro soggetto obbligato in solido, è nominato custode con l’obbligo di depositare il veicolo in un luogo di cui abbia la disponibilità o di custodirlo, a proprie spese, in un luogo non sottoposto a pubblico passaggio, provvedendo al trasporto in condizioni di sicurezza per la circolazione stradale (...) -2 bis. Entro i trenta giorni successivi alla data in cui, esauriti i ricorsi anche giurisdizionali proposti dall’interessato o decorsi inutilmente i termini per la loro proposizione, è divenuto definitivo il provvedimento di confisca, il custode del veicolo trasferisce il mezzo, a proprie spese e in condizioni di sicurezza per la circolazione stradale, presso il luogo individuato dal prefetto ai sensi delle disposizioni dell’articolo 214-bis. Decorso inutilmente il suddetto termine, il trasferimento del veicolo è effettuato a cura dell’organo accertatore e a spese del custode, fatta salva l’eventuale denuncia di quest’ultimo all’autorità giudiziaria qualora si configurino a suo carico estremi di reato (...) -ter. All’autore della violazione o ad uno dei soggetti con il medesimo solidalmente obbligati che rifiutino di trasportare o custodire, a proprie spese, il veicolo, secondo le prescrizioni fornite dall’organo di polizia, si applica la sanzione amministrativa del pagamento*

*di una somma da euro 1.725 a euro 6.903, nonché la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da uno a tre mesi. In questo caso l'organo di polizia indica nel verbale di sequestro i motivi che non hanno consentito l'affidamento in custodia del veicolo e ne dispone la rimozione ed il trasporto in un apposito luogo di custodia individuato ai sensi delle disposizioni dell'articolo 214-bis (...) -quater. Nelle ipotesi di cui al comma 2-ter, l'organo di polizia provvede con il verbale di sequestro a dare avviso scritto che, decorsi dieci giorni, la mancata assunzione della custodia del veicolo da parte del proprietario o, in sua vece, di altro dei soggetti indicati nell'articolo 196 o dell'autore della violazione, determinerà l'immediato trasferimento in proprietà al custode, anche ai soli fini della rottamazione nel caso di grave danneggiamento o deterioramento”.*

A norma del successivo art. 214 c.d.s.: *“Salvo quanto previsto dal comma 1-ter, nelle ipotesi in cui il presente codice prevede che all'accertamento della violazione consegua l'applicazione della sanzione accessoria del fermo amministrativo del veicolo, il proprietario, nominato custode, o, in sua assenza, il conducente o altro soggetto obbligato in solido, fa cessare la circolazione e provvede alla collocazione del veicolo in un luogo di cui abbia la disponibilità ovvero lo custodisce, a proprie spese, in un luogo non sottoposto a pubblico passaggio (...). Nei casi di cui al comma 1, il veicolo è affidato in custodia all'avente diritto o, in caso di trasgressione commessa da minorenne, ai genitori o a chi ne fa le veci o a persona maggiorenne appositamente delegata, previo pagamento delle spese di trasporto e custodia. All'autore della violazione o ad uno dei soggetti con il medesimo solidalmente obbligato che rifiuti di trasportare o custodire, a proprie spese, il veicolo, secondo le prescrizioni fornite dall'organo di polizia, si applica la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 731 a euro 2.928, nonché la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da uno a tre mesi”.*

Da ciò deriva che solo nelle residuali ipotesi di rifiuto alla assunzione della custodia, da parte del proprietario o del conducente del veicolo, al momento della contestazione della violazione ed applicazione della misura cautelare, si dovrà ricorrere alla custodia presso il custode-acquirente o in altro luogo di custodia.

Nelle suddette ipotesi residuali, nel caso in cui non sia stato individuato il custode-acquirente, occorre avere riguardo a tre aspetti:

- 1) individuazione del luogo di custodia;
- 2) regime delle spese;
- 3) disciplina della alienazione e rottamazione.

Occorre premettere che il ricorso all'affidamento della custodia alle depositerie iscritte nell'elenco di cui all'art. 8 del D.P.R. 29 luglio 1982 n. 571, (disciplina che è da ritenersi in vigore dettando norme di carattere generale applicabili in tutti i casi di sequestro di cose, di veicoli e natanti conseguente

alla commissione di un illecito amministrativo), determini il protrarsi di un sistema che nell'intenzione del legislatore avrebbe dovuto cessare in tempi ragionevoli legati alla individuazione del custode acquirente.

Si rammenta inoltre che a mente dell'art. 7 del suddetto D.P.R. di regola *“Le cose sequestrate sono custodite nell'ufficio cui appartiene il pubblico ufficiale che ha eseguito il sequestro, a cura del capo dello stesso, ovvero del diverso ufficio competente secondo le direttive impartite dalle singole amministrazioni”* e che solo per ravvisate e motivate ragioni di opportunità esse *“non possano essere custodite presso gli uffici di cui al primo comma, il capo degli stessi ovvero il dipendente preposto al servizio può disporre che la loro custodia avvenga in luogo diverso, determinandone il modo e nominando un custode”*.

Quanto al secondo punto si ritiene che l'onere di anticipazione a carico dell'amministrazione cui appartiene il pubblico ufficiale che ha eseguito il sequestro ex art. 11 del D.P.R. 571/82 si riferisca unicamente alle ipotesi in cui la custodia è stata curata dalla stessa amministrazione ai sensi del 1<sup>^</sup> e 2<sup>^</sup> comma del citato articolo 7.

Alla suddetta interpretazione si giunge in forza del tenore letterale della norma anche in ragione delle condivisibili osservazioni formulate da codesto Ministero:

1) la liquidazione delle spese per la conservazione e custodia da anticipare va effettuata non sulla base delle c.d. *“tariffe prefettizie”* ma sulla base di nota delle spese sostenute corredata della relativa documentazione;

2) la nota delle spese sostenute per la conservazione e custodia, che l'art. 11 co. 1 del citato D.P.R. pone esplicitamente a carico dell'amministrazione (salva ripetizione nei confronti del proprietario/trasgressore) deve essere trasmessa *“senza indugio”*, quindi immediatamente dopo il sequestro;

3) per come ritenuto da codesto Ministero *“in sintesi, nel comma 1 dell'art. 7 è disciplinata l'ipotesi che il veicolo venga posto e mantenuto in custodia presso l'ufficio cui appartiene il pubblico ufficiale che ha eseguito il sequestro, mentre il 3<sup>^</sup> comma regola l'ipotesi che il veicolo sia affidato ad un custode terzo che, per i veicoli a motore, ai sensi dell'art. 8, deve essere individuato preventivamente dal Prefetto. Solo ai primi dei detti casi contemplati dal predetto art. 7 può ricondursi quanto stabilito dall'art. 11 co. 3, ossia che l'amministrazione richiede al capo dell'ufficio cui appartiene il pubblico ufficiale che ha eseguito il sequestro la nota spese sostenute per la conservazione e la custodia delle cose, risultando di tutta evidenza che solo chi ne ha direttamente sostenuto i costi ha titolo per trasmettere la nota spese ai fini dell'anticipazione, e, tra l'altro deve farlo senza indugio. Tale disciplina non trova invece applicazione nel caso di affidamento in custodia a soggetto terzo (custode) e ciò per espressa previsione normativa dello stesso art. 11 co. 3 (...)”*.

Diversamente, nelle ipotesi in cui la custodia sia affidata ad un terzo, ed in particolare ai soggetti abilitati iscritti nell'elenco prefettizio di cui all'art. 8

del citato D.P.R., l'art. 12 prevede che:

1) la liquidazione delle somme dovute al custode (per cui non vi è onere di anticipazione) ivi comprese quelle sostenute per gli ausiliari, è effettuata dall'autorità di cui al primo comma dell'art. 18 della legge, tenuto conto delle tariffe vigenti e degli usi locali;

2) essa è effettuata su richiesta del custode dopo che sia divenuto inop-pugnabile il provvedimento che dispone la confisca ovvero sia stata disposta la restituzione delle cose sequestrate;

3) l'amministrazione può disporre, a richiesta del custode, accenti sulle somme dovute;

4) l'amministrazione agisce in via di regresso nei confronti del proprietario/trasgressore salvo il caso di annullamento in sede giurisdizionale della sanzione accessoria, o di archiviazione della sanzione amministrativa, oppure di prescrizione del diritto, nel qual caso le spese di custodia restano definitivamente a carico dell'amministrazione.

Quanto al terzo aspetto soccorre l'esplicita previsione dell'art. 38 comma 12 del D.L. 269/2003 a mente del quale: *“nelle ipotesi disciplinate dagli articoli 213, comma 2-quarter e 214 comma 1, ultimo periodo, del decreto legislativo n. 285 del 1992, rispettivamente introdotto dal presente articolo, fino alla stipula delle convenzioni previste dall'art. 214-bis del medesimo decreto, l'alienazione o la rottamazione dei veicoli continuano ad essere disciplinate dalle disposizioni vigenti alla data di entrata in vigore del presente decreto”*.

In ultimo occorre rilevare che la natura giuridica del custode di cui agli artt. 8 e 12 D.P.R. 571/82 sembra partecipare di alcuni aspetti della figura di titolare di un ufficio pubblico o incaricato di pubblico servizio che custodisce in luogo dell'amministrazione.

Tale valutazione potrebbe indurre a ritenere non applicabile alla fattispecie in esame la normativa comunitaria in materia di appalti, anche se i più recenti orientamenti della Corte di Giustizia hanno ribadito l'applicabilità, per quanto di ragione, dei principi generali dei trattati anche agli atti di concessione.

Sulla questione di massima è stato sentito il Comitato Consultivo dell'8 giugno 2012, che si è espresso in conformità.

## Criterio dell'accessorietà/essenzialità della prestazione nella disciplina dei contratti misti

(Parere prot. 380591 del 3 ottobre 2012, AL 11154/2012, avv. MARCO STIGLIANO MESSUTI)

Con la nota che si riscontra si chiede il parere della Scrivente in ordine allo schema di transazione ex art. 239, D.Lgs. n. 163/2006, tra (...).

Al riguardo si osserva quanto segue.

Il quesito in epigrafe impone l'analisi di due distinte questioni:

1) se, da un punto di vista formale, l'impresa appaltatrice possa essere decaduta dalle richieste formulate a codesta amministrazione e se, dunque, nel caso di specie, si versi nell'ipotesi di un appalto di forniture ovvero di un appalto di lavori, con contestuale applicazione del relativo regime giuridico ed in particolare, per l'appalto di lavori, della disciplina delle riserve (e parallele decadenze) sul registro di contabilità (articoli 165 e 174 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, applicabile *ratione temporis*);

2) se, nel merito, le pretese avanzate dall'impresa affidataria dell'appalto siano giustificate e meritevoli di accoglimento in sede di transazione; se parimenti gli importi, riconosciuti da codesta amministrazione con lo schema di transazione, siano comunque giustificati in relazione ai programmi negoziali stipulati.

1.

Con riferimento alla questione sub 1), va preliminarmente segnalato che il contratto ad oggetto del presente parere riguardava originariamente la *“fornitura (“a forfait” e “chiavi in mano”) con posa in opera ed installazione, con relativa verifica funzionale, di “alcune e determinate” parti meccaniche ed attrezzature necessarie all’allestimento di (...)*.

Per converso, con la stipula dei diversi contratti ed atti aggiuntivi, il contratto in questione ha progressivamente riguardato la fornitura di altra strumentazione meccanica ed, in definitiva, la realizzazione di un (...), comprensiva anche della costruzione di una foresteria e delle strutture di servizio.

La prestazione originaria del contratto - una semplice fornitura - è stata dunque novata del tempo, posto che, all'esito della stipula dei vari contratti ed atti aggiuntivi, la prestazione richiesta all'impresa ha per contenuto la vera e propria costruzione del (...).

Tanto premesso, è pregiudiziale stabilire se l'impresa appaltatrice possa o meno essere decaduta - sotto un profilo formale - dalle proprie richieste nei confronti della stazione appaltante, il tutto in base alla peculiare disciplina delle riserve sul registro di contabilità ex articoli 165 e 174 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554; ed a tal fine occorre in prima battuta verificare quale sia il criterio discrezionale tra i contratti pubblici di lavori (cui si applica il regime delle riserve) e quelli di forniture (cui non si applica il regime delle riserve),

per poi concentrarsi sulla specifica disciplina applicabile ai contratti cd. misti, e cioè quei contratti che dovessero eventualmente presentare - come accade nel caso di specie - componenti di lavori e componenti di forniture.

Ciò detto, il criterio distintivo tra gli appalti di lavori e quelli di forniture è dettato dall'art. 3, commi 7, 8 e 9, del D.Lgs. n. 163/2006.

Le previsioni legislative in questione, anche se chiare in apparenza, non sono tuttavia idonee a distinguere una fornitura od un lavoro senza l'ausilio di un'attività di interpretazione. D'altra parte, due diversi approcci giurisprudenziali (non incompatibili tra loro) si contendono l'individuazione dell'esatta portata precettiva dell'art. 3, commi 7, 8 e 9, del Codice dei Contratti Pubblici.

Un primo orientamento, ricavato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, si fonda sul criterio dell'essenza del bene ad oggetto della prestazione. Ne deriva che, indipendentemente dalla definizione dell'appalto contenuta nel bando di gara, si definisce contratto di fornitura quel negozio a mezzo del quale l'amministrazione si approvvigiona di prodotti commercializzabili e, pertanto, omologati, introducibili in commercio e finiti, vale a dire non necessitanti di una fase di progettazione (o solo da installare; cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 2 dicembre 2011, n. 6376; Sez. V, 10 settembre 2010, n. 6544).

I contratti che prevedono la realizzazione di prototipi (come quello in esame) sarebbero, per esclusione, appalti di lavori.

Un secondo orientamento giurisprudenziale, invece, trova fondamento nella giurisprudenza comunitaria, in diverse pronunce del Consiglio di Stato e dei TAR, nonché nella Relazione accompagnatoria a cura della Commissione di Redazione del D.Lgs. n. 163/2006. Questo indirizzo giurisprudenziale vede nei commi 7, 8 e 9 dell'art. 3 D.Lgs. n. 163/2006, un "recepimento della nozione comunitaria di appalto" (Relazione accompagnatoria cit., sub art. 3 del D.Lgs. n. 163/2006), vale a dire la trasposizione pura e semplice dell'art. 1, par. 2, lettere b) e c), della direttiva 2004/18/CE. Pertanto, secondo la predetta tesi, la definizione di appalto di lavori, servizi e forniture deve essere rintracciata nell'ambito del diritto comunitario ed in seguito adattata alle esigenze del diritto nazionale (cfr. BIANCA, CARINGELLA, PROTTO, *Codice e Regolamento Unico dei Contratti Pubblici commentato articolo per articolo*, Dike Giuridica, Trento, 2011, p. 24; GAROFOLI, FERRERI, *Codice degli Appalti Pubblici. Annotato con dottrina giurisprudenza e formule*, Nel Diritto Editore, 2012, pagine 71 e ss.).

Quest'ultimo approccio è da preferirsi.

Infatti, sugli organi amministrativi e giudiziari degli Stati Membri incombe l'obbligo di formulare un'interpretazione comunitariamente orientata della normativa nazionale attuativa delle direttive appalti, anche con riferimento alla definizione di appalto di lavori, servizi, forniture (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sez. I, 18 gennaio 2007, causa C-220/05). Per questo motivo occorre verificare come la giurisprudenza comunitaria abbia interpre-

tato l'art. 1, par. 2, lett. b) e c), della direttiva 2004/18/CE, per poi trasporre tale indagine sul piano del diritto interno.

Sul punto, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, già Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ha precisato:

a) che, al di là delle indicazioni nominalistiche contenute nel bando di gara, il contenuto della prestazione ad oggetto del contratto di appalto è idonea a distinguere un appalto di lavori da uno di forniture (Consiglio di Stato, Sez. V, 31 gennaio 2006, n. 348): di conseguenza, gli appalti di lavori si configurano essenzialmente come prestazioni di servizi ed obbligazioni di *facere* verso corrispettivo, preordinate alla trasformazione della realtà fisica o comunque di materiali preesistenti (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 25 marzo 2010, causa C-451/08; 26 maggio 2011, causa C-306/08; Consiglio di Stato, Sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 537; Sez. V, 31 gennaio 2006, n. 348); viceversa, gli appalti di forniture hanno ad oggetto prestazioni di dare o di consegnare, in quanto essi costituiscono contratti di locazione, compravendita, leasing, cessione di beni, anche prodotti in relazione alle istruzioni del consumatore o dell'amministrazione (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sez. IV, 11 giugno 2009, causa C-300/07; 25 febbraio 2010, causa C 381/08), senza che la fornitura debba necessariamente coincidere con un tipo negoziale specificato (Consiglio di Stato, Sez. VI, 16 giugno 2005, n. 3171; Sez. III, 23 novembre 2011, n. 6181) ed indipendentemente dall'esistenza di un servizio accessorio, quale può essere la manutenzione ordinaria di distributori automatici di bevande (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 10 maggio 2012, causa C-368/10);

b) che l'esistenza di una fase di progettazione può essere indice sintomatico dell'esistenza di un appalto di lavori, anziché di un appalto di forniture (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sez. VI, 12 luglio 2001, causa C-399/98);

c) che indice sintomatico dell'esistenza di un appalto di lavori risulta essere la devoluzione dell'opera da realizzare, secondo il criterio della funzione economica e tecnico-strumentale, al servizio della collettività, anche mediante la realizzazione di strutture e centri polifunzionali ricreativi, non previsti dall'all. I della direttiva 2004/18/CE, ma pur sempre idonei ad incidere sull'assetto del territorio e a perseguire interessi di carattere pubblico e generale (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, in cause C-220/05 e C-399/98, *citt.*);

d) che indice dell'esistenza di un appalto di lavori è anche l'assimilabilità, per analogia, dell'opera o del manufatto ad oggetto della prestazione dell'appaltatore ad una delle opere tipizzate nell'all. I della direttiva 2004/18/CE: *“L'allegato I svolge un'importante funzione. Questo strumento, infatti, costituisce un parametro di fondamentale rilievo, grazie al quale è possibile verificare che una determinata prestazione od una determinata opera rientrano nel concetto di lavoro di cui all'articolo 1, comma 2, b) della direttiva 2004/18”* (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 23 aprile 2009, causa C-292/07).

Da quanto esposto emerge che la fornitura della strumentazione mecca-

nica, preordinata alla costruzione di (...), vale a dire la prestazione ad oggetto del rapporto negoziale originario, costituisce un appalto di forniture. Tale prestazione, in effetti, si sostanzia nella consegna di prodotti finiti a favore dell'amministrazione, la quale poi provvederà al montaggio, direttamente od indirettamente, mediante affidamento di un appalto.

Per converso, la costruzione e la progettazione del (...) - e cioè le prestazioni ad oggetto del rapporto negoziale in corso, come novato dai contratti e dagli atti aggiuntivi (...) - rientrano nelle specifiche degli appalti di lavori, anche perché le prestazioni di *facere* sono indici sintomatici di un appalto di lavori, così come indice sintomatico di un appalto di lavori è l'esistenza di una fase di progettazione, contemplata solo per i lavori ai sensi del D.Lgs. n. 163/2006.

Eguale, in ossequio a quanto affermato dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee nella causa C-292/07, cit., i (...) possono benissimo essere assimilati ai sistemi di (...), i quali costituiscono un appalto di lavori tipizzato dal legislatore comunitario e nazionale (cfr. all. I alla Direttiva 2004/18/CE, punto 45.31; all. I al D.Lgs. n. 163/2006, punto 45.31).

D'altra parte, il TAR Valle d'Aosta, con la sentenza del 7 marzo 2005, n. 36, in continuità con la succitata giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ha stabilito che le attività di realizzazione di impianti tecnologici ed elettrici, e finanche quelle di manutenzione ordinaria e straordinaria, rappresentano l'oggetto di un appalto pubblico di lavori.

Inoltre, sebbene vi sia certamente una componente di forniture nel contratto di appalto sottoposto all'attenzione della Scrivente (progressivamente l'impresa ha avuto l'incarico di fornire diverse componenti della strumentazione meccanica preordinata alla costruzione del (...), è proprio in virtù degli atti e dei contratti aggiuntivi che lo stesso appalto ha assunto, come prestazione qualificante, la realizzazione di un (...) chiavi in mano.

Di conseguenza, laddove anche il contratto di appalto stipulato da codesta amministrazione fosse qualificato come appalto misto di forniture e di lavori, all'appalto *de quo* dovrebbe ritenersi applicabile in tutto e per tutto la disciplina dei contratti pubblici di lavori, ai sensi dell'art. 14 del D.Lgs. n. 163/2006 e giusta l'operatività del principio sostanzialistico di essenzialità della prestazione di realizzazione dell'opera, contrapposta all'accessorietà della fornitura di strumentazione meccanica.

D'altro canto, ex art. 14, comma 2, lett. a), del Codice dei Contratti Pubblici, *“un contratto pubblico avente per oggetto la fornitura di prodotti e, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione è considerato un appalto pubblico di forniture”*. Per converso, ex art. 14, comma 3, del Codice dei Contratti Pubblici, *“l'oggetto principale del contratto è costituito da lavori se l'importo dei lavori assume rilievo superiore al cinquanta per cento, salvo*



*che, secondo le caratteristiche specifiche dell'appalto, i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscano l'oggetto principale del contratto"; ed a tal fine, secondo la rilevante giurisprudenza amministrativa, costituzionale e comunitaria è il criterio dell'accessorietà/essenzialità della prestazione ad ispirare comunque la disciplina dei contratti misti ed a discriminare, in definitiva, tra un appalto misto con prevalenza dei lavori (o di servizi) ed un appalto misto con prevalenza della componente forniture.*

In breve, appartiene alla specie degli appalti misti con prevalenza dei lavori quell'appalto in cui la realizzazione dei lavori possiede un'autonomia ed una prevalenza causale tale da giustificare il ricorso alla regolamentazione dei contratti di lavori. Viceversa, appartiene al novero degli appalti misti con prevalenza delle forniture quell'appalto in cui la componente dei lavori è strumentale rispetto al programma negoziale, finalizzato alla consegna di prodotti e, dunque, all'esecuzione di prestazioni di dare (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sez. II, 21 febbraio 2008, causa C-412/04; Sez. VI, causa C-399/98, cit.; Corte Costituzionale, 12 febbraio 2010, n. 45; Consiglio di Stato, Sez. V, 30 maggio 2007, n. 2765; TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 11 febbraio 2011, n. 450).

Dunque, trattandosi nel caso di specie di un appalto ibrido di lavori e di forniture, in cui i lavori rappresentano la prestazione essenziale del contratto, ai sensi dell'art. 14 del Codice dei Contratti Pubblici, risulta applicabile la disciplina degli appalti di lavori.

(omissis)

2.

(omissis)

\*\*\*

Si coglie l'occasione per sottolineare l'opportunità che, laddove codesta amministrazione dovesse avere la necessità - in futuro - di trasformare una fornitura nella realizzazione di un lavoro, la stipula dei contratti e degli atti aggiuntivi, la quale nova il piano negoziale originario, venga preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara, e non dal ricorso alla procedura negoziata ex art. 57 del Codice dei Contratti Pubblici.

Più precisamente, con riferimento al caso di specie, questo GU ha evidenziato che, a mezzo della stipula dei contratti e degli atti aggiuntivi, il piano negoziale si è progressivamente trasformato da un appalto di forniture, avente ad oggetto la dazione di strumentazione meccanica preordinata alla costruzione di (...), ad un appalto di lavori, finalizzato alla costruzione di un vero e proprio (...).

Ciò nondimeno, il rispetto delle condizioni che, negli appalti di forniture, giustificano l'affidamento con procedura negoziata (art. 57, commi 1 e 2, D. Lgs. n. 163/2006), non necessariamente coincide con il rispetto delle condi-

zioni che, negli appalti di lavori, consente il ricorso alla stessa procedura (art. 57, commi 1 e 5, D. Lgs. n. 163/2006). Senza dimenticare come, sotto il profilo qualitativo, non è possibile affidare senza gara una prestazione - *sub specie* di appalto di lavori - del tutto diversa da quella originaria, relativa ad una fornitura, e ciò anche in relazione al possesso degli appropriati requisiti di capacità tecnica richiesti per l'esecuzione di opere del genio civile (...).

Pertanto, nel caso in cui codesta amministrazione, per motivi anche finanziari, dovesse in futuro avere la necessità di appaltare progressivamente la realizzazione di un impianto assimilabile ad un lavoro, si ribadisce l'opportunità di non ricorrere *sic et simpliciter* alla procedura negoziata, ma di valutare se, in relazione all'intera opera da costruire, non sia preferibile - e forse anche obbligatorio - l'utilizzo delle normali procedure ad evidenza pubblica previa pubblicazione del bando di gara.

In particolare, si rammenta che, per la realizzazione di opere ad alto tasso tecnologico ed, in specie, per le sole fasi di progettazione ed ideazione dell'opera, trovano applicazione gli articoli 91, comma 5, nonché 99 e ss. e 108 del Codice dei Contratti Pubblici. Per il subappalto, cfr. articoli 37, comma 11, e 118 del D.Lgs. n. 163/2006.

Sul presente parere si è espresso in conformità il Comitato Consultivo nella seduta del 25 settembre 2012.

Nei termini suesposti è il parere di questa Avvocatura.

Si resta a disposizione per ogni ulteriore ed eventuale chiarimento.

## **Attività del corpo nazionale dei Vigili del Fuoco in favore di Prefetto/Commissario Delegato di Protezione civile**

*(Parere del 26 ottobre 2012 prot. 421152, AL 20354/12, avv. GIANNA MARIA DE SOCIO)*

### **1. Oggetto del parere.**

La questione oggetto del presente parere concerne la possibilità per il Prefetto Commissario Delegato per lo stato di emergenza determinatosi a seguito dei lavori di ammodernamento del tratto autostradale (...), di stipulare a titolo oneroso convenzioni con la Direzione Regionale dei Vigili del Fuoco per l'istituzione di un presidio dei VVF sul predetto tratto autostradale.

## 2. Profili di fatto.

Dalla documentazione trasmessa risulta che:

- nell'ambito del Piano di Coordinamento Generale dell'Emergenza ai sensi dell'OPCM 3628/20007 (stilato nel luglio 2007 ed aggiornato nel luglio 2011) è stata prevista, tra l'altro, l'istituzione di presidi multi operativi, uno dei quali sito in località (...), *“presidiato nell'arco delle 24 ore con ... una squadra dei Vigili del Fuoco, con apposito automezzo attrezzato per il soccorso meccanico ...”*;

- sulla base del predetto Piano, in data 12 luglio 2011 è stata stipulata tra la Prefettura (...) e la Direzione Regionale dei VF (...) una convenzione ai sensi dell'art. 17 L. 246/2000, in cui si premette che la presenza dei VVF in tali presidi non si può configurare come attività di “soccorso tecnico urgente” e che, di norma, i VVF impiegati in attività di vigilanza operano fuori dai turni ordinari di servizio e prestano dunque lavoro straordinario. In base a tali premesse si è stabilito nella suddetta Convenzione che il servizio da parte dei VVF venga prestato a titolo oneroso e commisurato appunto alle tariffe previste dal vigente CCNL. In particolare, dalla documentazione trasmessa risulta che il corrispettivo dovuto è stato quantificato nella somma di euro 851.940,00 per straordinario del personale, 85.120 per automezzi e strutture logistiche, per un totale di euro 937.060,00;

- il relativo decreto di approvazione (...) è stato restituito non registrato dalla locale Sezione Regionale della Corte dei Conti che, nella propria deliberazione (...), ha ritenuto illegittima la Convenzione in parola in base alla considerazione, tra l'altro, che in base alle norme vigenti *“le funzioni di protezione civile rientrano espressamente e de plano nell'ambito delle competenze del Corpo Nazionale dei vigili del Fuoco ... senza dunque che occorra ... l'erogazione di un corrispettivo”*;

- successivamente il Prefetto Commissario Delegato, con nota del 5 marzo 2012, ha chiesto a codesta Avvocatura Distrettuale il proprio parere in ordine alla *“documentazione amministrativa e contabile da esibire agli organi di controllo per giustificare la spesa relativa all'impiego del personale”*;

- codesta Avvocatura con la nota in data 25 maggio 2012, richiamata la normativa di settore, rileva

a) che *“sembra condivisibile l'affermazione della Corte dei Conti ... secondo la quale le funzioni di protezione civile, allorquando si sia in presenza di interventi disposti dal dipartimento della protezione civile, siano funzioni che il Corpo dei Vigili del Fuoco deve assicurare senza che occorra a tal fine sottoscrizione di convenzione o erogazione di corrispettivo”*,

b) che, contrariamente a quanto espressamente previsto nell'allegato al Piano del 2007 ove è precisato che il servizio sarà svolto al di fuori degli orari ordinari, *“i servizi dovrebbero essere garantiti in via prioritaria con prestazioni lavorative rese in orario di servizio ordinario”*, sicchè sulla base di tale assunto

codesta Avvocatura rileva che *“ove la dotazione organica dovesse risultare insufficiente ... l'onere di spesa per le prestazioni di lavoro straordinario dovrebbe essere ricompreso nell'ambito degli stanziamenti del pertinente capitolo di spesa del bilancio di previsione del Ministero dell'Interno. In caso di documentata insufficienza “solo l'eccedenza potrà eventualmente trovare copertura finanziaria con oneri a carico dell'ordinanza di protezione civile”;*

c) ove invece dovesse ritenersi che il servizio chiesto dal Prefetto Commissario Delegato sia un servizio soggetto a convenzione ai sensi dell'art. 27 D.lgs. 139/2006, gli introiti dovrebbero essere destinati ad incrementare il fondo unico di amministrazione, sicché non dovrebbe esistere alcuna correlazione tra gli introiti suddetti e gli eventuali oneri per la retribuzione del lavoro straordinario.

- codesta Avvocatura *“vista la natura di alcune delle questioni trattate”*, ha ritenuto di sottoporre alla Scrivente il parere (non ancora trasmesso all'Amministrazione), per le valutazioni di questo Ufficio *“in ordine all'opportunità di esprimere parere di massima”*.

Tanto premesso si osserva quanto segue.

### **3. Normativa di riferimento.**

La legge 24 febbraio 1992 n. 225 (Istituzione del Servizio nazionale della protezione civile) all'art. 11 prevede che: .

*11. Strutture operative nazionali del Servizio.*

*1. Costituiscono strutture operative nazionali del Servizio nazionale della protezione civile:*

*a) il Corpo nazionale dei vigili del fuoco quale componente fondamentale della protezione civile;*

.....

*2. In base ai criteri determinati dal Consiglio nazionale della protezione civile, le strutture operative nazionali svolgono, a richiesta del Dipartimento della protezione civile, le attività previste dalla presente legge nonché compiti di supporto e consulenza per tutte le amministrazioni componenti il Servizio nazionale della protezione civile.*

Il D.Lgs. 8 marzo 2006 n. 139 (Riassetto delle disposizioni relative alle funzioni ed ai compiti del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, a norma dell'articolo 11 della L. 29 luglio 2003, n. 229), all'art. 1 prevede che:

*1. Struttura e funzioni.*

*1. Il Corpo nazionale dei vigili del fuoco, di seguito denominato: «Corpo nazionale», è una struttura dello Stato ad ordinamento civile, incardinata nel Ministero dell'interno - Dipartimento dei vigili del fuoco, del soccorso pubblico e della difesa civile, di seguito denominato: «Dipartimento», per mezzo della quale il Ministero dell'interno assicura, anche per la difesa civile, il servizio di soccorso pubblico e di prevenzione ed estinzione degli incendi su tutto*

*il territorio nazionale, nonchè lo svolgimento delle altre attività assegnate al Corpo nazionale dalle leggi e dai regolamenti, secondo quanto previsto nel presente decreto legislativo.*

*2. Il Corpo nazionale è componente fondamentale del servizio di protezione civile ai sensi dell'articolo 11 della legge 24 febbraio 1992, n. 225.*

Il medesimo D.lgs. 139/2006, nel capo Capo IV (Soccorso pubblico), agli artt. 24 e 25, prevede quanto segue:

*24. Interventi di soccorso pubblico.*

*1. Il Corpo nazionale, al fine di salvaguardare l'incolumità delle persone e l'integrità dei beni, assicura gli interventi tecnici caratterizzati dal requisito dell'immediatezza della prestazione, per i quali siano richieste professionalità tecniche anche ad alto contenuto specialistico ed idonee risorse strumentali, ed al medesimo fine effettua studi ed esami sperimentali e tecnici nello specifico settore.*

*2. Sono compresi tra gli interventi tecnici di soccorso pubblico del Corpo nazionale:*

*a) l'opera tecnica di soccorso in occasione di incendi, di incontrollati rilasci di energia, di improvviso o minacciante crollo strutturale, di frane, di piene, di alluvioni o di altra pubblica calamità;*

*b) l'opera tecnica di contrasto dei rischi derivanti dall'impiego dell'energia nucleare e dall'uso di sostanze batteriologiche, chimiche e radiologiche.*

*3. Gli interventi tecnici di soccorso pubblico del Corpo nazionale, di cui al comma 2, si limitano ai compiti di carattere strettamente urgente e cessano al venir meno della effettiva necessità.*

*4. In caso di eventi di protezione civile, il Corpo nazionale opera quale componente fondamentale del Servizio nazionale della protezione civile ai sensi dell'articolo 11 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, e assicura, nell'ambito delle proprie competenze tecniche di cui all'articolo 1, la direzione degli interventi tecnici di primo soccorso nel rispetto dei livelli di coordinamento previsti dalla vigente legislazione.*

*5. Il Corpo nazionale, nell'ambito delle proprie competenze istituzionali, in materia di difesa civile:*

*a) fronteggia, anche in relazione alla situazione internazionale, mediante presidi sul territorio, i rischi non convenzionali derivanti da eventuali atti criminali compiuti in danno di persone o beni, con l'uso di armi nucleari, batteriologiche, chimiche e radiologiche;*

*b) concorre alla preparazione di unità antincendi per le Forze armate;*

*c) concorre alla predisposizione dei piani nazionali e territoriali di difesa civile;*

*d) provvede all'approntamento dei servizi relativi all'addestramento e all'impiego delle unità preposte alla protezione della popolazione civile, ivi compresa l'attività esercitativa, in caso di eventi bellici;*

*e) partecipa, con propri rappresentanti, agli organi collegiali competenti in*

*materia di difesa civile. [...]*

*25. Oneri per i servizi di soccorso pubblico.*

*1. I servizi di soccorso pubblico resi dal Corpo nazionale non comportano oneri finanziari per il soggetto o l'ente che ne beneficia. Qualora non sussista un imminente pericolo di danno alle persone o alle cose e ferme restando la priorità delle esigenze di soccorso pubblico, il soggetto o l'ente che richiede l'intervento è tenuto a corrispondere un corrispettivo al Ministero dell'Interno. Alla determinazione e all'aggiornamento delle tariffe si provvede con il decreto di cui all'articolo 23, comma 2.*

Giova poi richiamare il recente D.P.R. 28 febbraio 2012 n. 64 (Regolamento di servizio del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, ai sensi dell'articolo 140 del decreto legislativo 13 ottobre 2005, n. 217), il cui art. 53 (collocato nel CAPO II - I servizi di soccorso pubblico) prevede quanto segue:

*Art. 53 Esecuzione dei servizi di soccorso pubblico*

*1. I servizi di soccorso pubblico, di cui all'articolo 24 del decreto legislativo 8 marzo 2006, n. 139, resi dal Corpo nazionale, come definiti dalle disposizioni vigenti, sono espletati dalle strutture del Corpo nazionale in favore della popolazione, secondo quanto indicato nel presente regolamento e nelle direttive del Dipartimento.*

*2. Il servizio di soccorso pubblico assume valenza prioritaria rispetto ad ogni altro servizio programmato o in corso di espletamento da parte del personale.*

*3. I servizi di soccorso pubblico, di cui al presente articolo, sono effettuati in modo gratuito e nessun compenso aggiuntivo è dovuto da parte dei beneficiari del servizio.*

Sotto il profilo contabile gli introiti derivanti dalle convenzioni e dai servizi a pagamento sono disciplinati come segue.

L'art. 17 della L. 10 agosto 2000 n. 246 (Potenziamento del Corpo nazionale dei vigili del fuoco), prevede quanto segue:

*17. Convenzioni.*

*1. Gli introiti derivanti da convenzioni che il Corpo nazionale dei vigili del fuoco, tramite la competente direzione generale, e il Dipartimento della pubblica sicurezza stipulano con regioni, enti locali e altri enti pubblici o privati rispettivamente nell'ambito dei compiti istituzionali del Corpo nazionale dei vigili del fuoco e della Polizia di Stato vengono versati su appositi capitoli dell'entrata del bilancio dello Stato per la immediata riassegnazione alle pertinenti unità previsionali di base, rispettivamente, del centro di responsabilità «Protezione civile e servizi antincendi» e del centro di responsabilità «Pubblica sicurezza» dello stato di previsione del Ministero dell'interno.*

L'art. 27 D.Lgs. 8 marzo 2006 n. 139 (Riassetto delle disposizioni relative alle funzioni ed ai compiti del Corpo nazionale dei vigili del fuoco) prevede quanto segue:

*27. Introiti derivanti da servizi a pagamento.*

*1. Gli introiti derivanti dai servizi a pagamento resi dal Corpo nazionale sono versati alla competente sezione di tesoreria provinciale dello Stato ed affluiscono ad apposita unità previsionale di base dello stato di previsione dell'entrata, per essere riassegnati alla pertinente unità previsionale di base della spesa del Ministero dell'interno. Gli introiti derivanti dai servizi a pagamento e dall'attività di addestramento e formazione svolta dal Corpo nazionale, ai sensi del comma 4 dell'articolo 17, sono destinati ad incrementare il fondo unico di amministrazione relativo al personale del Corpo. Resta fermo quanto disposto dall'articolo 8 della legge 15 novembre 1973, n. 734, e dall'articolo 43 della legge 27 dicembre 1997, n. 449.*

#### **4. Interpretazione sistematica delle norme in esame.**

**4.1.** Alla luce della normativa sopra riportata la questione che si pone, al fine di dare il parere in esame, è quella di chiarire se gli artt. 24 e 25 del D.lgs. 139/2006 (che circoscrivono la non onerosità della prestazione ai soli “*interventi tecnici caratterizzati dal requisito dell'immediatezza della prestazione*” volti “*al fine di salvaguardare l'incolumità delle persone e l'integrità dei beni*”) possano essere applicati o meno agli interventi espliciti dal Corpo VVF quale “*struttura operativa*” e “*componente fondamentale*” del Servizio Nazionale della Protezione civile.

**4.2.** Al proposito giova soffermarsi sulla particolare struttura organizzativa della protezione civile.

Com'è noto con la legge del 24 febbraio 1992, n. 225 l'Italia ha organizzato la protezione civile come "Servizio nazionale", coordinato dal Presidente del Consiglio dei Ministri e composto, come prescritto dall'art. 1 della predetta legge 225, dalle amministrazioni dello Stato, centrali e periferiche, dalle regioni, dalle province, dai comuni, dagli enti pubblici nazionali e territoriali e da ogni altra istituzione ed organizzazione pubblica e privata presente sul territorio nazionale. Al coordinamento del Servizio nazionale e alla promozione delle attività di protezione civile, provvede il Presidente del Consiglio dei Ministri attraverso il Dipartimento della Protezione civile.

In definitiva, mentre nella maggioranza dei Paesi europei la protezione civile è un compito assegnato ad una sola istituzione o a poche strutture pubbliche, l'Italia ha fatto la scelta di coinvolgere nella funzione varie amministrazioni, al centro e in periferia, in tal modo realizzando un modello di organizzazione ritenuto funzionale ad un contesto territoriale come quello italiano, che presenta una elevata gamma di possibili rischi di calamità.

In tale ottica, l'art. 11 della L. 1992 n. 225, richiamato dall'art. 1 del D.lgs. 139/2006, prevede (definendole “*Strutture operative nazionali del Servizio*”) il Corpo nazionale dei vigili del fuoco definito (dall'art. 1 co. 2 del D.lgs. 139/2006) quale “*componente fondamentale della protezione civile*”.

Il secondo comma del menzionato art. 11 L. 225/1992 precisa poi che “*In*

*base ai criteri determinati dal Consiglio nazionale della protezione civile, le strutture operative nazionali svolgono, a richiesta del Dipartimento della protezione civile, le attività previste dalla presente legge nonché compiti di supporto e consulenza per tutte le amministrazioni componenti il Servizio nazionale della protezione civile”.*

In definitiva alla luce di tali disposizioni sembra che il Corpo Nazionale dei VVF, non solo e non tanto contribuisce sotto il profilo funzionale allo svolgimento del servizio di protezione civile, ma “costituisce” componente organizzativa della Protezione Civile.

In tale logica va letto il secondo comma del menzionato art. 11 D.lgs. 225/1992, secondo cui le “*strutture operative nazionali*” (tra cui i VVF) “*devono svolgere le attività previste dalla presente legge nonché compiti di supporto e consulenza per tutte le amministrazioni componenti il Servizio nazionale della protezione civile*”.

Tale disposizione prevede l’obbligo (“*devono*”) per ciascuna struttura operativa nazionale (tra cui i VVF) di svolgere funzioni di “*supporto*” (oltre che di consulenza) per “*tutte*” le amministrazioni componenti il Servizio nazionale della protezione civile.

Il descritto sistema normativo avvalorava a parere della Scrivente la conclusione secondo cui il rapporto che lega il Corpo dei VVF alle altre “*strutture operative nazionali*” e al vertice della protezione civile, si configura in termini di vero e proprio nesso organico e non solo funzionale.

### ***5. Applicazione dei principi alla questione in esame.***

***5.1.*** Passando all’esame della fattispecie in esame, risulta che:

a) il rapporto tra Corpo Nazionale dei VVF, da un lato, e Protezione civile (governo o commissario delegato), dall’altro, viene impostato in termini interorganici (e non intersoggettivi) e

b) l’ambito delle attribuzioni istituzionali del Corpo del VVF viene allargato in via generale anche a ricomprendere ogni “*compito di supporto per tutte le amministrazioni componenti il Servizio nazionale della protezione civile*”.

In tale contesto normativo appare ben difficile ipotizzare la necessità di una regolamentazione economica in termini onerosi del suddetto rapporto.

In definitiva la normativa sulla protezione civile, configurabile come *lex specialis*, porta ad escludere che la questione in esame possa essere risolta applicando la norma, di carattere generale, degli artt. 24 e 25 del D.lgs. 139/2006 (che prevedono la onerosità degli interventi dei VVF laddove non ricorra il “*requisito dell'immediatezza della prestazione*”).

***5.2.*** In effetti che dette norme non possano essere applicate al caso in esame discende dalla considerazione di principi più generali legati alla natura stessa delle Amministrazioni coinvolte (Ministero dell’Interno/VVF e Presidenza del Consiglio dei Ministri/ Dipartimento della Protezione Civile) en-



trambe amministrazioni statali.

In effetti, a parere della Scrivente, l'inesistenza di una autonoma soggettività giuridica delle suddette amministrazioni, entrambe organi dello Stato, osta anche in via di principio alla monetizzazione dei relativi rapporti.

Tale conclusione è anche confermata da alcuni significativi dati normativi testuali, infatti:

- le convenzioni previste dall'art. 17 della L. 246/2000 sono quelle che il Corpo VVF stipula (solo) con *“regioni, enti locali e altri enti pubblici o privati”*; non sembra pertanto che la norma possa essere applicata anche per prestazioni che il Corpo eroga alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, alla quale va ricondotta l'attività svolta dai Commissari delegati ai sensi dell'art. 5 L. 225/1992;

- lo stesso art. 25 D.lgs. 139/2006 nel prevedere interventi *“a pagamento”* indica che obbligato a versare il corrispettivo è *“il soggetto o l'ente”* che richiede l'intervento, con ciò riferendosi evidentemente a rapporti *“intersoggettivi”* e non al caso, come nella specie, in cui il rapporto si profili in termini di relazione interorganica tra branche delle amministrazioni dello Stato.

**5.3.** Appare pertanto corretta l'affermazione, prospettata dalla Sezione di Controllo della Corte dei Conti ed avallata da codesta Avvocatura Distrettuale, secondo cui *“l'organo straordinario governativo di protezione civile, una volta ritenuta, la necessità di prestare il servizio in questione, ben poteva direttamente rivolgersi al Corpo nazionale dei vigili del fuoco, quale struttura operativa primaria del servizio di protezione civile, senza dover regolare rapporti economici mediante convenzione”*, ciò tanto più in una fattispecie in cui il Governo ha ritenuto, come nel caso in esame, di deliberare lo stato di emergenza e di avvalersi di un commissario delegato, in quanto *“sia il Governo che il commissario eventualmente delegato, dispongono direttamente (e senza necessità di convenzioni onerose) delle strutture operative nazionali del Servizio di Protezione civile previste dall'art. 11 L. 225/1992”*.

Analogamente, per le medesime ragioni di specialità, si ritiene che la questione della onerosità non possa essere risolta in base alla normativa sulla prevenzione incendi boschivi ovvero sulla prevenzione incendi in luoghi in intrattenimento (DM 261/1996), trattandosi, come giustamente rileva codesta Avvocatura Distrettuale, di norme proprie di altri settore e comunque incompatibili con la L. 225/1992.

## **6. Conclusioni.**

Alla luce delle esposte argomentazioni, si assumono le seguenti conclusioni:

- vista l'esistenza di una relazione meramente interorganica tra l'Amministrazione dell'Interno/VVF e la Presidenza del Consiglio/Dipartimento della Protezione Civile, gli interventi esplicati dal Corpo VVF quale *“struttura operativa nazionale”* del Servizio Nazionale della Protezione civile, e *“componente fondamentale”* dello stesso, non sono suscettibili di una regolamentazione

economica in termini onerosi;

- detti interventi non possono essere dunque disciplinati dagli artt. 24 e 25 del D.lgs. 139/2006 (che prevedono la onerosità degli interventi dei VVF laddove non ricorra il “*requisito dell'immediatezza della prestazione*”), trattandosi di norme incompatibili con l'art. 11 L. 225/1992 (richiamato dall'art. 1 D.lgs. 139/2006), configurabile quale *lex specialis* che da un lato configura un rapporto interorganico tra le varie strutture operative e tra le stesse e il vertice della protezione civile, d'altro lato prevede lo svolgimento di “*compiti di supporto*” in capo a tutte le strutture operative, senza limitazione di competenze;

- per la medesima ragione la questione in esame non può essere risolta facendo applicazione delle norme relative alla prevenzione degli incendi boschivi ovvero alla prevenzione incendi in luoghi in intrattenimento, trattandosi di norme proprie di altri settori e comunque incompatibili con la L. 225/1992, configurabile quale *lex specialis*;

- in relazione a quanto sopra appare ininfluenza affrontare la questione della modalità di svolgimento del servizio da parte degli addetti alla Direzione Regionale dei VVF della (...), in termini di lavoro straordinario o meno, in quanto in ogni caso, lo svolgimento del presidio sulla tratta autostradale in esame appare rientrante nel vasto ambito dei “*compiti di supporto*” di cui all'art. 11 co. 2 L. 225/1992;

- alla luce delle esposte considerazioni non assume dunque rilievo il principio, evidenziato da codesta Avvocatura Distrettuale in via subordinata, secondo cui se il servizio in esame fosse soggetto a convenzione, gli introiti dovrebbero essere comunque destinati ad incrementare il fondo unico di amministrazione (sicché non dovrebbe esistere alcuna correlazione tra gli introiti suddetti e gli eventuali oneri per la retribuzione del lavoro straordinario).

Si deve pertanto concludere che nel caso in esame le pur oggettive esigenze rappresentate dalla Direzione Regionale dei Vigili del fuoco per la (...) debbano trovare adeguata soluzione attraverso altri strumenti, compatibili con il suesposto quadro normativo.

Il parere richiesto (da estendere opportunamente per conoscenza al Dipartimento della Protezione Civile e al Ministero dell'Interno) potrà essere pertanto reso nei termini sopra esposti.

Sul presente parere è stato sentito il Comitato Consultivo di cui all'art. 26 della legge 3 aprile 1979 n. 103, che si è espresso in conformità nella seduta del 22 ottobre 2012.

## **Sanzione pecuniaria irrogata dall'Antitrust: debenza di interessi in caso di rateizzazione ex art. 26 L. 689/81**

*(Parere del 28 novembre 2012 prot. 471058, AL 48436/11, avv. AGNESE SOLDANI)(\*)*

L'Autorità in indirizzo ha chiesto parere alla Scrivente Avvocatura in ordine alla possibilità o meno di richiedere interessi sulle somme relative alle sanzioni pecuniarie dalla stessa comminate e rateizzate ai sensi dell'art. 26 l. 689/1981 (*«L'autorità giudiziaria o amministrativa che ha applicato la sanzione pecuniaria può disporre, su richiesta dell'interessato che si trovi in condizioni economiche disagiate, che la sanzione medesima venga pagata in rate mensili da tre a trenta; ciascuna rata non può essere inferiore a euro 15. In ogni momento il debito può essere estinto mediante un unico pagamento»*).

Nella richiesta di parere si rappresenta che sino ad oggi, argomentando dall'assimilazione dell'illecito amministrativo all'illecito penale - sulla considerazione del necessario interesse pubblico tutelato da entrambi i rami dell'ordinamento - si è seguita la prassi di non richiedere interessi in caso di rateazione, come espressamente disposto in relazione alle pene pecuniarie dall'art. 236 D.P.R. 115/2002 (*Testo Unico in materia di spese di giustizia*) (1).

Secondo quanto riferisce codesta Autorità, diversa è invece la prassi seguita per quanto concerne gli interessi di mora sul ritardato pagamento della sanzione. La fattispecie è disciplinata dall'art. 27 l. 689/81, secondo cui *“salvo quanto previsto nell'art. 26, in caso di ritardo nel pagamento la somma dovuta è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere da quello in cui la sanzione è divenuta esigibile e fino a quello in cui il ruolo è trasmesso all'esattore. La maggiorazione assorbe gli interessi eventualmente previsti dalle disposizioni vigenti”*.

Alla luce del tenore della norma, vengono applicati da codesta Autorità gli interessi di mora per il periodo intercorrente tra il momento in cui il credito diviene esigibile e la scadenza del semestre di cui al citato art. 27, nella misura degli interessi legali, in conformità al parere del Consiglio di Stato, Sez. III n. 74/97, e con l'avallo della giurisprudenza di merito.

---

(\*) Il dott. Tommaso Pistone, praticante forense presso l'Avvocatura Generale dello Stato, è stato di ausilio all'avv. Soldani nella stesura del parere.

(1) Art. 236 (L) D.P.R. 115/2002:

*Pene pecuniarie rateizzate*

*“1. Per le pene pecuniarie rateizzate, rispettivamente ai sensi dell'articolo 133 ter del codice penale e dell'articolo 238, l'invito al pagamento o il provvedimento del giudice nella fase della conversione contiene l'indicazione dell'importo e la scadenza delle singole rate.*

*2. Il termine per il pagamento decorre dalla scadenza delle singole rate.*

*3. Non sono dovuti interessi per la rateizzazione.*

*4. In caso di mancato pagamento di una rata il debitore decade automaticamente dal beneficio ed è tenuto al pagamento, in un'unica soluzione, della restante parte del suo debito”*.

Tuttavia, muovendo dal convincimento che l'ipotesi del ritardo nell'adempimento non sia assimilabile, quanto a disciplina, a quella della concessione del beneficio della rateizzazione, nella richiesta di parere sembra invece suggerirsi che la possibilità di richiedere gli interessi sulle somme rateizzate possa rinvenire altrove la propria fonte normativa.

In particolare, si chiede se tale possibilità sia ammessa sia in virtù del richiamo in via analogica agli artt. 19 e 21 del D.P.R. 602/1973 (*Disposizioni sulla riscossione delle imposte sul reddito*)(2), anche per effetto della disciplina contenuta nel D.P.R. 115/2002 (*Testo Unico in materia di spese di giustizia*) relativa alla rateizzazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, sia in virtù di un principio generale, rinvenibile nel sistema, relativo all'applicazione degli interessi sul pagamento rateale delle sanzioni amministrative.

Al fine di fornire risposta al quesito l'ordine logico delle questioni da affrontare e risolvere sembra essere il seguente:

1. natura giuridica (penale amministrativa) delle sanzioni irrogate dall'AGCM;

2. applicabilità o meno della disciplina di cui all'art. 27 l. 689/81 (maggiorazione comprensiva di interessi in caso di ritardo nel pagamento) anche all'ipotesi di rateizzazione del pagamento;

3. possibilità o meno di applicare in via diretta o di estendere in via analogica le disposizioni rinvenibili nella legislazione speciale (con particolare riguardo al T.U. delle spese di giustizia) all'ipotesi della rateizzazione delle sanzioni amministrative comminate dall'*Antitrust*;

4. applicabilità o meno del principio generale di cui all'art. 1282 c.c. al pagamento rateale della sanzione amministrativa ex art. 26 l. 689/81.

### **1. La natura giuridica delle sanzioni irrogate dall'AGCM.**

Stabilire se le sanzioni pecuniarie irrogate dall'AGCM abbiano natura penale o amministrativa costituisce una priorità nella definizione del quesito

(2) Art. 19 D.P.R. 602/73:

«Dilazione del pagamento

1. L'agente della riscossione, su richiesta del contribuente, può concedere, nelle ipotesi di temporanea situazione di obiettiva difficoltà dello stesso, la ripartizione del pagamento delle somme iscritte a ruolo fino ad un massimo di settantadue rate mensili» (la disposizione prosegue dettando una disciplina specifica per il caso in cui l'importo iscritto a ruolo sia superiore a cinquantamila euro).

Art. 21 D.P.R. 602/73:

«Interessi per dilazione di pagamento.

Sulle somme il cui pagamento è stato rateizzato o sospeso ai sensi dell'articolo 19, comma 1, si applicano gli interessi al tasso del 4,5 per cento annuo.

L'ammontare degli interessi dovuto è determinato nel provvedimento con il quale viene accordata la prolungata rateazione dell'imposta ed è riscosso unitamente all'imposta alle scadenze stabilite.

I privilegi generali e speciali che assistono le imposte sui redditi sono estesi a tutto il periodo per il quale la rateazione è prolungata e riguardano anche gli interessi previsti dall'art. 20 e dal presente articolo».

in oggetto. Infatti qualora se ne dovesse ravvisare la natura penale si perverrebbe alla esclusione della debenza di interessi in caso di pagamento rateale sulla base di due ordini di considerazioni.

Da un lato, l'applicazione di principi di stretta matrice penalistica porterebbe ad interpretare le disposizioni della l. 689/81 in via restrittiva. Il principio di legalità troverebbe dunque la propria fonte direttamente nell'art. 25 co. 2 Cost. e contribuirebbe a creare un sistema governato dal principio di stretta legalità, per il quale vale la massima secondo cui *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.

Il silenzio dell'art. 26 circa la debenza di interessi sarebbe quindi un silenzio significativo, sintomo di una volontà negativa del legislatore.

D'altro canto, affermata la natura penale delle sanzioni antitrust, si perverrebbe all'esclusione della corresponsione di interessi anche argomentando in ordine all'espressa disposizione di cui all'art. 236 D.P.R. 115/2002 (*Testo Unico in materia di spese di giustizia*), la quale stabilisce che per le pene pecuniarie "*non sono dovuti interessi per la rateizzazione*" (il principio era sancito anche nell'art. 181 disp. att. c.p.p., ora abrogato dal D.P.R. 115/2002 e sostituito dal citato art. 236).

Pertanto, pare opportuna una sia pur breve disamina della dibattuta questione circa la natura delle sanzioni amministrative pecuniarie in generale, per poi analizzare in particolare la natura delle sanzioni irrogate dall'AGCM, anche attesa la recente pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo n. 43509/2011, relativa proprio alle sanzioni in antitrust.

Le argomentazioni principali poste a fondamento della tesi della natura sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative pecuniarie (che fa riferimento ad un ramo dell'ordinamento definito "diritto punitivo amministrativo" o addirittura "diritto penale amministrativo") fanno leva, in buona sostanza, sulla natura afflittiva e punitiva delle sanzioni amministrative pecuniarie, sull'obbligatorietà e non discrezionalità dell'instaurazione del procedimento e dell'applicazione della sanzione, sulla non trasmissibilità agli eredi dell'obbligo di pagare la somma di denaro e sulla previsione legislativa secondo cui l'importo delle sanzioni deve essere determinato tenendo conto delle circostanze del fatto, della personalità dell'autore dell'illecito e delle sue condizioni economiche; criteri, questi ultimi, dettati proprio dalla l. 689/81. Il profilo sanzionatorio-afflittivo pertanto sarebbe prevalente rispetto alla considerazione della sanzione quale mero debito pecuniario.

Tuttavia, l'orientamento maggioritario sostiene la tesi avversa, secondo cui sebbene le sanzioni pecuniarie siano indubbiamente partecipi di una funzione essenzialmente afflittiva, e non potrebbe essere altrimenti, tale funzione non può condurre automaticamente all'affermazione della natura penale delle stesse: secondo l'insegnamento di illustre dottrina (Zanobini), la sanzione amministrativa è intesa come una "*pena in senso tecnico*", applicata da una pubblica amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa, inquadrata

nella struttura della responsabilità da illecito amministrativo.

Pur essendo parte della medesima categoria funzionale e poste a tutela di un determinato interesse pubblico, nonché omogenee sotto il profilo teleologico, le sanzioni penali ed amministrative si distinguono in base alla diversa valutazione dell'illecito e delle sue conseguenze. Pertanto, il legislatore di volta in volta opera una scelta tra sanzione penale e sanzione amministrativa, ricorrendo alla prima quando si rende necessaria la protezione dell'interesse generale della società civile e alla seconda quando invece occorre tutelare un interesse più ristretto, devoluto alle cure dell'amministrazione alla quale è contestualmente conferito il potere sanzionatorio. Quando l'irrogazione della "pena" rileva nel campo dei rapporti tra amministrazione e amministrato, e dunque anche tra organo di vigilanza e vigilato, la misura sanzionatoria ha natura amministrativa.

Si ritiene che le considerazioni appena esposte valgano anche in riferimento alle sanzioni irrogate dall'AGCM.

Né sembrerebbe di ostacolo ad una simile conclusione il tenore della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, pronunciata nella causa *Menarini c. Italia*, del 27 settembre 2011, la quale ha affermato la natura "penale" della sanzione *antitrust* oggetto di quel giudizio, peraltro sulla base della considerazione della particolare entità (e dunque gravità) della stessa (3).

Ciò a conferma del fatto che la valutazione, secondo la Corte, va comunque effettuata caso per caso, con conseguente insussistenza di un principio "generalizzato" relativo alla natura penale delle sanzioni *antitrust*.

Peraltro, la sentenza si riferisce esclusivamente alla materia della concorrenza (e non anche a quella delle pratiche commerciali scorrette) e, in ogni caso, ha affermato la natura penale della sanzione *sub iudice* «rispetto alla Convenzione», vale a dire ai soli fini dell'applicabilità del principio del giusto processo, pur riconoscendo esplicitamente che nel diritto italiano le condotte anticoncorrenziali non sono sanzionate dal diritto penale (4).

Alla luce delle considerazioni sin qui esposte, si ritiene che la questione interpretativa circa l'eventuale debenza di interessi in caso di pagamento ra-

---

(3) Nel caso di specie si trattava infatti di una sanzione pecuniaria di sei milioni di euro, circostanza questa che ha avuto un ruolo determinante nell'affermazione della natura penale della sanzione, come si evince da un significativo passaggio della motivazione: «tenuto conto dell'elevato importo della sanzione inflitta, la Corte ritiene che essa sia, per la sua gravità, di natura penale».

(4) Nella causa *Menarini c. Italia* la ricorrente lamentava la violazione del suo diritto ad adire un giudice avente piena giurisdizione, terzo ed imparziale. La Corte dunque ha affermato la natura penale della sanzione *antitrust* ai soli fini dell'applicabilità del principio del giusto processo, che peraltro ha ritenuto comunque garantito dalla giustizia amministrativa, affermando che «nel caso di specie, la società ricorrente ha avuto la possibilità di impugnare la sanzione amministrativa in questione dinanzi al TAR di Roma e presentare appello dinanzi al Consiglio di Stato. Secondo la giurisprudenza della Corte, tali organi soddisfano i requisiti di indipendenza e di imparzialità del «giudice» di cui all'articolo 6 della Convenzione (*PredilAnstalt SA. c. Italia (dec.)*, n. 31993/96, 8 giugno 1999)».

teale della sanzione debba esser risolta tenendo presente la natura amministrativa delle sanzioni *antitrust*.

**2. L'inapplicabilità della disciplina di cui all'art. 27 l. 689/81 (maggiorazione comprensiva di interessi in caso di ritardo nel pagamento) anche all'ipotesi di rateizzazione del pagamento.**

Si condivide l'avviso di codesta Autorità circa la non applicabilità dei principi affermati dalla giurisprudenza in tema di interessi previsti dall'art. 27 l. 689/81 (che prevede la maggiorazione comprensiva degli eventuali interessi in caso di ritardo nel pagamento di una sanzione pecuniaria) all'ipotesi contemplata nell'art. 26 (pagamento rateale della sanzione), in quanto trattasi di fattispecie non assimilabili.

Si rammenta che l'art. 27 dispone: *“Salvo quanto previsto nell'art. 26, in caso di ritardo nel pagamento la somma dovuta è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere da quello in cui la sanzione è divenuta esigibile e fino a quello in cui il ruolo è trasmesso all'esattore. La maggiorazione assorbe gli interessi eventualmente previsti dalle disposizioni vigenti”*.

Condivisibilmente codesta Amministrazione, con l'avallo del Consiglio di Stato (parere reso dalla Sez. III, n. 74/97) e della giurisprudenza di merito, esige il pagamento degli interessi anche per il primo semestre del ritardo, nel corso del quale non è ancora applicabile la maggiorazione prevista dalla predetta norma. Ciò in quanto, pur in assenza del necessario presupposto temporale per l'applicazione della maggiorazione (comprensiva degli eventuali interessi), il provvedimento sanzionatorio è comunque già dotato di esecutività ed esecutorietà e quindi il credito, liquido ed esigibile, produce comunque interessi di mora.

Come si accennava, tali considerazioni non possono tuttavia essere estese all'ipotesi del pagamento rateale, essendo gli interessi c.d. dilatori o di rateazione strutturalmente diversi dagli interessi moratori: i primi sono giustificati esclusivamente dall'esigenza di compensare il creditore per aver rinunciato al pagamento per la durata della dilazione e, correlativamente, dalla disponibilità per il debitore di somme di denaro per la durata della dilazione stessa; gli interessi moratori, invece, hanno una funzione essenzialmente risarcitoria in quanto trovano la propria *ratio* nelle inadempienze della parte debitrice, aspetto questo del tutto assente nell'ipotesi della rateizzazione.

Peraltro, il beneficio del pagamento rateale trova la propria fonte in un provvedimento autorizzatorio dell'Amministrazione, che ha l'effetto di rimodulare la disciplina del rapporto di riscossione. Ciò impedisce di qualificare come ritardo la situazione in cui viene a trovarsi l'interessato nelle more della scadenza del termine stabilito per il pagamento delle rate, posto che tale contegno è determinato proprio da un'autorizzazione espressa dell'Amministrazione titolare dal lato attivo del relativo rapporto giuridico.

Viceversa, nell'ipotesi disciplinata dall'art. 27 l. 689/81 si è al cospetto di

un vero e proprio ritardo nel pagamento della sanzione, dovuto ad una mera inadempienza dell'interessato, che non ha rispettato il termine (rimasto immutato) e, trattandosi di "ritardo non autorizzato", rende il credito produttivo di interessi di mora.

La conclusione potrebbe essere diversa nell'ipotesi in cui la rateizzazione venisse concessa dopo la scadenza del termine per il pagamento tempestivo, ipotesi che non può escludersi a priori, atteso che l'art. 26, nel disciplinare la rateazione della sanzione, non dice che tale beneficio può essere concesso solo prima della scadenza del predetto termine.

E in effetti la possibilità di concedere la rateazione una volta scaduto il termine per il pagamento tempestivo non è da escludersi anche in considerazione del fatto che la rateazione viene concessa, per espressa previsione normativa, in considerazione delle condizioni economiche disagiate del destinatario della sanzione e quindi di una condizione obiettiva in cui il trasgressore versa, che prescinde da ogni profilo di responsabilità.

Certamente, però, il mero fatto giuridico della scadenza di quel termine, comporta che la somma da rateizzare non sarà più la (sola) sanzione originaria, bensì la sanzione così come rideterminata ai sensi del successivo art. 27, vale a dire maggiorata, maggiorazione nella quale restano assorbiti gli interessi dovuti per il ritardo stesso.

### ***3. L'inapplicabilità in via diretta e la non estensibilità in via analogica delle disposizioni rinvenibili nella legislazione speciale (con particolare riguardo al T.U. delle spese di giustizia) all'ipotesi della rateizzazione delle sanzioni amministrative comminate dall'Antitrust.***

#### *3.1. Sulla inapplicabilità del T.U. spese di giustizia e delle norme sulla riscossione dei tributi ad esso ricollegate.*

Gli indici normativi ed il consolidato orientamento giurisprudenziale (Corte di Cassazione Sezioni Unite, 5 gennaio 1994, n. 52; T.A.R. Lazio Sez. I, 10 giugno 1998, n. 1902) confermano che la materia delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'AGCM è regolata dalla legge di depenalizzazione n. 689 del 1981. L'art. 31 della legge n. 287 del 1990 (*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*) stabilisce che "per le sanzioni amministrative pecuniarie conseguenti alla violazione della presente legge si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nel capo I, sezioni I e II, della legge 24 novembre 1981, n. 689".

Le sezioni I e II del Capo I riguardano rispettivamente i principi generali (artt. 1 - 12) e l'applicazione delle sanzioni pecuniarie (artt. 13 - 31). A sua volta l'art. 26 disciplina il pagamento rateale della sanzione pecuniaria, stabilendo che l'autorità (giudiziarica o) amministrativa che ha applicato la sanzione può disporre, su richiesta dell'interessato che si trovi in condizioni economiche



disagiate, che la sanzione medesima venga pagata in rate mensili da tre a trenta.

Sebbene la norma nulla disponga in ordine alla eventuale corresponsione di interessi, parte considerevole della dottrina sembra orientata nel senso di ritenere esigibili gli interessi in caso di pagamento rateale, per effetto dell'entrata in vigore del *Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia*, D.P.R. 115/2002.

In particolare è stato affermato che l'art. 240 D.P.R. 115/2002, rubricato "*dilazione e rateizzazione di pagamento*" ed inserito nel Titolo V dedicato alle "*disposizioni particolari per le sanzioni amministrative pecuniarie*", avrebbe ormai affiancato e sostituito l'art. 26 l. 689/81.

L'art. 240 dispone infatti che "*per il pagamento rateale e per la dilazione del pagamento delle sanzioni amministrative pecuniarie si applica l'articolo 19, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602 e successive modificazioni*". A sua volta l'art. 19 D.P.R. 602 del 1973 (*Disposizioni sulla riscossione delle imposte sul reddito*) prevede che "*l'agente della riscossione, su richiesta del contribuente, può concedere, nelle ipotesi di temporanea situazione di obiettiva difficoltà dello stesso, la ripartizione del pagamento delle somme iscritte a ruolo fino ad un massimo di settantadue rate mensili*", e prosegue dettando una disciplina specifica relativa alla garanzia del credito qualora l'importo iscritto a ruolo sia superiore a cinquantamila euro.

Tale ultima disposizione deve peraltro essere letta in combinato disposto con l'art. 21 D.P.R. 602/73 secondo cui "*sulle somme il cui pagamento è stato rateizzato o sospeso ai sensi dell'articolo 19, comma 1, si applicano gli interessi al tasso del 4,5 per cento annuo. L'ammontare degli interessi dovuto è determinato nel provvedimento con il quale viene accordata la prolungata rateazione dell'imposta ed è riscosso unitamente all'imposta alle scadenze stabilite. I privilegi generali e speciali che assistono le imposte sui redditi sono estesi a tutto il periodo per il quale la rateazione è prolungata e riguardano anche gli interessi previsti dall'art. 20 e dal presente articolo*".

La dottrina maggioritaria ritiene dunque esigibili gli interessi in caso di pagamento rateale della sanzione amministrativa comminata ai sensi della l. 689/1981 per effetto del combinato disposto degli artt. 240 D.P.R. 115/2002 e 19 e 21 D.P.R. 602/73.

Ad una simile conclusione ostano però una serie di considerazioni.

Si è detto che l'art. 240 D.P.R. 115/2002 è inserito nel Titolo V dedicato alle "*disposizioni particolari per le sanzioni amministrative pecuniarie*".

La rubrica del titolo deve essere letta ed interpretata alla luce della definizione che di "sanzione amministrativa pecuniaria" fornisce il medesimo DPR all'art. 3 lett. v) - rubricato proprio "*definizioni*" - secondo cui "*«sanzione amministrativa pecuniaria» è la sanzione pecuniaria, anche derivante da conversione della sanzione interdittiva, dovuta dalle persone giuridiche, dalle società e dalle associazioni anche prive di personalità giuridica, ai sensi del*

*decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231”.*

L'art. 240 si riferisce pertanto alle sole sanzioni irrogate agli enti per illecito amministrativo dipendente da reato, vale a dire di quella particolare forma di responsabilità amministrativa degli enti introdotta dal D.lgs. 231/2001 (applicabile a enti forniti di personalità giuridica, società e associazioni anche prive di personalità giuridica, con esclusione dello Stato, degli enti pubblici territoriali, degli altri enti pubblici non economici, nonché degli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale) che può essere affermata qualora una persona fisica, a diverso titolo inserita nell'organizzazione dell'ente, abbia commesso un fatto costituente reato - espressamente contemplato nel medesimo testo normativo - nell'interesse dell'ente medesimo o a suo vantaggio.

Quindi le sanzioni amministrative pecuniarie cui si riferisce il Titolo V del DPR 115/2002 sono ben diverse dalle sanzioni amministrative irrogate ai sensi della l. 689/1981.

Del resto, la limitazione del concetto di sanzioni amministrative pecuniarie ai soli illeciti amministrativi degli enti dipendenti da reato è conforme all'intero impianto normativo del DPR 115/2002, con il quale il legislatore ha inteso istituire per l'appunto un Testo Unico riguardante le entrate dello Stato connesse all'esercizio della funzione giurisdizionale e dunque al processo, sia esso penale, civile, amministrativo, contabile o tributario. In questo ambito è dunque logico che rientrino anche le sanzioni amministrative dipendenti da reato, che ai sensi dell'art. 36, comma 1 D.Lgs. 231/2001 possono essere irrogate solo da un giudice, ed anzi dal giudice penale.

Dunque il - peraltro dibattuto - carattere “amministrativo” di tali sanzioni deriva certamente dalla natura giuridica delle stesse e non dalla qualifica dell'autorità alla quale la legge ha attribuito il potere di irrogarle.

Ne deriva che mentre per le sanzioni amministrative pecuniarie comminate ai sensi del D.Lgs. 231/2001 si applica il combinato disposto degli artt. 19 e 21 DPR 602/73 - in virtù del rinvio recettizio contenuto nell'art. 240 citato - con conseguente esigibilità degli interessi sulle somme eventualmente rateizzate, altrettanto non può affermarsi con riferimento alle sanzioni *antitrust*, alle quali l'art. 240 non può essere direttamente applicabile.

### *3.2. Sulla non estensibilità in via analogica delle norme del T.U. spese di giustizia e della altre disposizioni speciali.*

Non sembra inoltre potersi affermare, come sembra prospettare codesta Autorità, che la disciplina del T.U. sulle spese di giustizia sia comunque estensibile, sia pure in via analogica, alle sanzioni *ex* l. 689/1981 per effetto del presunto combinato disposto degli artt. 231, 234 e 240.

Anzitutto, non sembra sia rinvenibile un “combinato disposto” delle tre norme appena menzionate, atteso che gli artt. 231 e 234 D.P.R. 115/2002 sono inseriti nel Titolo III, “*Disposizioni particolari per spese processuali, spese*

*di mantenimento e sanzioni pecuniarie processuali*” e concernono, rispettivamente, la reiscrizione a ruolo dei crediti iscritti a ruolo e scaricati per inesigibilità e l’attribuzione al concessionario della riscossione del potere di riscuotere le spese delle procedure esecutive relative a tutte le entrate iscritte a ruolo (5).

L’art. 240 invece, come noto, prevede in virtù del rinvio agli artt. 19 e 21 DPR 602/73, la rateizzabilità delle sanzioni amministrative derivanti da reato e comminate agli enti ai sensi del D.Lgs. 231/2001.

Le tre norme si riferiscono dunque a fattispecie tra loro diverse.

Per quanto concerne la prospettata applicazione analogica delle norme del T.U. in materia di spese di giustizia, la l. 689/81 esclude la possibilità di far ricorso al procedimento analogico.

Invero, il sistema creato con la l. 689/81 è affine a quello penale, almeno per quanto riguarda i principi generali sanciti nella Sezione I, Capo I, e ripropone dunque, anche per le sanzioni amministrative pecuniarie, il principio di stretta legalità, con il necessario corollario del divieto di analogia *in malam partem* (art. 1 commi 1 e 2 l. 689/81), come confermato dal costante orientamento della giurisprudenza secondo cui “*con l’art. 1 della legge 689 del 1981 il legislatore - prevedendo che nessuno può essere assoggettato a sanzione amministrativa se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione (comma 1) e che le leggi che prevedono sanzioni amministrative punitive si applicano soltanto per i casi e i tempi in esse considerati (comma 2) - ha inteso sancire l’applicabilità alle sanzioni amministrative dei principi di legalità, di irretroattività e di divieto di analogia*” (Cassazione civile Sez. I, 28 dicembre 2004, n. 24053; fra le altre: Cassazione civile Sez. VI, 28 dicembre 2011, n. 29411; Cassazione civile Sez. I, 27 giugno 2006, n. 14828; Cassazione civile Sez. I, 1 agosto 2003, n. 11732).

Le argomentazioni sino ad ora esposte in relazione all’inammissibilità dell’applicazione analogica dell’art. 240 del T.U. in materia di spese di giustizia a maggior ragione valgono in riferimento agli artt. 19 e 21 D.P.R. 602/73 (*Disposizioni sulla riscossione delle imposte sul reddito*) e 202 bis del Codice della Strada, i quali dettano discipline specifiche per ipotesi non assimilabili

---

(5) Art. 231 D.P.R. 115/2002:

«Reiscrizione a ruolo.

*In applicazione dell’art. 20, comma 6, del decreto legislativo 13 aprile 1999, n. 112, con decreto dirigenziale del Ministero della giustizia, sono fissati i criteri eccezionali sulla base dei quali l’ufficio provvede alla reiscrizione degli articoli di ruolo scaricati ai sensi degli articoli 19 e 20, del decreto legislativo 13 aprile 1999, n. 112».*

Art. 234 D.P.R. 115/2002:

«Riscossione delle spese.

*Ai sensi dell’articolo 48, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, le spese delle procedure esecutive relative a tutte le entrate iscritte a ruolo sono riscosse dal concessionario nel processo in corso per la riscossione coattiva del credito principale».*

alle sanzioni *antitrust* (6).

Poiché dunque la loro applicazione alle sanzioni *antitrust* potrebbe trovare fondamento solo in un'operazione di estensione analogica, anche in questo caso dovrebbe essere esclusa tale possibilità.

#### **4. L'applicabilità del principio generale di cui all'art. 1282 c.c. al pagamento rateale della sanzione amministrativa ex art. 26 l. 689/81.**

Occorre infine stabilire se la debenza degli interessi sulle somme rateizzate possa trovare fondamento nell'art. 1282 cod. civ. (*"i crediti liquidi ed esigibili di somme di denaro producono interessi di pieno diritto, salvo che la legge o il titolo stabiliscano diversamente"*), inteso come principio generale applicabile a tutti i debiti pecuniari, ivi compresi quelli di cui si discute.

Deve al riguardo evidenziarsi come la questione appaia dubbia, atteso che sussistono argomenti a sostegno tanto della tesi negativa quanto della tesi positiva.

Né sembra risolutiva la - peraltro esigua - giurisprudenza pronunciata al riguardo: nella sentenza 18 dicembre 2003 n. 8345 il Consiglio di Stato ha affermato che *"in mancanza di una specifica disciplina di settore, l'art. 1282 c.c. è senz'altro applicabile anche alle sanzioni amministrative pecuniarie una volta sorta l'obbligazione ex lege di pagare una certa somma di denaro"*.

La pronuncia appena citata è stata però resa in una controversia avente ad oggetto le sanzioni per ritardato pagamento degli oneri concessori ex art. 3 L. 2 febbraio 1985 n. 47, e dunque il principio è stato in realtà affermato in tema di debenza degli interessi moratori, in relazione al quale la l. 47/1985 - che pure stabiliva delle maggiorazioni della sanzione in caso di ritardato pagamento - non conteneva una disciplina specifica.

A ben vedere dunque, la norma applicata dal Consiglio di Stato non è stata l'art. 1282 del cod. civ., ma l'art. 1224 del cod. civ.

La possibile risposta negativa al quesito se, pur in difetto di espressa previsione da parte dell'art. 26, siano dovuti interessi in caso di pagamento rateale in virtù dell'applicabilità dell'art. 1282 cod. civ. anche ai crediti pecuniari derivanti da sanzioni amministrative, potrebbe trovare fondamento anzitutto nella considerazione che essendo il sistema della l. 689/1981 (come già argomentato nel par. 1 del presente parere), disegnato sulla falsariga di quello penale in virtù della previsione del principio di stretta legalità, andrebbe mutuata dall'ordinamento penale la massima secondo la quale *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, con la conseguenza che il silenzio dell'art. 26 circa la debenza di interessi in caso di rateizzazione sarebbe da intendersi come un silenzio signi-

---

(6) Ai sensi dell'art. 202 bis, comma 4, ultimo periodo *«Sulle somme il cui pagamento è stato rateizzato si applicano gli interessi al tasso previsto dall'articolo 21, primo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, e successive modificazioni»*.

ficativo, sintomo di una volontà negativa del legislatore.

Ciò in quanto l'istituto della rateizzazione della sanzione di cui all'art. 26 ha carattere eccezionale, perché derogatorio del principio secondo il quale gli atti amministrativi (ivi compresi quelli a contenuto sanzionatorio) dal momento della loro emissione sono dotati di immediata esecutività ed esecutorietà, mentre la previsione della rateizzabilità costituisce una deroga a tale principio perché finisce col differire la possibilità di immediata ed integrale esecuzione coattiva del provvedimento, sicché, trattandosi di norma di stretta interpretazione, l'aver ommesso di prevedere la corresponsione di interessi dovrebbe essere considerato indice di una volontà normativa in tal senso piuttosto che di una lacuna.

Potrebbe inoltre essere ritenuto che tale opzione interpretativa trovi conferma nel tenore del successivo art. 27 l. 689/81, il quale, giova ribadirlo, stabilisce che *“Salvo quanto previsto nell'art. 26, in caso di ritardo nel pagamento la somma dovuta è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere da quello in cui la sanzione è divenuta esigibile e fino a quello in cui il ruolo è trasmesso all'esattore. La maggiorazione assorbe gli interessi eventualmente previsti dalle disposizioni vigenti”*.

Potrebbe in altri termini ritenersi alquanto anomalo che il legislatore si sia preoccupato di disciplinare la debenza degli interessi in caso di maggiorazione della sanzione (prevedendone l'assorbimento in detta maggiorazione) e non lo abbia fatto per l'ipotesi di semplice rateizzazione disciplinata dall'art. 26, pur esplicitamente richiamato nella clausola di salvezza contenuta nel predetto art. 27.

Tali argomenti potrebbero tuttavia essere superati ove si muova dalla considerazione che poiché l'art. 1282 cod. civ. codifica un principio immanente nel sistema ed applicabile indistintamente a tutti i debiti pecuniari (che se certi, liquidi ed esigibili producono interessi di pieno diritto), ivi compresi quelli derivanti da sanzioni amministrative pecuniarie, non vi era necessità di una espressa previsione dell'art. 26 in punto di debenza di interessi, previsione che ove vi fosse stata avrebbe costituito una “duplicazione” della norma già scritta nel citato art. 1282 cod. civ., sicché a ben vedere il “silenzio” della norma sul punto non sarebbe affatto un “silenzio significativo”.

In quest'ottica, la clausola di salvezza contenuta nel successivo art. 27, che disciplina gli interessi moratori, potrebbe essere interpretata nel senso che salva l'ipotesi in cui il “ritardo” nell'adempimento dipenda da un provvedimento che concede la dilazione dello stesso, alle altre ipotesi di ritardo “non autorizzato” si applica la disciplina della maggiorazione della sanzione.

A ben vedere, dunque, la vera essenza del problema consiste non tanto nello stabilire se il silenzio dell'art. 26 sulla debenza degli interessi possa o meno essere colmato dal disposto dell'art. 1282 cod. civ., ma nello stabilire se sussistano i requisiti di applicabilità dell'art. 1282, val a dire se il credito

derivante dalla sanzione rateizzata sia certo, liquido ed esigibile.

Il problema si pone in particolare con riferimento al requisito della esigibilità.

Secondo l'insegnamento della Cassazione, la prestazione è esigibile quando il creditore può chiedere il pagamento o perché è scaduto il termine a favore del debitore, o perché il pagamento può essere richiesto in qualsiasi momento. Anche il Consiglio di Stato, nel parere n. 74/97 citato da codesta Autorità, conferma l'assunto precisando che *“il credito si qualifica esigibile quando sia scaduto e quindi il creditore possa immediatamente agire in executivis per ottenerne l'adempimento”*.

Si tratta dunque di stabilire se il provvedimento che ammetta l'interessato alla rateizzazione - e dunque alla dilazione del pagamento - faccia o meno perdere al credito da sanzione amministrativa il suo carattere di credito originariamente esigibile.

La soluzione al problema sembra dipendere, a ben vedere, dalla individuazione della *ratio* giustificatrice sottesa alla norma sulla rateizzazione, sicché la risposta potrebbe essere diversa ove si muova da una lettura che potremmo definire di impronta “pubblicistica” o, viceversa, da una lettura che potremmo definire più prettamente “civilistica”.

a) La lettura di impronta “pubblicistica” potrebbe far leva sulla considerazione che, poiché ai sensi dell'art. 26 l'amministrazione concede il beneficio del pagamento rateale qualora l'istante si trovi in condizioni economiche disagiate, la concessione del beneficio costituisce modalità di esercizio del potere sanzionatorio che - pur fortemente vincolato quanto a presupposti dell'irrogazione della sanzione e quantificazione della stessa - può attraverso tale istituto discrezionalmente commisurare la “pena” alle “condizioni personali” del trasgressore, sulla falsariga di quanto già avviene, in sede di prima determinazione della sanzione, in applicazione dell'art. 11 l. 689/1981, a tenore del quale *«Nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo e nell'applicazione delle sanzioni accessorie facoltative, si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche»*.

In altri termini, la legge consente di tener conto, in sede di irrogazione della sanzione, delle condizioni economiche del trasgressore, sia commisurando ad esse l'entità della sanzione (art. 11), sia commisurando ad esse il termine entro il quale la sanzione deve essere pagata, e scaduto il quale può essere riscossa (art. 26).

In tal modo non solo vengono salvaguardate le esigenze dell'interessato, ma viene anche realizzato il principio di uguaglianza sostanziale, in considerazione della evidente maggiore afflittività del provvedimento sanzionatorio

pecuniario nei confronti di chi versa in condizioni disagiate rispetto al soggetto abbiente.

In caso di rateizzazione, la fonte legittimante il pagamento dilazionato potrebbe dunque essere qualificata come un provvedimento amministrativo autorizzatorio, con il quale l'Autorità stabilisce delle nuove e diverse modalità di pagamento, che vanno a modificare la disciplina del rapporto di riscossione: per effetto di tali modifiche, il diritto di riscuotere la somma risulta frazionato e si adegua alle scansioni cronologiche stabilite nel provvedimento.

Tale impostazione potrebbe condurre, di conseguenza, all'affermazione che per effetto del provvedimento di accoglimento dell'istanza di rateizzazione, il credito derivante dalla sanzione, da credito all'origine immediatamente esigibile si trasforma in credito sottoposto ad una serie di termini (coincidenti con le scadenze delle singole rate), sicché poiché gli importi delle rate diverrebbero esigibili solo alle (e non prima delle) relative scadenze, gli interessi su tale rateizzazione non potrebbero essere richiesti ai sensi dell'art. 1282 cod. civ., perché difetterebbe il requisito della esigibilità della prestazione prima della scadenza delle singole rate.

b) Pur nella consapevolezza della sostenibilità della tesi appena enunciata, sembrerebbe tuttavia preferibile, ad avviso della Scrivente, la soluzione opposta, che muovendo da un'impostazione di stampo più prettamente "civiltistico", consente di pervenire all'affermazione che il credito da sanzione amministrativa ex l. 689/1981, pur in presenza di un provvedimento che ammetta l'interessato alla rateizzazione, non perda, per ciò solo, il requisito della esigibilità del quale è *ab origine* dotato.

Tale soluzione sembra infatti meglio rispondere all'esigenza di un equo contemperamento tra l'interesse del soggetto sanzionato che si trovi in condizioni economiche disagiate (soddisfatto dall'accoglimento della richiesta di rateizzazione) e l'interesse dell'amministrazione alla integrale riscossione della sanzione comminata.

Invero, poiché gli interessi c.d. dilatori o di rateazione sono giustificati dall'esigenza di compensare il creditore per aver rinunciato al pagamento per la durata della dilazione e, correlativamente, dalla disponibilità per il debitore di somme di denaro per la durata della dilazione stessa, ove il credito rateizzato non producesse interessi, la concessione della rateizzazione si tradurrebbe in una implicita rinuncia a parte di esso: a quella parte, cioè, di somme di denaro della quale l'amministrazione non ha immediatamente goduto a causa della dilazione e per la durata della stessa.

In altri termini, potrebbe affermarsi che la norma che attribuisce all'amministrazione il potere di rateizzare la sanzione persegue l'esclusivo intento di concedere "più tempo" al sanzionato, senza però che ciò si traduca anche in uno "sconto" della sanzione comminata.

Del resto, deve considerarsi che altrove nell'ordinamento - nelle specifiche normative di settore che contengono una regolamentazione delle sanzioni amministrative - si rinvengono norme analoghe sulla rateizzabilità della sanzione, che disciplinano espressamente il regime degli interessi, non tanto al fine di stabilire la regola dell'*an* della loro debenza, bensì al fine di stabilire la regola del *quantum* (7).

Quelle norme, in altre parole, contengono una previsione espressa in punto di interessi non perché in assenza di tale previsione gli interessi non sarebbero dovuti, ma perché in assenza di tale previsione - che fissa un tasso di interesse superiore a quello legale - gli interessi dovrebbero essere corrisposti nella misura del tasso legale.

Da tale considerazione sembra potersi inferire che tali norme costituiscono la conferma della esistenza nel nostro ordinamento di un principio generale, immanente nel sistema, secondo il quale l'autorizzazione del creditore al pagamento rateale di un credito già *ab origine* esigibile - qualunque sia la natura del credito e dunque anche se si tratti di credito da sanzione amministrativa pecuniaria - implica l'insorgere di un'obbligazione accessoria a quella principale, consistente nell'obbligo di corrispondere i c.d. interessi di rateazione, nella misura del tasso legale, salvo che non sia diversamente stabilito.

Sulla questione è stato sentito il Comitato Consultivo che si è espresso in conformità

---

(7) Ci si riferisce ai già menzionati artt. 19 e 21 D.P.R. 602/73 (*Disposizioni sulla riscossione delle imposte sul reddito*), nonché all'art. 202 bis comma 4, ultimo periodo del Codice della Strada, a tenore del quale «*Sulle somme il cui pagamento è stato rateizzato si applicano gli interessi al tasso previsto dall'articolo 21, primo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, e successive modificazioni*».



# LEGISLAZIONE ED ATTUALITÀ

## **La Giornata della Trasparenza. Per un *Freedom of Information Act* (FOIA) anche in Italia (\*)**

*(Roma, 19 settembre 2012, sede della Fnsi)*

Intervento di *GIUSEPPE FIENGO*  
*“La difficile via italiana”*

Il compito del mio intervento in questo convegno è un po' particolare: devo eliminare dal nostro ordinamento giuridico quella che, nella legislazione elettorale americana, si chiamava “la *clausola del nonno*”.

Dopo la Guerra di secessione e l'abolizione della schiavitù, i democratici razzisti del Sud approvarono leggi che rendevano più difficili la registrazione nelle liste elettorali e la partecipazione alle elezioni, con il risultato che la maggioranza dei neri e di molti bianchi poveri se ne trovò praticamente esclusa. Gli *ex* stati confederati approvarono nuove costituzioni o emendamenti che di fatto privarono nuovamente del diritto di voto la maggioranza delle persone povere e di colore, grazie ad una combinazione di tasse da pagare per votare, di test di alfabetizzazione e di comprensione di testi scritti, di requisiti di residenza e/o registrazione all'anagrafe. La *clausola del nonno*, in particolare, non consentiva il rilascio del certificato elettorale a chi non dimostrava che il nonno del richiedente sapeva leggere e scrivere...

Anche noi, in Italia, sul tema dell'accesso ai documenti pubblici, abbiamo

---

(\*) Obiettivo della Giornata promossa da Foia.it con il contributo del Sindacato dei giornalisti italiani è “una proposta operativa ed immedita in cui si chiede al Governo e al Parlamento di introdurre nella legislazione italiana il diritto alla trasparenza e all'accesso agli atti della pubblica amministrazione da parte di chiunque, indipendentemente dai motivi e dalle intenzioni per cui li richiede”. Questo lo scopo principale di Foia.it che annovera costituzionalisti, esperti della pubblica amministrazione, tecnici ministeriali, rappresentanti delle istituzioni giornalistiche e di gruppi e associazioni.

un'elusione amministrativa di principi che sono pacifici in tutta Europa, che sarebbero anche presenti nella nostra legislazione, ma che la prassi amministrativa e la gente comune ignora. La regola normale è che gli atti pubblici sono pubblici - come dice la parola stessa - *“liberamente e facilmente fruibili da tutti”*.

Quindi il mio compito di giurista è semplice, proprio perché le leggi ci sono e si tratta solo di eliminare la “clausola del nonno”, che in Italia è rappresentata da tutti quegli ostacoli strutturali e funzionali, che il nostro mondo giuridico-amministrativo frappone tra i cittadini e i documenti pubblici.

Bisogna conoscerlo bene il nostro mondo (io sono nell'amministrazione - ci sto da una vita) per capire dove mettere le mani, anche perché questo benedetto diritto all'informazione dei cittadini è un qualcosa di molto delicato, proprio per come è strutturato: quando cerco qualcosa, devo prima di tutto sapere che esiste, e quindi se cerco un documento, devo averne la conoscenza, devo sapere se, come e quando è stato formato; se non so che esiste, voi capite bene, che non chiedo niente. Altro aspetto delicato, che potremmo chiamare funzionale, è che questa informazione deve essere tempestiva, mi deve arrivare presto, perché, se mi arriva tardi, quando i giochi sono fatti, non ci faccio niente; diventa storia e cessa di essere partecipazione e democrazia. Quindi comprendete che mi trovo di fronte ad un qualcosa (il cosiddetto diritto all'informazione) che è estremamente fragile da utilizzare.

Ed è per questo che ringrazio Palmieri e ne apprezzo la metodologia: *“Non buttiamo le cose che abbiamo”*, perché tutti gli interventi intanto partono da punti fermi reali.

**Il testo delle modifiche legislative proposte:**

**1. In attuazione della Convenzione sull'accesso ai documenti ufficiali, approvata il 18 giugno 2009 dal Consiglio d'Europa, la Repubblica attribuisce a chiunque il diritto di avere accesso ai documenti amministrativi, senza riguardo ai motivi o alle intenzioni per cui li richiede.**

**2. Sono conseguentemente modificate le seguenti disposizioni della legge 7 agosto 1990 n. 241 e successive modifiche ed integrazioni:**

all'art. 22 comma 1 lett. a) sono soppresse le parole “degli interessati”;

all'art. 22, comma 1 è soppressa l'intera lett. b);

all'art. 24 comma 1 sono soppresse le lettere b) e c);

l'art. 24 comma 3 è soppresso;

all'art. 24 comma 6 è soppressa la lettera b);

all'art. 24 comma 6 lett. d) sono soppresse le parole “finanziario, industriale e commerciale”;

l'art. 24 comma 7 è soppresso;

l'art. 25 comma 2 è soppresso;

all'art. 25 comma 1 è soppresso l'inciso “salve le disposizioni in materia di bollo nonché i diritti di ricerca e di visura”.

**3. Le misure di pubblicità e le condizioni di efficacia degli atti previste dal D.L. 22 agosto 2012 n. 83 si estendono a tutti i documenti amministrativi comunque protocollati in entrata ed in uscita da un ufficio pubblico.**

Per una informazione più completa in [www.articolo21.org/2012/09/il-foia-anche-in-italia-ecco-la-proposta-operativa/](http://www.articolo21.org/2012/09/il-foia-anche-in-italia-ecco-la-proposta-operativa/)

Ed un grosso omaggio devo fare al ministro Passera, anche se ho una certa ritrosia a fare omaggi ai politici. L'articolo 18 del nuovo decreto sviluppo stabilisce infatti che gli atti che danno un vantaggio ai privati, ai dipendenti pubblici ed alle imprese, per essere efficaci, devono essere pubblicati su Internet: si tratta indubbiamente di una grande rivoluzione culturale. Gliene devo dare atto, perché sposare l'efficacia giuridica degli atti e quindi il controllo della Ragioneria Generale dello Stato, di tutte le Ragionerie territoriali, sulla circostanza che l'atto di concessione di un vantaggio, per essere materialmente pagato, per essere condotto a buon fine, deve in qualche misura essere ostensibile sui siti dell'amministrazione concedente, secondo me, è un grande atto di trasparenza e di coraggio.

Quindi incominciamo col dire che l'iniziativa FOIA qualcosa l'ha ottenuta; abbiamo fatto un passo serio.

Tenete presente, poi, che tutta questa materia non è poi tanto avulsa dal contesto economico, perché una trasparenza vera, effettiva, la possibilità per gli operatori di avere atti, carte e problemi immediatamente ostensibili, significa alcuni punti in più (o in meno) dei *rating* che formulano le società specializzate a valutare gli investimenti in Italia. La gente ragiona: devo andare ad investire in Italia, devo vedere le carte, capire perfettamente come stanno le cose, se ho bisogno di un intermediario, di un avvocato che mi fa il ricorso per l'accesso e cose di questo genere, sono costi in più da affrontare. Quindi - voglio dire - l'investimento in Italia migliora. Quindi stiamo parlando anche di economia, non soltanto di astratte libertà...

Allora, stavo dicendo che volevo ringraziare Palmieri, perché mi ha ricondotto, giustamente, alla regola che non si butta quello che comunque si ha. Giusto, sacrosanto! Ed io non voglio buttar via la meravigliosa giurisprudenza del Consiglio di Stato e dei TAR, che è riuscita a creare un diritto di accesso, sia pure tramite gli avvocati. Con tutti i difetti che ho segnalato, però ha creato una giurisprudenza che esiste, che opera, che dice che cosa si può vedere, che cosa non si può vedere. Quindi - voglio dire - "*nessuno butta niente*", ci mancherebbe altro!

Però alcune correzioni bisogna farle. Perché? Perché ormai siamo in Europa e non è più possibile fermarsi. E allora c'è un testo proposto, che vi spiego e vi leggo. Sono tre commi che possono cambiare molto.

I commi sono le frasi delle leggi. Scusate, qui non tutti siete parlamentari, né tutti siete giuristi, quindi devo spiegare che cosa sono i commi.

La prima disposizione che si propone è un'affermazione generale che dice "*In attuazione della convenzione sull'accesso dei documenti ufficiali, approvata nel 2009 dal Consiglio d'Europa, la Repubblica*" - e con questo voglio dire quindi lo Stato, i Comuni, le Province, e qualsiasi soggetto pubblico - "*attribuisce a chiunque il diritto di avere accesso ai documenti amministrativi, senza riguardo ai motivi e alle intenzioni per cui li richiede*". Anche la sem-

plíce curiosità deve essere in qualche modo garantita. Questa è la regola europea... questo è il testo della dichiarazione del Consiglio d'Europa. Quindi questa, e non altra, deve diventare norma della Repubblica Italiana.

Ma questa nuova norma deve necessariamente essere coordinata con quello che c'è, ed in Italia c'è la Legge n. 241 del 1990 che, nel regolare il procedimento amministrativo sancisce il diritto di accesso e di partecipazione dei privati. Occorre quindi, proprio per sfruttare il lungo lavoro della giurisprudenza su questa norma, introdurre lievi, ma significative, modificazioni a tale legge.

E incomincia l'elenco degli emendamenti - i parlamentari presenti sanno bene come si fa -: Art. 22, comma 1, lett. a) b) e c). Piccoli aggiustamenti... Va qui richiamata, anche in questa occasione, la buona abitudine, mutuata dalle norme europee a partire dagli anni '90, di far precedere le disposizioni prelettive di una legge dalle definizioni. Cosa utile in Europa, dove si tratta di unificare una pluralità di diritti nazionali ma non del tutto coerente con la tradizione giuridica italiana: le definizioni, in un ordinamento codificato, le fanno i giudici, le fa la Cassazione molto meglio. Ma detto questo, va bene così...

In una definizione c'è scritto: *"Il diritto di accesso è il diritto degli interessati"*. Beh, no. Lo leviamo, è abrogato appunto il termine *"interessati"*.

Seconda definizione recata dalla lettera b): *"Per interessati s'intendono tutti i soggetti etc"*. E che c'importa? Togliamo dal testo vigente la lettera b) dell'art. 22. Poi andiamo avanti, e leggiamo che il diritto d'accesso è escluso *"per i procedimenti tributari"* ... Ma perché deve essere escluso l'accesso per i procedimenti tributari? Se c'è una cosa che è pubblica sono i soldi delle tasse, mie e dei miei concittadini; è una sorta di cassa comune. Il minimo che occorre è sapere chi ci mette il danaro e come viene speso...

E andiamo ancora avanti. Dice la legge n. 241 del 90 che *"nei procedimenti della pubblica amministrazione diretti alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali e di pianificazione"* sarebbe escluso l'accesso.

Per le leggi, va bene: c'è l'autonomia del Parlamento e degli *interna corporis* (?). Ma tra gli atti normativi ci sono anche i regolamenti, hanno un procedimento, che si articola secondo la legge: perché a tali atti non si può accedere? Ma soprattutto ritengo fuori luogo l'esclusione degli atti amministrativi generali, di pianificazione o di programmazione. Proprio no, qui voglio vedere come il Comune fa un Piano Regolatore! Questa disposizione la possiamo abolire.

E andiamo avanti nella proposta. Non vogliamo neppure il 3° comma dell'articolo 24, quando dice: *"Non sono ammissibili istanze di accesso preordinate al controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni"*. La norma va abrogata.

In tutto questo meccanismo di emendamenti mirati credo che si recuperano tutta la giurisprudenza e tutta la saggezza del Consiglio di Stato, che ap-

plica queste disposizioni normalmente e lo si può fare con il nuovo testo da domani. Nelle aule, di giustizia, ma anche fuori da tali aule, negli uffici amministrativi: perché, quando escono le sentenze del Consiglio di Stato poi le amministrazioni, anche se talvolta a malincuore, si adeguano.

Anche qui, attenzione, tutto questo potere che sarebbe dell'amministrazione non lo vedo! Purtroppo, oramai, dopo che i dirigenti vengono nominati solo per un anno o due, sulla base di quello che decide il ministro, e se non vengono riconfermati magari perché non fanno quello che dice il ministro se ne devono andare a casa... Quindi, voglio dire, attenzione! Noi abbiamo ucciso il *Civil Service*, la dirigenza amministrativa, un po' burocrate, ma anche autonoma che avevamo in Italia... Sul punto occorre prestare molta attenzione.

Altre cose semplici: l'accesso può arrecare danno alla *privacy*: evidentemente, conserviamo la disposizione della legge n. 241 del 90, ma eliminando tutto il riferimento del monetario e della politica valutaria: se esiste una materia sulla quale vogliamo sapere tutto, oramai è il monetario, lo *spread*, è tutte queste cose, perché poi sono cose che entrano nella nostra tasca; perché quando qualcuno vi dice che si alza lo *spread* mi ritrovo 200 euro in meno nella busta paga: vuol dire che c'è un rapporto diretto tra me e la politica monetaria e la vorrei capire bene. Ne ho diritto perché sono soldi miei, perché è la mia vita, è il mio standard di vita, quindi sono questi gli elementi sui quali posso fare poi tutte le mie scelte, anche politiche...

E poi l'ultima norma da abrogare: la richiesta di accesso ai documenti non deve essere motivata. Il controllo democratico delle comunità, anche spinto fino alla semplice curiosità dei cittadini (e dei giornalisti) va comunque tutelata. Questo è evidente.

Come vedete, si propone un lavoro di semplice pulitura nel quale è stata eliminata anche quella norma che dispone che, per avere un documento, devo pagare l'imposta di bollo. Francamente - e qui ringrazio Valerio Onida, che mi ha segnalato l'anomalia prima dell'apertura del convegno - l'imposta per la stampa o la trasmissione di un documento che l'amministrazione già possiede in digitale, francamente, mi sembra obiettivamente una "*piccola clausola del nonno*".

Queste sono le modificazioni che si chiedono alla legge n. 241 del 1990 e che si possono fare subito, inserendole in un ordinamento e in una prassi già consolidate da un'egregia giurisprudenza del giudice amministrativo.

Un'ultima notazione, che vuole essere il mio tributo al ministro Passera e al suo Ufficio Legislativo. Mi riferisco a quelle condizioni dell'art. 18 del decreto legge, che spero sia convertito, che collegano l'efficacia degli atti alla pubblicità e alla trasparenza, anzi alla "*pubblica fruizione su internet*". [ndr. la conversione in legge ci fu poco dopo la Giornata della trasparenza].

Ho una grande speranza, un grosso desiderio: che questa nuova disposi-

zione di legge possa entrare nel sistema urbanistico, nel sistema della gestione del territorio. Perché se non ho conoscenza dei fatti che incidono sul territorio, se non conosco gli atti, non riesco a capirci niente e come cittadino non so da che parte schierarmi.

La regola della pubblicità dovrebbe valere per tutti gli atti comunque protocollati dalla pubblica amministrazione. È chiaro, se sto lavorando a un atto, ho diritto a non farlo vedere finché non è finito, ma quando è protocollato, esce da un ufficio pubblico, sia pure a livello interno, tra l'organo periferico e l'organo centrale, bene, quell'atto è un atto che vive, che esiste e tutti hanno diritto di vederlo, anche nella sua dinamica. Anche questo è principio molto semplice.

Sono cose in conclusione che si possono fare, senza dire che per farle avremmo bisogno di una catarsi generale del Paese, di fare altre cose. Le proposte di oggi si possono realizzare con facilità e celermente e spero che diventino parte del nostro ordinamento democratico, in analogia alle leggi di tutti i principali Stati europei. Non ho nient'altro da dire. Grazie.

## IMU ed immobili a utilizzazione mista indistinta (l'esenzione proporzionale tra schema decretale e parere consiliare)

(Nota a Cons. St., Sez. Consultiva per gli Atti Normativi, 27 settembre 2012, parere n. 07658/2012)

**Federico Maria Giuliani\***  
**Sabrina Scalini\*\***

*SOMMARIO: 1. La questione: a) introduzione. – 2. (Segue): b) la soluzione ministeriale e le ragioni del (parziale) dissenso consiliare. – 3. Considerazioni conclusive.*

### 1. La questione: a) introduzione.

Il parere che si annota, emanato in data 27 settembre 2012 dalla Sezione Consultiva per gli Atti Normativi del Consiglio di Stato, è nato a seguito di richiesta del Ministro dell'Economia e delle Finanze – formulata ai sensi dell'art. 17, comma 25, l. 15 maggio 1997, n. 127 (1), in relazione a uno schema di decreto ministeriale in materia tributaria.

Ed invero, l'art. 91-*bis*, comma 3, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv., con modificazioni, in legge n. 27 del 24 marzo 2012, ha emendato l'art. 7, d.lgs. n. 504 del 30 dicembre 1992, contenente l'elenco degli immobili esenti dall'allora ICI. Tanto esso ha fatto inserendo, al comma 1, lett. i), di detto art. 7, l'inciso «*con modalità non commerciali*».

Ond'è che la relativa esenzione oggi afferisce, testualmente, agli enti pubblici e privati, diversi dalle società, che risiedono nel territorio dello Stato, e *non* hanno, per oggetto esclusivo o prevalente, l'esercizio di attività commerciale; *rectius* afferisce agli immobili, che sono utilizzati da tali enti e da essi destinati *esclusivamente* allo svolgimento, *con modalità non commerciali*, di attività assistenziali, previdenziali, sanitarie, didattiche, ricettive, culturali, ricreative e sportive, nonché alle attività di religione o di culto (2).

Nel contempo, lo stesso art. 91-*bis*, d.l. n. 1/2012 (così come convertito con mod. in legge) affrontava in specie il delicato (e discusso) tema dei c.d. immobili a utilizzazione mista, quali ad esempio quelli impiegati in parte per pura attività di religione e culto, e in parte per attività di tipo commerciale. È il

---

(\*) Avvocato del libero Foro, Milano.

(\*\*) Avvocato del libero Foro, Bologna.

(1) Trattasi dei pareri obbligatori, in fase endoprocedimentale necessaria, che il Governo e i singoli Ministri devono chiedere al Consiglio di Stato per l'emanazione di atti normativi. Cfr., sul punto, E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XIII ed., Milano, 2011, p. 477 s.

(2) La norma esentativa da ICI, di cui sopra nel testo, è applicabile anche all'imposta municipale propria (IMU), giusta quanto previsto dall'art. 9, comma 8, d.lgs. 16 marzo 2011, n. 23 (sul federalismo fiscale municipale), il quale espressamente richiama l'art. 7, comma 1, lettere da b) a f), nonché h) ed i), d.lgs. n. 504/1992, istitutivo dell'ICI.

caso, in ipotesi, di stabili destinati *in parte qua* ad ospitalità alberghiera, all'interno dei quali però vivono stabilmente persone aderenti ad ordini ecclesiastici.

Orbene, per sciogliere il non facile nodo della esenzione soltanto *parziale* da IMU di codesti immobili, il legislatore ha contemplato due diversi casi, rispettivamente indicati ai commi 2 e 3 del citato art. 91-*bis*. La prima ipotesi è quella più semplice, che interviene allorquando i due impieghi sono frazionabili all'interno della medesima unità immobiliare. Per queste situazioni, il capoverso dell'art. 91-*bis* prevede che la parte di unità immobiliare, identificabile come adibita ad uso commerciale - sì come dotata di autonomia funzionale e reddituale permanente (rispetto alla porzione dedicata, per esempio, alla religione e/o al culto) -, sia sottratta all'esenzione da IMU.

Diversamente, per i più ardui casi - c.d. «misti indistinti» -, in cui non è possibile operare il frazionamento autonomo degli immobili o di loro porzioni, in relazione agli usi commerciali e non, il comma 3 dell'art. 91-*bis* contempla l'applicazione di un *criterio di proporzionalità*, da quantificarsi ed attestarsi, da parte del contribuente, in apposita dichiarazione. Ed è proprio sul punto di siffatta *dichiarazione*, che la legge prevede l'emanazione di un decreto ministeriale, *ex art. 17, comma 3, l. n. 400/1988 (3)*, volto a stabilirne «*le modalità e le procedure*» (c.vo aggiunto). Ma a ciò la norma stessa non si limita, in punto di delega, prevedendo che il decreto ministeriale debba contemplare altresì «*gli elementi rilevanti ai fini della individuazione del rapporto proporzionale*».

Ne è così scaturito lo schema di articolato decretale, su cui la Sezione Consultiva del Supremo Consesso ha espresso, al Ministero dell'Economia e delle Finanze, il parere (quanto meno in parte) negativo, sopra riportato.

---

(3) Sono i decreti del singolo Ministro, aventi natura regolamentare, da adottare previo parere obbligatorio del Consiglio di Stato e previa comunicazione al Presidente del Consiglio dei Ministri. Autorevole dottrina (G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, VII ed., Padova, 2010, p. 76 s.) osserva che, stante la relatività della riserva di legge in materia tributaria, i regolamenti dei singoli Ministri possono essere legittimamente impiegati nel sistema delle fonti; e ciò secondo la classificazione tipologica di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 17, l. n. 400/1988 (esecutivi, attuativi o integrativi, delegati o di delegificazione, *et alia*). S'innesta, su tale assunto, la nota problematica, più ampiamente amministrativistica, sulla distinzione, alle volte finanche denegata, fra regolamenti esecutivi ed attuativi [su cui vedansi F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2009, p. 448; ID., *Compendio di diritto amministrativo*, II ed., Roma, 2010, p. 68; ID. - L. TARANTINO, *Commento all'art. 17, l. 23 agosto 1988, n. 400*, in *Codice Amministrativo*, Roma, 2009, p. 243 s.; cui *adde* E. CASSETTA, *op. cit.*, p. 389, a parer del quale la soluzione della disputa starebbe semplicemente nel lessico adottato dalla stessa <<400/1988>>, dacchè ivi, contemplandosi sia i regolamenti esecutivi, sia quelli integrativi ed attuativi, verrebbero meno le ragioni di perplessità in ordine al sostantivo <<esecuzione>>, impiegato nella preminente disciplina: sì che, mentre i regolamenti esecutivi si limitano a specificare la legge, quelli attuativi ed integrativi ne sviluppano i principi, introducendo elementi di integrazione]. Con particolare riguardo ai regolamenti ministeriali (ed invero anche interministeriali), di cui al comma 3 (e 4) dell'art. 17 della stessa <<400/1988>>, altro scrittore rileva che, per essi, a differenza di quanto accade per i regolamenti governativi di emanazione presidenziale (*ex* commi 1 e 2 del medesimo articolo), è sempre necessario che la potestà regolamentare sia conferita, in modo specifico ed espresso, dalla legge (L. COSSU, voce *Regolamenti governativi e ministeriali*, in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, dir. da S. Cassese, vol. V, Milano, 2006, p. 5035).



2. (Segue): b) la soluzione ministeriale e le ragioni del (parziale) dissenso consiliare.

Osserva la Sezione Consultiva che vi è una discrasia tra una parte dello schema decretale e la precisa sfera del potere regolamentare attuativo, attribuito dalla norma primaria alla fonte secondaria.

Lo schema di decreto, infatti, si prodiga nell'indicazione dei requisiti, generali e settoriali, per la qualificazione di questa o quella attività, come svolta o meno con modalità commerciali; laddove, di contro, l'art. 91-*bis*, comma 3, d.l. n. 1/2012 (come convertito in legge n. 27/2012) prevedeva un regolamento, che per un verso insistesse sulle modalità e procedure dell'auto-dichiarazione di proporzionalità (il quale aspetto, proprio in quanto meramente procedurale, diverge dai criteri d'individuazione della commercialità), e per altro verso si concentrasse sugli «elementi rilevanti» ai fini della individuazione (non già della commercialità, bensì) della «proporzionalità» nell'utilizzo misto e indistinto.

Quest'ultimo aspetto, per parte sua, non è, a ben vedere, di altrettanto lineare soluzione quanto il primo, poiché si potrebbe opinare che, onde fissare i criteri identificativi della proporzionalità sia strumentalmente (ed eziologicamente) necessario focalizzare *a priori* ciò che costituisce modalità commerciale e non.

All'attento estensore del parere non sfugge questo angolo di problematicità, atteso che egli sottolinea fra l'altro, in motivazione, se non il dato puramente quantitativo, per lo meno la «qualificazione piuttosto articolata»>>, che l'art. 1, ed in specie gli artt. 3 e 4, dello schema decretale dedicano alle modalità distintive tra attività commerciali e diverse. Ciò equivale a dire che, nell'esercizio del potere regolamentare specificamente attribuitogli dalla legge - per individuare gli elementi rilevanti ai fini del calcolo di proporzione, in autodichiarazione, degli immobili a destinazione mista indistinta -, il Ministro si sarebbe ampiamente dilungato su di un aspetto del tutto esterno al fulcro del potere delegato, cioè all'*actio finium regundorum* tra le attività commerciali e quelle non tali; così debordando, in guisa troppo articolata (e non già meramente marginale/strumentale) in un'area non coperta dall'attribuzione del potere regolamentare stesso. Un potere regolamentare, questo, su cui, non a caso nessun criterio espresso e specifico indicava la legge in ordine agli elementi discretivi da adottare, per distinguere le diverse tipologie di attività (4).

---

(4) Sul potere regolamentare delegato *ex lege* nei regolamenti ministeriali, vedi *supra*, nota 3, ult. cpv. (Talune perplessità, in passato, non sono mancate sulla figura stessa del regolamento delegato, atteso che la Costituzione contempla soltanto i decreti legislativi delegati e non già, appunto, gli omonimi regolamenti; ma ivi trattavasi dei c.d. regolamenti liberi, cioè capaci di regolare materie prima disciplinate dalla legge; per essi, però, oggi la <<400/1988>> contempla, in specie, i regolamenti di delegificazione: cfr. F. NEGRO, voce *Regolamenti*, in AA.VV., *Dizionario di diritto amministrativo*, a cura di F. Caringella, vol. M-Re, Roma, 1991, p. 190).

Quanto detto sopra, nel testo, emerge da due passi significativi dell'annotato parere, laddove scrive la

Da qui, in buona sostanza, la Sezione Consultiva trae le proprie conclusioni.

Le restanti parti dello schema decretale non meritano obiezioni, poiché in esse trattasi delle *procedure* dell'autodichiarazione di proporzionalità, nel caso degli immobili ad utilizzazione mista e indistinta. Lo stesso vale per il segmento decretale afferente agli *elementi rilevanti*, nella stessa situazione mista indistinta, ai fini del computo del predetto rapporto proporzionale. Ché sono due aspetti, questi, sui quali è indubbia l'attribuzione *ex lege* del potere regolamentare.

Quanto invece all'ampia parte censurata dell'articolato decretale - quella, cioè, sui criteri distintivi per qualificare le attività come svolte con modalità commerciali o meno -, si suggerisce un intervento *ad hoc* del legislatore, ovvero l'intervento *case by case* dell'amministrazione finanziaria in via interpretativa/applicativa, sulla scorta dei principi generali interni e di diritto UE, magari in forma di risposta a interpellanti.

Si rammenta, infine, la delicatezza della materia, atteso che - anche a seguito di circolare ministeriale sullo stesso tema emanata alcuni anni or sono (5) -, la Commissione UE ha avviato, il 12 ottobre 2010, una indagine sulla sussistenza di un aiuto di Stato, proprio sugli stessi profili che vengono in emersione nel parere di cui trattasi (6).

### 3. Considerazioni conclusive.

Il pronunciamento della Sezione Consultiva deve, ad avviso di chi scrive,

---

Sezione Consultiva: << (...) l'amministrazione ha compiuto alcune scelte applicative, che non solo esulano dall'oggetto del potere regolamentare attribuito, ma che sono state effettuate in assenza di criteri o altre indicazioni normative atte a specificare la natura non commerciale di una attività>>. E ancora, poco più avanti, leggesi nella parte motiva del parere: <<non è questa la sede per verificare la correttezza di ciascuno di tali criteri, ma la loro diversità ed eterogeneità rispetto alla questione dell'utilizzo misto conferma che si è in presenza di profili, che esulano dal potere regolamentare in concreto attribuito>>.

(5) Min. Economia e Finanze, circ. 26 gennaio 2009, n. 2/DF, in [www.finanze.gov.it/export/download/altri2/circolare\\_n2DF.pdf](http://www.finanze.gov.it/export/download/altri2/circolare_n2DF.pdf)

(6) Come noto, le disposizioni legislative che contengono aiuti di Stato (tra cui le esenzioni e le agevolazioni tributarie) devono essere autorizzate dalla Commissione Europea. A tale scopo l'art. 108, par. 3, TFUE, prevede il c.d. obbligo di notifica in tempo utile alla Commissione - affinché questa presenti osservazioni - dei progetti diretti ad istituire o modificare aiuti. Se la Commissione ritiene un progetto incompatibile con il mercato interno, inizia senza indugio la procedura di controllo; al che lo Stato membro non può dare esecuzione alla misura prima di una decisione finale. Sul tema vedasi, p.e., P. BORIA, *Diritto tributario ed europeo*, Milano, 2010, p. 219 ss., ove fra l'altro si distingue fra aiuto inammissibile e aiuto illegale. Quest'ultimo interviene allorché la misura di sostegno non è stata previamente comunicata alla Commissione ai sensi del TFUE. Quanto, invece, all'aiuto inammissibile, ancorché debitamente comunicato *ex ante*, il suo fulcro patologico è ivi indicato come potenziale ostruzione alla libertà di concorrenza sul mercato comune e, in particolare, quale produzione potenziale di effetti negativi rispetto alla operatività sul mercato dei soggetti non beneficiari della misura stessa di sostegno.

Nel caso di specie, di cui sopra nel testo, consta che la Commissione UE in data 12 ottobre 2010 abbia avviato l'indagine, in relazione agli aiuti concessi ad attività commerciali svolte da enti non commerciali ai fini ICI; se pure con la precisazione secondo cui, essendo quelle norme anteriori all'entrata dell'Italia nell'Unione, non si potrà ottenere restituzione delle somme, ma al più esigere modificazione delle norme interne dello Stato membro.

essere condiviso nella sua essenza.

Una certa commistione lessicale sembrerebbe emergere, *prima facie*, nella parte motiva tra *attuazione* dello schema decretale rispetto all'art. 91-*bis*, comma 3, d.l. n. 1/2012 (come convertito in legge 27/2012), e d'altra parte il carattere *non* attuativo generale del decreto stesso, rispetto alla nuova disciplina di esenzione IMU per gli immobili degli enti non commerciali. Nondimeno, aderendo a quella ricostruzione che, proprio nella materia tributaria, compenetra la classificazione regolamentare del comma 1 dell'art. 17 della <<400/88>> con i decreti ministeriali di cui al comma 3 dello stesso articolo (7), si può invero ragionare in termini di un regolamento ministeriale attuativo, e perciò dotato di maggiori spazi di integrazione, rispetto a quanti ne avrebbe un regolamento meramente esecutivo, costretto entro i confini di specificazione del dettato della norma primaria (8).

La ragione per cui, poi, l'estensore del parere fa riferimento alla <<attuazione>>, anziché alla <<esecuzione>>, dell'anzidetto art. 91-*bis*, a rigor di logica è desumibile dal fatto che, proprio scavando intorno alla dicotomia classificatoria tra regolamenti esecutivi ed attuativi in generale - *ex* lett. *a*) e *b*) del comma 1, art. 17, legge 400/88) -, si è sovente scritto che soltanto i regolamenti attuativi presuppongono una normazione primaria più *generica*, rispetto a quella che presiede i regolamenti meramente esecutivi (9). Sì ché, vista la genericità del dettato dell'art. 91-*bis* (d.l. 1/12, conv. in l. 27/12), la Sezione pare avere optato per la qualificazione regolamentare *attuativa* (anziché *esecutiva*), proprio in sintonia perspicua dottrina tributaria; salvo poi dover accertare che, trattandosi appunto di regolamento *ministeriale* (e non governativo-presidenziale), il comma 3 dell'art. 17 della <<400/88>> impone una delega espressa e specifica di fonte primaria, nonchè il rispetto di essa da parte del dicastero dell'economia e delle finanze (10).

Donde la necessità logico-giuridica di esprimere parere parzialmente negativo, per violazione dei limiti di delega, su quell'ampia parte dello schema decretale che afferiva ai criteri di individuazione delle modalità d'utilizzo commerciale e non.

Taluno, in ciò, potrebbe ravvisare una qualche contraddizione. Ma, ad avviso di chi scrive, trattasi di contrasto meramente apparente. Vi è, infatti, ampio spazio <<attuativo>> nella specie - e non meramente esecutivo -, quanto alle *procedure della dichiarazione*, nonché in relazione alle modalità di *redazione/presentazione* di essa. E lo stesso vale per la individuazione di quegli *elementi*, che rilevano per il computo del *rapporto di proporzionalità*, all'in-

---

(7) V., *supra*, nota 3 all'inizio.

(8) V., ancora *supra*, nota 3, ove si menziona E. CASSETTA, *op. cit.*

(9) Per tutti G. FALSITTA, *op. cit.*, p. 77.

(10) V. *supra* nota 3, ult. cpv.

terno della destinazione mista indistinta, fra uso commerciale e non. Di contro, vi è soltanto un minimo spazio, di potere delegato regolamentare - essenzialmente strumentale alla individuazione degli elementi testè menzionati (in specie l'ultimo), per la creazione di parametri nuovi, in base ai quali distinguere la destinazione commerciale da quelle diverse (e qui, difatti, è intervenuto lo straripamento, rettamente divisato dal Consiglio).

Se tutto ciò è vero, si impone però una precisazione aggiuntiva.

A parere di autorevole dottrina (11), la messa in relazione dell'art. 17, l. 400/1988, con la riserva (se pure relativa) di legge nella materia tributaria (ex art. 23 Cost.), importa un sommovimento strutturale proprio in punto di regolamenti attuativi. Questi ultimi, cioè, non sarebbero *tout court* ammissibili, per tutta la parte della disciplina del tributo coperta da riserva; e ciò atteso che, in tale ambito, non sarebbe consentita una formulazione di norme primarie eleniativa di meri principi. E siccome le esenzioni e le agevolazioni sono fatte ricadere, quanto meno da una parte dell'ermeneutica, nella sfera della riserva di legge (12), in questo angolo visuale l'annotato parere, nel momento stesso in cui sembra qualificare il decreto all'esame come attuativo, avrebbe potuto porsi *in apicibus* una questione teorico sistematica di costituzionalità prima di - e forse piuttosto che - addentrarsi in distinzioni tra porzioni decretali incluse nel potere regolamentare delegato *ex lege* ovvero esterne ad esso. E ciò, naturalmente vale non per gli aspetti procedurali della dichiarazione di proporzionalità; ma piuttosto per l'enunciazione di principio degli elementi, in base ai quali calcolare l'esenzione proporzionale in presenza di destinazione mista indistinta.

In tale prospettiva, il potere regolamentare *in parte qua*, forse non sussisteva *ab ovo*, attesa in specie la vaghezza e comunque la non specificità dei criteri dettati dalla norma primaria. Ed è proprio alla luce di questo aspetto critico - correlato all'art. 23 Cost., piuttosto che all'art. 17 l. n. 400/88 -, che potranno essere meditate anche le nuove iniziative legislative posteriori al parere, volte per esempio a introdurre, in un nuovo stile dell'art. 91-*bis* del d.l. n. 1/2012 (come convertito in legge), formule di delega inclusive della dicotomia tra utilizzo commerciale e non (sul cui carattere sufficientemente dettagliato metterà conto, in tale logica, interrogarsi).

Di contro, percorrendo un sentiero ancora diverso, si potrebbe pensare, in ordine allo schema decretale criticato dal Consiglio di Stato, che si tratti di

---

(11) F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. Parte generale*, X ed., Torino, 2009, p. 22.

(12) F. TESAURO, *op. cit.*, p. 15. *Contra* S. LA ROSA, *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali*, Milano, 1968, p. 125 ss. (Per l'A., le esenzioni operano sempre a vantaggio del contribuente. Al che, però, può ribattersi che le medesime, di riflesso, si risolvono in uno svantaggio per i contribuenti in esse non contemplati).

Nel senso che le esenzioni ad agevolazioni tributarie debbano essere prescritte, in modo sufficientemente dettagliato, da norme di legge, vedi anche Corte Cost., 21-25 febbraio 2011 n. 60, in [www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2011&numero=60](http://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2011&numero=60).

*parte tecnico-estimativa* di determinazione della base imponibile, in ordine alla quale la giurisprudenza costituzionale ammette invero l'intervento delle fonti subordinate (13). Senonché, nel caso dell'annotato parere, è al più in gioco, nello schema di decreto, la sfera tecnico-estimativa di una *esenzione*, piuttosto che di una *base imponibile* aprioristicamente assoggettata a tributo. Ne consegue che la problematica costituzionale, di cui si è detto, non pare liquidabile *de plano* nei termini testè ipotizzati (14).

Per concludere, un'ultima riflessione è suggerita dal passo motivazionale in cui la Sezione Consultiva prospetta, quale soluzione alternativa a un intervento legislativo, il lasciare all'amministrazione finanziaria la disciplina applicativa dei casi concreti, in base ai principi generali ed eventualmente in interpello.

Al riguardo, più che principi generali paiono venire, sul punto, in considerazione norme specifiche, quali l'art. 16, legge 20 maggio 1985, n. 222, che è richiamato testualmente dall'art. 7, comma 1, lett. i), d.lgs n. n. 504 del 1992 (ICI), a sua volta richiamato, per l'IMU dal decreto sul federalismo fiscale municipale (15). Se non che, anche da tali norme del 1985 sulle attività non commerciali in materia di ICI, non emerge alcun dato utile al fine del computo proporzionale di riparto, in presenza di una destinazione mista indistinta. E, d'altra parte, pensare che l'interpello ordinario, *ex art. 11* Statuto del contri-

---

(13) Corte Cost., 4 luglio 1961, n. 48, in [www.giurcost.org/decisioni](http://www.giurcost.org/decisioni); Id., 4 luglio 1963, n. 127, *ivi*; Id., 1 luglio 1969 n. 129, *ivi*.

(14) Per un superamento, però, della problematica costituzionale della riserva, allorquando – come nel caso di specie – vi è una norma delegante di rango primario, vedasi R. LUPI, *Diritto Tributario. Parte generale*, VII ed., Milano, 2000, p. 20, il cui argomentare sembra proprio allinearsi a quello della Sezione Consultiva, nel parere di cui sopra, allorquando il chiaro autore osserva che <<se la materia è coperta da riserva (sia pure relativa), è lecito per il legislatore delegare qualche potere al Governo, ma quest'ultimo non può prendersi tale potere da solo, magari per risolvere nel senso che gli è più gradito oscurità interpretative della norma primaria>>. È bensì vero che, in tale passo, il Lupi tratta dei d.p.r. e non già dei d.m.; e pur tuttavia, concettualmente, la struttura ragionativa pare analoga al parere in commento, con la sola variante per cui il d.m. – come si è visto (*supra*, nota 3, ult. cpv.) – abbisogna sempre di una delega espressa nella norma primaria.

Si noti però che, nel momento stesso in cui si segue l'impostazione di questo scrittore, ci si trova poi a dover fronteggiare l'ulteriore suo assunto, giusta il quale i decreti del Ministro dell'Economia integrano, << anche attraverso scelte di opportunità, le previsioni legislative>> (op. ult. cit., p. 19, c.v. aggiunti). Il che, per certi versi, potrebbe rimettere in discussione l'asserita (dal CdS) illegittimità dello schema decretale, nella sua ampia parte strumentalmente dedicata all'*actio finium regundorum* tra modalità commerciali e non.

Di contro, però, sta l'assunto di integrazione ed attuazione squisitamente tecnica dei regolamenti ministeriali in materia tributaria, che in altro chiaro autore leggesi (A. FANTOZZI, *Corso di diritto tributario*, rist. agg., Torino, 2004, p. 5). Ciò riavvicina tosto a una condivisione dell'argomentare del CdS, atteso che una cosa è il sostenere che era opportuno fare una strumentale digressione sulla dicotomia tra modalità commerciali e non; altra cosa è, invece, il sostenere che questa stessa dicotomia fosse mera integrazione di natura squisitamente tecnica. E, infatti, vedi lo stesso R. LUPI, nella versione successiva di *Diritto tributario. Parte generale*, VIII ed., Milano 2005, p. 31 s., dove l'autore s'incentra sul tecnicismo del regolamento ministeriale delegato, non più menzionando le scelte, *lato sensu* politiche, da parte del dicastero.

(15) V., *supra*, nota 2.

bunte, possa rappresentare la panacea risolutrice nel caso degli immobili a destinazione mista indistinta - dove il problema del computo proporzionale, più che derivare da obiettive condizioni di incertezza nell'applicazione/interpretazione della legge risiede(va), se non altro all'epoca del parere a margine, nel vuoto pressoché totale di normazione primaria -, appare quanto meno revocabile in dubbio.

**Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, parere 27 settembre 2012, n. 07658/2012** – Pres. Cossu, Rel. Chiappa – Ministero dell'Economia e delle Finanze.

OGGETTO:

Ministero dell'economia e delle finanze.

Schema di decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, recante regolamento avente ad oggetto la determinazione delle modalità e delle procedure per stabilire il rapporto proporzionale tra le attività svolte con modalità commerciali e le attività complessivamente svolte dagli enti non commerciali di cui all'art. 73, comma 1, lettera c), del TUIR, ai fini dell'applicazione dell'esenzione dall'imposta municipale propria di cui all'art. 7, comma 1, lettera i), del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 504.

LA SEZIONE

Vista la relazione prot. n. 3-11473/ucl del 5 settembre 2012 con la quale il Ministero dell'economia e delle finanze ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto; Esaminati gli atti e udito il relatore Consigliere Roberto Chiappa.

Riferisce l'Amministrazione che il presente regolamento è adottato in attuazione dell'art. 91-bis, comma 3, del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, che disciplina, a decorrere dal 1° gennaio 2013, l'applicazione dell'esenzione dall'imposta municipale propria (IMU) prevista dall'art. 7, comma 1, lett. i) del D. Lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, per gli immobili degli enti non commerciali di cui all'art. 73, comma 1, lettera c), del d.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917 (TUIR).

Il citato comma 3 dell'articolo 91-bis, prevede che, qualora l'unità immobiliare abbia una utilizzazione mista (commerciale e non commerciale) e non sia possibile procedere alla individuazione della frazione dell'unità immobiliare nella quale si svolge l'attività non commerciale, l'esenzione dall'IMU, si applica in proporzione all'utilizzazione non commerciale quale risulta da apposita dichiarazione.

Lo stesso comma 3 affida ad un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze da emanare ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 17 agosto 1988, n. 400, la definizione delle modalità e delle procedure relative alla predetta dichiarazione e degli elementi rilevanti ai fini dell'individuazione del rapporto proporzionale.

In attuazione di tale disposizione legislativa, è stato predisposto lo schema di regolamento in esame, che si compone di sette articoli, relativi alle definizioni (art. 1), all'oggetto del regolamento (art. 2), ai requisiti, generali e di settore, per lo svolgimento con modalità non commerciali delle varie attività (artt. 3 e 4), alla individuazione del sopra menzionato rapporto proporzionale e alla relativa dichiarazione (artt. 5 e 6) ed alle disposizioni finali (art. 7).

Considerato:

1. Lo schema di regolamento dà attuazione all'articolo 91-bis, comma 3, del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, che disciplina, a decorrere dal 1° gennaio 2013, l'applicazione dell'esenzione dall'imposta municipale propria (IMU) per gli enti non commerciali.

L'ambito di applicazione dell'esenzione è fissato direttamente dal legislatore e riguarda, sotto il profilo soggettivo, gli enti pubblici e privati, diversi dalle società, residenti nel territorio dello Stato, che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali e, sotto il profilo oggettivo, gli immobili utilizzati da tali soggetti, destinati esclusivamente allo svolgimento con modalità non commerciali di attività assistenziali, previdenziali, sanitarie, didattiche, ricettive, culturali, ricreative e sportive, nonché delle attività di religione o di culto. Con il citato art. 91-bis del d.l. n. 1/2012 è stato inserito, nell'art. 7 del d. lgs. n. 504/1992, l'inciso "con modalità non commerciali" al fine di delimitare l'ambito di applicazione dell'esenzione con riguardo all'utilizzo dell'immobile e sono state disciplinate, ai commi 2 e 3, due diverse ipotesi di utilizzazione mista.

Quando è possibile individuare gli immobili o le porzioni di immobili adibiti esclusivamente a attività di natura non commerciale, l'esenzione si applica solo alla frazione di unità in cui tale attività si svolge (art. 91-bis, comma 2).

Quando, invece, tale individuazione non risulta possibile, l'esenzione si applica in proporzione all'utilizzazione non commerciale dell'immobile quale risulta da apposita dichiarazione (art. 91-bis, comma 3).

L'oggetto dello schema di regolamento in esame è limitato a tale ultima ipotesi e, in particolare, alla definizione delle modalità e delle procedure relative alla predetta dichiarazione e degli elementi rilevanti ai fini dell'individuazione del rapporto proporzionale.

Trattandosi di un decreto ministeriale da emanare ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 17 agosto 1988, n. 400, il potere regolamentare deve essere espressamente conferito dalla legge e, di conseguenza, il contenuto del regolamento deve essere limitato a quanto demandato a tale fonte dal comma 3 dell'art. 91-bis del d.l. n. 1/2012.

Non è demandato al Ministero di dare generale attuazione alla nuova disciplina dell'esenzione IMU per gli immobili degli enti non commerciali.

Sulla base di tali considerazioni deve essere rilevato che parte dello schema in esame è diretta a definire i requisiti, generali e di settore, per qualificare le diverse attività come svolte con modalità non commerciali.

Tale aspetto esula dalla definizione degli elementi rilevanti ai fini dell'individuazione del rapporto proporzionale in caso di utilizzazione dell'immobile mista "c.d. indistinta" e mira a delimitare, o comunque a dare una interpretazione, in ordine al carattere non commerciale di determinate attività.

Peraltro, si tratta di una qualificazione piuttosto articolata, contenuta in parte nelle definizioni dell'articolo 1 e soprattutto nei requisiti fissati in via generale dall'art. 3 e per i singoli settori dall'art. 4.

Con quest'ultima disposizione l'amministrazione ha compiuto alcune scelte applicative, che non solo esulano dall'oggetto del potere regolamentare attribuito, ma che sono state effettuate in assenza di criteri o altre indicazioni normative atte a specificare la natura non commerciale di una attività.

Basti fare riferimento al criterio dell'accreditamento o convenzionamento con lo Stato per le attività assistenziali e sanitarie o ai diversi criteri stabiliti per la compatibilità del versamento di rette con la natura non commerciale dell'attività.

In alcuni casi è utilizzato il criterio della gratuità o del carattere simbolico della retta (attività culturali, ricreative e sportive); in altri il criterio dell'importo non superiore alla metà di quello medio previsto per le stesse attività svolte nello stesso ambito territoriale con modalità commerciali (attività ricettiva e in parte assistenziali e sanitarie); in altri ancora il criterio della non copertura integrale del costo effettivo del servizio (attività didattiche).

Non è questa la sede per verificare la correttezza di ciascuno di tali criteri, ma la loro diversità e eterogeneità rispetto alla questione dell'utilizzo misto conferma che si è in presenza di profili, che esulano dal potere regolamentare in concreto attribuito.

Tali profili potranno essere oggetto di un diverso tipo di intervento normativo o essere lasciati all'attuazione in sede amministrativa sulla base dei principi generali dell'ordinamento interno e di quello dell'Unione europea in tema di attività non commerciali (sia in termini generali attraverso circolari, sia con riferimento a fattispecie specifiche mediante altri strumenti, quali ad esempio le risposte all'interpello del contribuente).

Va, peraltro, ricordato che proprio sulla analoga questione dell'esenzione dall'ICI la Commissione europea ha avviato in data 12 ottobre 2010 una indagine al fine della valutazione della sussistenza di un aiuto di Stato, avente ad oggetto anche la circolare del Ministero delle finanze n. 2/DF del 26 gennaio 2009, che in parte trattava aspetti oggetto del presente schema. Ciò impone estrema prudenza nell'individuare lo strumento idoneo a fare chiarezza sulla qualificazione di una attività come non commerciale e tale strumento non appare poter essere il presente regolamento per le ragioni anzidette (quanto meno per le parti contenute in alcune definizioni e negli articoli 3, 4 e 7, comma 1).

2. Con riferimento alle ulteriori parti del regolamento non vi sono osservazioni da formulare, avendo l'amministrazione correttamente definito le modalità e le procedure relative alla dichiarazione richiesta in caso di utilizzazione mista "indistinta" e gli elementi rilevanti ai fini dell'individuazione del rapporto proporzionale (superficie, numero dei soggetti nei confronti dei quali vengono svolte le attività con modalità commerciali ovvero non commerciali, periodi temporali).

P.Q.M.

Nelle considerazioni che precedono è il parere.



## Il governo delle risorse idriche tra competenze statali e territoriali

Loredana Martinez\*

*SOMMARIO: 1. Premessa - 2. L'evoluzione normativa in materia di acqua: dalla tutela degli usi alla tutela della risorsa - 3. L'incidenza del diritto comunitario sulla disciplina interna - 4. L'irrelevanza dell'assetto federalista disegnato dalla riforma del titolo V della Costituzione in punto di riparto di competenze amministrative - 4.1. Premessa - 4.2. Le competenze amministrative statali in materia di tutela del suolo - 4.3. Le competenze in materia di tutela delle acque - 4.4. Le competenze in materia di Servizio idrico integrato - 5. I problemi legati all'esternalizzazione del Servizio idrico integrato: le funzioni di regolazione, di vigilanza, di controllo e di garanzia - 6. Le competenze delle Regioni e degli Enti locali - 7. Il problema del coordinamento delle funzioni - 8. Conclusioni.*

### 1. Premessa.

L'argomento di questo convegno richiama subito alla mente gli attuali temi che ruotano intorno al Servizio idrico integrato e, soprattutto, quello che riguarda le forme di gestione e di affidamento di questo peculiare servizio pubblico che, secondo quanto statuito dal comma 2 dell'art. 141 del Testo unico dell'ambiente (D.lgs. 165/2001) è “*costituito dall'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili di fognatura e di depurazione delle acque reflue (...). Le presenti disposizioni si applicano anche agli usi industriali delle acque gestite nell'ambito del servizio idrico integrato*”.

Si tratta di un ambito di notevole importanza a cui, tuttavia, si affiancano, ulteriori importanti questioni che nel corso del tempo hanno impegnato il legislatore nella produzione di un fascio di norme piuttosto ricco ed articolato.

Le molteplici disposizioni che si sono susseguite durante gli oltre centocinquanta anni di legislazione sull'acqua compongono, infatti, un quadro normativo assai complesso, che non ha ancora ricevuto una completa razionalizzazione nemmeno a seguito dell'entrata in vigore del Codice dell'ambiente, dove ora la materia delle risorse idriche risulta disciplinata per quel che riguarda i profili attinenti alla tutela dell'ambiente.

A tale fonte normativa si affiancano, peraltro, una serie di norme molto più datate, tra cui, il Testo unico sull'acqua, varato nel lontano 1933, ed una

---

(\*) Docente a contratto dell'insegnamento di “Diritto amministrativo” presso il Dipartimento di Scienze economiche ed aziendali dell'Università degli Studi di Sassari.

Il presente lavoro è di prossima pubblicazione in MARINA GIGANTE (a cura di), *L'acqua e la sua gestione. Un approccio multidisciplinare. Atti del convegno, Sassari 20-21 maggio 2011*, Jovene, 2012.

serie di altre disposizioni che congiuntamente vanno a comporre una base normativa i cui confini abbracciano tutti quegli ambiti dove questo bene assume rilievo, tant'è che si rinvengono norme sulle acque dolci, salate, stanziali, aperte, piovane, superficiali, sotterranee, minerali, termali, potabili, balneari ed, ancora, sull'acqua intesa come corpo idrico e, cioè, nella sua dimensione di fiume, di lago e di mare.

Per ciascuna delle richiamate categorie si riscontrano, inoltre, disposizioni relative alle modalità d'uso, agli standard qualitativi e quantitativi, alle modalità di sfruttamento economico (1) nonché alle possibili forme di gestione.

La presenza di un così ricco e variegato quadro normativo e l'asistematicità dello stesso, si riflette peraltro sulla possibilità di ricostruire in modo semplice e lineare l'assetto delle competenze amministrative disegnato dal legislatore nel campo delle risorse idriche, anche in considerazione del fatto che la normativa più datata è stata elaborata sulla base di regole e di principi che, sotto questo profilo, risultano profondamente innovati a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione entrata in vigore nel 2001.

A seguito della detta revisione costituzionale, anticipata nelle sue linee fondamentali da due importanti interventi normativi varati dal legislatore ordinario precedentemente (2)(3), il criterio principale su cui si fonda il sistema di distribuzione delle competenze amministrative è rappresentato, infatti, dal principio di sussidiarietà verticale che, a differenza di quello previgente, sulla base del quale le funzioni legislative "doppiavano" quelle amministrative, impone al legislatore ordinario di allocare le funzioni in capo ai Comuni, salvo eccezioni determinate da esigenze di amministrazione unitaria di taluni profili amministrativi.

La logica di distribuzione delle competenze amministrative, peraltro è stata investita anche da un altro fenomeno contrassegnato dal proliferare di organismi autonomi di nuova istituzione, quali sono le agenzie, le autorità indipendenti, o, ancora, le società in mano pubbliche o quelle a capitale misto pubblico-privato, in capo ai quali vengono spostate alcune importanti funzioni amministrative.

Il sistema di allocazione delle funzioni amministrative ha subito, peraltro, l'influenza del diritto comunitario, ancorché in via indiretta, in tutti quegli ambiti che interferiscono con la sfera delle libertà economiche riconosciute al cittadino comunitario dal Trattato dell'Unione europea.

Nel campo delle risorse idriche ciò è facilmente rilevabile in quanto, la

---

(1) Al riguardo, si veda M. A. SANDULLI, G. B. CONTE, *Le grandi derivazioni a scopo idroelettrico: una risorsa strategica in problemi di competenza legislativa e tutela comunitaria del diritto di stabilimento e della concorrenza*, in [www.aregon.es](http://www.aregon.es).

(2) Il riferimento è alla L. 59/1997 e al D.lgs. 112/1998.

(3) Il principio di sussidiarietà si ritrova in varie disposizioni introdotte dalle cosiddette riforme Bassanini.

rilevanza ambientale ed economica di questo bene ha spinto buona parte delle competenze legislative verso la sede statale, con conseguente erosione della sfera di competenze regionale, in ragione del fatto che la materia ambientale e quella della concorrenza risultano attribuite alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, con l'ulteriore conseguente effetto, come si dirà, di trascinarsi delle relative competenze amministrative.

La valorizzazione dell'acqua come bene ambientale ha comportato anche l'espansione di funzioni scarsamente valorizzate nella disciplina più datata, quali quelle di ordine programmatico, pianificatorio, regolatorio, gestorio e di controllo a cui continuano comunque ad affiancarsi quelle autorizzatorie e concessorie collegate al carattere demaniale di questo bene (4).

La permeabilità del nostro ordinamento giuridico alle fonti normative extrastatali ha determinato, peraltro, anche un rinnovato equilibrio nel rapporto tra pubblica amministrazione e cittadino da cui è scaturito anche un diverso equilibrio del rapporto autorità-libertà il cui effetto è stato quello della progressiva deflazione degli strumenti autoritativi a favore di quelli consensuali, quali sono, ad esempio, gli accordi amministrativi disciplinati dall'art. 11 della L. 241/90 (5), anche se in materia di acqua tali strumenti possono trovare

---

(4) Sui beni demaniali e la relativa disciplina si vedano: A. M. SANDULLI, *Beni Pubblici*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, pp. 280 e ss.; COLOMBINI G., *Demanio e patrimonio dello Stato e degli enti pubblici*, *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990, pp. 1 e ss.; MAZZAROLLI L., PERICU G., ROMANO A., ROVERSI MONACO F. A., SCOCA F. G., *Diritto Amministrativo*, Bologna, 2001, pp. 1114 e ss.; VIGNOCCHI G., GHETTI G., *Corso di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 707 e ss.; ARCIDIACONO L., CARULLO A., RIZZA G., *Istituzioni di diritto pubblico*, Bologna, 2005, pp. 508 e ss.; DI LORENZO A., *I beni demaniali dei Comuni e delle Province*, I.C.A., 1952; AVANZI S., *Il nuovo demanio*, Padova, 2000; AAVV., *Beni demaniali e patrimoniali dello Stato*, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1956; CUDIA C., *Le modificazioni del regime proprietario dei beni pubblici tra atti e fatti della Pubblica Amministrazione: orientamenti giurisprudenziali e sistema*, in *Foro Amm. TAR*, 2003, fasc. 12, pp. 3666 e ss.; VITALE S., *Responsabilità della P.A. per la custodia di beni demaniali e concorso di colpa del danneggiamento*, in *Giust. Civ.*, 1996, 6, 1711. Sul demanio idrico, in particolare, si vedano: PERNIGOTTI U., *Acque Pubbliche — Parte Generale* (voce), in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, pp. 400 e ss.; PALAZZOLO S., *Acque Pubbliche* (voce), in *Enc. Dir., Aggiornamento*, IV, Milano, 2000, pp. 34 e ss.; CERULLI IRELLI V., *Acque pubbliche* (voce), in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1988, pp. 10 e ss.; BOLDON ZANETTI G., *La tutela ambientale delle aree di pertinenza dei corpi idrici e il divieto di sdemanializzazione*, in *Riv. giur. ambiente*, 2005, 5, 819; BROCCA M., *Il vincolo paesaggistico relativo ai «fiumi, torrenti e corsi d'acqua» ex art. 146, comma 1, lett. c)*, *D.Lgs. 490/1999: alcune problematiche*, in *Riv. Giur. ambiente*, 2002, 3-4; CIVITARESE MATTEUCCI S., *La salvaguardia del regime fluviale tra pianificazione di bacino, poteri cautelari e prescrizioni idrauliche*, in *Riv. giur. ambiente*, 1996, 5, 715; URBANI P., *La pianificazione per la tutela dell'ambiente, delle acque e per la difesa del suolo*, in *Riv. Giur. ambiente*, 2001, 2, 199.

(5) Ciò è avvenuto attraverso un duplice passaggio: in una prima fase, avviata con la legge generale sul procedimento amministrativo del 1990, la "svolta" si è avuta con l'introduzione non tanto di una serie di regole d'azione relative all'esercizio dei poteri pubblici nei riguardi dei cittadini, quanto piuttosto del principio "di fondo" per cui l'amministrazione, nel perseguimento dell'interesse pubblico, è sempre tenuta a considerare e a valutare tutti gli interessi coinvolti, al fine di garantire la scelta della migliore soluzione possibile comportante il minore sacrificio delle situazioni giuridiche dei soggetti interessati. In una seconda fase, culminata nelle riforme del procedimento amministrativo del 2005 e del 2009, si è assistito alla valorizzazione del momento partecipativo dei cittadini nell'attuazione del potere pubblico:

scarsa applicazione sia per la natura demaniale di questo bene sia per il fatto che i profili gestori sono assoggettati ai tradizionali procedimenti amministrativi discrezionali.

Alla luce della breve premessa di cui sopra, con il presente contributo si cercherà, quindi, di ricostruire le linee evolutive dell'assetto delle competenze in materia di acqua tenendo conto del mutato quadro normativo costituzionale e dell'interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale in riferimento agli interventi normativi varati dal legislatore ordinario in materia di risorse idriche.

Si prenderanno, pertanto, le mosse dall'evoluzione storica di tale normativa per giungere a soffermarsi sul tema più "caldo" di questo momento storico rappresentato dalle questioni che ruotano intorno alla gestione del servizio idrico integrato.

## *2. L'evoluzione normativa in materia di acqua: dalla tutela degli usi alla tutela della risorsa.*

Uno dei primi problemi afferenti alla materia dell'acqua è quello di riuscire a circoscrivere l'ambito normativo, sia per l'estensione dello stesso, sia perché le relative norme spesso risultano sparse in corpi normativi dedicati ad ambiti che nulla hanno a che vedere con la materia dell'acqua, come nel caso delle norme dettate in materia dal Testo unico delle leggi sanitarie del 1934 (*infra*).

Al fine di tratteggiare una sintesi che consenta di evidenziare le linee direttrici su cui si è sviluppata la relativa disciplina risulta, quindi, necessario procedere attraverso l'individuazione di cinque fasi normative, ognuna delle quali, come si vedrà, risulta essere espressione degli interessi pubblici che progressivamente sono emersi in riferimento a questo campo.

La prima di queste, affonda le proprie radici negli ultimi scorcio del XIX secolo, quando l'acqua era ancora un bene disponibile in quantità sufficiente per soddisfare i fabbisogni primari (consumo umano, agricoltura, navigazione), tanto che i suoi usi erano sostanzialmente liberi e le preoccupazioni del legislatore si incentravano soprattutto sui problemi di regimazione delle acque e sulla corretta manutenzione delle relative pertinenze. Le prime leggi si limitavano, infatti, a dettare norme sulla costruzione delle infrastrutture idriche e sulla tutela degli alvei e delle sponde.

Del tutto estranei a questa disciplina erano invece i profili inerenti alla tutela quantitativa e qualitativa di questa risorsa giacché in quel periodo l'acqua era ancora "chiara" ed abbondante, anche se in realtà già nel 1904 erano state

---

in tale prospettiva si colloca la scelta "ideologica" in favore degli strumenti privatistici e consensuali, ormai preferiti rispetto a quello tradizionale del provvedimento autoritativo per il perseguimento delle finalità pubbliche (artt. 1 e 11 della legge n. 241 del 1990, come modificati dalla legge n. 15 del 2005). La posizione degli amministratori pare, infatti, rivestire sempre meno quella di soggetti passivi delle scelte dell'amministrazione in quanto il privato ormai tende a divenire co-protagonista e partecipe di esse, fin dal momento della selezione degli interessi pubblici da perseguire e della modalità con cui realizzarli.

dettate le prime norme volte a tutelare, quantomeno, i corpi idrici (6).

A questa prima fase, è seguita una seconda stagione normativa in cui si colloca l'ancora vigente Testo Unico sulle acque e gli impianti elettrici, varato con il R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775, dove trovano disciplina gli usi "speciali" di questo bene demaniale, così definiti perché non sottraggono il bene alla sua normale destinazione, e i relativi procedimenti amministrativi a cui sono assoggettati tali usi e, specificamente, la licenza per svolgere l'attività di fluitazione e di pesca e la concessione per lo svolgimento dell'attività di navigazione delle acque interne e per gli usi "eccezionali", quest'ultimi ricollegati alla derivazione delle acque a fini industriali, irrigui o di forza motrice.

Questa materia oggi risulta arricchita dalla disciplina dettata dal Codice dei contratti in materia di Concessioni di beni pubblici che, secondo la giurisprudenza amministrativa più recente, prevede una procedura che applica a queste fattispecie gli stessi principi degli appalti pubblici e delle concessioni di servizio, ritenendo necessario per l'ente pubblico dare corso ad una procedura competitiva per la scelta del concessionario (7).

Risale a questo periodo anche il Testo Unico sulle leggi sanitarie del 1934 (8) che, differenza delle altre disposizioni sino a quel momento varate, per la prima volta detta norme sui parametri di qualità dell'acqua destinata all'uso umano (9). Questa norma rappresenta, quindi, la prima disposizione volta a tutelare il bene acque sotto il profilo ambientale, anche se sarà necessario attendere diversi anni prima di poter leggere ulteriori norme di tale natura.

Infatti, solo a cavallo degli anni 60-70 del secolo scorso esplose il problema dell'inquinamento delle acque superficiali e delle falde acquifere e, quindi, solo in questo momento emerge la sensibilità ambientale nei confronti di tale bene.

La disciplina che verrà varata in questo arco temporale, spinta dallo squilibrio che si iniziava a registrare tra la domanda e l'offerta di acque idonee ai diversi usi, contrassegna l'inizio di una nuova stagione normativa caratterizzata dal radicale cambiamento della politica sull'acqua.

In questa terza fase normativa si colloca, infatti, la L. 319/76 (10), nota

---

(6) La disciplina sulla tutela dei corpi idrici è contenuta precipuamente nel R.D. n. 523/1904 "Testo unico delle disposizioni di legge intorno alle opere idrauliche delle diverse categorie", la cui lunga vigenza è stata "intaccata" da piccoli "ritocchi" normativi.

(7) Si veda, Corte giustizia, Ce, 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*; Corte giustizia, Ce, 7 dicembre 2000, C-324/98; Corte cost., 20 maggio 2010, n. 180; Cons. St., sez. V, 31 maggio 2011, n. 3250; Cons. St., sez. V, 7 aprile 2011, n. 2151; Cons. St., sez. V, 21 novembre 2006, n. 6796; sez. IV, 17 gennaio 2002, n. 253, tutte in *www.dejure.it*.

(8) Il riferimento è al r.d. 27 luglio 1934 n. 1265.

(9) La disciplina in materia di qualità delle acque destinate ad uso umano oggi è contenuta nel Decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 31 con il quale è stata data attuazione alla Direttiva comunitaria 98/83/CE.

(10) La legge Merli, recante "*Norme per la tutela delle acque dall'inquinamento*" è stata abrogata dall'art. 63, comma 1, del D.Lgs. 11 maggio 1999, n. 152 e dall'articolo 175, comma 1, lettera b) del

anche come legge Merli, attraverso la quale si inizia a pensare all'acqua come bene ambientale da gestire secondo processi volti a promuovere un uso razionale e sostenibile delle risorse idriche.

L'obiettivo era, soprattutto, quello di disciplinare gli scarichi degli insediamenti produttivi in quanto già da allora rappresentavano la principale causa del forte stato di inquinamento del territorio.

Questo momento storico è anche quello in cui iniziano a svilupparsi i primi strumenti pianificatori e programmatori in tema di risorse idriche ed, infatti, viene introdotto il Piano di attuazione per una regolazione dei corsi d'acqua naturali, il Piano Regolatore Generale degli Acquedotti nonché il Piano Regionale di Risanamento delle Acque (P.R.R.A.).

Negli anni 80 si colloca, invece, la quarta fase, contrassegnata dal fatto che si inizia a riconoscere l'importanza delle dinamiche che intercorrono fra gli ambienti terrestri e quelli acquatici e, quindi, si rileva la necessità di introdurre forme di gestione unitaria estese su scala territoriale.

Emerge, infatti, la chiara e urgente necessità di affrontare congiuntamente tutte le questioni relative alla difesa del suolo e all'uso ottimale delle risorse idriche, non solo con interventi singoli, ma soprattutto attraverso forme di pianificazione capaci di integrare le esigenze di tutela e di sviluppo.

Per la prima volta, si attuano anche interventi normativi volti a valorizzare forme di interazione tra i diversi soggetti pubblici e in quest'ottica si superano gli interventi pianificatori limitati ai singoli confini territoriali dei diversi enti, prevedendo strumenti pianificatori ispirati ai criteri geomorfologici e ambientali del territorio.

In questa direzione, la l. n. 183/89 ha complessivamente riorganizzato le competenze statali e quelle locali in materia di difesa del suolo ed ha istituito, per la prima volta, le Autorità di bacino attribuendogli le funzioni di tutela dell'intero bacino idrografico e, precisamente, compiti di difesa del suolo, di risanamento delle acque e di gestione del patrimonio idrico.

Nella stessa direzione, ma con maggiore attenzione per gli aspetti relativi ai profili gestori dell'acqua potabile, si è posta la legge n. 36/94, con la quale è stato avviato in Italia un profondo processo di modernizzazione e di riorganizzazione del settore idrico, reso scarsamente efficiente dall'allora estrema frammentazione degli operatori, circostanza che certamente non consentiva l'affermarsi di una gestione di tipo industriale e, sotto il profilo del servizio

---

D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152. La legge Merli è la prima legge importante in materia di tutela dell'ambiente, riguarda le acque e proprio a partire da essa la giurisprudenza e la dottrina hanno iniziato a mettere i primi mattoni di quella branca specialistica che può essere definita "diritto ambientale". Il legislatore stabiliva un'unica disciplina degli scarichi con un'applicazione rigida e uniforme di valori limite degli inquinanti, senza tener in alcun conto il tipo e l'uso del corpo recettore destinatario. Inoltre non definiva espressamente i requisiti degli scarichi stessi, che sono stati identificati a seguito della elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

all'utenza, non garantiva omogeneità degli standard qualitativi del servizio. Per fare fronte a questa situazione, la legge assegnava alle autorità regionali e locali la funzione di riorganizzare i servizi di acquedotto da realizzarsi per Ambiti Territoriali Ottimali (A.T.O.), ovvero per ambiti che dovevano superare quelli del singolo Comune, come, in linea generale, sino ad allora accadeva.

La Legge n. 36/1994 ha dettato anche numerose norme e importanti principi di carattere squisitamente ambientale ed, infatti, ha statuito che *"tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche"* (11).

L'ultima stagione giuridica risulta, invece, contrassegnata dalla forte preoccupazione di conciliare le esigenze dello sviluppo economico e sociale con la preservazione degli equilibri ecologici della risorsa idrica.

Questo, del resto, è il momento in cui avanza anche la disciplina comunitaria che trova recepimento, inizialmente, attraverso l'adozione del Decreto legislativo n. 152/99, oggi non più vigente, ma pietra miliare della futura evoluzione normativa che è sfociata nel Codice dell'ambiente (D.lgs. n. 152/2006), con il quale sono state abrogate una serie di norme, tra cui il richiamato D.lgs. 152/99, ed è stato operato un certo riordino di quelle norme volte a disciplinare l'acqua sotto il profilo della tutela ambientale.

Il richiamato Codice, nel Parte Terza che, non a caso, è intitolata *"Norme in materia di difesa del suolo e lotta alla desertificazione, di tutela delle acque dall'inquinamento e di gestione delle risorse idriche"*, ha il pregio, infatti, di aver accorpato molte previgenti leggi, innovandone in alcuni casi i contenuti.

Innanzitutto, il legislatore del 2006 ha ribadito la natura di bene demaniale di tutte le acque, superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal suolo, nonché delle infrastrutture necessarie per la sua gestione (acquedotti, fognature ed infrastrutture varie - art. 143).

Altro importante principio contenuto in questa legge è quello di solidarietà, già peraltro presente nella Legge Galli, che ora trova declinazione nell'affermato principio di tutela dei diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale (12).

Nondimeno, si rinvengono specifici principi in tema di gestione del Servizio idrico integrato, quali l'efficienza, l'efficacia e l'economicità, nonché

---

(11) Tale norma, inoltre, subordina la puntuale utilizzazione della risorsa a criteri di solidarietà e di salvaguardia del bene ambientale e dà particolare rilevanza alle aspettative delle generazioni future circa la possibilità di fruire di un integro patrimonio idrico. In buona sostanza, per la prima volta le norme in materia di risorse idriche valorizzano gli aspetti relativi ad un uso sostenibile rispetto agli equilibri ambientali. Non solo, si inizia a pensare all'acqua come risorsa scarsa da preservare attraverso l'adozione di misure organiche relative al ciclo dell'acqua (negli aspetti interconnessi del prelievo, dell'uso e della restituzione) e, in tale direzione, si dettano una serie di regole e di principi che prevedano l'affidamento della gestione del servizio ad un operatore unico ed indipendente.

(12) Si veda a riguardo MATTEOLI, *Art. 144*, in *Commentario breve al Codice dell'ambiente* (a cura di) Costanzo-Pellizer, Padova, 2012, 382.

principi riguardanti le modalità di affidamento del servizio stesso il cui principio base è rappresentato dall'affidamento del servizio attraverso gara nel rispetto del principio di derivazione comunitaria dettato a tutela della libertà di concorrenza (*infra*) (13).

Il quadro si completa poi con altri importanti principi, tra cui quello della tutela dei livelli essenziali delle prestazioni e quello secondo cui la tariffa relativa ai servizi idrici per i vari settori di impiego dell'acqua deve essere determinata sulla base del livello di inquinamento prodotto.

Altri principi sono posti a presidio della tutela dei corpi idrici, ovvero di quei volumi di acqua che vanno a formare i fiumi, i laghi, o che risultano contenuti in falde acquifere o in strutture artificialmente create dall'uomo (art. 54).

L'art. 145 detta, infatti, il principio dell'equilibrio idrico, consistente nella necessità di garantire il deflusso minimo necessario alla vita degli alvei nonché degli equilibri degli ecosistemi organizzati, e l'art. 146 il principio del risparmio idrico.

I detti principi, peraltro, si affiancano a molti altri principi generali applicabili a tutta la materia ambientale, tra i quali devono essere menzionati quelli di precauzione, di prevenzione e dello sviluppo sostenibile.

### 3. *L'incidenza del diritto comunitario sulla disciplina interna.*

Il processo normativo di cui ora sono stati richiamati i principali snodi evolutivi rappresenta il frutto non solo della sensibilità del legislatore interno per i problemi dell'acqua, ma anche il precipitato dei principi comunitari dettati in materia ambientale dalle diverse Direttive che si sono susseguite sin dal finire degli anni '70.

Le fonti comunitarie si compongono, infatti, di un certo numero di direttive aventi ad oggetto la tutela dall'inquinamento (14), la determinazione dei criteri di qualità (15) rispetto ai diversi usi (16), nonché la gestione integrata delle risorse idriche.

A tale ultimo riguardo, la Direttiva quadro 2000/60/CE (17), adottata dal

---

(13) Profilo, quest'ultimo, che più di altri ha impegnato la dottrina e la giurisprudenza in quest'ultimo periodo per l'intricata evoluzione normativa che si è susseguita in riferimento alle note questioni sorte circa le possibili forme di gestione e di modalità di affidamento di questo servizio pubblico a rilevanza economica. Questione su cui, comunque, ci soffermerà di seguito.

(14) Cfr. Direttiva 76/464/CEE del Consiglio, del 4 maggio 1976, concernente l'inquinamento provocato da certe sostanze pericolose scaricate nell'ambiente idrico della Comunità.

(15) Tra queste si richiama la Direttiva sul trattamento delle acque reflue urbane (91/271/CEE) e la Direttiva 91/676/CEE (direttiva nitrati), che congiuntamente combinano la definizione degli obiettivi di qualità ambientale con la fissazione di valori limite d'emissione, confermano il nuovo approccio al problema dell'inquinamento delle acque.

(16) Direttiva 80/778/CEE del Consiglio, 15 luglio 1980, sulla qualità delle acque destinate al consumo umano, in G.U.C.E. 30 agosto 1980, n. L 229; Direttiva 76/160/CEE del Consiglio, dell'8 dicembre 1975, concernente la qualità delle acque di balneazione, in G.U.C.E. L 31 del 5 febbraio 1976; Direttiva 79/923/CEE del Consiglio, del 30 ottobre 1979, relativa ai requisiti di qualità delle acque destinate alla molluschicoltura, in G.U.C.E. L 281 del 10 novembre 1979.



Parlamento europeo e del Consiglio dell'Unione europea il 23 ottobre 2000 occupa un ruolo di primaria importanza poiché ha dettato una serie di principi volti a realizzare un'equilibrata integrazione dei profili ambientali con quelli economici e sociali (18) introducendo a tal fine un fitto reticolo di principi, tutti orientati a mantenere o a raggiungere la sostenibilità ambientale dell'intero territorio comunitario.

Uno dei punti più rilevati riguarda l'analisi degli aspetti di natura economica a cui ciascun Stato è tenuto ad attuare in riferimento agli usi della risorsa idrica, e a tale riguardo, negli articoli 5 e 9 viene espressamente richiesto ai singoli Stati Membri di conformare la propria politica tenendo conto del principio del recupero dei costi dei servizi idrici, compresi i costi ambientali, da calcolarsi sulla scorta del principio "*chi inquina paga*" (19).

La direttiva, tra l'altro, precisa che l'acqua è una risorsa naturale ed un bene comune da difendere e non un bene commerciale "*L'acqua non è un prodotto commerciale al pari degli altri, bensì un patrimonio che va protetto, difeso e trattato come tale*" (20).

Secondo questa Direttiva, quindi, la gestione dell'acqua deve essere improntata al tendenziale pareggio di bilancio, così come recita il 38° "Considerando" della Direttiva in argomento, secondo cui "*il principio del recupero dei costi [...] dovrebbe essere preso in considerazione sulla base del principio "chi inquina paga". A tal fine, sarà necessaria un'analisi economica dei servizi idrici, basata sulle previsioni a lungo termine della domanda e dell'offerta nel distretto idrografico*" (21).

(17) La Direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2000, istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque, pubblicata in G.U.C.E. n. L 327 del 22 dicembre 2000, in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu).

(18) CORDINI GIOVANNI, *La tutela dell'ambiente idrico in Italia e nell'Unione europea*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, fasc. 5, 2005, Giuffrè editore, Milano, pp. 716-717. URBANI PAOLO, *Il recepimento della direttiva comunitaria sulle acque (2000/60): profili istituzionali di un nuovo governo delle acque*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, fasc. 2, 2004, Giuffrè editore, Milano, p. 210.

(19) Si veda a tale riguardo, il punto 11 dei "Considerando" della Direttiva in argomento, il quale recita "*Come stabilito dall'articolo 174 del trattato, la politica ambientale della Comunità deve contribuire a perseguire gli obiettivi della salvaguardia, tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente, dell'utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali, che dev'essere fondata sui principi della precauzione e dell'azione preventiva, sul principio della correzione, anzitutto alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché sul principio "chi inquina paga"*".

(20) Si veda il primo considerando della Direttiva 2000/60/CE.

(21) Secondo quanto stabilito dall'Allegato III alla Direttiva 60/2000 "L'analisi economica riporta informazioni sufficienti e adeguatamente dettagliate (tenuto conto dei costi connessi alla raccolta dei dati pertinenti) al fine di:

a) effettuare i pertinenti calcoli necessari per prendere in considerazione il principio del recupero dei costi dei servizi idrici, di cui all'articolo 9, tenuto conto delle previsioni a lungo termine riguardo all'offerta e alla domanda di acqua nel distretto idrografico in questione e, se necessario: stime del volume, dei prezzi e dei costi connessi ai servizi idrici, stime dell'investimento corrispondente, con le relative previsioni;

Altro importante principio contenuto nella predetta Direttiva è quello secondo cui la *“La fornitura idrica è un servizio d'interesse generale, come indicato nella comunicazione della Commissione «I servizi di interesse generale in Europa»”*.

Le azioni contenute nella norma sono, quindi, complessivamente ed univocamente finalizzate alla protezione delle acque ed al suo uso sostenibile al fine di proteggere l'ambiente ed assicurare la fornitura di acqua potabile alla popolazione (22).

Orbene, i principi richiamati, come si vedrà, influiscono pesantemente sull'assetto delle competenze amministrative disegnate dal legislatore italiano nel campo delle risorse idriche.

#### *4. L'irrelevanza dell'assetto federalista disegnato dalla riforma del titolo V della Costituzione in punto di riparto di competenze amministrative.*

##### *4.1. Premessa.*

Il breve *excursus* storico ha consentito di evidenziare come l'evoluzione della normativa in materia di acqua sia stata contrassegnata dall'emergere di norme volte a disciplinare questo bene sotto il profilo degli usi “particolari” ed “eccezionali”, oltre che di norme volte a tutelarne l'intrinseca qualità di bene naturale, come attesta la disciplina, interna e comunitaria, più recente.

La legislazione più datata, come visto, era maggiormente incentrata sulla regolamentazione di questo bene quale bene demaniale, orientamento che si è rafforzato con l'ampliamento di tale qualificazione a tutte le categorie di acqua e/o di corpi idrici.

In questa direzione, già si poneva l'art. 1 del Testo Unico sulle acque (R.D. n. 1175/1933), dove si legge che *“tutte le acque sorgenti, fluenti e lacuali, anche se artificialmente estratte dal sottosuolo, sistemate e incrementate, le quali considerate sia isolatamente per la loro portata o per l'ampiezza del rispettivo bacino imbrifero, sia al sistema idrografico al quale appartengono abbiano od acquistino attitudine ad usi di pubblico generale interesse”*.

---

b) formarsi un'opinione circa la combinazione delle misure più redditizie, relativamente agli utilizzi idrici, da includere nel programma di misure di cui all'articolo 11 in base ad una stima dei potenziali costi di dette misure.

(22) Il 2° Considerando della Direttiva 60/2000 recita “Una buona qualità delle acque contribuirà ad assicurare la fornitura di acqua potabile alla popolazione. Il 37 Considerando recita “ Gli Stati membri dovrebbero designare le acque usate per la produzione di acqua potabile, garantendo il rispetto della direttiva 80/778/CEE del Consiglio, del 15 luglio 1980, relativa alla qualità delle acque destinate al consumo umano”. L'art. 7, recita che *“Gli Stati membri individuano: tutti i corpi idrici utilizzati per l'estrazione di acque destinate al consumo umano che forniscono in media oltre 10 m<sup>3</sup> al giorno o servono più di 50 persone, e, i corpi idrici destinati a tale uso futuro [...] Gli Stati membri provvedono alla necessaria protezione dei corpi idrici individuati al fine di impedire il peggioramento della loro qualità per ridurre il livello della depurazione necessaria alla produzione di acqua potabile. Gli Stati membri possono definire zone di salvaguardia per tali corpi idrici”*.

In modo analogo, l'art. 822 del Codice civile del 1942, il quale, a sua volta, statuisce che “*Appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico... i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia*” e, più di recente, la legge Galli (23) ed, ancora, il Codice dell'ambiente (24) secondo cui sono pubbliche “*tutte le acque superficiali e sotterranee, anche non estratte dal sottosuolo [...]*”.

A tale orientamento normativo, sulla spinta del diritto comunitario, si sono accompagnate una serie di norme afferenti al campo della tutela dell'ambiente, con inevitabili riflessi anche sul versante delle competenze amministrative.

Tale circostanza ha comportato l'inevitabile attrazione di questa materia verso lo Stato, quale livello istituzionale a cui è attribuita la competenza legislativa esclusiva in materia di tutela dell'ambiente, ai sensi dell'art. 117, lett. s) della Costituzione.

Ne è conseguita, altresì, l'attrazione verso il medesimo livello delle relative competenze amministrative, nonostante l'art. 118 Cost. statuisca che tali funzioni devono essere attribuite ai Comuni, salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città Metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

Peraltro, il principio di sussidiarietà era già stato reso “operativo” dalla legge n. 59/97 (25) e dal D.lgs. 112/98 (26) in forza di questi provvedimenti era stata attuata infatti una corposa e generalizzata devoluzione di competenze amministrative dallo Stato alle Regioni e agli enti locali, tra cui anche molte competenze amministrative in materia di acqua.

La riforma del Titolo V della Costituzione si è infatti innestata in un tessuto normativo che già aveva anticipato il *favor* per l'assegnazione delle funzioni amministrative in capo agli enti più vicini all'ambito territoriale cristallizzando l'assetto federalista già tratteggiato dal D.lgs. 112/98 ed enfatizzando il ruolo dei Comuni attribuendo agli stessi la generalità delle funzioni amministrative *ex art.* 118 Cost.

Questo nuovo quadro normativo, fondato sul principio di sussidiarietà verticale, avrebbe dovuto militare verso la generale attribuzione in capo ai Comuni delle competenze amministrative anche in materia di acqua.

In realtà, invece, al pari di ciò che si è verificato in tutti quei campi attraversati dalle così dette materie “trasversali”, anche in materia di acqua si è assistito all'irrobustimento delle funzioni amministrative statali per l'attrazione delle stesse verso il livello istituzionale destinatario delle funzioni legislative

---

(23) Si veda l'art. 1 della legge n. 36 del 1994.

(24) Si veda l'art. 144, comma 1, del D.Lgs. n. 152 del 2006.

(25) Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle Regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa.

(26) Tale legge è rubricata “Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della l. 15 marzo 1997, n. 59”.

in materia di tutela dell'ambiente e della concorrenza.

Infatti, questo è stato il destino di tutte quelle funzioni amministrative ricollegate alle dette materie "trasversali" giacché l'art. 118 Cost. non ha operato alcuna allocazione diretta di tali funzioni amministrative, ma ha solo introdotto il principio regolatore della detta distribuzione.

La giurisprudenza costituzionale, tra l'altro, ha ritenuto ammissibile l'attrazione delle funzioni in argomento in capo allo Stato ogniqualvolta si rilevino esigenze unitarie di esercizio delle funzioni amministrative.

In una importante sentenza della Suprema Corte si legge, infatti, che *"la valutazione della necessità del conferimento di una funzione amministrativa ad un livello territoriale superiore rispetto a quello comunale deve essere necessariamente effettuata dall'organo legislativo corrispondente almeno al livello territoriale interessato e non certo da un organo legislativo operante ad un livello territoriale inferiore"* (27).

La Corte Costituzionale ha, quindi, avvallato le scelte del legislatore ordinario interpretando il principio di sussidiarietà come principio mobile che giustifica l'attrazione delle competenze, legislative ed amministrative, verso il livello più alto.

Si può quindi ben condividere quanto messo in luce da certa dottrina circa il fatto che *"in qualche modo è stato "resuscitato" un parallelismo tra funzione legislativa e funzione amministrativa"* (28).

#### 4.2. Le competenze amministrative statali in materia di tutela del suolo.

La prospettazione delineata trova piena conferma proprio nel Codice dell'Ambiente e a riprova di ciò è sufficiente scorrere il testo normativo per rendersi conto del forte accentramento statale di quasi tutte le competenze amministrative in esso delineate.

A tale proposito, prendendo le mosse dalla parte dedicata alle *"Norme in materia di difesa del suolo e lotta alla desertificazione"* (29), dove è contenuta

---

(27) Si vedano le sentenze Corte Cost. n. 303/2003 e n. 6/2004.

(28) Si veda P. CARETTI, G. TARLI BARBERI, *Diritto regionale*, Torino, 2009.

(29) Si veda al riguardo la Sezione prima della parte Terza del Codice dell'ambiente recante "Norme in materia del suolo e lotta alla desertificazione, di tutela delle acque dall'inquinamento e di gestione delle risorse idriche. Questa sezione è composta da una serie di disposizioni poste a salvaguardia del suolo sotto quei profili che interagiscono con il sistema idrogeologico e che si riconnettono a quei fenomeni non percepibili dal punto di vista fisico perché inerenti gli equilibri idrogeologici, il rischio idraulico e l'ottimizzazione degli usi della risorsa. Si tratta di interventi volti alla conservazione e recupero del suolo, alla difesa e sistemazione dei corsi d'acqua, alla moderazione delle piene, alla disciplina delle attività estrattive nei corsi d'acqua, nei laghi, nelle lagune e nel mare, al fine di prevenire il dissesto del territorio, alla difesa e consolidamento dei versanti e degli abitati contro frane, valanghe e altri fenomeni di dissesto, al contenimento dei fenomeni di subsidenza dei suoli e di risalita delle acque marine lungo i fiumi e nelle falde idriche, alla protezione delle coste e degli abitati dall'invasione e dall'erosione delle acque marine, alla razionale utilizzazione delle risorse idriche superficiali e profonde, allo svolgimento funzionale dei servizi di polizia idraulica e di navigazione interna, nonché della gestione dei re-

la disciplina volta a difendere il territorio dagli effetti dannosi dell'acqua sotto il profilo idrogeologico e idraulico (30), si rileva chiaramente l'assoluta preferenza del livello statale.

Infatti, tutte le funzioni di natura conoscitiva (art. 56), di pianificazione, di programmazione e di attuazione dei necessari interventi operativi (art. 58) (31), risultano ancorati alle competenze legislative statali, nonostante il contrario principio di sussidiarietà e il formale abbandono del richiamato principio del parallelismo tra funzioni legislative e quelle amministrative (32).

In realtà, ciò non è immediatamente percepibile dalla lettura di una delle prime norme dedicate al sistema di competenze amministrative, ovvero l'art. 53, dove si legge che *“Alla realizzazione delle attività previste al comma 1 concorrono, secondo le rispettive competenze, lo Stato, le regioni a statuto speciale ed ordinario, le province autonome di Trento e di Bolzano, le province, i comuni e le comunità montane e i consorzi di bonifica e di irrigazione”*.

Questa, infatti, è una norma generica in cui si richiama esclusivamente il criterio direttivo indicato nella legge delega n. 308/2004 (33), con la quale è

lativi impianti, manutenzione ordinaria e straordinaria delle opere e degli impianti nel settore e conservazione dei beni; alla regolamentazione dei territori interessati dai predetti interventi ai fini della loro tutela ambientale, al riordino del vincolo idrogeologico. Le funzioni amministrative contemplate in tale ambito sono molteplici e spaziano da quelle di tipo conoscitivo (art. 56) a quelle di pianificazione, di programmazione e di attuazione dei necessari interventi operativi (art. 58) e, come si vedrà, riguardano settori tra loro anche molto diversi, ciò sull'evidente presupposto della sussistenza di una stretta connessione tra il crearsi di situazioni a rischio idrogeologico e il modo in cui il territorio viene utilizzato per i vari scopi, tra cui quelli connessi all'edilizia, agli usi agricoli, alla forestazione ed allo sfruttamento del patrimonio faunistico ed idrico.

(30) Le norme in essa contenute si riferiscono, infatti, alla conservazione e recupero del suolo, alla difesa e sistemazione dei corsi d'acqua, alla moderazione delle piene, alla disciplina delle attività estrattive nei corsi d'acqua, nei laghi, nelle lagune e nel mare, al fine di prevenire il dissesto del territorio, alla difesa e consolidamento dei versanti e degli abitati contro frane, valanghe e altri fenomeni di dissesto, al contenimento dei fenomeni di subsidenza dei suoli e di risalita delle acque marine lungo i fiumi e nelle falde idriche, alla protezione delle coste e degli abitati dall'invasione e dall'erosione delle acque marine, alla razionale utilizzazione delle risorse idriche superficiali e profonde, allo svolgimento funzionale dei servizi di polizia idraulica e di navigazione interna, nonché della gestione dei relativi impianti, manutenzione ordinaria e straordinaria delle opere e degli impianti nel settore e conservazione dei beni; alla regolamentazione dei territori interessati dai predetti interventi ai fini della loro tutela ambientale, al riordino del vincolo idrogeologico. In relazione al concetto di ambiente allargato anche a quei profili non immediatamente percepibili, quale può essere l'equilibrio ecologico, si veda M. CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come “diritto dell'ambiente”*, in *www.Federalismi.it*, 30; B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005, 22 ss.

(31) La molteplicità delle funzioni si ricollega al fatto che l'acqua è un bene che dal punto di vista ambientale interagisce ed interferisce con il suolo su cui scorre e tale stretta connessione ha spinto il legislatore a dettare norme volte ad evitare le potenziali situazioni di rischio idrogeologico dovute al non corretto uso e sfruttamento del territorio (attività edilizia, attività agricola, di forestazione e di sfruttamento del patrimonio faunistico ed idrico).

(32) In tal senso si veda la già citata sentenza della Corte Costituzionale n. 4/2004 in cui si *“delinea un modello nel quale è la funzione amministrativa a “trascinare” quella legislativa”*. Tale considerazione è tratta da P. CARETTI, G. TARLI BARBERI, *Diritto regionale*, Torino, 2009.

(33) Precisamente nell'art. 1, comma 8,

stato conferito al Governo il potere di redigere, tra l'altro, anche lo schema del Testo unico di cui si discorre.

Il detto art. 53 nulla dice in riferimento alle specifiche funzioni attribuite a ciascun soggetto pubblico ed è proprio tale silenzio, tuttavia, che rappresenta, congiuntamente all'assenza di enumerazione delle competenze attribuite ai diversi enti territoriali, come si vedrà, uno dei punti di debolezza di questa riforma in punto di riparto di competenze e ciò anche se alcune funzioni amministrative risultano ben dettagliate nei successivi articoli 55, 57, 58, 59, 60, 61, 62 e 63.

Analogo discorso può essere fatto in riferimento alle funzioni di tipo conoscitivo, inerenti quei compiti di raccolta e di elaborazione dei dati relativi alle condizioni generali dell'ambiente.

In questo caso, non solo si rileva il mantenimento di questa funzione in capo allo Stato, ma si rilevano anche gli effetti di quel fenomeno di destrutturazione del potere pubblico a cui si è già fatto cenno poiché in questo caso al Ministero dell'Ambiente e del Mare (di seguito indicato anche solo come Ministero dell'Ambiente) (34) si affianca uno di quei tanti organismi operanti in materia di risorse idriche, rappresentato in questo caso dall'ISPRA (35).

La primazia statale in materia di acqua spicca ancora con maggiore enfasi nel campo dei poteri pianificatori e programmatori dove si rileva il ruolo primario di alcuni organi statali e, precisamente, della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Comitato dei Ministri per gli interventi nel settore della difesa e del suolo (36) e del Ministero dell'Ambiente.

In particolare, a quest'ultimo sono assegnate *"tutte le funzioni ed i compiti spettanti allo Stato"* nel settore della difesa del suolo, di cui fanno parte tutte quelle attività di carattere generale (37) che si estrinsecano nel controllo delle funzioni svolte dagli altri soggetti (38), a cui si aggiungono anche quelle di

---

(34) Con particolare riferimento alla difesa del suolo dalle frane, dagli alluvioni e da altri fenomeni di dissesto idrogeologico.

(35) L'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale è stato istituito dalla L. 133/2008 (di conversione, con modificazioni, del D.L. 112/2008). L'ISPRA svolge le funzioni dell'ex APAT, ex ICRAM, ex INFS.

(36) L'art. 57, commi 3 e 4, d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, nella parte in cui attribuisce al Comitato dei ministri "funzioni di alta vigilanza" (comma 3) e nella parte in cui concreta tali funzioni prevedendo la verifica della "coerenza nella fase di approvazione" degli atti di pianificazione (comma 4) è stato impugnato per presunta illegittimità costituzionale da diverse Regioni. Il Giudice delle leggi, al riguardo ha stutuito che, "per principio generale, la competenza in tema di funzioni di vigilanza coincide con quella relativa all'attività oggetto di vigilanza, le disposizioni censurate non contengono alcun riferimento che possa indurre a ritenere che i compiti di vigilanza da essi attribuiti al Comitato dei ministri riguardino anche attività rientranti nelle attribuzioni delle regioni e deve quindi ritenersi che quei compiti di vigilanza abbiano ad oggetto esclusivamente attività di competenza statale". Cfr. Corte Cost., 23 luglio 2009, n. 232.

(37) I piani di bacino, sentita la Conferenza Stato-Regioni.

(38) In particolare al Ministero dell'ambiente sono attribuite funzioni di programmazione, finanziamento e controllo per quanto concerne la tutela e l'utilizzazione delle acque e la tutela dell'ambiente per quanto concerne i rischi derivanti dissesti idrogeologici (frane, alluvioni, ecc.); compiti di coordi-

tipo conoscitivo (39).

Il predetto Ministero svolge una copiosa attività propositiva che sfocia nell'elaborazione di importanti atti da sottoporre all'approvazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri aventi ad oggetto, tra l'altro (40), i Piani di Bacino (41) che, come è noto, costituiscono lo strumento principale per l'attuazione delle politiche in materia di difesa del suolo e di lotta alla desertificazione (42).

Anche al predetto Comitato dei Ministri vengono attribuite importanti competenze che si declinano nel potere di adottare atti di indirizzo e di coordinamento delle politiche settoriali connesse con gli obiettivi e i contenuti della pianificazione di Bacino.

A sua volta, la Presidenza del Consiglio dei Ministri riveste un ruolo centrale in quanto approva tutti gli atti adottati dai richiamati Ministero e Comitato dei Ministri ed, inoltre, è deputato a fissare le politiche ambientali di dettaglio e

---

namento ed indirizzo delle Autorità di bacino; identificazione delle linee fondamentali dell'assetto del territorio per quanto concerne la determinazione dei valori naturali ed ambientali, la difesa del suolo e l'impatto delle infrastrutture sul territorio; la determinazione dei criteri, dei metodi dei criteri e degli standard di raccolta ed elaborazione che deve osservare l'Ispra, ovvero valutazione degli effetti conseguenti all'esecuzione dei Piani, Programmi e progetti su scala nazionale.

(39) Queste attività conoscitive di fatto si estrinsecano nel pregnante controllo dell'organo esecutivo delle funzioni svolte da altri soggetti che, per parte della dottrina, si giustifica sotto il profilo della legittimità costituzionale, con la mancanza di un'autonoma capacità di previsione, ovvero con la rilevanza nazionale degli interessi in gioco.

(40) Tra i diversi compiti si richiamano quelli aventi ad oggetto le deliberazioni relative alla verifica ed al controllo dei piani di bacino e dei programmi nazionali di intervento; le deliberazioni con cui vengono definiti i metodi e i criteri per lo svolgimento delle attività conoscitive, di pianificazione, di programmazione e di attuazione; gli atti volti a provvedere in via sostitutiva in caso di inerzia dei soggetti preposti alla tutela del suolo; in via residuale, ogni altro atto di indirizzo e di coordinamento.

(41) Il piano di bacino distrettuale (art. 65) è un "piano territoriale di settore" e "strumento conoscitivo, normativo e tecnico-operativo mediante il quale sono pianificate e programmate le azioni e le norme d'uso finalizzate alla conservazione, alla difesa e alla valorizzazione del suolo e alla corretta utilizzazione delle acque, sulla base delle caratteristiche fisiche ed ambientali del territorio interessato" e la procedura per la sua emanazione è la seguente: la Conferenza istituzionale permanente (organo dell'Autorità di bacino composto da rappresentanti del Governo e delle regioni il cui territorio è compreso nel distretto idrografico di cui si tratta) stabilisce indirizzi, metodi e criteri; l'Autorità di bacino redige il piano di bacino; la Conferenza istituzionale permanente lo adotta ed infine esso è approvato con d.P.C.m. Il piano di gestione (art. 117) è "articolazione interna del Piano di bacino distrettuale" e "piano stralcio del Piano di bacino" medesimo e la procedura per la sua emanazione è la stessa del piano di bacino. Esso, dunque, si pone sullo stesso piano giuridico del piano di bacino, concerne lo stesso ambito territoriale e si distingue dal piano di bacino perché ha ad oggetto esclusivamente la tutela delle acque (e non anche del suolo). Il piano di tutela delle acque (art. 121), invece, non è qualificato come piano stralcio della pianificazione di bacino, ma è definito come "specifico piano di settore" e concerne il singolo bacino idrografico. La procedura per la sua emanazione è la seguente: l'Autorità di bacino definisce gli obiettivi su scala di distretto; la Regione adotta il piano; questo è trasmesso al Ministero dell'ambiente ed all'Autorità di bacino per le verifiche di competenza; le regioni approvano il piano.

(42) A queste funzioni si aggiungono anche quelle relative alla predisposizione dello schema di programma triennale nazionale di interventi da realizzare nel Bacino idrografico, alla ripartizione degli stanziamenti tra le amministrazioni statali e regionali nonché ai poteri di vigilanza, ancorché limitati all'area di competenza statale, così come ha precisato la Corte Costituzionale.

a determinare le principali attività di programmazione e di pianificazione (43).

Si tratta di poteri particolarmente incisivi in quanto volti ad approvare atti che sono in grado di vincolare tutti i successivi interventi delle altre amministrazioni.

Lo Stato, peraltro, esercita ampi e pregnanti poteri amministrativi anche attraverso i diversi Enti che operano in materia di acqua, tra i quali le Autorità di Bacino (44), a cui sono attribuite rilevanti funzioni di pianificazione territoriale esercitate attraverso l'adozione del Piano di bacino e i sottopiani in cui questo si articola, ovvero, il Piano di gestione delle acque (45) ed il Piano di assetto idrogeologico; in questi provvedimenti sono contenute le diverse norme riguardanti l'assetto idraulico (46), l'assetto idrogeologico (47), la gestione delle risorse idriche presenti nel bacino, la gestione delle aree di demanio idrico e la vigilanza per la tutela del demanio idrico.

---

(43) Secondo quanto dispone l'art. 57 del Codice dell'ambiente il Presidente del Consiglio dei Ministri previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, approva con proprio decreto:

a) su proposta del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare:

1) le deliberazioni concernenti i metodi ed i criteri, anche tecnici, per lo svolgimento delle attività di cui agli articoli 55 e 56, nonché per la verifica ed il controllo dei piani di bacino e dei programmi di intervento;

2) i piani di bacino, sentita la Conferenza Stato-Regioni;

3) gli atti volti a provvedere in via sostitutiva, previa diffida, in caso di persistente inattività dei soggetti ai quali sono demandate le funzioni previste dalla presente sezione;

4) ogni altro atto di indirizzo e coordinamento nel settore disciplinato dalla presente sezione;

b) su proposta del Comitato dei Ministri di cui al comma 2, il programma nazionale di intervento.

(44) L'autorità di bacino è un ente pubblico non economico composto da rappresentanti del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, delle infrastrutture e dei trasporti, delle attività produttive, delle politiche agricole e forestali, della funzione pubblica, dei beni e attività culturali oltre che da i Presidenti delle Regioni o delle Province autonome il cui territorio è interessato dal distretto idrografico. Preme segnalare a tale riguardo che all'autorità di bacino nazionale istituita con la L. 183/1989 sarebbero dovute subentrare le autorità di bacino distrettuali previste dall'art. 63 del Codice dell'Ambiente. Per contro, le attribuzioni dell'Autorità di bacino nazionale sono state prorogate sino all'istituzione delle autorità di bacino distrettuale prima con il D.lgs n. 153/2006 e per ultimo con la legge 13/2009.

(45) Il Piano di gestione, definito dall'art. 117 come «articolazione interna del Piano di bacino distrettuale» e «piano stralcio del Piano di bacino» medesimo viene emanato con la stessa procedura e dalle stesse autorità già viste a proposito del piano di bacino. Esso, dunque, si pone sullo stesso piano giuridico del piano di bacino, concerne lo stesso ambito territoriale e si distingue dal piano di bacino perché ha ad oggetto esclusivamente la tutela delle acque (e non anche del suolo). Questo Piano rappresenta lo strumento operativo attraverso il quale si devono pianificare, attuare e monitorare le misure per la protezione, il risanamento e il miglioramento dei corpi idrici superficiali e sotterranei e agevolare un utilizzo sostenibile delle risorse idriche.

(46) Gestione dei corsi d'acqua naturali; programmazione, progettazione ed esecuzione di interventi di assetto idraulico e mitigazione del rischio idraulico; indagini, rilevazioni, monitoraggio fisico dei corpi idrici; progettazione, realizzazione e manutenzione di opere idrauliche; organizzazione delle funzioni di polizia e sorveglianza idraulica per il presidio del territorio e dei tronchi di vigilanza; servizio di piena e pronto intervento idraulico; attività istruttoria finalizzata al rilascio di autorizzazioni, pareri idraulici e concessioni demaniali.

(47) Progettazione e realizzazione di interventi di consolidamento abitati e versanti, di indagini geognostiche, di pronti interventi e di somma urgenza; Monitoraggio dei movimenti franosi, sopralluoghi ed istruttorie segnalazioni dissesti; Autorizzazione invasi con sbarramento; Attività inerenti le perimetrazioni degli abitati da consolidare, la pianificazione territoriale, le discariche, le attività estrattive e l'aggiornamento dell'inventario del dissesto.



Il ruolo di spicco di questa Autorità si comprende meglio se si pone mente al fatto che il Piano di bacino (48) costituisce lo strumento conoscitivo, preventivo e programmatico di tutte le possibili opere di modifica attuabili nell'ambito di ciascun Bacino idrografico.

Al quadro di funzioni delineate si aggiungono peraltro ulteriori competenze in materia di risorse idriche riconosciute ad altri Ministeri, tra cui il Ministero delle politiche agricole e forestali (MIPAF) (49) e il Ministero della salute (relativamente ai controlli previsti dal "Testo Unico sulle leggi sanitarie" n. 1265 del 1934).

#### *4.3. Le competenze in materia di tutela delle acque.*

Anche l'ambito della tutela delle acque e dei corpi idrici è praticamente affidato alla totale cura degli apparati amministrativi statali in quanto anche questo settore è ascrivibile alla materia tutela dell'ambiente, al pari del precedente. L'art. 75 del Codice dell'ambiente ricalca, infatti, lo schema del richiamato art. 53 (50) nonché l'impostazione delle norme che a questo articolo si susseguono, dove, ancora una volta, spicca il ruolo del Ministero dell'ambiente quale destinatario di molteplici compiti (51) tra i quali la fissazione di valori limite, la determinazione dei criteri su cui fondare verifiche, accertamenti, ge-

---

(48) Si tratta di un piano territoriale con valenza precettiva considerato che dal momento della sua adozione e nelle more della sua approvazione scattano le misure di salvaguardia a cui devono attenersi tutte le eventuali modifiche dei Piani territoriali di livello inferiore, compresi i Piani urbanistici comunali. Si veda al riguardo Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2011, n. 3780 pronunciata in riferimento alla Legge n. 183/19 "Ai sensi dell'art. 17, l. 18 maggio 1989 n. 183 il piano di bacino ha valore di piano territoriale di settore ed è lo strumento conoscitivo, normativo e tecnico-operativo mediante il quale sono pianificate e programmate le azioni e le norme d'uso finalizzate alla conservazione, alla difesa e alla valorizzazione del suolo e la corretta utilizzazione delle acque sulla base delle caratteristiche fisiche ed ambientali del territorio interessato; di conseguenza per loro natura le norme del piano di bacino e quelle connesse alla tutela dell'assetto idrogeologico del territorio hanno propria complessiva ed autonoma rilevanza ai fini della pianificazione del territorio (ad esempio per l'identificazione della fascia di rispetto di tutti i corsi d'acqua), della quale costituiscono un *prius* logico e funzionale".

(49) Elabora e coordina le linee politiche agricole forestali agro-alimentari e per la pesca a livello nazionale, europeo e internazionale. In particolare, il MIPAF tramite la direzione generale per le politiche strutturali e lo sviluppo rurale svolge compiti di disciplina generale e coordinamento nazionale in materia di grandi reti infrastrutturali di irrigazioni dichiarate di rilevanza nazionale ed ha inoltre compiti in materia di interventi straordinari nel Mezzogiorno. Inoltre, gli istituti di ricerca e sperimentazione del Ministero hanno competenze tecnico-scientifiche nel settore delle risorse idriche.

(50) Questa norma dispone che "a) lo Stato esercita le competenze ad esso spettanti per la tutela dell'ambiente e dell'ecosistema attraverso il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, fatte salve le competenze in materia igienico-sanitaria spettanti al Ministro della salute; b) le regioni e gli enti locali esercitano le funzioni e i compiti ad essi spettanti nel quadro delle competenze costituzionalmente determinate e nel rispetto delle attribuzioni statali".

(51) Si registra, invece, uno scarso potere di tipo pianificatorio anche se, come si vedrà, all'organo amministrativo statale è riconosciuto un potere consuntivo vincolante esercitato sul Piano di tutela delle acque, infatti, benché venga adottato ed approvato dalle Regioni la sua approvazione risulta subordinata all'ottenimento del parere vincolante ed obbligatorio dell'Autorità di Bacino, ex art. 121 del Codice dell'ambiente.

stioni (52) a cui si aggiunge, peraltro, anche un certo potere autorizzatorio (53).

#### 4.4. *Le competenze in materia di Servizio idrico integrato.*

Un discorso a parte merita la gestione delle risorse idriche, dove rilevano diverse questioni, tra le quali spiccano quelle concernenti le forme di gestione e le relative modalità di affidamento di questo peculiare servizio pubblico.

La questione è assai complessa, tuttavia, in questa sede occorre quanto-

---

(52) I relativi interventi hanno ad oggetto la fissazione dei valori limite di emissione delle sostanze e degli agenti inquinanti, la definizione degli obiettivi minimi di qualità dei corpi idrici superficiali e sotterranei e individuazione delle misure volte alla prevenzione e riduzione dell'inquinamento e al risanamento degli stessi, il rilevamento dello stato dei corpi idrici, dei livelli di inquinamento e individuazione delle infrastrutture per attività di disinquinamento; la definizione e l'implementazione delle azioni di contrasto all'inquinamento delle acque superficiali anche al fine di individuare e promuovere le migliori tecnologie disponibili; la definizione di criteri generali e di metodologie volte al campionamento, alla misurazione, all'analisi, al controllo delle acque, del relativo biota e dei sedimenti; la determinazione dei criteri metodologici generali per la formazione e l'aggiornamento dei catasti degli scarichi e degli elenchi delle acque e delle sostanze pericolose; la fissazione di criteri di indirizzo e coordinamento per il monitoraggio della qualità dei corpi idrici; individuazione di criteri e indirizzi per la gestione delle aree di pertinenza dei corpi idrici; la definizione delle modalità tecniche generali, delle condizioni e dei limiti di utilizzo di prodotti, di sostanze e dei materiali pericolosi, nonché l'aggiornamento dell'elenco delle sostanze nocive che non possono essere scaricate nei corpi idrici; l'elaborazione di norme tecniche generali per la regolamentazione del riutilizzo delle acque reflue, delle attività di smaltimento di liquami e fanghi, la determinazione dei criteri metodologici per l'acquisizione e la elaborazione di dati conoscitivi e per la predisposizione e l'attuazione dei piani di risanamento delle acque da parte delle regioni; l'elaborazione delle informazioni sulla qualità delle acque destinate all'uso umano; l'organizzazione dei dati conoscitivi relativi allo scarico delle sostanze pericolose; la definizione di criteri e indirizzi per la gestione degli invasi artificiali ai fini della salvaguardia della qualità dell'acqua invasata e della tutela del corpo ricettore; l'individuazione e aggiornamento dei criteri di identificazione delle aree che necessitano di specifiche misure di prevenzione dall'inquinamento e di risanamento, con particolare riferimento alla laguna di Venezia e al suo bacino scolante, alle aree sensibili, zone vulnerabili e aree di salvaguardia, nonché definizione di indicazioni e misure per la predisposizione dei relativi programmi d'azione da parte delle regioni. L'esercizio delle funzioni in materia di programmazione, a scala di bacino, delle azioni per il ripristino e la tutela dei corpi idrici superficiali e sotterranei e per la razionale utilizzazione delle risorse idriche; il censimento e monitoraggio delle risorse idriche, nonché individuazione di linee direttive sulla gestione del demanio idrico; la definizione dei criteri generali in materia di derivazioni di acqua, nonché svolgimento delle attività di competenza relative ai trasferimenti d'acqua che interessino il territorio di più regioni e più distretti idrografici e delle attività connesse al rilascio di concessioni di grandi derivazioni per i vari usi di competenza statale, derivazioni da fiumi internazionali e sovra canoni da bacini imbriferi montani; l'elaborazione delle linee di programmazione degli usi plurimi delle risorse idriche e delle linee guida per la predisposizione del bilancio idrico di bacino; Individuazione di metodi e regole per la determinazione del minimo deflusso vitale; l'elaborazione delle linee guida per l'individuazione delle aree a rischio di crisi idrica; la definizione dei criteri ed indirizzi per la gestione dei servizi di approvvigionamento, captazione ed accumulo delle acque per gli usi produttivi; l'elaborazione delle direttive per il censimento delle risorse idriche e per la disciplina dell'economia idrica; la definizione ed aggiornamento dei criteri e dei metodi per il conseguimento del risparmio idrico attraverso il mantenimento e il recupero delle capacità d'invaso e il riutilizzo delle acque reflue; il monitoraggio dei documenti di pianificazione in materia di tutela delle acque e di gestione integrata delle risorse idriche e verifica della congruenza con gli esistenti strumenti di pianificazione.

(53) Il riferimento è alle autorizzazioni in materia di immersioni e scarichi in mare, nonché in materia di movimentazione dei fondali marini.

meno soffermarsi sui tratti essenziali del dibattito che si è sviluppato intorno al Servizio idrico integrato prendendo le mosse dall'evoluzione della disciplina normativa (54).

Al riguardo, deve essere richiamato l'art. 150 (55) del d.lgs. n. 152 del 2006 dove, previa graduazione tra i modelli di gestione previsti nell'art. 113 del Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267), si afferma la preferenza per l'affidamento del servizio in concessione a società di capitali.

La richiamata norma del Testo unico degli enti locali, riferita ai modelli di gestione dei servizi pubblici "di rilevanza economica", tra i quali è compreso il servizio idrico, originariamente contemplava la possibilità per le amministrazioni locali di scegliere tra diverse forme di gestione e, più precisamente, tra la gestione in economia, la concessione a terzi e l'affidamento diretto ad azienda speciale o a società per azioni a prevalente capitale pubblico.

Tuttavia, sin dal 2001, la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica iniziò ad essere guidata da logiche imprenditoriali tanto che, come si vedrà, il legislatore nel 2008 giunse ad imporne l'esternalizzazione, salvo alcune eccezioni.

Questo percorso prese avvio con quelle norme (56) che imposero agli Enti locali di trasformare le aziende speciali in società di capitale e a scorporare la gestione del servizio da quella delle reti e le infrastrutture, a cui hanno fatto seguito una serie di norme via via sempre più orientate ad imporre l'esternalizzazione del servizio.

Infatti, il d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326, modificava nuovamente il richiamato art. 113 del Testo Unico, contraendo i modelli gestori a sole tre tipologie (57).

Ancora, in riferimento a tutti i servizi pubblici a rilevanza economica, a

---

(54) Sull'evoluzione della disciplina dei servizi idrici integrati, si veda J. BERCELLI, *Servizi idrici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, VI 5513 ss; A. MASSARUTO, *Privati dell'acqua? Tra bene comune e mercato*, Bologna, 2011, 50 ss; P. RUBINO, *I Servizi idrici: una riforma incompiuta*, in *L'eccezione e la regola, Tariffe, contratti e infrastrutture*, a cura di Biancardi, Bologna, 2009, 485 ss.

(55) Il comma 3 dell'art. 150 prevede che "La gestione può essere altresì affidata a società partecipate esclusivamente e direttamente da comuni o altri enti locali compresi nell'ambito territoriale ottimale, qualora ricorrano obiettive ragioni tecniche od economiche, secondo la previsione del comma 5, lettera c), dell'articolo 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, o a società solo parzialmente partecipate da tali enti, secondo la previsione del comma 5, lettera b), dell'articolo 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, purché il socio privato sia stato scelto, prima dell'affidamento, con gara da espletarsi con le modalità di cui al comma 2".

(56) Si veda al riguardo, l'art. 35, cc. 8 e 9, legge 28 dicembre 2001, n. 448.

(57) Concessione a società di capitali scelta attraverso procedura concorsuale (lett. a); società mista pubblica-privata, con scelta del socio privato attraverso gara (lett. b); società *in house* - società a totale capitale pubblico, che nella sua ragione sociale abbia lo svolgimento prevalente delle sue attività a favore degli enti pubblici soci.

breve distanza di tempo, intervenne l'art. 23 *bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (58), che impose agli enti locali la scelta tra due soli modelli gestori: la concessione a imprese individuate con procedura concorsuale, oppure l'affidamento a società miste, previo svolgimento della gara per la scelta del socio privato. L'*in house providing* divenne, invece, una soluzione recessiva.

Tuttavia, in riferimento al SII, il legislatore aveva lasciato aperta la via della gestione diretta da attuarsi attraverso l'apparato organizzativo dello stesso soggetto pubblico, secondo quanto previsto nel Regolamento di attuazione dell'art. 23 *bis* (59).

Tuttavia, è innegabile che con l'art. 23 *bis* si era introdotta la "regola" generale dell'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica in favore di imprenditori privati, con evidenti ricadute negative sul potere degli enti locali di scegliere liberamente le forme di gestione ritenute più idonee.

Ne è conseguita una lunga serie di ricorsi proposti da diverse Regioni davanti alla Corte Costituzionale aventi ad oggetto proprio la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 23 *bis* per violazione del riparto di competenza legislativa in quanto si riteneva che la detta norma disciplinasse profili normativi che secondo il riparto di competenza legislativa delineato dall'art. 117 Cost., così come rimodulato a seguito della già richiamata riforma del titolo V, sarebbero dovuti appartenere alla competenza legislativa residuale delle regioni: la materia dei servizi pubblici non risulta, infatti, contenuta nell'elenco di materie spettanti alla competenza esclusiva statale e non rientra nemmeno in quello relativo alla potestà residuale delle regioni.

Tuttavia, la Suprema Corte, con la sentenza n. 325/10 ne ha dichiarato la piena legittimità costituzionale di questa norma riconoscendo al legislatore statale la possibilità di vietare "di regola" la gestione diretta dei servizi pubblici a rilevanza economica in nome del principio di tutela della concorrenza.

Il Giudice delle Leggi ha considerato, infatti, pro concorrenza anche quelle norme poste a presidio della concorrenza per il mercato, ovvero quelle misure

---

(58) Questo articolo è stato convertito nella legge di conversione 6 agosto 2008, n. 113, poi modificato dall'art. 15 d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito con modificazioni nella legge 20 novembre 2009, n. 166.

(59) L'art. 4 del D.P.R. ammetteva l'affidamento in deroga alle modalità ordinarie previa dimostrazione della sussistenza di situazioni eccezionali che non consentivano un efficace ed utile ricorso al mercato, peraltro da motivare in base ad un'analisi di mercato che in materia di SII risultava alleggerita dal più snello regime probatorio. Ad esempio non era richiesta l'indagine di mercato e non era richiesta la dimostrazione di una prova negativa circa la non sussistenza di condizioni di mercato che consentivano la "liberalizzazione", e poi perché fornisce i criteri su cui fondare la dimostrazione delle condizioni di efficienza che stanno alla base della richiesta di deroga inoltrata dall'Ente pubblico. L'ente avrebbe dovuto comunque dimostrare che la gestione *in house* non era distorsiva della concorrenza e che non era svantaggiosa per i cittadini rispetto a modalità alternative di gestione. In un certo qual modo, il legislatore limita quindi anche la discrezionalità dell'Autorità garante che autorizza la deroga, circoscrivendo l'ambito di verifica alla sussistenza di alcuni parametri fissati dallo stesso legislatore, in particolare: Al riguardo, si veda, M. A. SANDULLI, *Il Servizio idrico integrato*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

indirette volte a porre le premesse per l'applicazione di quell'altra serie di regole relative all'affidamento mediante gara (concorrenza nel mercato) (60).

L'acceso dibattito (61) che si è sviluppato intorno all'art. 23 *bis* ha portato all'indizione di un referendum popolare che ha determinato l'abrogazione del detto articolo (62) oltre che del comma 2, dell'art. 150 del Codice dell'ambiente, nella parte in cui individua la competenza dell'Autorità d'ambito per l'affidamento e l'aggiudicazione (63), nonché dell'art. 154.

Il legislatore, tenendo conto dell'esito referendario ha novellato la disciplina in materia di servizi pubblici locali dettando, con l'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 (conv. dalla l. n. 148 del 2011) modificato dall'art. 9 dalla l. n. 183 del 2011 e dall'art. 25 del d.l. n. 1 del 2012, successivamente convertito in legge n. 27/2012, una disciplina di carattere generale che ha sostanzialmente riproposto i contenuti dell'abrogato art. 23-*bis* e, soprattutto, dal d.p.r. n. 168/2010 (Regolamento attuativo), facendo così “rivivere” norme che erano state abrogate con il predetto referendum anche se il servizio idrico integrato era stato escluso (fatte salve alcune disposizioni che qui non rilevano) dall'ambito di applicazione della “nuova” disciplina dei SPL recata dalla predetta disciplina. Tuttavia, a seguito di ulteriori impugnazione da parte di diverse Regioni anche delle predette norme, la Corte costituzionale con sentenza n. 199/2012 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della richiamata disciplina in quanto ha riscontrato la sostanziale reiterazione della disciplina abrogata con il referendum del 12 e 13 giugno 2011, e ciò a prescindere dal fatto che la predetta disciplina avesse escluso il servizio idrico integrato.

Ad ogni buon conto, bisogna tenere conto che questo servizio è ancora costruito dalla normativa statale come un servizio pubblico a rilevanza economica, considerata la vigenza del 1° comma dell'art. 154 del Codice dell'Ambiente ove è ancora stabilito che “*La tariffa costituisce il corrispettivo del servizio idrico integrato*” e che “*tutte le quote della tariffa ... hanno natura di corrispettivo*”.

---

(60) Si veda al riguardo, M. A. SANDULLI, *Il paternariato pubblico privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

(61) Al riguardo si sono sviluppati due diversi orientamenti caratterizzati non solo dal diverso atteggiarsi dello Stato rispetto all'intervento diretto nel campo della produzione di beni e servizi, ma anche dal diverso rapporto tra amministrazione e amministrati sotteso ai due differenti profili ricostruttivi, giacché al binomio amministrazione-cittadino, tipico delle gestioni in mano pubblica, si sostituisce quello imprenditore-utente delle gestioni affidate alla sfera del privato.

(62) La disciplina generale dei servizi pubblici locali aventi rilevanza economica, contenuta nell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 (conv. dalla l. n. 133/2008) modif. dall'art. 15 del d.l. n. 135 del 2009 (conv. dalla l. n. 166/2009), è stata abrogata (con il d.p.r. n. 113/2011) a seguito del referendum popolare svoltosi il 12 e 13 giugno 2011. In via derivata, risulta, altresì, abrogato il d.p.r. n. 168 del 2010, che costituiva il regolamento di attuazione del citato art. 23-*bis*.

(63) A norma dell'articolo 12, comma 1, lettera b), del D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, il presente comma deve intendersi abrogato, ad eccezione della parte in cui individua la competenza dell'Autorità d'ambito per l'affidamento e l'aggiudicazione.

Si tratta, infatti, di un servizio che, così come prescrive la disciplina comunitaria, deve comunque assicurare la copertura dei costi di gestione e degli investimenti necessari all'ammodernamento delle reti al fine della conservazione della risorsa idrica e, quindi, i relativi affidamenti devono rispettare quantomeno le norme generali in materia di affidamenti statuite a livello comunitario.

Anche se occorre osservare che la prescrizione comunitaria non deve essere declinata nell'obbligo di esternalizzare il servizio e, tantomeno, nell'obbligo di conseguire profitti dalla gestione del servizio (65): del resto, tutte le amministrazioni pubbliche devono tendere al pareggio di bilancio e non per questo può affermarsi che si tratta di soggetti che svolgono attività a rilevanza economica.

Infatti, non sussistano ostacoli alla gestione totalmente pubblica di questo servizio né a livello nazionale né a livello comunitario (66) e ciò sia in forza del Codice dell'Ambiente che della vigente disciplina comunitaria (67).

A tale riguardo, preme, infatti, osservare che le fonti comunitarie non esigono né promuovono la concorrenza per il mercato e neppure dettano norme intese a promuovere tale rinuncia (68).

Il diritto comunitario non limita cioè la possibilità per l'ente pubblico di svolgere attività economiche per mezzo di un'organizzazione propria, pertanto, il generalizzato divieto per l'ente locale di fornire i servizi pubblici economici per mezzo dell'organizzazione propria è, solo ed esclusivamente, il prodotto di una scelta del legislatore nazionale, una scelta di carattere politico dettata dallo sfavore per l'ente locale come operatore economico.

Questa interpretazione trova, peraltro, supporto anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia pronunciata in tema di "*in house providing*" con la quale si chiarisce che il principio di concorrenza deve essere osservato esclusivamente quando un servizio deve essere esternalizzato (69).

Ad ogni modo, il dibattito sulle forme di gestione del Servizio idrico integrato non si è ancora sopito ed ancora oggi vede divisi coloro che tendono

---

(65) Cfr., F. TRIMARCHI BANFI, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

(66) F. TRIMARCHI BANFI, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, cit.

(67) Infatti, bisogna tenere conto che questo servizio è ancora costruito dalla normativa statale come un servizio pubblico a rilevanza economica considerata la vigenza del 1° comma dell'art. 154 del Codice dell'Ambiente ove è ancora stabilito che "La tariffa costituisce il corrispettivo del servizio idrico integrato" e che "tutte le quote della tariffa ... hanno natura di corrispettivo".

Si tratta, infatti, di un servizio che, ancora oggi, deve assicurare la copertura dei costi di gestione e degli investimenti necessari all'ammodernamento delle reti al fine della conservazione della risorsa idrica.

(68) Si veda al riguardo F. TRIMARCHI BANFI, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, cit., secondo cui l'apertura del mercato degli appalti o delle concessioni, infatti, è prescritta dal diritto comunitario quando l'amministrazione intende avvalersi dell'opera di terzi, ma non c'è alcun mercato che debba essere aperto se l'amministrazione si avvale dei mezzi propri.

Questo principio, quindi, non esige che si crei un mercato del contratto, a scapito della libertà dell'ente pubblico di rendersi produttore del servizio.

a valorizzare la gestione pubblica dell'acqua (70), ritenendo che solo in questo modo potrà garantirsi il diritto fondamentale all'acqua, rispetto a quelli che ritengono necessaria l'esternalizzazione della gestione al fine di raggiungere una maggiore efficienza prodotta dalla concorrenza.

Orbene, la breve illustrazione delle fibrillanti questioni che ruotano intorno al tema della gestione e dell'affidamento del servizio idrico, consente ora di soffermarsi sul quadro delle competenze amministrative, così come risulta delineato nella vigente disciplina.

A tale riguardo, come già in parte si è messo in luce, anche in questo campo si registra lo stesso fenomeno che si è registrato in riferimento agli ambiti di cui ai punti precedenti e cioè l'attrazione verso lo Stato di quelle funzioni tradizionalmente spettanti agli enti locali.

In punto di competenze amministrative l'art. 142 del Codice dell'ambiente riecheggia lo schema delineato nei richiamati artt. 61 e 75 del Codice; in esso si legge, infatti, che " ... *il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare esercita le funzioni e i compiti spettanti allo Stato nelle materie disciplinate dalla presente sezione. Le regioni esercitano le funzioni e i compiti ad esse spettanti nel quadro delle competenze costituzionalmente determinate*

---

(69) Una conferma in tal senso si rinviene nella sentenza della Corte di Giustizia nel caso C-231/07, punti 39-40 e 53 che, in riferimento all'art. 113, comma 5, relativo all'affidamento diretto della gestione dei servizi pubblici a società *cd in house*, ha affermato la legittimità di questa disposizione. Ed ancora nella decisione, sempre della Corte di giustizia del 9 giugno 2009 relativa alla causa C-480/06 che ha ammesso che " *un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e che può farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche anche considerato che il diritto comunitario non impone in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico*".

(70) Circa la qualificazione del diritto all'acqua come diritto fondamentale preme precisare che l'acqua non compare nel catalogo dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti dalla nostra carta costituzionale; che tale diritto non risulta enucleato in nessuna carta costituzionale europea e nemmeno nella più recente Carta dei diritti fondamentali europei, varata a Nizza e ora codificata nel Trattato di Lisbona; che la Corte Costituzionale qualifica l'acqua come diritto strumentale ad altri diritti. Nella sentenza n. 259 del 2006 l'acqua viene definita come risorsa da salvaguardare a tutela di altri diritti fondamentali come "la tutela del patrimonio ambientale". Anche se bisogna sottolineare che certa dottrina, nel silenzio della Costituzione ricostruisce il diritto all'acqua facendo riferimento a quelle norme costituzionali, così dette a "fattispecie aperta", tra cui l'art. 2 sui diritti inviolabili dell'uomo; l'art. 3 sulla dignità sociale; l'art. 9 sulla tutela del paesaggio; l'art. 33 sulla tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività; (Frosini, Luciani, Staiano). A tale riguardo, occorre sottolineare che, proprio in riferimento al SII, il Consiglio di Stato con una sentenza non più recentissima, la n. 5501/09, ha affermato che l'utente-consumatore è legittimato ad agire anche nei confronti della pubblica amministrazione per vedere tutelato il proprio diritto fondamentale all'erogazione di servizi pubblici secondo determinati standard e qualità. Ad ogni buon conto, se in Italia e nelle altre carte costituzionali europee non trova esplicito riconoscimento il diritto all'acqua come diritto fondamentale, al contrario tale diritto fondamentale è esplicitamente riconosciuto in alcune costituzioni dell'America Latina: Bolivia, Ecuador, Guatemala, Panama, Messico. Forse la ragione di questa scelta trova le sue ragioni nel fatto che la natura "fondamentale" di un diritto obbliga ad apprestare garanzie di effettività e di giustiziabilità.

*e nel rispetto delle attribuzioni statali di cui al comma 1, ed in particolare provvedono a disciplinare il governo del rispettivo territorio. Gli enti locali, attraverso l'Autorità d'ambito di cui all'articolo 148, comma 1, svolgono le funzioni di organizzazione del servizio idrico integrato, di scelta della forma di gestione, di determinazione e modulazione delle tariffe all'utenza, di affidamento della gestione e relativo controllo, secondo le disposizioni della parte terza del presente decreto”.*

Ma anche in questo caso i principi generali qui richiamati trovano riscontro nelle norme seguenti.

A tale proposito è sufficiente richiamare l'art. 148 del Codice dove si attribuiva alle Autorità d'ambito le competenze spettanti agli enti locali in materia di SII.

In realtà, le Autorità d'Ambito sono state soppresse (71), ma il richiamo a questi organismi è comunque utile per ricevere conferma del disegno centralista tratteggiato dal legislatore del Codice. Infatti, tali organismi erano strutture dotate di personalità giuridica, costituite in ciascun ambito territoriale ottimale, alla quale gli enti locali dovevano partecipare obbligatoriamente (72) ed alle quali era stato trasferito l'esercizio delle competenze spettanti agli Enti locali in materia di gestione delle risorse idriche, ivi compresa la programmazione delle infrastrutture idriche di cui all'articolo 143, comma 1. A questi enti era demandata, tra l'altro, l'organizzazione, l'affidamento e il controllo della gestione del servizio idrico integrato nonché l'esercizio delle funzioni di regolazione generale e di controllo.

La *ratio* dell'art. 148 era, infatti, quella di rendere unitaria la gestione del SII, nell'ottica di garantire una maggiore efficienza (73).

A seguito della soppressione delle dette Autorità le relative funzioni sono transitate sul livello regionale e ciò, pur non comportando l'automatica ri-spansione dei poteri degli enti locali in materia di SII, potrebbe, tuttavia, riaprire la via ad una possibile, ancorché ipotetica, riedizione dei poteri locali nel campo dei SII.

In realtà, la novella normativa nulla dice circa i possibili soggetti a cui le Regioni potranno attribuire queste funzioni, ma ciò non esclude possibili soluzioni volte a valorizzare il livello territoriale anche attraverso forme di collaborazione tra enti locali e ciò a prescindere dal fatto che il detto servizio risulti tutt'ora ascrivito nell'ambito dei servizi pubblici a rilevanza economica.

Ad ogni buon conto, molte Regioni non hanno ancora provveduto al tra-

---

(71) Le autorità d'Ambito sono state soppresse dall'articolo 2, comma 186-*bis*, della legge 23 dicembre 2009, n. 191, come modificato dall'articolo 1, comma 1-*quinquies*, del D.L. 25 gennaio 2010, n. 2.

(72) Con esclusione dei comuni con meno di 1000 abitanti ai sensi dell'art. 148, comma 5 del Codice dell'ambiente.

(73) Si veda al riguardo Corte cost. n. 246/09.



sferimento delle funzioni e quelle che hanno provveduto, come nel caso della Regione Lombardia, le hanno attribuite alle Province, con esclusione dell'Ambito territoriale relativo alla città di Milano, per il quale tali funzioni sono attribuite allo stesso Comune di Milano (74).

La soluzione di trasferire alle Province tali funzioni solleva qualche perplessità innanzitutto per il progetto politico volto ad abolire il livello provinciale o comunque a rimodularlo secondo logiche territoriali che potrebbero non corrispondere a quelle sottese alla determinazione degli ambiti territoriali ottimali per la gestione delle risorse idriche, ferma restando la possibilità di creare forme associative tra enti disciplinate da accordi sottoscritti ai sensi dell'art. 15 della l. 241/90.

La giurisprudenza costituzionale non pare, infatti, escludere la possibilità per le Regioni di spostare sugli Enti locali le funzioni amministrative ad esse attribuite con legge statale, salvo sempre il rispetto delle esigenze di gestione unitaria (75).

##### *5. I problemi legati all'esternalizzazione del Servizio idrico integrato: le funzioni di regolazione, di vigilanza, di controllo e di garanzia.*

Il progressivo processo di privatizzazione che ha interessato il settore dei SII ha fatto emergere un altro problema, che è quello afferente ai problemi di regolazione, di controllo e di vigilanza di un servizio pubblico essenziale, quale è quello in questione, sempre più destinato ad occupare nuovi spazi nel libero mercato.

La riconosciuta rilevanza economica di questo servizio e il correlato favour per la sua esternalizzazione pongono infatti il problema di creare le condizioni di mercato per consentire il passaggio di questo servizio dal monopolio pubblico al mercato concorrenziale.

Le funzioni di regolatore del mercato dei Servizi idrici integrati, nella originaria stesura del Codice dell'ambiente erano attribuiti ad un soggetto, ormai soppresso, rappresentato dal Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche. A questo organo, che era stato istituito presso il Ministero dell'ambiente è succeduta la "Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche", istituita dalla Legge n. 77 del 24 giugno 2009 con le medesime funzioni del soppresso Comitato (76).

---

(74) Si veda la legge regionale n. 26/2003 così come modificata a seguito della Legge nazionale che ha previsto la soppressione delle Ato.

(75) Si veda al riguardo, P. CARETTI - G. TARLI BARBERI, cit., 231. In giurisprudenza Corte Cost. nn. 259/2004; 214/2005.

(76) In realtà, il ruolo della Commissione, nonostante l'ampliamento delle funzioni rispetto a quelle assegnate al Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche, rimase incentrato in quello di valutazione dei Piani d'ambito. A tale proposito si veda, M. ATELLI, *La qualità del servizio idrico integrato e la sua misurabilità: il ruolo del Co.n.vi.Ri*, in *L'acqua*, 2011, 2, 9 ss.

Anche questa Commissione è stata soppressa e ad essa è succeduta l'Agenzia per la regolazione e la vigilanza (77). Tale Organismo, tuttavia, non è mai entrata in funzione, ed a pochi mesi dalla sua istituzione le relative funzioni sono state trasferite alla Autorità per l'energia ed il gas (78).

Le predette funzioni ora, quindi, verranno esercitate da una Autorità caratterizzata da forte indipendenza, sia sotto il profilo funzionale che sotto quello organizzativo, giacché opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio nel quadro degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo e dal Parlamento (79).

L'Autorità, tra l'altro, è autonoma anche finanziariamente, infatti, per legge le risorse per il suo funzionamento non provengono dal bilancio dello Stato ma da un contributo sui ricavi degli operatori regolati.

Al fine di conoscere il completo fascio di funzioni che verranno attribuite all'Autorità, occorrerà comunque attendere i Decreti attuativi che la Presidenza dei Ministri avrebbe dovuto emanare entro 90 giorni dall'entrata in vigore del predetto D.L. 201/2011. In realtà, al momento è stata emanata dal Consiglio dei Ministri solo una bozza Decreto da cui già emerge che le funzioni ad essa attribuite rispecchiano in gran parte quelle che l'art. 11, comma 14, del D.L. 70/2011 aveva attribuito alla soppressa Agenzia (80). Si tratta di quelle fun-

---

(77) L'Agenzia è stata istituita con il D.L. 13 maggio 2011, n. 70 il cui ruolo si caratterizzava per i forti poteri di regolamentazione e di vigilanza che, almeno sulla carta, gli erano stati attribuiti, tra cui la regolazione dei criteri tariffari - fino ad allora di competenza del ministero dell'Ambiente -, il potere di determinare gli standard di qualità nell'erogazione dei servizi agli utenti nonché il potere di stabilire l'indennizzo dovuto nei casi di violazione degli standard qualitativi definiti.

Questi poteri, naturalmente, avevano arricchito il quadro dei poteri già esercitati dal soppresso ente, tra cui, la predisposizione del metodo tariffario, il potere prescrittivo e conformativo relativo ai piani d'ambito, il potere di predisporre le convenzioni tipo per l'affidamento del servizio, il potere di dettare direttive circa le regole di trasparenza da osservare nella elaborazione del quadro contabile, il potere di definire i livelli minimi di qualità dei servizi, il potere di controllo delle modalità di erogazione dei servizi e tutela e garanzia dei diritti degli utenti.

In dottrina si veda. G. NAPOLITANO, *L'agenzia per l'acqua*, in *Gior. Dir. Amm.*, 10, 2011, 1077 ss.

(78) Il detto trasferimento è contemplato nell'ambito degli interventi di riduzione dei costi di funzionamento delle Autorità indipendenti previsti dal decreto 6 dicembre 2011, n. 201, il c.d. "Decreto Monti".

(79) L'indipendenza e l'autonomia sono garantite, peraltro, anche dalle modalità di nomina dei propri componenti, complessivamente cinque, nominati con decreto del Presidente della Repubblica con una procedura che prevede il parere vincolante, a maggioranza dei 2/3 dei membri delle Commissioni parlamentari competenti sui nomi proposti dal Ministro dello Sviluppo economico e approvati dal Consiglio dei ministri. Questa procedura garantisce un altissimo *quorum* di gradimento parlamentare, di fatto *bipartisan*.

(80) L'Agenzia svolge, con indipendenza di valutazione e di giudizio, le seguenti funzioni: a) definisce i livelli minimi di qualità del servizio, sentite le regioni, i gestori e le associazioni dei consumatori, e vigila sulle modalità della sua erogazione, esercitando, allo scopo, poteri di acquisizione di documenti, accesso e ispezione, comminando, in caso di inosservanza, in tutto o in parte, dei propri provvedimenti, sanzioni amministrative pecuniarie non inferiori nel minimo ad euro 50.000 e non superiori nel massimo a euro 10.000.000 e, in caso di reiterazione delle violazioni, qualora ciò non comprometta la fruibilità del servizio da parte degli utenti, proponendo al soggetto affidante la sospensione o la decadenza della concessione; determina altresì obblighi di indennizzo automatico in favore degli utenti in caso di viola-

zioni attinenti alla predisposizione del metodo tariffario, alla predisposizione di convenzioni tipo regolanti i rapporti con i soggetti gestori e alla redazione delle direttive contenenti indicazioni volte a rendere trasparenti le gestioni.

A tale compiti si affiancano, altresì, quelli di controllo, tra cui la verifica dell'adeguatezza degli investimenti programmati nei Piani d'ambito, la valutazione dei costi delle singole prestazioni, le modalità di erogazione dei servizi e la verifica della sussistenza dell'equilibrio economico finanziario delle gestioni.

L'autorità è anche investita di compiti di garanzia nei confronti dei soggetti fruitori del servizio ed in tale direzione può adottare linee guida contenenti misure idonee ad assicurare la parità di trattamento dei consumatori, la garanzia di continuità della prestazione dei servizi, la qualità e l'efficacia delle prestazioni, le azioni di risarcimento danni in caso di lesione degli interessi degli utenti.

In tale direzione, sono previsti pregnanti poteri di regolazione, di controllo, di vigilanza e sanzionatori, peraltro, esercitati dall'Autorità con gli stessi poteri ad essa conferiti dalla legge istitutiva della stessa, ovvero dalla legge n. 481/1995.

Dalla lettura del predetto schema può quindi già rilevarsi l'incisività dei

---

zione dei medesimi provvedimenti; b) predispone una o più convenzioni tipo di cui all'articolo 151 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152; c) definisce, tenuto conto della necessità di recuperare i costi ambientali anche secondo il principio "chi inquina paga", le componenti di costo per la determinazione della tariffa relativa ai servizi idrici per i vari settori di impiego dell'acqua; d) predispone il metodo tariffario per la determinazione, con riguardo a ciascuna delle quote in cui tale corrispettivo si articola, della tariffa del servizio idrico integrato, sulla base della valutazione dei costi e dei benefici dell'utilizzo delle risorse idriche e tenendo conto, in conformità ai principi sanciti dalla normativa comunitaria, sia del costo finanziario della fornitura del servizio che dei relativi costi ambientali e delle risorse, affinché sia pienamente realizzato il principio del recupero dei costi ed il principio "chi inquina paga", e con esclusione di ogni onere derivante dal funzionamento dell'Agenzia; fissa, altresì, le relative modalità di revisione periodica, vigilando sull'applicazione delle tariffe, e, nel caso di inutile decorso dei termini previsti dalla legge per l'adozione degli atti di definizione della tariffa da parte delle autorità al riguardo competenti, come individuate dalla legislazione regionale in conformità a linee guida approvate con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare previa intesa con la Conferenza unificata, provvede nell'esercizio del potere sostitutivo, su istanza delle amministrazioni o delle parti interessate, entro sessanta giorni, previa diffida all'autorità competente ad adempiere entro il termine di venti giorni; e) approva le tariffe predisposte dalle autorità competenti; f) verifica la corretta redazione del piano d'ambito, esprimendo osservazioni, rilievi e impartendo, a pena d'inefficacia, prescrizioni sugli elementi tecnici ed economici e sulla necessità di modificare le clausole contrattuali e gli atti che regolano il rapporto tra le Autorità d'ambito territoriale ottimale e i gestori del servizio idrico integrato; g) emana direttive per la trasparenza della contabilità delle gestioni e valuta i costi delle singole prestazioni, definendo indici di valutazione anche su base comparativa della efficienza e della economicità delle gestioni a fronte dei servizi resi; h) esprime pareri in materia di servizio idrico integrato su richiesta del Governo, delle regioni, degli enti locali, delle Autorità d'ambito, dei gestori e delle associazioni dei consumatori, tutela i diritti degli utenti anche valutando reclami, istanze e segnalazioni in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte dei soggetti esercenti il servizio, nei confronti dei quali può intervenire con i provvedimenti di cui alla lettera a); i) può formulare proposte di revisione della disciplina vigente, segnalandone altresì i casi di grave inosservanza e di non corretta applicazione; l) predispone annualmente una relazione sull'attività svolta, con particolare riferimento allo stato e alle condizioni di erogazione dei servizi idrici e all'andamento delle entrate in applicazione dei meccanismi di autofinanziamento, che è trasmessa al Parlamento e al Governo entro il 30 aprile dell'anno successivo a quello cui si riferisce.

poteri esercitati dall'Autorità nei confronti dei soggetti coinvolti nell'ambito della gestione della risorsa idrica, sia alla luce di quelli contenuti nello schema di Decreto, sia in considerazione dei recenti arresti giurisprudenziali che già avevano riconosciuto ampi poteri conformativi al soppresso soggetto regolatore. A tale proposito, una recentissima sentenza del Consiglio di Stato (81) ha dichiarato, infatti, legittimo un provvedimento adottato dall'allora operante Conviri con cui si imponeva ad un'Autorità d'ambito territoriale ottimale (AA.TT.OO.) il recupero di somme indebitamente corrisposte al gestore del servizio idrico integrato per servizi accessori (82).

Ed, ancora, un'altra sentenza dello stesso Giudice amministrativo (83), ha riconosciuto la competenza del soggetto regolatore a dettare le tariffe anche nei confronti di quelle gestioni estranee al sistema del SII, che sino ad ora applicavano il regime tariffario stabilito con delibera del CIPE (84).

Non resta ora che attendere gli effetti delle azioni che verranno intraprese dall'Autorità in questione.

---

(81) Si veda al riguardo, Consiglio di Stato, sez. VI, 27 ottobre 2011, n. 5788, secondo cui " Non essendo le autorità d'ambito qualificabili come organismi esponenziali delle autonomie locali, (...) ma essendo gli stessi muniti di personalità giuridica distinta dagli enti locali compresi nel relativo territorio e titolari di autonomi rapporti giuridici senza l'intermediazione degli enti locali che ne fanno parte, l'incidenza degli atti del CO.VI.R.I., posti in essere nell'esercizio dei poteri di controllo e di vigilanza sull'operato delle Autorità d'ambito, sul correlativo assetto regolatorio e tariffario non integra alcuna lesione né delle autonomie locali collegate al principio rappresentativo né delle competenze assegnate agli enti territoriali locali. (...) l'espressa previsione normativa della facoltà del CO.VI.R.I. di impartire prescrizioni "sulla necessità di modificare le clausole contrattuali e gli atti che regolano il rapporto tra le Autorità d'ambito e i gestori in particolare quando ciò sia richiesto dalle ragionevoli esigenze degli utenti", vale a legittimare appieno, sotto un profilo di legalità/tipicità/nominatività dei provvedimenti amministrativi, il contenuto dispositivo della gravata delibera, contenente l'ordine, rivolto all'A.A.T.O. n. 3 Medio Valdarno, di recuperare la somma in via transattiva riconosciuta a Publicacqua s.p.a.(...). Tale prescrizione comporta per necessità logico-giuridica la revisione del piano nella parte in cui prevedeva l'aumento della tariffa in misura rispondente al correlativo importo, senza che vi si possa scorgere un'illegittima e non consentita ingerenza dell'autorità di controllo/vigilanza nella predisposizione del piano d'ambito".

(82) Il Giudice di secondo grado, prendendo le mosse da quella previsione normativa che riconosceva al Conviri il potere di esercitare la vigilanza anche sulle clausole contrattuali che regolano i rapporti fra affidatario del servizio e gestore ha ritenuto ingiustificabile l'attribuzione a favore del gestore di un importo che poi sarebbe stato recuperato attraverso le tariffe da applicare all'utenza, poiché detto vantaggio patrimoniale rappresentava un margine di guadagno eccedente il corrispettivo del servizio, così come doveva essere determinato secondo il con il c.d. metodo normalizzato.

(83) Al riguardo, si veda, Tar Lazio con sentenza sez. I 14 febbraio 2012 n. 1437.

(84) Tra le tante novità introdotte dal c.d. "Decreto Sviluppo", ossia il D.L. 13 maggio 2011 n. 70 Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia (Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 13 maggio 2011, n. 110), ve ne è una passata in secondo piano ma di notevole importanza per il settore idrico. L'articolo 10 infatti, che ricordiamo dovrebbe contenere disposizioni riguardanti i servizi ai cittadini, dopo aver istituito l'Agenzia nazionale per i servizi idrici (commi dall'11 al 27), stabilisce al comma 28 la cessazione del regime transitorio (nelle more dell'applicazione del Metodo Normalizzato previsto nel Decreto 1 agosto 1996) per la determinazione delle tariffe idriche con specifiche deliberazioni CIPE.

## 6. *Le competenze delle Regioni e degli Enti locali.*

La disamina svolta ha posto in luce come moltissime funzioni risultano attribuite allo Stato, ma ciò non significa che le Regioni e gli Enti locali risultino privi di funzioni in materia delle risorse idriche.

Alle Regioni sono demandati alcuni compiti di natura conoscitiva anche se limitatamente all'obbligo di rilevare e di aggiornare i dati relativi ai bacini idrografici, alle condizioni e ai tipi di corpi idrici, ai punti di prelievo delle acque superficiali e sotterranee nonché allo stato qualitativo e quantitativo delle acque superficiali e sotterranee esistenti all'interno di ciascun Bacino idrografico al fine di trasmetterli al Ministero dell'ambiente.

Alle Regioni sono riconosciute, peraltro, esigue funzioni anche in materia di pianificazione e di programmazione, con eccezione di quello inerente l'adozione del Piano di tutela delle acque (85) (art. 121) e di perimetrazione delle aree a rischio idrogeologico (86).

A tali compiti si affiancano, tuttavia, quelli esercitati in via diretta o su delega statale, tra cui quelli inerenti la progettazione, la realizzazione e la gestione delle più importanti opere idrauliche nonché quello di adozione del Piano regionale di gestione, del Piano stralcio per la tutela del rischio idrogeologico (87), del Piano Regionale per l'adeguamento delle infrastrutture (88) e del Piano di gestione da rischio alluvioni ed, ancora, in materia di tutela quantitativa e qualitativa della risorsa idrica, del Piano di tutela acque (art. 121 Codice ambiente) oltre che del Piano gestione acque (89). A tali compiti

---

(85) Tale strumento programmatico contiene una serie di elementi, tra i quali, i risultati dell'attività conoscitiva, l'individuazione degli obiettivi di qualità dell'acqua, l'elenco dei corpi idrici a specifica destinazione o comunque richiedenti una tutela particolare, le misure di tutela, l'indicazione delle scadenze temporali degli interventi e delle priorità, gli interventi di bonifica. Ed ancora, con questo provvedimento le Regioni esercitano funzioni conoscitive, attuative e collaborative relative alla navigazione interna e alla realizzazione di dighe e sbarramenti non superiori ad una certa dimensione.

(86) L'apposizione del vincolo idrogeologico si giustifica laddove si rende necessario salvaguardare da una utilizzazione inappropriata una certa porzione di territorio con il rischio di perdita di stabilità dei terreni o di compromissione del regime delle acque, pertanto determinate utilizzazioni dei suoli vengono assoggettate ad autorizzazioni e prescrizioni ai sensi del R.D. 30 dicembre 1923, n. 3267. A questa funzione si aggiunge il fascio di competenze conoscitive, attuative e collaborative riconosciute nell'ambito dei distretti idrografici nonché le competenze in materia di navigazione interna, di dighe e di sbarramenti di altezza non superiore ai 15 metri e con capacità di invaso non superiore ai 1.000.000 di metri cubi nonché i poteri di polizia idraulica per la parte di propria competenza.

(87) Ai sensi dell'art. 68 del Codice dell'ambiente i Piani stralcio "contengano in particolare l'individuazione delle aree a rischio idrogeologico, la perimetrazione delle aree da sottoporre a misure di salvaguardia e la determinazione delle misure medesime oltre che individuare le infrastrutture e i manufatti che determinano il rischio idrogeologico".

(88) Il riferimento è al Piano previsto dal comma 6 dell'art. 86 del Codice dell'ambiente.

(89) Il Piano di Gestione, previsto dalla Direttiva quadro sulle Acque (Direttiva 2000/60/CE) rappresenta lo strumento operativo attraverso il quale si devono pianificare, attuare e monitorare le misure per la protezione, il risanamento e il miglioramento dei corpi idrici superficiali e sotterranei e agevolare un utilizzo sostenibile delle risorse idriche.

si aggiungono, altresì importanti funzioni di amministrazione attiva (90).

Se, invece, si sposta l'attenzione verso gli Enti locali si vedrà come anche a questi soggetti risultino attribuite diverse competenze, di cui, tuttavia, risulta difficile procedere ad una loro elencazione, poiché molte di esse sono determinate ed attribuite dalle Regioni nell'ambito delle competenze del sistema delle autonomie locali e, pertanto, risultano variabili da Regione a Regione.

A tale proposito si può, comunque, dire che i compiti dei Comuni risultano limitati alle piccole opere idrauliche volte alla mitigazione del rischio idraulico.

Alle Province sono, invece, attribuiti diversi compiti relativi alla tutela qualitativa della risorsa (91), alla tutela del suolo, in riferimento alla regimazione delle acque (92) e all'uso e sfruttamento delle risorse idriche (93).

### *7. Il problema del coordinamento delle funzioni.*

L'aver richiamato le più significative tappe del processo evolutivo in materia di acqua nonché le diverse funzioni amministrative su cui si articola il governo delle risorse idriche ha consentito di mettere in luce l'incessante affiorare di sempre nuovi interessi pubblici a cui il legislatore ha cercato di dare risposta con la complicata legislazione di cui già si è detto, ma soprattutto ha consentito di mettere in luce l'evoluzione della geografia dei poteri amministrativi che si rilevano in questo ambito normativo.

Allo stesso modo ha consentito di evidenziare la centralità del ruolo statale nella materia delle risorse idriche per l'interferenza di questa materia su materie di tipo trasversale, quali appunto sono l'ambiente e la concorrenza.

Alla luce del riscontrato spiccato centralismo statale l'ulteriore problema

(90) Quali sono quelli di polizia idraulica, concessioni di estrazione di materiale litoide dai corsi d'acqua; le concessioni di spiagge lacuali, superfici e pertinenze dei laghi, le concessioni di pertinenze idrauliche e di aree fluviali; esercitano la funzione di polizia delle acque; gestiscono il demanio idrico, nominano i regolatori per il riparto delle disponibilità idriche.

(91) Si tratta di autorizzazioni allo scarico nei corpi idrici superficiali delle acque reflue domestiche, industriali, urbane e di prima pioggia e relativi controlli (D.Lgs.152/2006 - Parte Terza art. 124 c. 7); Autorizzazioni agli scarichi di acque reflue domestiche sul suolo e negli strati superficiali del sottosuolo provenienti da agglomerati con numero di A. E. pari o superiore a 50 e relativi controlli (D. Lgs.152/2006 - Parte Terza art. 124 c. 7); Autorizzazioni allo scarico nella stessa falda delle acque di infiltrazione di miniere o cave o delle acque pompate nel corso di determinati lavori di ingegneria civile (D.Lgs.152/2006 Parte Terza art. 104 c.2).

(92) Si tratta di autorizzazioni e pareri ai fini idraulici all'esecuzione di opere idrauliche (R.D. 523/1904 capo VII art. 93-101); Autorizzazioni e pareri all'esecuzione di opere interessanti manufatti di bonifica e loro pertinenze (R.D. 368/1904 titolo VI); Realizzazione, gestione e manutenzione di opere, impianti ed attività inerenti alla difesa del suolo.

(93) Si tratta di autorizzazioni alla ricerca di acque sotterranee ad uso diverso dal domestico (R.D. 1775/1933 artt. 94 e 95); Riconoscimento del diritto ad utilizzare e derivare acque sotterranee per una portata inferiore o uguale a 20 l/s (R.D. 1775/1933 art. 2 lett. C); Concessioni di derivazione di acqua pubblica (R.D. 1775/1933 art. 7 - DPR 238/99 art.1 c. 4 -); Licenze di attingimento di acqua pubblica a mezzo pompe mobili e semimobili da acque superficiali (R.D. 1775/1933 art 56).

che si pone è quello di come garantire le prerogative delle Regioni e degli Enti locali in materia di risorse idriche, considerato che in questo campo il ruolo di questi soggetti può trovare garanzia solo attraverso forme di cooperazione tra i diversi livelli istituzionali che, sia sul piano legislativo che su quello amministrativo, fanno leva sul principio di “leale collaborazione”.

Pertanto, se da un lato è possibile che, in presenza di esigenze di unitarietà, possa operare la c.d. “chiamata in sussidiarietà”, dall'altro è necessario che il livello statale osservi il detto principio di “leale cooperazione”.

Tuttavia, proprio l'assenza di enumerazione delle competenze attribuite ai diversi enti sin da subito ha fatto intendere ciò che poi si è verificato, ovvero il fiorire di numerosi contenziosi aventi ad oggetto il ritaglio delle varie competenze amministrative tra i diversi livelli di governo per la violazione del detto principio.

Ciò è accaduto in riferimento al riparto delle funzioni pianificatorie e programmatiche, dove poco spazio è stato riconosciuto alle Regioni anche laddove formalmente risultino titolari del detto potere.

Ad esempio, le Regioni hanno competenza ad approvare il Piano di Tutela delle acque, tuttavia il procedimento di adozione è subordinato al parere vincolante dell'Autorità di Bacino.

Ora, se si guarda alla compagine organizzativa di questo Organismo è facile rilevare come i suoi componenti risultino di prevalente derivazione ministeriale (94). Questa circostanza impedisce, evidentemente, la piena emersione delle istanze regionali e in definitiva decreta l'assoggettamento anche di questo Piano al potere statale.

Il ruolo pianificatorio delle Regioni risulta sfumato non solo in riferimento al Piano di tutela delle acque, ma anche sotto altri e diversi aspetti e ciò emerge chiaramente se si confronta l'assetto dei poteri disegnato dal Codice dell'ambiente rispetto a quello che era stato disegnato dal d.lgs. 112/98.

L'art. 52 del d.lgs. n. 112 del 1998 prevedeva, infatti, che l'identificazione delle linee fondamentali dell'assetto del territorio con riferimento alla difesa

---

(94) Gli atti di indirizzo, coordinamento e pianificazione delle Autorità di bacino vengono adottati in sede di Conferenza istituzionale permanente presieduta e convocata, anche su proposta delle amministrazioni partecipanti, dal Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare su richiesta del Segretario generale, che vi partecipa senza diritto di voto. Alla Conferenza istituzionale permanente partecipano i Ministri dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, delle infrastrutture e dei trasporti, delle attività produttive, delle politiche agricole e forestali, per la funzione pubblica, per i beni e le attività culturali o i Sottosegretari dai medesimi delegati, nonché i Presidenti delle regioni e delle province autonome il cui territorio è interessato dal distretto idrografico o gli Assessori dai medesimi delegati, oltre al delegato del Dipartimento della protezione civile. Alle conferenze istituzionali permanenti del distretto idrografico della Sardegna e del distretto idrografico della Sicilia partecipano, oltre ai Presidenti delle rispettive regioni, altri due rappresentanti per ciascuna delle predette regioni, nominati dai Presidenti regionali. La conferenza istituzionale permanente delibera a maggioranza. Gli atti di pianificazione tengono conto delle risorse finanziarie previste a legislazione vigente.

del suolo, pur rientrando tra i compiti di rilievo nazionale, dovesse avvenire «attraverso intese nella Conferenza unificata» (95).

Per contro, l'art. 57 del Codice dell'ambiente prevede che nel settore della difesa del suolo e della lotta alla desertificazione, tali atti sono approvati dal Presidente del Consiglio dei Ministri e i principi in esso contenuti sono definiti sentita la Conferenza Stato-Regioni (96).

In sintesi, è stata prevista una forma di confronto più debole determinata dalla estromissione della Conferenza Stato-Città da tale tipo di confronto interistituzionale.

Tra l'altro, il Giudice delle leggi, a seguito dell'impugnazione del richiamato art. 57, ha ritenuto che il parere espresso dalla Conferenza Stato-Regioni sui principi degli atti di indirizzo e coordinamento fosse sufficiente ad assicurare il coinvolgimento delle Regioni.

Ancora, il d.lgs. n. 112 del 1998, aveva operato il generale trasferimento alle Regioni di tutte quelle funzioni relative «*alla progettazione, realizzazione e gestione delle opere idrauliche di qualsiasi natura*» (art. 89, comma 1, lettera a), «*ai compiti di polizia idraulica e di pronto intervento*» (art. 89, comma 1, lettera c) e «*alla polizia delle acque*» (art. 89, comma 1, lettera g).

Una generalizzata devoluzione che non ha trovato poi riscontro nell'art. 61, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 2006 dove si stabilisce che le Regioni «*per*

---

(95) La Conferenza Unificata è stata istituita dal d. lgs. 28 agosto 1997, n. 281, che ne ha definito anche la composizione, i compiti e le modalità organizzative ed operative (articoli 8 e 9 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281). La Conferenza Unificata, sede congiunta della Conferenza Stato-Regioni e della Conferenza Stato-Città ed autonomie locali, opera al fine di: favorire la cooperazione tra l'attività dello Stato e il sistema delle autonomie; esaminare le materie e i compiti di comune interesse. È competente in tutti i casi in cui Regioni, Province, Comuni e Comunità montane, ovvero la Conferenza Stato-Regioni e la Conferenza Stato-Città ed autonomie locali sono chiamate ad esprimersi su un medesimo oggetto (art. 9, comma 2, del d.lgs. 281/1997). Questa risulta dalla unione della Conferenza Stato Regioni e dalla Conferenza Stato Città e costituisce, quindi, la principale sede di rappresentanza unitaria delle regioni e degli enti locali presso il centro. Le competenze della conferenza unificata sono di tipo analogo a quelle delle due conferenze che ne sono parte. Essa promuove e sancisce intese ed accordi; esprime pareri; designa rappresentanti negli organismi competenti in materie di interesse comune alle regioni, alle province, ai comuni e alle comunità montane. La conferenza unificata, poi, interviene nel procedimento di adozione di importanti scelte politiche dello Stato. Per esempio, essa deve dare il suo parere sui più importanti atti di programmazione economica e finanziaria; deve essere consultata dal governo sulle linee generali delle politiche del personale pubblico locale e regionale.

(96) La Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano opera nell'ambito della comunità nazionale per favorire la cooperazione tra l'attività dello Stato e quella delle Regioni e le Province Autonome, costituendo la "sede privilegiata" della negoziazione politica tra le Amministrazioni centrali e il sistema delle autonomie regionali. La conferenza Stato-Regioni: è la sede dove il Governo acquisisce l'avviso delle Regioni sui più importanti atti amministrativi e normativi di interesse regionale; persegue l'obiettivo di realizzare la leale collaborazione tra Amministrazioni centrale e regionali; si riunisce in una apposita sessione comunitaria per la trattazione di tutti gli aspetti della politica comunitaria che sono anche di interesse regionale e provinciale.



*la parte di propria competenza, dispongono la redazione e provvedono all'approvazione e all'esecuzione dei progetti, degli interventi e delle opere da realizzare nei distretti idrografici, istituendo, ove occorra, gestioni comuni»* (lettera d), e «*provvedono, per la parte di propria competenza, all'organizzazione e al funzionamento del servizio di polizia idraulica ed a quelli per la gestione e la manutenzione delle opere e degli impianti e la conservazione dei beni»* (lettera e).

La Corte Costituzionale, che si è pronunciata su questa norma sempre a seguito di diversi ricorsi proposti dalle Regioni, ha precisato che la disposizione in discorso non produce alcun effetto lesivo sulle attribuzioni regionali.

Nello stesso senso la Suprema Corte si è pronunciata in punto di funzioni conoscitive.

Infatti, a seguito dell'impugnazione dell'art. 55, comma 2, del d.lgs. n. 152 del 2006, con cui si deduceva la violazione del principio di leale collaborazione per il previsto accentramento in un soggetto statale del potere di scelta circa la costituzione e gestione di un unico sistema informativo nonché l'obbligo del raccordo dei sistemi informativi regionali, senza coinvolgimento delle Regioni, il Giudice delle leggi, con sentenza Corte Cost. n. 323/2009, ha affermato che la norma in questione appartiene ad un ambito materiale riservato alla competenza esclusiva statale, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera r), Cost. recante "*Coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale*". Pertanto, anche in questo caso si conclude ritenendo che la norma in questione non è lesiva delle prerogative regionali perché statuisce esclusivamente un obbligo di coordinamento meramente informativo di per sé non idoneo a ledere sfere di autonomia costituzionalmente garantite (sentenza n. 376 del 2003).

Analoga situazione si registra in materia di Servizio Idrico Integrato giacché il principio di tutela della concorrenza ha giustificato persino l'attrazione verso il livello statale delle scelte relative alle forme di gestione di questo particolare servizio pubblico.

In questo senso, si pone, infatti la giurisprudenza della Corte Costituzionale pronunciata in riferimento all'art. 23 *bis* che, con la sentenza n. 325/10, è stato dichiarato legittimo in quanto di natura concorrenziale.

Le argomentazioni su cui si fondano i ricorsi proposti presso il Giudice Costituzionale, come visto, hanno ad oggetto la riserva legislativa operata dallo Stato a proprio favore e a discapito di quella regionale.

L'impianto centralista disegnato dal legislatore trova tuttavia qualche temperamento nello stesso sistema legislativo e in qualche paletto che di recente ha posto la Corte costituzionale.

La centralizzazione statale risulta infatti bilanciata dalla previsione di strumenti di raccordo, quale la Conferenza Stato-Regioni, il cui ruolo consun-

tivo consente alle Regioni di esprimere pareri in vari ambiti (97). Tale strumento procedimentale è stato, infatti, fortemente valorizzato da alcune pronunce della Corte Costituzionale con una serie di sentenze, tra cui la già segnalata sentenza n. 232/09. Questa decisione, che come visto, è stata pronunciata a seguito di molteplici ricorsi promossi da varie Regioni italiane volti a contestare i pregnanti poteri di pianificazione, programmazione e fissazione delle varie politiche da parte del governo e dei vari Ministeri coinvolti, afferma, infatti, che i poteri decisionali del centro sono soggetti al rispetto di principi di “legalità procedurale”.

In questa direzione si pongono anche altri *dictum* della Suprema Corte, ad esempio laddove ha ritenuto fondate le censure mosse contro la previsione dell'art. 57, comma 1, lettera b), del d.lgs. n. 152 del 2006, che attribuisce al Presidente del Consiglio dei Ministri l'approvazione del programma nazionale di intervento senza prevedere alcun coinvolgimento delle Regioni. Ebbene, in questo caso, tale norma è stata ritenuta in contrasto con il principio di leale collaborazione e con il D.lgs. n. 112 del 1998, che al riguardo prevedeva varie modalità di coinvolgimento delle Regioni (98).

La Corte ha ritenuto che il programma nazionale di intervento è un atto che, per l'ampiezza del proprio contenuto, è suscettibile di produrre significativi effetti indiretti anche nella materia del governo del territorio e che, quindi, è necessario il coinvolgimento delle Regioni nelle forme del parere, così come è previsto dall'art. 88, comma 2, del d.lgs. n. 112 del 1998.

Allo stesso modo, la lett a) del comma 3 dell'art. 58 è stato ritenuto in contrasto con gli artt. 117 e 118 e con il principio di leale collaborazione laddove la norma attribuisce al Ministro dell'ambiente funzioni di programmazione, finanziamento e controllo degli interventi in materia di difesa del suolo senza alcun coinvolgimento delle Regioni.

Anche in questo caso, la Corte afferma che benché gli interventi in tema di difesa del suolo appartengano a pieno titolo alla materia della tutela dell'ambiente, le generali funzioni di programmazione e finanziamento che l'art. 58, comma 3, lettera a), assegna al Ministro dell'ambiente, sono tali da produrre effetti significativi sull'esercizio delle attribuzioni regionali in materia di governo del territorio.

In altre parole, secondo la Corte, il legislatore statale nell'esercizio delle sue competenze esclusive collegate alla materia tutela dell'ambiente può prevedere certamente una centralizzazione, ma ciò esclude che gli enti di livello sotto or-

---

(97) Secondo quanto dispone l'art. 59 del T. U. la Conferenza Stato-Regioni formula pareri, proposte ed osservazioni, anche ai fini dell'esercizio delle funzioni di indirizzo e coordinamento di cui all'articolo 57, in ordine alle attività ed alle finalità di cui alla presente sezione, ed ogni qualvolta ne è richiesta dal Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.

(98) Si vedano gli artt. 86, comma 3, e 89, commi 1, lettera h) del detto Decreto legislativo n. 112/98.

dinato, in particolare le Regioni, possano essere esclusi dal processo decisionale.

Lo spiccato centralismo che caratterizza questo ambito ha comunque superato il vaglio della Corte Costituzionale (99), considerata l'inclinazione del Supremo Consesso a giustificare l'attrazione verso lo Stato di un ampio fascio di poteri sulla scorta dell'esigenza di tutela unitaria sull'intero territorio.

#### 8. Conclusioni.

L'analisi svolta ha consentito di mettere in luce alcuni punti critici della disciplina vigente in materia di acqua, rappresentati dalla forte presenza statale in tutti gli ambiti in cui l'acqua rileva, dalla spiccata frammentazione delle funzioni tra i diversi livelli di governo e dal relativo problema di coordinamento delle funzioni.

Tuttavia, se l'emerso centralismo si giustifica ogniqualvolta le norme abbiano come obiettivo la tutela dell'ambiente, esso non pare giustificarsi in riferimento a quelle norme che tendono a far transitare verso il livello statale ambiti materiali tradizionalmente affidati al livello locale, come nel caso del Servizio Idrico Integrato, anche perché le prerogative regionali e locali sostanzialmente si "giocano" sull'assetto delle competenze amministrative.

Ad ogni buon conto, la più recente politica legislativa pare evidenziare una virata verso una maggiore valorizzazione del livello locale, quantomeno in riferimento alla gestione del SII, considerato l'attuato trasferimento in capo alle Regioni delle relative funzioni.

Un altro passaggio di non poco momento è rappresentato dall'avvenuto trasferimento delle funzioni regolatorie e di vigilanza ad un soggetto estraneo alla compagine governativa.

Lo Stato si spoglia, infatti, anche di questa importante e delicata funzione attribuendola all'Autorità per l'energia e il gas, ad un soggetto, quindi, indipendente dai poteri statali e che, per di più, "sa fare il suo mestiere", considerata l'alta specializzazione che può vantare in campo regolatorio, di vigilanza e di tutela dell'utente.

Le particolari competenze di questa Autorità e la sua ormai rodata capacità di interloquire con le diverse realtà locali non potrà infatti che fornire un apporto essenziale ed imprescindibile nel processo di privatizzazione di questo settore in riferimento al quale è necessario accompagnare il passaggio dal monopolio pubblico, che ancora oggi si registra in questo settore, al mercato della concorrenza (100) garantendo al contempo sia la posizione dei nuovi ingressi nel mercato sia la tutela dei consumatori.

In riferimento al processo di liberalizzazione del mercato, a prescindere

---

(99) Si veda, Corte Cost. n. 232/2009.

(100) Si veda al riguardo G. CANITANO, F. MONTAGNINO, P. PERUZZI, *L'assetto dei gestori e la concorrenza nel servizio idrico integrato*, in *www.Dec.unich.it, Working paper*, n. 2, 2008.

dalle diverse ideologie che sorreggono le diverse prospettive sottese al dibattito ancora in corso circa la privatizzazione di questo settore, preme sottolineare quanto affermato da certa dottrina, e cioè che l'efficienza gestionale di questo settore non si ottiene cambiando *“la forma giuridica del gestore se poi tutto resta come prima”* (101). Del resto è sufficiente scorrere i dati pubblicati dal Conviri per rendersi conto che ci sono eccellenti gestioni pubbliche e pessime gestioni private.

Sembra, comunque, che i recentissimi interventi normativi consentano di intravedere l'avvio di una politica sull'acqua costruita intorno a capisaldi che risultano imprescindibili in qualsivoglia processo di privatizzazione, quale è anche quello dell'attribuzione delle funzioni regolatorie ad un'Autorità indipendente (102).

Pare infatti intravedersi il tramonto di scelte normative che si limitavano alla semplice allocazione delle funzioni verso il livello centrale ed anzi, al contrario, appare una certa tendenza a spogliare il centro di alcuni poteri in materia di acqua: alla soppressione del Conviri si affianca, infatti, anche la soppressione delle Ato e l'attribuzione alle Regioni delle relative competenze.

Da ultimo, si vuole sottolineare come i problemi dell'acqua non ruotano solo intorno alle opzioni gestionali del Servizio idrico integrato, ma anche a tutte le questioni collegate alla sua tutela qualitativa e quantitativa.

Non dovrebbe, infatti, sfuggire l'enorme incidenza degli usi agricoli e di quelli industriali in termini di consumi della risorsa e di effetti inquinanti, sui quali paradossalmente non pare soffermarsi l'attenzione degli “addetti ai lavori”.

Una buona politica sulle risorse idriche non può, infatti, prescindere dall'interazione di strategie volte a risolvere i problemi dell'acqua a tutto tondo al fine di porre rimedio ai severi problemi di inquinamento, ai gravi problemi di approvvigionamento di acqua potabile e ai disastri ambientali dovuti all'assenza di pianificazione o all'incapacità di far osservare le norme contenute negli stessi strumenti pianificatori.

In altre parole, il descritto coacervo di norme “fa acqua da tutta le parti” e di ciò non può che essere responsabile l'apparato statale e, comunque, tutti gli enti e soggetti ad esso correlati, considerato che il potere di governo in quest'ambito materiale è allocato nella quasi sua totalità in capo all'apparato statale.

Non può, peraltro, sfuggire la necessità di rimettere mano alla descritta articolazione delle competenze amministrative giacché l'illustrato accentramento non ha dato i frutti sperati, né in termini di efficienza amministrativa,

---

(101) A. MASSARUTO, *Privati dell'acqua? Tra bene comune e mercato*, Bologna 2011.

(102) Sui problemi regolatori, si veda, L. DANESI, M. PASSARELLI, P. PETRUZZI, *Quale livello di regolazione per i servizi idrici? Uno schema di analisi sulla distribuzione verticale ed orizzontale delle funzioni di regolazione*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2008, 389 ss.; G. NAPOLITANO, *Per un'autorità indipendente di regolazione dei servizi idrici*, Roma. Fiderutility, 2010.

né in termini di risultato, anche alla luce degli obiettivi contenuti nella disciplina comunitaria e in quella interna.

In conclusione, deve comunque mettersi in luce che pare intravedersi l'avvio di una nuova strategia politica, quantomeno in riferimento alla gestione del Servizio idrico integrato anche se ciò non sarà sufficiente per uscire dalla situazione di *impasse* in cui verte l'ambito delle risorse idriche se, al contempo, non si procederà al contestuale riassetto della *governance* delle risorse idriche al fine di ridefinire i ruoli di ciascun attore del sistema e di ridurre e/o eliminare la frammentazione e la sovrapposizione delle competenze che, come visto, ancora oggi non risultano ben ripartite tra i diversi livelli istituzionali.

Del resto, questa esortazione si rinviene anche nel più volte citato schema di Decreto della Presidenza del Consiglio relativo alle funzioni di regolazione del servizio idrico integrato trasferite all'Autorità per l'energia elettrica e il gas. Non rimane, dunque, che attendere le nuove elaborazioni normative per verificare se e in che misura tale monito verrà accolto dal legislatore statale.

## Liberalizzazioni, ambiente ed energia

*Serena Oggianu\**

*SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La liberalizzazione del settore energetico – 3. Il servizio energetico quale servizio di interesse economico generale – 4.1. L'energia e l'ambiente: profili sostanziali – 4.2. L'energia e l'ambiente: profili processuali – 5. Il riparto di competenza tra Stato, Regioni ed enti locali nel settore dell'energia – 6. Conclusioni.*

### *1. Premessa.*

L'importanza delle tematiche energetiche nell'ambito del diritto comunitario può trarsi già dal rilievo che proprio all'origine della prima Comunità europea, la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA) (1), si è posta l'esigenza di “mettere l'intera produzione del carbone e dell'acciaio sotto una comune Alta Autorità nel quadro di un'organizzazione alla quale possono aderire gli altri paesi europei”, secondo la nota dichiarazione resa da Robert Schuman, ministro degli esteri francese, il 9 maggio 1950.

Nondimeno è solo con le modifiche recentemente apportate con il Trattato di Lisbona che l'energia è divenuta oggetto di uno specifico titolo (XXI), che si compone del solo art. 194 TFUE (Energia), in luogo delle misure previste nelle precedenti versioni del Trattato della Comunità europea (2).

Lo stretto legame tra energia ed ambiente è poi confermato nelle disposi-

---

(\*) Ricercatrice di diritto amministrativo, Università di Roma Tor Vergata, Facoltà di giurisprudenza. Assistente di studio, Giudice costituzionale dott. Aldo Carosi.

*Il presente scritto è la relazione tenuta dall'Autrice al Convegno su “Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi”, Copanello, 29-30 giugno 2012 - in corso di pubblicazione nei relativi atti.*

(1) Il Trattato Ceca, firmato a Parigi il 18 aprile 1951 ed entrato in vigore il 25 luglio 1952 tra i sei Paesi firmatari (Francia, Germania, Italia, Belgio, Paesi Bassi, Lussemburgo) è stato lo strumento mediante il quale si è cercato di eliminare la forte conflittualità tra Francia e Germania, dovuta allo sfruttamento dei giacimenti di carbone ed acciaio delle regioni della Saar e della Ruhr.

(2) Nella sua versione originaria il Trattato istitutivo della Comunità economica europea del 1957 non conteneva alcun riferimento al settore energetico, che del resto era disciplinato dagli altri due trattati, quello sulla Ceca e quello sull'Euratom. Solo con le modifiche apportate dal Trattato di Maastricht del 1992 all'art. 3 del trattato della Comunità europea (che proprio a partire da Maastricht perde l'attributo di economica) viene previsto che per il perseguimento dei propri obiettivi la Comunità adotti misure in materia di energia e si fa riferimento nella contigua e strumentale materia dello sviluppo delle reti trans-europee (art. 129 d TCE). Con il Trattato di Amsterdam significativamente, ferma la disciplina ora richiamata, si opera un intervento additivo sotto il profilo procedurale. In particolare, in materia di ambiente all'art. 175 TCE si è prevista l'adozione all'unanimità delle “misure aventi una sensibile incidenza sulla scelta di uno Stato membro tra diverse fonti di energia e sulla struttura generale dell'approvvigionamento energetico del medesimo”, disposizione poi ripresa nell'attuale art. 192, par. 2 TFUE. Per un approfondimento del graduale percorso che ha condotto alla formazione del “diritto europeo dell'energia” M. MARLETTA, *Energia. Integrazione europea e cooperazione internazionale*, Torino, Giappichelli, 2011, spec. pp. 55 ss.

zioni dedicate a quest'ultimo, in specie dall'art. 192, par. 2, rientrante nel titolo XX (Ambiente), ai sensi del quale in deroga alla procedura decisionale ordinaria, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo, del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni, adotta misure aventi una sensibile incidenza sulla scelta di uno Stato membro tra diverse fonti di energia e sulla struttura generale dell'approvvigionamento energetico del medesimo (lett. c).

Sul punto occorre notare, da un lato, che la scelta di una procedura più gravosa (unanimità) rispetto all'ordinaria di cui all'art. 294 TFUE si pone come una condizione di salvaguardia delle scelte energetiche adottate da ciascuno Stato ed è dunque indice della volontà dell'Unione di limitare ad ipotesi pienamente condivise con gli Stati membri l'ingerenza per ragioni ambientali sulle scelte politiche nazionali in questo settore; dall'altro, che tale previsione va ben oltre l'integrazione delle esigenze connesse con le tematiche ambientali che l'Unione è chiamata ad operare nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile, secondo la previsione di cui all'art. 11 TFUE. Del resto anche la contiguità topografica tra i due titoli (XX, Ambiente e XXI Energia) esprime la stretta correlazione tra le due politiche.

Per altro verso, nell'arco di tempo che va dall'istituzione delle Comunità europee alla loro piena sostituzione da parte dell'Unione europea quale unico soggetto politico e giuridico (3), le esigenze proprie dell'energia e dell'ambiente si sono dovute misurare con i processi di liberalizzazione, che si fon-

---

(3) Si noti che proprio questa coesistenza dell'elemento della politicità con quello della giuridicità, che connota l'Unione europea che si è affermata progressivamente con le modifiche apportate nel corso del tempo ai trattati istitutivi ed in modo più netto con il Trattato di Lisbona, ha determinato, sia pure su base volontaria, l'erosione della sovranità degli Stati membri e ha consentito un'ingerenza variamente modulata in ragione delle materie ovvero delle singole questioni sul loro indirizzo politico. Il tema è vastissimo e nell'economia del presente contributo può solamente essere accennato.

La dottrina, già a partire dal periodo liberale e in epoca fascista, ha approfondito il concetto di indirizzo politico, individuandone i caratteri distintivi nella libertà teleologica e nella atipicità ed interrogandosi sulla sua distinguibilità dai tre poteri dello Stato, legislativo, giurisdizionale ed esecutivo. Secondo una prima tesi, l'indirizzo politico doveva essere configurato come una mera innominata "attività" ed in tal senso V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica dell'indirizzo politico*, in *Studi Urbinati*, 1939, 55 ss. Secondo altri si tratterebbe di un'autonoma funzione, con il conseguente problema di individuare poi l'organo che ne sarebbe titolare. Così C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico*, Roma, 1931. La necessità di affrontare *funditus* il concetto di indirizzo politico si è posta nuovamente a seguito dell'adozione della Costituzione repubblicana, in considerazione dell'autonomia e dell'immediata efficacia delle norme costituzionali, anche di quelle programmatiche. Per tutti V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 68 ss.; M. DOGLIANI, *Interpretazione della Costituzione*, Milano, 1982, 39 ss. Attualmente il tema dell'indirizzo politico, strettamente correlato alla sovranità degli Stati nazionali, impone una nuova riflessione proprio in ragione dell'incidenza dell'integrazione europea. Per le coordinate su tale profilo G. TESAURO, *Sovranità degli Stati e integrazione comunitaria*, in *Dir., un. Eu.*, 2006, 235.

Per un approfondimento della funzione di indirizzo politico nell'ambito del diritto amministrativo per tutti E. PICOZZA, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1988.

dano sul generale obiettivo contenuto già nell'originario Trattato di Roma, agli articoli sulla concorrenza e sugli aiuti di Stato (4), di abolire progressivamente, nella prospettiva del mercato unico europeo, i monopoli e gli oligopoli di servizi pubblici, che si reggevano a livello nazionale sulla concessione di diritti speciali ed esclusivi.

Pur essendo incerto il confine tra le due categorie di diritti (5), normalmente si è inteso per "diritto di esclusiva", il diritto di svolgere al di fuori della concorrenza un'attività economica di tipo integrato (ad es. produzione, vettoriale, trasporto, trasmissione, distribuzione e vendita dell'energia elettrica o del gas), anche se in più rari casi il diritto esclusivo è stato esteso ad attività tra loro conglomerate e non integrate (ad es. sistema I.R.I. S.p.a.) e viceversa in altri casi limitati a segmenti di attività. Per diritto speciale si intende comunemente un diritto di utilizzare le formule della dichiarazione di interesse, nonché procedimenti ablatori, non necessariamente espropriativi, quanto al settore energetico, quali l'imposizione di servitù di elettrodotto, oleodotto, gasdotto, etc.

Il mercato comune europeo dell'energia si è realizzato mediante la liberalizzazione dei singoli segmenti, caratterizzata per la gradualità del relativo processo ed improntata al carattere ambivalente dell'energia quale *res* e quale *opera* (6), soprattutto in ragione di obiettivi come la sicurezza e la continuità dell'approvvigionamento, capaci di fondare per il relativo bene una deroga alla libertà fondamentale di circolazione delle merci (Parte terza, Politiche della Comunità, titolo I) e parimenti una connotazione di specialità rispetto al principio di libera circolazione dei servizi, in base alla disciplina contenuta negli artt. 16 (7) e 86 (8) TCE (ora rispettivamente art. 14 e art. 106 TFUE (9)).

---

(4) Il riferimento è alla Parte terza (Politica della Comunità) del Trattato che istituisce una Comunità economica europea, Capo I (Regole di concorrenza), sezione prima (regole applicabili alle imprese) specialmente art. 90 "gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente trattato", nonché sezione terza (Aiuti concessi dagli Stati), artt. 92-94 TCee.

(5) Anche la definizione contenuta nel codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006) all'art. 207, comma 2, adottata in recepimento degli artt. 2 e 8 dir. n. 2004/17 e degli artt. 1 e 2, d.lgs. n. 158/1995 e ai sensi della quale "Sono diritti speciali o esclusivi i diritti costituiti per legge, regolamento o in virtù di una concessione o altro provvedimento amministrativo avente l'effetto di riservare a uno o più soggetti l'esercizio di una attività di cui agli articoli da 208 a 213 [vale a dire le attività nei settori c.d. speciali, tra i quali proprio l'energetico] e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri soggetti di esercitare tale attività" non sembra offrire indicazioni che chiariscano la distinzione tra le due categorie, poiché le tratta unitariamente definendone i profili attinenti alla fonte (costituzione per atto pubblico legislativo ovvero provvedimento) e all'effetto (riserva di attività con l'esclusione o la limitazione della capacità di altri soggetti).

(6) Per un approfondimento di questa distinzione, che peraltro non sembra predicabile per gli altri servizi a rete (trasporti, telecomunicazioni), F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, Giappichelli, 2005.

(7) Ai sensi dell'art. 16 Tce "in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coe-



## 2. La liberalizzazione del settore energetico.

L'introduzione della concorrenza nel settore energetico, in ragione della competenza concorrente della Comunità europea (ora Unione europea), si è realizzata attraverso lo strumento della direttiva in due tempi: dapprima il diritto comunitario è intervenuto per la realizzazione di un mercato dei prezzi e di un mercato delle reti; successivamente è stata adottata una disciplina organica dell'organizzazione e del funzionamento di un mercato comune.

Quanto alle prime iniziative comunitarie di liberalizzazione occorre ricordare la direttiva 90/377/CEE del Consiglio del 29 giugno 1990 sulla trasparenza dei prezzi dell'energia elettrica e del gas, recepita nel nostro ordinamento con il d.m. 26 giugno 1992. Con questo primo intervento è stato fissato l'obiettivo della maggiore omogeneità dei mercati degli Stati membri sotto il profilo delle tariffe e delle condizioni di vendita del prodotto energia. Le disposizioni della direttiva citata, più volte modificate, sono state infine rificate nella direttiva 2008/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2008, concernente una procedura comunitaria sulla trasparenza dei prezzi al consumatore finale industriale di gas e di energia elettrica.

Hanno invece la finalità di realizzare l'apertura del mercato, rendendo più agevole l'accesso alle reti, la direttiva 90/547/CEE del Consiglio del 29 ottobre 1990 per l'energia elettrica e la direttiva 91/296/CEE del Consiglio del 31 maggio 1991 per il gas, recepite rispettivamente con il d.m. 26 giugno 1992 e con il d.m. 18 giugno 1994.

Realizzano un primo intervento di carattere generale, in quanto non circoscritto a singoli segmenti ma diretto a disciplinare l'intero settore energetico, la direttiva 96/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 dicembre 1996 per l'energia elettrica e la direttiva 98/30/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 giugno 1998 per il gas, recepite con il d.lgs. 16 marzo

---

sione sociale e territoriale, la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti”.

(8) L'art. 86 Tce disponeva: “1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 12 e da 81 a 89 inclusi. 2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità. 3. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni”.

(9) Rispetto alla previgente formulazione occorre rilevare che all'attuale art. 14 TFUE è stato aggiunto un periodo finale, il quale dispone che “Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi”. È stato invece riproposto senza modifiche né integrazione il precedente art. 86 TCE.

1999, n. 79 e con il d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164. Con questi interventi si giunge ad un'apertura parziale del mercato energetico, poiché la liberalizzazione delle forniture era disposta solo per i c.d. clienti idonei, quelli cioè i cui consumi superavano la soglia indicata, mentre gli altri (i c.d. clienti vincolati) rimanevano soggetti alla disciplina nazionale. Peraltro la concorrenza poteva realizzarsi con forme e modalità molto differenti tra i diversi ordinamenti (10) in ragione della possibilità di scelta rimessa agli Stati membri nel quadro dei principi generali (11), sia pure nella prospettiva di un futuro progressivo avanzamento del processo di liberalizzazione.

L'ulteriore tappa è stata raggiunta con le direttive 2003/54/CE e 2003/55/CE, entrambe del Parlamento europeo e del Consiglio adottate in data 26 giugno 2003, rispettivamente sul mercato interno dell'energia elettrica e del gas. Con queste direttive, poi abrogate rispettivamente dalle direttive 2009/72/Ce e 2009/73/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, entrambe del 13 luglio 2009, da un lato, si supera la ristretta prospettiva della liberalizzazione mediante l'accesso alla rete da parte del terzo (12) per giungere ad una disciplina generale delle attività che compongono il servizio energetico; dall'altro, si esprime la necessità di approntare strumenti di tutela dei diritti del consumatore mediante la previsione della trasparenza delle condizioni contrattuali, di strumenti di risoluzione delle controversie e della possibilità di operare il cambio del fornitore. Le direttive da ultimo citate (2009/72/Ce e 2009/73/Ce) e quella sulla trasparenza dei prezzi (2008/92/CE) sono state re-

---

(10) Per un'analisi delle dinamiche legislative degli Stati membri in ordine al recepimento della normativa comunitaria in materia di produzione, trasporto e distribuzione dell'energia, anche con riferimento alle tematiche ambientali, oltre che all'esigenze del mercato V. PEPE (a cura di), *Diritto comparato dell'energia. Esperienze europee*, Napoli, ESI, 2008 pp. 17 ss.

(11) Sul punto N. AICARDI, *Energia*, in M. P. CHITI e G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Tomo II, II ed., Milano, Giuffrè, 2007, pp. 1007 ss. e spec. p. 1030-1031, il quale richiama l'alternativa prevista dalle direttive citate, quanto alla realizzazione di nuovi impianti tra l'autorizzazione, strumento che assicura una libera iniziativa degli operatori, e la gara d'appalto, che pone dei vincoli quantitativi. Ancor più significativo è il divario in ordine alla scelta rimessa agli Stati quanto all'organizzazione dell'accesso alla rete nel caso dell'energia elettrica. Rileva, infatti l'A., che accanto al sistema di accesso dei terzi alla rete in senso stretto (sistema c.d. del *common carrier* o del *third party access* – TPA), era previsto il ricorso al sistema opposto del cd. acquirente unico, con attribuzione ad un unico soggetto della responsabilità dell'acquisto e della vendita di energia elettrica. Nel caso del gas, invece, la direttiva indicava il solo sistema del TPA.

(12) Proprio alle politiche comunitarie sulla liberalizzazione dei servizi a rete ha consentito l'emersione del concetto giuridico di rete, "per sua natura complesso che riunisce la pluralità di componenti strutturali e tecnologiche e la pluralità di autonomie interessate al suo percorso sul territorio alla sua unitarietà progettuale e funzionale e all'unicità dell'ente responsabile per la sua gestione complessiva. (...) la disciplina delle liberalizzazioni ha dovuto garantire un generalizzato diritto di accesso e la neutralità della rete di trasporto e distribuzione al fine di aprire alla concorrenza il mercato dei servizi pubblici. La rete pertanto deve essere terza e imparziale rispetto ai servizi erogati ed agli operatori che la utilizzano poiché deve rendere fruibile il godimento di un monopolio naturale a mezzo del servizio pubblico". Così G. DE VERGOTTINI, *Il governo delle reti tra Unione europea, Stato e Regioni*, in *Annuario di dir. en.*, 2012, pp. 17 ss.

cepitate nel nostro ordinamento con il d.lgs. 1 giugno 2011, n. 93 e hanno completato il processo di liberalizzazione del settore energetico (13).

Si noti peraltro che nel settore dell'energia alimentata da fonti rinnovabili o assimilate (14), l'Italia stranamente ha anticipato il processo di liberalizzazione europea con le leggi 9 gennaio 1991, n. 9 e n. 10. La prima contiene la disciplina relativa al funzionamento degli impianti di produzione e alla promozione delle fonti rinnovabili; la seconda pone la normativa concernente l'utilizzo di queste ultime e del risparmio energetico.

Difatti, è con la direttiva 2001/77/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 settembre 2001 sulla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili (15), attuata con il d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, con la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2003/30/CE dell'8 maggio 2003 relativa ai biocarburanti e con la direttiva 2004/8/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004 sulla promozione della cogenerazione, che la Comunità fissa gli obiettivi di incremento di tali forme alternative di produzione di energia ed individua gli strumenti che ne consentono lo sviluppo mediante misure di sostegno e l'obbligo degli Stati di garantire l'accesso alle relative reti di trasmissione e distribuzione. Le direttive 2001/77/CE e 2003/30/CE sono state peraltro abrogate dalla direttiva 2009/28/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009, recepita con il d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28.

Ciò che rileva, ai fini del discorso che va si va svolgendo, è che tali fonti energetiche rinnovabili hanno una vocazione (è proprio il caso di dire) naturale alla salvaguardia dell'ambiente, oltre che al conseguimento di interessi prettamente economici, quali la riduzione della dipendenza energetica da fornitori esteri, l'aumento della sicurezza dell'approvvigionamento, l'incremento della competitività delle industrie europee. La centralità ed anzi la priorità che lo sviluppo di energia prodotta da fonti rinnovabili ha assunto nell'ambito dell'azione svolta dalle istituzioni comunitarie ha trovato chiara espressione, da un lato, nelle stesse direttive, laddove sono previsti, sia pure nel rispetto degli artt. 87 e 88 TCE sugli aiuti di Stato, regimi di sostegno diretto ed indiretto (art. 3 dir. fonti rinn. e art. 7, par. 1 dir. cogen.), nonché nella giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha mostrato di ritenere recessivo l'imperativo dell'apertura al mercato a fronte di normative nazionali dirette a favorire lo svi-

---

(13) Per un approfondimento della disciplina contenuta agli artt. 15 (Programma di adempimenti e responsabile della conformità) e 16 (sviluppo della rete e poteri decisionali in sede di investimento) del d.lgs. n. 93/2011 A. POLICE, *Il programma di adempimento ed il piano decennale di sviluppo della rete*, in *ann. Dir. en.*, 2012, pp. 91 ss.

(14) Sul tema M. RAGAZZO, *Le politiche sull'energia e le fonti rinnovabili*, Torino, Giappichelli, 2011; A. MACCHIATI, G. ROSSI (a cura di), *La sfida dell'energia pulita. Ambiente, clima e energie rinnovabili: problemi economici e giuridici*, Bologna, Il Mulino, 2009.

(15) Le fonti energetiche rinnovabili sono ai sensi dell'art. 2 della direttiva le fonti energetiche rinnovabili non fossili: fonti eolica, solare, geotermica, del moto ondoso, maremotrice, idraulica, da biomassa, da gas di discarica e da gas residuati dai processi di depurazione e biogas.

luppo dello sfruttamento di fonti non convenzionali (16).

Appare da ultimo opportuno precisare che la liberalizzazione, attuata prevalentemente mediante direttive (17) (ma nel settore del trasporto anche mediante regolamenti), si distingue sia dall'apertura globale di un intero settore di attività alle regole del mercato, come è avvenuto per gli appalti pubblici; sia dalle procedure di privatizzazione che sono strutturalmente legate alla trasformazione di enti pubblici in società di capitali o alla privatizzazione di beni pubblici, ma non necessariamente alla liberalizzazione (18). Tuttavia sul punto appare interessante sottolineare, da un lato, che la normativa europea delinea un processo di liberalizzazione del settore energetico senza imporre agli Stati membri obblighi né offrire indicazioni circa l'assetto proprietario degli operatori; dall'altro,

---

(16) CGCE sent. 13 marzo 2001, in causa C-379/98, caso *PreussenElektra*, nella quale i giudici comunitari hanno affermato che: "una normativa di uno Stato membro che, da un lato, obbliga le imprese private di fornitura di energia elettrica ad acquistare l'energia elettrica prodotta nella loro zona di fornitura da fonti di energia rinnovabili, a prezzi minimi superiori al valore economico reale di tale tipo di energia elettrica e, dall'altro, ripartisce l'onere finanziario derivante da tale obbligo tra dette imprese di fornitura di energia elettrica e i gestori privati delle reti di energia elettrica situati a monte, non costituisce un aiuto statale ai sensi dell'art. 92, n. 1, del Trattato". Per un approfondimento, A. COLAVECCHIO, *Misure nazionali incentivanti la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili all'esame della Corte di giustizia: note minime in margine alla sentenza PreussenElektra*, in *rass. giur. en. el.*, 2001, pp. 838 ss.; A. GRATANI, *Quando le misure nazionali che impongono l'acquisto di energia elettrica da fonti rinnovabili possono rappresentare aiuti statali all'ambiente o restrizione alle importazioni vietate dal diritto comunitario*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2001, 2, p. 609 ss.; L. RUBINI, *Brevi note a margine del caso PreussenElektra, ovvero come "prendere seriamente" le norme sugli aiuti di Stato e la tutela dell'ambiente nel diritto comunitario*, in *Riv. Dir. com. e sc. intern.*, 2001, 3, pp. 473 ss. Successivamente la CGCE con la sent. 4 dicembre 2003, in causa C-448/01, caso *EVN e Wienstrom*, ha ammesso che "La normativa comunitaria in materia di appalti pubblici non osta a che un'amministrazione aggiudicatrice adotti, nell'ambito della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa per assegnare un appalto di fornitura di elettricità, un criterio d'aggiudicazione che impone la fornitura di elettricità ottenuta da fonti di energia rinnovabili, collegato ad un coefficiente del 45%, essendo al riguardo priva di pertinenza la circostanza che il detto criterio non consente necessariamente di pervenire all'obiettivo perseguito". In argomento, G. GARZIA, *Bandi di gara per appalti pubblici e ammissibilità delle clausole c.d. "ecologiche"*, in *Foro amm.-CdS*, 2003, pp. 3515 ss.; B. POGACE, *I criteri ambientali negli appalti pubblici: dalle prime pronunce della Corte di giustizia alla nuova direttiva, 2004/718*, in *urb. app.*, 2004, 12, pp. 1385 ss.

(17) Prima delle direttive citate nel testo la Comunità economica europea aveva manifestato il proprio interesse al riavvicinamento delle discipline nazionali del settore energetico mediante raccomandazioni, aventi ad oggetto, al pari delle prime direttive in materia, il sistema tariffario. Il riferimento è alla raccomandazione 81/924/CEE del Consiglio del 27 ottobre 1981 per l'energia elettrica, alla raccomandazione 83/230/CEE del Consiglio del 21 aprile 1983 per il gas e alla raccomandazione 88/349/CEE del Consiglio del 9 giugno 1988 sullo sviluppo dello sfruttamento delle energie rinnovabili. Tali atti, sebbene non vincolanti per gli Stati membri, hanno avuto l'importante ruolo di iniziare a sensibilizzare gli stessi sull'esigenza di realizzare un mercato comune in un settore strategico per le economie nazionali.

(18) Sul punto N. IRTI, *Privatizzazione dell'Enel e luoghi dell'interesse pubblico*, in *rass. giur. en. el.*, 1995, pp. 289 ss. il quale precisa l'indipendenza concettuale tra liberalizzazione e privatizzazione, che devono essere tenute distinte: "la liberalizzazione riguarda l'offerta sul mercato, cioè la possibilità che una merce o un servizio siano prodotti da una pluralità di imprese, e surrogabili l'uno con l'altro per scelta del consumatore. La privatizzazione riguarda la composizione del capitale di una data società, operi essa in regime di monopolio o in concorrenza con le altre imprese" (p. 290). Accanto ad entrambe peraltro si pone il problema di "ricostruire le tecniche di tutela dell'interesse pubblico" (p. 292).

che laddove per varie ragioni l'apertura al mercato si è realizzata anche mediante la privatizzazione delle imprese di Stato è emersa in misura maggiore la necessità dell'assunzione da parte dei pubblici poteri di un ruolo di regolazione (19).

Nondimeno si può sostenere che alcune forme di privatizzazione possono rappresentare una delle misure, sia pure in sé non sufficienti, per realizzare un processo di liberalizzazione. In tale prospettiva, infatti, si pone la trasformazione dell'Enel da ente pubblico operante in regime di riserva (a seguito della nazionalizzazione operata dalla l. 1962) (20) in società per azioni concessionaria dello Stato ad opera dell'art. 15 del d.l. 11 luglio 1992, n. 333, convertito con l. 8 agosto 1992, n. 359, quale ad es. la cessione di capacità generazionale imposta ad Enel S.p.a. mediante un piano per il trasferimento degli impianti a società appositamente costituite, ai sensi dell'art. 8 del d. lgs. 16 marzo 1999, n. 79 (Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica, c.d. Decreto Bersani) (21). Del resto, occorre ripetere che la privatizzazione delle imprese operanti nel settore energetico

---

(19) Per un approfondimento F. RANALLI, S. TESTARMATA, *Il settore elettrico italiano: processi di liberalizzazione del mercato e di privatizzazione delle imprese*, in R. MELE e R. MUSSARI (a cura di), *L'innovazione della governance e delle strategie nei settori delle public utilities*, Bologna, Il Mulino, 2009, pp. 101 ss. e spec. p. 107, ove si rileva che "le motivazioni alla base del processo di privatizzazione delle imprese pubbliche sono riassumibili nella ricerca di livelli di efficacia e di efficienza nella fornitura del servizio più elevati, nell'esigenza di risanamento dei bilanci statali, nonché nel convincimento di una parte ideologica, quella conservatrice, che le privatizzazioni siano uno strumento di democratizzazione, grazie all'apertura del capitale azionario ad un pubblico diffuso e alla riduzione del potere delle organizzazioni sindacali, le quali, non potendo più sperare in ambigui sussidi incrociati alle imprese pubbliche, devono adattarsi alle regole di mercato".

(20) Sulla nazionalizzazione dell'energia elettrica, G. LANDI, *Energia elettrica (nazionalizzazione)*, in *enc. dir.*, vol. XIV, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 899 ss.; C. LAVAGNA, *Il trasferimento all'Enel delle imprese elettriche*, in *riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, pp. 593 ss.

(21) In tal modo è stato consentito l'ingresso di nuovi operatori nel settore economico liberalizzato dell'energia elettrica. In particolare questo risultato è stato realizzato mediante la creazione di tre società elettriche, denominate *GenCo i.e. generation company*, a ciascuna delle quali è stato trasferito un determinato numero di centrali elettriche prima di proprietà dell'ENEL per una potenza complessiva di almeno 15.000 MW. Le tre società erano: *GenCo 1 - Eurogen* con una potenza totale degli impianti pari a 7.008 MW; *GenCo 2 - Elettrogen* con una potenza totale degli impianti pari a 5.438 MW; *GenCo 3 - Interpower* con una potenza totale degli impianti pari a 2.611 MW. A partire dal 2000 queste società sono state messe in vendita con conseguente riduzione della capacità di generazione dell'operatore fino a quel momento dominante e la creazione e l'ingresso di operatori concorrenti.

In argomento, L. R. PERFETTI, *Principio di legalità e politica economica. Sui limiti posti alle imprese pubbliche nel settore dell'energia*, *Foro amm.-Cons. St.*, 2002, 6, pp. 1561 ss., il quale esprime perplessità sulle ricadute che le affermazioni contenute nella sent. Cons. St., sez. IV, 27 maggio 2002, n. 2922, possono avere in termini generali sul rispetto del principio di legalità da parte dell'intervento dello Stato nell'ambito della politica energetica nazionale. La pronuncia citata, che chiude la controversia promossa dal « Consorzio Itaipower », che raggruppava alcune tra le principali imprese pubbliche partecipate dagli enti locali (nella specie ACEA di Roma, AEM di Milano, AEM di Torino), per la lesione derivante dall'esclusione dalla gara per la dismissione delle centrali elettriche dell'Enel, ha peraltro il pregio di aver affermato a chiare lettere che liberalizzazione e privatizzazione sono due concetti distinti - l'uno riferito all'attività di mercato, l'altro alla struttura organizzativa e finanziaria dei soggetti che vi operano - sebbene tra loro sussistano interferenze reciproche.

non costituisce, secondo le direttive adottate in materia, un obbligo per gli Stati membri, stante il principio di neutralità quanto alla titolarità (pubblica o privata), ritenendo prevalente il profilo della *mission*. Di conseguenza si tratta di una trasformazione rimessa ai singoli Stati (22).

In generale, come rilevato dalla dottrina (23), l'intervento del diritto europeo non è consistito solamente nella eliminazione degli ostacoli nazionali alla libera circolazione dei beni e dei servizi, ma proprio con riferimento al settore energetico l'Unione europea ha adottato sia una disciplina costitutiva del mercato comune dell'energia elettrica e del gas, sia norme che devono essere osservate dalle autorità nazionali di regolazione. Realizza questo risultato armonizzando gli ordinamenti nazionali mediante principi comuni, conformandone la struttura organizzativa e l'azione, ma lasciando al contempo ampi margini di discrezionalità in considerazione delle specificità dei singoli Stati membri.

### *3. Il servizio energetico quale servizio di interesse economico generale.*

Come noto le attività che si inquadrano nel settore dell'energia elettrica e del gas costituiscono, secondo la nomenclatura comunitaria - presente nel Trattato della Comunità europea (24) e ulteriormente definita nel contenuto ad opera di un libro verde e di una successiva comunicazione della Commissione (25), nonché della giurisprudenza della Corte di Giustizia (26) - un esem-

---

(22) Quanto alla capacità di tale profilo di creare asimmetrie nella liberalizzazione dei mercati, F. MUNARI, *Il contesto comunitario e il ruolo degli organi europei*, in E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2007, pp.15 ss. e spec. p. 21. nonché in generale F. CINTIOLI, *La tutela della neutralità dei gestori delle reti e l'accesso nei settori dell'energia elettrica e del gas*, ivi, pp. 141 ss.

(23) Per questo rilievo G. DELLA CANANEA, *L'organizzazione comune dei regolatori per l'energia elettrica e il gas*, in *Riv. Ital. Dir. pubbl. com.*, 2004, 6, pp. 1385 ss., il quale conclude che "l'Unione non segue il modello di tipo monista, ma quello di tipo policentrico. Esso presenta svariati vantaggi: preserva l'autonomia degli Stati, cioè degli enti fondatori; permette la sperimentazione di figure organizzative e tecniche di regolazione; consente la concorrenza tra i regolatori".

(24) Il riferimento è all'art. 16 TCE, ora confluito nell'art. 14 TFUE, ai sensi del quale "Fatti salvi l'articolo 4 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi".

(25) Il riferimento è al Libro verde sui servizi di interesse generale della Commissione europea, adottato in data 21 maggio 2003 (COM (2003) 270 def.). In ordine alla distinzione tra servizi di natura economica e servizi che ne sono privi, indicazioni sono state offerte nella Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni che accompagna la comunicazione "Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo" - I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo" del 20 novembre 2007 (COM (2007) 725 def. ) si ribadisce che "a tale interrogativo non può essere data

pio significativo di servizio di interesse economico generale (27). Orbene, nella terminologia utilizzata dalla normativa di alcuni Stati membri, il servizio di interesse generale dovrebbe corrispondere ai c.d. servizi pubblici essenziali (come ad es. quelli cui si riferisce l'art. 43 Cost. a proposito dei monopoli naturali, dei servizi pubblici essenziali e proprio delle fonti di energia), ma la corrispondenza non è perfetta, specie per quanto riguarda l'esperienza del nostro ordinamento. Difatti nella dimensione nazionale il servizio pubblico, sebbene distinto dalla funzione pubblica (28) - in considerazione della sua natura

---

una risposta a priori; è infatti necessaria un'analisi caso per caso, poiché si tratta spesso di realtà specifiche che variano considerevolmente da uno Stato membro all'altro, e addirittura da un'autorità locale all'altra; le modalità di fornitura sono in costante evoluzione in risposta all'evolversi della situazione economica, sociale e istituzionale, ad esempio variazioni delle esigenze dei consumatori, novità tecnologiche, ammodernamento delle pubbliche amministrazioni e il trasferimento delle competenze al livello locale".

(26) *Ex plurimis*, Corte di giustizia Ce, sentenza 22 maggio 2003, causa 18/2001, ove in tema di *in house* i giudici comunitari affermano che "al fine di determinare se tale bisogno sia privo di carattere industriale o commerciale, spetta al giudice nazionale valutare le circostanze nelle quali tale società è stata costituita e le condizioni in cui essa esercita la propria attività, tra cui, in particolare, l'assenza di uno scopo principalmente lucrativo, la mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività nonché l'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in esame". Questa pronuncia della Corte di giustizia è richiamata anche dalla sentenza della Corte costituzionale del 27 luglio 2004, n. 272, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 113 *bis* t.u. enti locali.

(27) Sui servizi di interesse generale G. C. SALERNO, *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale tra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2010; L. CERASO, *I servizi di interesse economico generale e la concorrenza "limitata"*, Napoli, Jovene, 2010, spec. pp. 39 ss.; J. V. LOUIS, S. RODRIGUES (a cura di), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2006; Id. (a cura di), *I servizi pubblici a rete*, Raffaello Cortina editore, Milano, 2000; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005; A. MASSERA (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici fra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, 2004; E. SCOTTI, *Il servizio pubblico: tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, Cedam, 2003, spec. p. 185; R. VILLATA, L. BERTINOZZI, *Servizi di interesse economico generale*, in M. P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, parte speciale, tomo IV, II ed., pp. 1791 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi d'interesse generale*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2006, pp. 747 ss.; G. F. CARTEI, *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole del mercato*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2005, pp. 1119 ss.; A. POLICE, W. GIULIETTI, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in *serv. pubbl. app.*, 2004, pp. 831 ss.

(28) Chiarisce la distinzione tra pubblica funzione e servizio pubblico, G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. Giur.*, 1933, XXVI, p. 172 ss., il quale giunge alla conclusione che, in assenza di sufficienti appigli nella legislazione positiva, tale distinzione può essere tracciata sotto un duplice punto di vista a seconda che si considerino le organizzazioni ovvero le attività: nel primo caso le funzioni rappresentano "organizzazioni pubblicistiche destinate, in via principale o esclusiva, all'esercizio di un potere giuridico proprio dell'ente pubblico"; dal secondo punto di vista "è funzione pubblica l'attività degli individui stretti allo Stato, originariamente o successivamente, da un particolare rapporto pubblicistico, che emanano atti giuridici o compiono fatti giuridici o collaborano all'emanazione o al compimento di entrambi in virtù di un potere giuridico pubblicistico. Si reputano invece incaricati di un pubblico servizio gli individui, adetti ad organizzazioni regolate secondo principi di diritto pubblico, che sulla base di uno speciale rapporto pubblicistico con lo Stato, esplicano ogni altro genere di attività di natura pubblicistica". Se, infine, funzione e servizio coesistono in capo allo stesso soggetto, ove ricorra il rapporto di mezzo a scopo tra il secondo e la prima, l'individuo deve ritenersi investito di una pubblica funzione (p. 202).

industriale o commerciale e comunque della sua organizzazione, gestione ed erogazione secondo moduli non autoritativi - ripeteva il carattere della pubblicità proprio del soggetto che ne era titolare. Di qui il concetto di servizio pubblico in senso soggettivo: l'assunzione mediante legge da parte di un soggetto pubblico, sia pure variamente strutturato (ente pubblico economico, azienda municipalizzata, impresa pubblica), del compito di erogare la relativa prestazione, in altre parole, non era un atto meramente ricognitivo, bensì costitutivo della natura giuridica pubblica del servizio (29).

Per converso, proprio al fine di comprendere appieno la problematica ambientale (*infra*), occorre ricordare che essendo la Cee originariamente ispirata ad un'economia libera di mercato non conosceva proprio la nozione di servizio pubblico come nozione distinta ed in un certo senso opposta a quella di servizio privato. Quindi anche all'energia si applicava la nozione generale di servizio di cui all'art. 50 Tce (ora art. 57 TFUE), dovendo quindi intendersi come prestazione economica nel settore dell'industria e del commercio fornita normalmente dietro retribuzione. Inoltre dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dagli atti di diritto derivato si ricava che da subito l'ordinamento comunitario ha accolto un'accezione oggettiva del servizio pubblico, da intendersi come attività resa nell'interesse della collettività, dando preminenza alla *mission* perseguita anziché alla natura giuridica del soggetto erogatore (30).

Le progressive esigenze di riavvicinamento e di armonizzazione delle legislazioni nazionali (cui il Trattato ha dedicato apposite disposizioni, quali quelle di cui all'art. 93 TCE) hanno portato la Cee (nel frattempo divenuta Ce) ad una presa di coscienza delle necessità non solo economiche, ma anche di coesione economico-sociale, di cui si è tenuto conto nella formulazione anche giurisprudenziale del concetto di servizio di interesse economico generale (*supra*), particolarmente nel settore dei trasporti, delle telecomunicazioni e proprio in quello dell'energia.

Tale tensione tra le ragioni del mercato e quelle sociali, che progressivamente hanno trovato espressione in seno al Trattato, specialmente dopo le modifiche apportate da Maastricht, emerge chiaramente dalla formulazione dell'art. 86 TCE (ora art. 106 TFUE), in specie al par. 2, ai sensi del quale "le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica

---

(29) In tal senso F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 18

(30) Per un approfondimento sul punto mediante una ricostruzione sistematica degli orientamenti della Corte di giustizia e degli atti delle istituzioni comunitarie, E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, II ed., Torino, 2004, pp. 286 ss.



missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione”.

In questa prospettiva si pongono allora gli obblighi di servizio pubblico, che sono stati concepiti come un aggravamento del normale contenuto di un servizio economico privato, al fine di assicurare il rispetto di esigenze di natura sociale non adeguatamente tutelate dalle sole regole della concorrenza, come dimostra il regolamento sui trasporti (31).

Nel settore dell'energia elettrica la direttiva n. 2003/54 prevede espressamente che “nel pieno rispetto delle pertinenti disposizioni del trattato, in particolare dell'art. 86, gli Stati membri possono, nell'interesse economico generale, imporre alle imprese che operano nel settore dell'energia elettrica obblighi relativi al servizio pubblico concernenti la sicurezza, compresa la sicurezza dell'approvvigionamento, la regolarità, la qualità e il prezzo delle forniture, nonché la tutela ambientale, compresa l'efficienza energetica e la protezione del clima” (art. 3, par. 2). La disposizione testualmente citata, cui fa il paio quella contenuta nella direttiva 2003/55/CE (art. 3, par. 2) per il settore del gas naturale - peraltro entrambe confluite nell'art. 3, par. 2 della direttiva 2009/72/Ce e della direttiva 2009/73/Ce - evidenzia la consapevolezza da parte del diritto europeo che l'apertura del settore energetico al mercato non può realizzarsi mediante la collocazione delle relative attività a regime di mercato, ma richiede che la liberalizzazione avvenga nel rispetto di una pluralità di esigenze di natura non economica, tra le quali in particolare quelle ambientali. Al contempo, in un rapporto di reciproco bilanciamento, gli obblighi di servizio pubblico devono essere rispettosi di alcuni principi al fine di non pregiudicare nella sostanza la realizzazione della concorrenza nel relativo segmento (32). A tale proposito si richiede che siano improntati ai criteri

---

(31) Il riferimento è al Reg. n. 1191/1969 del 26 giugno 1969, come modificato dal Reg. 1893/1991 del 20 giugno 1991 del Consiglio, relativo all'azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile. Sul punto E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, op. ult. cit., il quale rileva che l'art. 14 del citato Regolamento comunitario, nel disciplinare il contratto di servizio pubblico, prevede un rapporto sinallagmatico tra le parti e all'ente pubblico spetta non più un potere autoritativo, che si esprime con il provvedimento di concessione e con il disciplinare accessivo, secondo lo schema dei contratti ad oggetto pubblico (sui quali M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano), bensì una potestà di conformazione del negozio giuridico mediante l'introduzione, nell'assetto degli interessi, di obblighi di servizio pubblico, posti a carico del gestore per soddisfare gli interessi generali cui il servizio stesso è preordinato.

(32) La Corte costituzionale ha peraltro chiarito che la nozione nazionale di concorrenza, riflettendo quella operante in ambito comunitario, include in sé sia interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, sia interventi mirati a ridurre gli squilibri attraverso la creazione delle condizioni per la instaurazione di assetti concorrenziali (sent. Corte cost. n. 14/3004; n. 29/2006 e n. 272/2004). Più precisamente secondo i giudici costituzionali occorre distinguere, nell'ambito della nozione comunitaria di concorrenza, a) misure antitrust, che coincidono con «le misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti ed i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione» (sentenza n. 430 del 2007); b) concorrenza “nel” mercato: realizzata da quelle disposizioni legislative «di promozione, che mi-

dell'obiettività, della non discriminazione, della proporzionalità e che non comportino un eccessivo aggravamento delle condizioni in cui opera l'impresa che ne è onerata. Inoltre appare opportuno sottolineare come l'imposizione di tali vincoli pubblicistici non ha carattere transitorio, proprio perché non è funzionale alla piena realizzazione dell'apertura del mercato, ma ha un connotato di stabilità, ben potendo parimenti variare nel contenuto a fronte dell'evoluzione tecnologica del settore (33).

Da ultimo, contigua ma non coincidente con la nozione di servizio pubblico è quella di servizio universale (34), che corrisponde a quella attività (che può comprendere l'intera area di un determinato servizio di interesse economico generale ovvero solo un suo segmento), che a prescindere se sia ammessa a concorrenza, deve essere prestata a particolari e inderogabili condizioni, quali l'universalità, la facilità di accesso non solo in senso materiale ma anche per ciò che attiene alle tariffe, l'economicità, la tutela delle fasce sociali più deboli, etc. Questa esigenza si è tradotta laddove non sia possibile assicurare il servizio universale o comunque esso sia oggetto del c.d. contratto di servizio nel collegamento della nozione con i cc.dd. obblighi di servizio pubblico. Tuttavia le due nozioni, anche se collegate, non sono affatto sovrapponibili. Sebbene l'obbligo di servizio sia noto originariamente nella normativa comunitaria sui trasporti per assicurare il servizio universale, ha progressivamente compreso ulteriori servizi, che hanno attinenza con il benessere delle popolazioni locali, indipendentemente se le stesse siano consumatori-utenti della relativa prestazione.

Tali sono appunto gli obblighi di servizio connessi alla tutela ambientale, dei beni culturali e del paesaggio (35), del governo del territorio, etc. L'obbligo di servizio in tal caso non si riflette solo, come avviene nell'originario obbligo di servizio, sul contenuto del contratto di servizio (nel senso che gli obblighi, di per sé condizioni accidentali del contratto inerenti alla salvaguardia degli utenti vengono parificati a condizioni essenziali del contratto stesso). Difatti

---

rano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese» (citata sentenza n. 430 del 2007); c) concorrenza "per" il mercato: a questo concetto afferiscono le disposizioni legislative che perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia mediante la strutturazione di tali procedure in modo da assicurare «la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici» (sentenza n. 401 del 2007). Proprio con riferimento ai cc.dd. servizi a rete, tra i quali rientrano i servizi del settore energetico, la Corte costituzionale ha rilevato la sussistenza di «concomitanti esigenze di assicurare la cosiddetta concorrenza "nel" mercato attraverso la liberalizzazione dei mercati stessi, che si realizza, tra l'altro, mediante l'eliminazione di diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese (vedi considerando n. 3 della direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/17/CE)» (sent. n. 401 del 2007).

(33) Così F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete*, op. cit., p. 286, il quale rileva che gli obblighi di servizio pubblico impongono vincoli pubblicistici, che concretano un nuovo modo di essere dell'intervento pubblico nel settore, ma non hanno carattere transitorio, poiché non sono finalizzati a realizzare il "traghetamento" al mercato.

(34) In argomento, M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *rass. giur. en. el.*, 1998, pp. 41 ss.

in tali casi gli obblighi di servizio costituiscono un potenziale limite alla legittimazione all'esercizio di quelle attività e condizionano, non necessariamente in senso negativo, il titolo al quale è sottoposto l'esercizio dell'attività stessa.

#### 4.1. *L'energia e l'ambiente: profili sostanziali.*

Come autorevolmente rilevato, il punto di snodo del rapporto tra energia ed ambiente è costituito dal territorio, sul quale insistono le infrastrutture necessarie per la produzione del bene e l'erogazione del relativo servizio e possono prodursi le conseguenze dannose derivanti dall'esercizio degli impianti (36).

Sotto questo profilo, l'equilibrio tra gli obiettivi del settore energetico, fisiologicamente orientati alla produzione industriale e allo sviluppo economico e le ragioni dell'ambiente, prioritariamente indirizzate alla protezione del relativo bene e alla salvaguardia delle condizioni di vita (37) si realizza mediante la previsione di prescrizioni di natura strutturale e statica, da un lato, e funzionale e dinamica, dall'altro, entrambe conformanti e/o condizionanti le infrastrutture di settore. Peraltro si noti che si tratta di strumenti giuridici che consentono di dare autonoma consistenza ad interessi estrinseci rispetto a quelli propri del settore e che vengono previsti anche per le infrastrutture necessarie all'erogazione di altri servizi a rete, quali le telecomunicazioni ed il trasporto, ugualmente incidenti sulla dimensione ambientale e sanitaria.

Le prime consistono in una serie di vincoli relativi alla definizione delle caratteristiche tecniche di sicurezza degli impianti e della rete per la protezione sanitaria dei lavoratori e nella indicazione della distanza dell'infrastruttura da zone abitative a tutela della salute della popolazione mediante la definizione delle c.d. "fasce di rispetto"; si pensi a titolo esemplificativo a quanto previsto per gli elettrodotti o per le fonti di energia elettrica che producono inquinamento luminoso o acustico (38).

---

(35) Sul bilanciamento quale modalità di risoluzione del conflitto tra paesaggio e attività produttive, con particolare riferimento all'energia eolica indicata come paradigmatica di tale contrasto, nonché occasione per un ripensamento dei concetti di ambiente e paesaggio e del ruolo primario del risultato nell'ambito della legittimità dell'azione amministrativa F. DE LEONARDIS, *Criteri di bilanciamento tra paesaggio e energia eolica*, in *Dir. amm.*, 2005, 4, pp. 889 ss., il quale indica tre criteri di bilanciamento: l'illegittimità dei divieti assoluti, la concretezza della motivazione e la localizzazione di risultato.

(36) Il riferimento è a M. S. GIANNINI, *Riflessioni su energia ed ambiente*, op. cit.

(37) Per l'approfondimento di questo rilievo P. DELL'ANNO, *Funzioni e competenze nella vicenda energetico-ambientale e loro coordinamento*, in *Rass. giur. en. el.*, 1987, p. 599.

(38) La normativa di riferimento è costituita dalla l. 22 febbraio 2001, n. 36, Legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici, dal d.P.C.M. 8 luglio 2003, Fissazione dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità per la protezione della popolazione dalle esposizioni ai campi elettrici e magnetici alla frequenza di rete (50 Hz) generati dagli elettrodotti e dal d.P.C.M. 8 luglio 2003, Fissazione dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità per la protezione della popolazione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici generati a frequenze comprese tra 100 kHz e 300 GHz, nonché dalla legislazione regionale di settore.

Le prescrizioni di natura funzionale e dinamica invece consistono nel sottoporre la possibilità di realizzare un impianto di produzione di energia convenzionale o rinnovabile a determinati procedimenti dichiarativi e/o autorizzatori, nell'ambito dei quali si realizzano la ponderazione ed il bilanciamento con le finalità della tutela ambientale.

I principali procedimenti dichiarativi coincidono con le c.d. valutazioni ambientali (39): la valutazione ambientale strategica (VAS), la valutazione di impatto ambientale (VIA) e la valutazione di incidenza (VI).

La valutazione ambientale strategica si deve compiere su tutti i piani territoriali e programmi di interventi pubblici e privati, specialmente se aventi valore strategico (40). Si tratta di un istituto introdotto con la Direttiva 2001/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 giugno 2001, che è stata recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 e ss.mm.ii. L'art. 5 del decreto citato definisce la Vas come "il processo che comprende (...) lo svolgimento di una verifica di assoggettabilità, l'elaborazione del rapporto ambientale, lo svolgimento di consultazioni, la valutazione del piano o del programma, del rapporto e degli esiti delle consultazioni, l'espressione di un parere motivato, l'informazione sulla decisione ed il monitoraggio". La Vas ha la finalità di "garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente e contribuire all'integrazione di considerazioni ambientali all'atto dell'elaborazione, dell'adozione e approvazione di detti piani e programmi assicurando che siano coerenti e contribuiscano alle condizioni per uno sviluppo sostenibile" (art. 4, co. 4 lett. a d.lgs. n. 152 del 2006).

La valutazione di impatto ambientale (41), invece, riguarda singole categorie di opere pubbliche, tra cui in particolare proprio le centrali elettriche, sia quelle alimentate da fonti energetiche tradizionali, sia quelle da fonti rinnovabili. L'art. 5 del d.lgs. n. 152 del 2006 definisce la Via "procedimento mediante il quale vengono preventivamente individuati gli effetti sull'ambiente di un progetto (...) ai fini dell'individuazione delle soluzioni più idonee" al

---

(39) L'espressione è di F. FRACCHIA, *I procedimenti amministrativi in materia ambientale*, in A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Roma - Bari, Laterza, 2008, pp. 213 ss. e spec. pp. 401 ss.

(40) Sulla distinzione tra Vas e Via relativamente all'oggetto della valutazione Cons. stato, IV sez., 19 novembre 2010, n. 9113: "ai sensi dell'art. 5, comma 1, del decreto legislativo n. 152/2006, la procedura di V.A.S. ("valutazione ambientale strategica") è espressamente riservata alla valutazione ambientale di piani e programmi, restando conseguentemente escluse le varianti riguardanti la realizzazione di singoli progetti, per i quali il legislatore abbia predisposto il diverso strumento del procedimento di V.I.A. ("valutazione di impatto ambientale")".

(41) M. S. GIANNINI, *Riflessioni su energia e ambiente*, in *rass. giur. dell'en. el.*, IV, 1987, n. 3 ed ora in *Scritti*, vol. VIII, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 751 e spec. p. 756, chiarisce che dal punto di vista giuridico la valutazione di impatto ambientale non è un istituto, ma è un momento del procedimento amministrativo, che si inserisce nella fase istruttoria. Rileva peraltro che "sotto l'etichetta d'impatto ambientale, sta uscendo fuori un'altra nozione, che è quella di risultato sociale di effettuazione di un'opera, nella specie, per quanto qui interessa, di opera per la produzione di energia, ma in genere di qualsiasi opera pubblica".

perseguimento della finalità, comune alla Vas, di “assicurare che l'attività antropica sia compatibile con le condizioni per uno sviluppo sostenibile, e quindi nel rispetto della capacità rigenerativa degli ecosistemi e delle risorse, della salvaguardia della biodiversità e di un'equa distribuzione dei vantaggi connessi all'attività economica”. Per mezzo della Vas e della Via si affronta la determinazione della “valutazione preventiva integrata degli impatti ambientali nello svolgimento delle attività normative e amministrative, di informazione ambientale, di pianificazione e programmazione” (art. 4, co. 3 d.lgs. n. 152 del 2006). In particolare, mediante la Via si persegue l'obiettivo “di proteggere la salute umana, contribuire con un migliore ambiente alla qualità della vita, provvedere al mantenimento delle specie e conservare la capacità di riproduzione dell'ecosistema in quanto risorsa essenziale per la vita” (art. 4, co. 4, lett. b d.lgs. n. 152 del 2006).

Quanto alla competenza, il riparto è stato delineato, ancor prima della riforma del titolo V Cost., dal d.lgs. n. 112/1998 (c.d. decreto Bassanini). L'art. 35 di quest'ultimo prevede che agli adempimenti relativi alla valutazione di impatto ambientale (VIA) dei progetti di ricerca e di coltivazione di minerali solidi e risorse geotermiche sulla terraferma (art. 34 d.lgs. n. 112/1998) provvedono le regioni, sentiti i comuni interessati, secondo le norme dei rispettivi ordinamenti, a decorrere dall'entrata in vigore delle leggi regionali in materia; queste disposizioni non si applicano ai progetti di ricerca e di coltivazione di idrocarburi in mare.

Quanto all'ambito oggettivo di applicazione di questi procedimenti di recente la direttiva 2011/92/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, nel codificare le modificazioni che nel tempo hanno interessato la precedente direttiva 85/337/CEE del Consiglio, ha distinto i progetti che sono sottoposti a valutazione di impatto ambientale (Allegato I) e quelli per i quali spetta agli Stati membri determinare se debba procedersi a tale valutazione (Allegato II) secondo due modalità, anche cumulabili: esame caso per caso ovvero fissazione di soglie e criteri (art. 4 dir. 2011/92/CEE)(42).

---

(42) Tra i progetti per i quali la direttiva prevede che gli stati membri procedano a via, ai nostri fini assumono rilevanza tra quelli indicati all'allegato I: a) Centrali termiche e altri impianti di combustione con potenza termica pari o maggiore di 300 MW; b) centrali nucleari e altri reattori nucleari, compreso lo smantellamento e lo smontaggio di tali centrali e reattori ( 1 ) (esclusi gli impianti di ricerca per la produzione e la lavorazione delle materie fissili e fertili, la cui potenza massima non supera 1 kW di durata permanente termica). Tra i progetti la cui assoggettabilità a Via è rimessa alla decisione degli Stati membri per l'industria energetica sono indicati: a) Impianti industriali per la produzione di energia elettrica, vapore e acqua calda (progetti non compresi nell'allegato I); b) Impianti industriali per il trasporto di gas, vapore e acqua calda; trasporto di energia elettrica mediante linee aeree (progetti non compresi nell'allegato I); c) Stoccaggio in superficie di gas naturale; d) Stoccaggio di gas combustibile in serbatoi sotterranei; e) Stoccaggio in superficie di combustibili fossili; f) Agglomerazione industriale di carbon fossile e lignite; g) Impianti per il trattamento e lo stoccaggio di residui radioattivi (se non compresi nell'allegato I); h)

In tal modo viene rimesso agli Stati membri, nel rispetto peraltro dei presupposti di fatto costituiti dalla tipologia di progetti indicati nell'Allegato II, il c.d. *screening* ambientale al fine di stabilire se sia opportuno procedere o meno a valutazione di impatto ambientale. Quindi, secondo le prospettazioni classiche in tema di discrezionalità, lo stesso diritto europeo riconosce che gli interessi pubblici ambientali, paesaggistici e dei beni culturali, possono rendere recessivo l'interesse pubblico primario di carattere industriale alla produzione di energia elettrica e di gas naturale, dei quali l'Italia è peraltro Paese largamente importatore (43).

La c.d. valutazione d'incidenza riguarda invece più propriamente gli aspetti di protezione della natura nel suo complesso e quindi gli habitat naturali e i siti di interesse naturalistico disciplinati a livello comunitario dalla direttiva 92/43/CEE del Consiglio del 21 maggio 1992, nonché la protezione dell'avifauna realizzata a partire dalla direttiva 79/409/CEE del Consiglio del 2 aprile 1979, più volte modificata e ora rifusa nella direttiva 2009/147/CE del 30 novembre 2009. La prima è stata implementata nel nostro ordinamento con il d.P.R. 8 settembre 1997, n. 357, la seconda con la l. 11 febbraio 1992, n. 157 (Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio).

In pratica tutti i siti che possono far parte della Rete Natura 2000, siano essi Siti di interesse comunitario (SIC), Zone speciali di conservazione (ZSC) o Zone di protezione speciale (ZPS), debbono essere oggetto di un apposito studio di valutazione di incidenza, che viene realizzato nell'ambito del procedimento di vas o normalmente di via, secondo quanto puntualmente disposto dal Codice dell'ambiente (d.lgs. n. 152/2006) (44).

Il secondo passaggio dell'incidenza degli obblighi di servizio pubblico sull'esercizio delle attività energetiche si attua nel procedimento autorizzatorio alla costruzione ed esercizio degli impianti ovvero alla costruzione e all'esercizio degli elettrodotti e gasdotti.

Come noto, a ciò si provvede per ragioni di semplificazione amministrativa, con la autorizzazione integrata ambientale (AIA), nella quale è incorporato il c.d. sub procedimento di VIA, che in realtà è un vero e proprio

---

Impianti per la produzione di energia idroelettrica; i) Impianti di produzione di energia mediante lo sfruttamento del vento (centrali eoliche). IT 28.1.2012 Gazzetta ufficiale dell'Unione europea L 26/11; j) Impianti per la cattura di flussi di CO<sub>2</sub> provenienti da impianti che non rientrano nell'allegato I della presente direttiva ai fini dello stoccaggio geologico a norma della direttiva 2009/31/CE.

(43) Sull'attività di importazione ed in particolare sul fondamento normativo e sul sindacato giurisprudenziale del potere di regolazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, a commento della sent. Tar Lombardia Milano, sez. II, 23 novembre 2000, n. 3635 e ord. Cons. St., sez. VI, 1 dicembre 2000, n. 6206, M. RAMAJOLI, *Sistema d'asta, concorrenza e regolazione dell'importazione di energia elettrica*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2001, 3, pp. 380 ss.

(44) Il Decreto del Ministero dell'ambiente del 25 marzo 2004 riporta l'elenco dei siti di importanza comunitaria in Italia ai sensi della direttiva 92/43/CEE. Il decreto del Ministero dell'ambiente 25 marzo 2005 adotta l'elenco delle zone a protezione speciale, classificate ai sensi della direttiva 79/409/CEE.

procedimento autonomo dichiarativo.

Ai sensi dell'art. 4, comma 4, lett. c) del d.lgs. n. 152 del 2006 l'autorizzazione integrata ambientale ha per oggetto la prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento proveniente dalle attività di cui all'allegato VIII (45) e prevede misure intese a evitare, ove possibile, o a ridurre le emissioni nell'aria, nell'acqua e nel suolo, comprese le misure relative ai rifiuti, per conseguire un livello elevato di protezione dell'ambiente salve le disposizioni sulla valutazione di impatto ambientale.

Da ultimo occorre rilevare che l'incidenza degli obblighi di servizio pubblico collegati all'ambiente è tanto più forte quanto il territorio interessato dalla localizzazione dell'impianto sia già oggetto della tutela ambientale rafforzata attraverso i vincoli previsti dal d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali e del paesaggio), dalla legge statale 6 dicembre 1991, n. 394 (Legge quadro sulle aree naturali protette) o dalle leggi regionali a protezione della natura o dalla normativa ecologica di settore, quali le aree a rischio di incidenti rilevanti, le aree soggette a bonifica dei siti contaminati, le aree di dissesto idrogeologico o di rischio sismico di I grado, le zone di rispetto per altri impianti, per cimiteri o altri servizi pubblici.

In buona parte quelli ora descritti costituiscono gli strumenti di tutela ambientale in relazione all'impatto degli impianti di produzione dell'energia elettrica e/o degli impianti di gas naturale.

Tuttavia la tutela ambientale nella gerarchia degli interessi pubblici non è equiparata a qualsivoglia interesse pubblico, sia dal punto di vista del diritto comunitario che dello stesso diritto nazionale.

In particolare per il diritto comunitario l'ambiente è una supermateria potenzialmente rientrante nella competenza primaria dell'Unione europea, con la conseguenza che in via generale non può trovare applicazione il principio di sussidiarietà comunitaria nella sua proiezione verticale. Inoltre i principi di tutela ambientale devono essere adeguatamente valutati e bilanciati nell'elaborazione ed attuazione delle altre politiche comunitarie. Tuttavia un limite alla possibilità di perseguire la tutela ambientale è dato dal c.d. sviluppo sostenibile (46), per cui il principio stesso non deve tradursi in un blocco indiscriminato dello sviluppo delle attività economiche. Inoltre il fatto che le attività connesse al ciclo dell'energia vengano comunque positivamente valutate nei procedimenti di Vas, Via e Sic. O addirittura positivamente valutate

---

(45) Quanto al settore alle attività energetiche il riferimento è a: 1.1 Impianti di combustione con potenza termica di combustione di oltre 50 MW; 1.2. Raffinerie di petrolio e di gas; 1.3. Cokerie; 1.4. Impianti di gassificazione e liquefazione del carbone; 1.4-bis Terminali di rigassificazione e altri impianti localizzati in mare su piattaforme *off-shore*.

(46) Con specifico riferimento al settore energetico, ove in maniera più pregnante il perseguimento di obiettivi di sviluppo economico e sociale devono costantemente rapportarsi alle esigenze di tutela ambientale, S. KÜHTZ, *Energia e sviluppo sostenibile. Politiche e tecnologie*, Rubettino, 2005.

dall'AIA non le esonera dalle eventuali sanzioni se risultino inquinanti a posteriori, compresa la chiusura, e le sottopone alla rigorosa osservanza di tutti i principi previsti dagli artt. 174 ss. in materia di tutela ambientale.

#### *4.2. L'energia e l'ambiente: profili processuali.*

Il rispetto dei limiti imposti dall'obbligo di servizio pubblico a tutela dell'ambiente ed in generale l'osservanza di tutti i tipi di vincoli e prescrizioni, nonché standard ambientali, paesaggistici, naturalistici e culturali viene anche assicurato in sede giurisdizionale mediante l'esperimento delle diverse azioni, tra le quali si ricordano:

a) quelle a protezione degli interessi ambientali, collettivi e diffusi, da parte delle associazioni ambientaliste ufficialmente individuate con decreto del Ministro dell'ambiente sulla base delle finalità programmatiche e dell'ordinamento interno democratico previsti dallo statuto, nonché della continuità dell'azione e della sua rilevanza esterna, ai sensi dell'art. 13 della l. 8 luglio 1986, n. 349. Come noto, tali associazioni possono intervenire nei giudizi per danno ambientale e sono legittimate a ricorrere in sede amministrativa avverso l'illegittimo esercizio ovvero le illegittime omissioni del potere amministrativo, quando pregiudichino l'ambiente (art. 18, comma 5, l. n. 349 del 1986).

Si noti che sul punto la legislazione nazionale ha realizzato una fuga in avanti rispetto alla normativa comunitaria, che ha tardato a riconoscere la medesima legittimazione alle associazioni ambientaliste nel relativo ambito sovranazionale. Difatti solamente in tempi recenti, rispettivamente con il Regolamento Ce n. 1367/2006 del 6 settembre 2006 e con la decisione Ce n. 50/2008 della Commissione del 13 dicembre 2007, in attuazione della Convenzione di Aarhus (47), è stata introdotta la possibilità di chiedere alle istituzioni europee il riesame interno degli atti amministrativi in materia ambientale adottati dagli organi comunitari ed è stata riconosciuta la legittimazione attiva delle associazioni ambientaliste all'esercizio della tutela giurisdizionale. Già prima con la direttiva 2003/4/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2003 relativa all'accesso del pubblico all'informazione ambientale e la direttiva 2003/35/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 maggio 2003, che prevede la partecipazione del pubblico nell'elaborazione di taluni piani e programmi in materia ambientale, la Comunità europea ha dato attuazione agli obiettivi fissati in occasione della citata Convenzione.

---

(47) La Convenzione di Aarhus della Commissione economica per l'Europa delle Nazioni Unite (UNECE) è stata firmata nell'omonima cittadina danese il 25 giugno 1998, in attuazione del Decimo principio della Dichiarazione sull'ambiente e lo sviluppo approvata dalla Conferenza delle Nazioni Unite nel 1992 a Rio de Janeiro, relativo alla realizzazione dell'obiettivo della più ampia partecipazione della collettività civile nelle questioni ambientali in termini di conoscenza e di incidenza sulle decisioni adottate dai pubblici poteri. La Comunità ha approvato la convenzione di Aarhus il 17 febbraio 2005 con la dec. 2005/370/CE del Consiglio del 17 febbraio 2005.



Con il Reg. n. 1367/2006 si è inteso disciplinare i tre pilastri della convenzione di Aarhus, vale a dire accesso alle informazioni, partecipazione del pubblico ai processi decisionali e accesso alla giustizia in materia ambientale, in un unico atto normativo e stabilire disposizioni comuni per quanto riguarda gli obiettivi e le definizioni. La dec. n. 2008/50 ha dato attuazione alle disposizioni del Regolamento citato relative al riesame interno di atti e omissioni di natura amministrativa in materia ambientale.

Si noti che rispetto alla disciplina nazionale, nel diritto comunitario ai sensi dell'art. 12 (48) del Reg. n. 1367/2006 la sussistenza della legittimazione delle associazioni ambientaliste è condizionata al previo esperimento dei rimedi disposti in via amministrativa, con soluzione che ripete quella in origine prevista nel nostro ordinamento quanto ai rapporti tra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale. Sotto questo profilo, dunque, sembra che la soluzione offerta dal diritto interno assicuri una forma di tutela più diretta, in quanto non mediata dalla necessità per le associazioni ambientaliste di adire prima l'istituzione che ha adottato l'atto o che ha commesso l'omissione (49).

Sono potenzialmente oggetto di tali impugnative, per quanto riguarda il settore dell'energia, non solo i procedimenti ed i provvedimenti che ne legittimano l'esercizio (tra i quali soprattutto l'AIA), ovvero che ne valutano positivamente l'inserzione in un programma territoriale o di sviluppo di opere pubbliche (Vas) ovvero valutano positivamente la fattibilità di una singola opera pubblica (Via), ma altresì tutti i piani territoriali e persino quelli ambientali con specifico valore di piano territoriale (quali i piani territoriali di coordinamento provinciale, i piani territoriali paesistici, i piani dei parchi e delle altre aree protette, etc...). Quindi anche un piano regolatore che abbia recepito la localizzazione di una centrale elettrica non è esente dal rischio di essere impugnato, qualora la procedura non sia perfettamente legittima.

---

(48) Articolo 12 Ricorsi dinanzi alla Corte di giustizia "1. L'organizzazione non governativa che ha formulato la richiesta di riesame interno ai sensi dell'articolo 10 può proporre ricorso dinanzi alla Corte di giustizia a norma delle pertinenti disposizioni del trattato. 2. Qualora l'istituzione o l'organo comunitario ometta di agire a norma dell'articolo 10, paragrafo 2 o paragrafo 3, l'organizzazione non governativa ha il diritto di proporre ricorso dinanzi alla Corte di giustizia a norma delle pertinenti disposizioni del trattato". In argomento, A. TANZI, E. FASOLI, L. IAPICHINO (a cura di), *La Convenzione di Aarhus e l'accesso alla giustizia in materia ambientale*, Padova, Cedam, 2011.

(49) Per inciso si noti invece che discorso diametralmente opposto deve svolgersi quanto al diritto di accesso alle informazioni ambientali riconosciuto in materia ambientale a chiunque, cittadino o associazione, senza necessità di dimostrare la titolarità di uno specifico interesse e esercitabile mediante una richiesta generica dal d.lgs. 9 agosto 2005, n. 195 proprio in attuazione della normativa comunitaria contenuta nella direttiva 2003/4/CE e diversamente da quanto previsto in generale dalla l. 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo al Capo V, agli artt. 22 ss. e dal Decreto del Presidente della Repubblica 12 aprile 2006, n. 184, ove si riconosce il diritto di accesso solo a chi sia portatore di un interesse diretto, concreto ed attuale corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso. Per un approfondimento di questa tematica A. ANGELETTI (a cura di), *Partecipazione, accesso e giustizia nel diritto ambientale*, Napoli, ed. scient. Ital., 2011; G. RECCHIA (a cura di), *Informazione ambientale e diritto di accesso*, Padova, Cedam, 2007.

b) Il secondo tipo di azione è la c.d. *class action* amministrativa di cui al d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198 (50), mediante la quale il giudice amministrativo può comandare l'obbligatoria adozione di atti amministrativi generali, di atti di individuazione di standard, di piani attuativi, etc..., che concorrono nel loro insieme o singolarmente a formare il pacchetto dei c.d. obblighi di servizio pubblico in materia ambientale.

A tal fine i presupposti dell'azione e la legittimazione ad agire sono indicati all'art. 1, ai sensi del quale "Al fine di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio, i titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori possono agire in giudizio, con le modalità stabilite nel presente decreto, nei confronti delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari di servizi pubblici, se derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi, dalla violazione di termini o dalla mancata emanazione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento, dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero dalla violazione di *standards* qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore e, per le pubbliche amministrazioni definiti dalle stesse in conformità alle disposizioni in materia di performance contenute nel decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, coerentemente con le linee guida definite dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 13 del medesimo decreto e secondo le scadenze temporali definite dal decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150" (co. 1). Il ricorso può essere proposto anche da associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati, appartenenti alla pluralità di utenti e consumatori, che possono esperire la *class action* (co. 4).

Nondimeno non si tratta di una tutela che ripeta quella già approntata dall'ordinamento con la disciplina del novero delle azioni devolute al giudice

---

(50) Tra i più recenti contributi in materia di *class action* nell'amministrazione di risultato G. SO- RICELLI, *Contributo allo studio della class action nel sistema amministrativo italiano*, Milano, Giuffrè, 2012; F. MANGANARO, *L'azione di classe in un'amministrazione che cambia*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010; F. CINTIOLI, *Note sulla c.d. class action amministrativa*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010; F. MARTINES, *L'azione di classe del d.lgs. 198/2009: un'opportunità per la pubblica amministrazione?*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Buona amministrazione tra garanzie interne e prospettive comunitarie (a proposito di "class action all'italiana")*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010; C.E. GALLO, *La class action nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Urb. App.*, 2010, pp. 50 1 ss.; D. SICLARI, *Decreto legislativo 20 dicembre 2009, n. 198, Attuazione dell'articolo 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, in E. PICOZZA (a cura di), *Codice del processo amministrativo. D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, commento articolo per articolo*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 329 ss.; Id., *Profili di diritto processuale amministrativo: class actions e tutela degli interessi collettivi e diffusi* in *Trattato di diritto dell'ambiente* – diretto da P. DELL'ANNO e E. PICOZZA, Cedam, Padova, 2012, pp. 403 ss.

amministrativo nell'ambito della propria giurisdizione. Difatti, da un lato, l'art. 1 citato precisa che il ricorso non consente di ottenere il risarcimento del danno cagionato dagli atti e dai comportamenti avverso i quali può essere proposto; a tal fine, restano fermi i rimedi ordinari. Dall'altro tale istituto appare pienamente incardinato nell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo, che è indicata come esclusiva; inoltre questioni di competenza sono rilevabili anche d'ufficio.

Si tratta dunque di una forma di tutela complementare rispetto a quella ordinaria in via generale affidata al giudice amministrativo e che, con specifico riferimento alla protezione di interessi che emergono in materia ambientale riconosciuti giuridicamente rilevanti dall'ordinamento, sia quando facciano capo a singoli che quando sino adespoti ovvero collettivi, bilancia la limitazione prevista nel Codice dell'ambiente in ordine alla risarcibilità del danno ambientale (51). Il riferimento è alla disciplina contenuta nella Parte sesta del d.lgs. n. 152 del 2006. Inoltre, occorre sottolineare che la *class action* nei confronti della pubblica amministrazione supera le dimensioni del singolo caso concreto in cui viene esperita, poiché non ha una prospettiva risarcitoria, ma ha l'attitudine a produrre effetti riflessi sul complessivo andamento dell'amministrazione, avendo la dichiarata finalità di ripristinare il corretto svolgimento della funzione ovvero la corretta erogazione del servizio. Per dirla in termini di analisi economica del diritto, si tratta di esternalità positive che hanno una valenza ancora maggiore a tutela dell'ambiente, in ragione della natura di bene immateriale e dei caratteri di appartenenza, partecipazione e solidarietà di quest'ultimo (52).

##### *5. Il riparto di competenza tra Stato, Regioni ed enti locali nel settore dell'energia con particolare riferimento alla giurisprudenza della Corte costituzionale.*

È noto che ai sensi dell'art. 117, terzo comma Cost. sussiste la competenza concorrente di Stato e Regioni in materia di "produzione, trasporto e distribuzione nazionale di energia", il cui contenuto è stato chiarito dalla Corte costituzionale (53). Allo Stato spetta dunque l'adozione della disciplina di prin-

---

(51) Per un approfondimento di questo rilievo D. SICLARI, *Profili di diritto processuale amministrativo: class action e tutela degli interessi collettivi e diffusi*, in E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, Cedam, 2012, pp. 403 ss. e spec. P. 425.

(52) Per un approfondimento di questi concetti, PICOZZA, *Diritto dell'economia: disciplina pubblica*, Padova, 2004, nonché più recentemente ID., *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, 2007, il quale rileva come rispetto ai beni immateriali si inverte la relazione, che si fonda sul concetto di appartenenza: non è l'ambiente che appartiene all'uomo, ma viceversa l'uomo che appartiene all'ambiente. Inoltre, ciascun essere umano è chiamato a partecipare alla tutela e alla protezione dell'ambiente, in un vincolo di solidarietà con gli altri consociati.

(53) Nella sent. 14 ottobre 2005, n. 383 ha chiarito che la formula "produzione, trasporto e distribuzione nazionale di energia", di cui all'art. 117, co. 3 Cost. "deve ritenersi corrispondere alla nozione di "settore energetico" di cui alla legge n. 239 del 2004, così come alla nozione di "politica energetica nazionale" utilizzata dal legislatore statale nell'art. 29 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (...), che era esplicitamente comprensiva di "qualunque fonte di energia".

cipio e alle Regioni la definizione della normativa di dettaglio.

Anche in tali ipotesi il c.d. federalismo costituzionale è stato anticipato dal c.d. federalismo amministrativo, stante il trasferimento di significative funzioni amministrative alle Regioni in questa materia operato dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (Titolo I, Capo V) in attuazione della l. delega 15 marzo 1997, n. 59.

Tuttavia l'apparente linearità del riparto (54) è presto smentita ove si tenga conto dell'elaborazione offerta dalla Corte costituzionale, che in più occasioni ha rilevato la ricorrenza di preminenti interessi di carattere unitario, che possono comportare una particolare articolazione del rapporto tra normativa di principio e disciplina di dettaglio (55), relativamente al profilo degli obblighi comunitari e alle esigenze sottese all'approntamento delle infrastrutture.

La realizzazione degli obiettivi posti dalle direttive comunitarie può comportare esigenze di unitarietà del procedimento sull'intero territorio nazionale; parimenti per ciò che concerne la progettazione e la realizzazione di impianti di produzione e di distribuzione di energia è stata rilevata la necessità di rispettare le regole tecniche fissate a livello nazionale (56).

Peraltro, come i profili della liberalizzazione e della tutela ambientale sopra trattati suggeriscono, la materia dell'energia si pone al punto di passaggio di altre competenze statali esclusive per ciò che concerne la tutela della concorrenza (57), dei livelli essenziali delle prestazioni e soprattutto l'ambiente (58).

In particolare con riferimento a quest'ultimo occorre ricordare come dapprima la Corte costituzionale abbia affermato che l'ambiente non fosse una materia in senso stretto, bensì una materia valore, che investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze. In questa prospettiva spettava allo Stato per lo più definire *standards* minimi di tutela, che potevano essere im-

(54) Peraltro già all'indomani della riforma del titolo V della Costituzione sono state espresse delle perplessità in ordine alla collocazione dell'energia tra le materie di competenza concorrente. Sul punto S. CASSESE, *L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/2001*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 2002, 498 ss.

(55) In generale sul tema G. SCIACCA, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, 2009; W. NOCITO, *Dinamiche del regionalismo italiano ed esigenze unitarie*, Milano, 2011.

(56) In tal senso, richiamando la sentenza della Corte cost. 25 luglio 2005, n. 336 pronunciata nel diverso settore a rete delle telecomunicazioni, nonché le sent. 6 e 7 del 2004, F. DONATI, *Il riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di energia*, in *Il nuovo diritto dell'energia tra regolazione e concorrenza*, op. cit., pp. 35 ss. e spec. p. 38. Nello stesso senso la successiva sent. 17 marzo 2006, n. 103.

(57) Per i limiti derivanti alla competenza concorrente delle regioni in materia energetica dall'esercizio di competenza legislativa esclusiva statale in materia di concorrenza ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. e), sent. corte cost. 18 gennaio 2008, n. 1.

(58) Molto chiaro nell'indicare nella coesistenza di una molteplicità di interessi afferenti a diverse materie le ragioni del difficile riparto delle competenze in termini di esclusività dell'intervento e al contempo della preferibile percorribilità di soluzioni procedurali nel settore energetico G. COMPORTI, *Energia e ambiente*, in G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, Milano 2011, p. 276, il quale rileva che «il carattere diffuso ed intersettoriale degli interessi relativi alle questioni ambientali ed energetiche ha, in definitiva, impedito l'attuazione del pur perseguito disegno di attribuzione delle materie a distinte organizzazioni compatte a carattere istituzionale e territoriale e ha svelato l'assorbente rilievo svolto dal procedimento quale sede di raccordo, coordinamento e valutazione integrata».

plementati da parte delle Regioni per la cura di interessi funzionalmente collegati a quelli ambientali (59). Questa soluzione si impone, secondo la citata giurisprudenza costituzionale, quando in una fattispecie in cui si verifichi l'intreccio di materie (e conseguentemente di competenze), non sia possibile trovare una soluzione mediante l'applicazione del c.d. principio di prevalenza, con la conseguenza che legge statale e legge regionale si trovano in concorrenza; nel caso opposto, se prevale la competenza esclusiva statale la stessa sarà piena e come tale comprensiva della potestà regolamentare. Successivamente la materia dell'ambiente è stata intesa in senso oggettivo, precisando che sul medesimo bene giuridico unitariamente inteso (ambiente) insistono la tutela (o conservazione) di competenza esclusiva dello Stato e la fruizione (in particolare il governo del territorio), di competenza concorrente regionale (60). Le Regioni possono prevedere misure di tutela ulteriori e/o maggiori rispetto agli *standards* unitari così definiti per disciplinare il diverso oggetto delle loro competenze (61).

Inoltre, con moto ascensionale, le funzioni amministrative ripartite all'art. 118 Cost. secondo il principio di sussidiarietà verticale possono essere esercitate dallo Stato quanto ricorrano interessi di carattere unitario. Di conseguenza tale spostamento delle funzioni amministrative attrae a sé la relativa competenza legislativa, che altrimenti spetterebbe alle Regioni (anche in materia concorrente quale l'energia), non essendo ipotizzabile che tali funzioni siano esercitate dallo Stato secondo discipline differenziate dettate dalle Regioni (62). Tuttavia la chiamata in sussidiarietà non solo deve essere, sotto il profilo

---

(59) V. sentt. Corte cost. 26 luglio 2002, n. 407; 20 dicembre 2002, n. 536; 4 luglio 2003, n. 226; 7 ottobre 2003, n. 307; 22 luglio 2004, n. 259; 29 dicembre 2004, n. 429; 16 giugno 2005, n. 232 e 25 luglio 2005, n. 336; 28 giugno 2006, n. 246; 1 dicembre 2006, n. 398.

Per una ricostruzione dell'evoluzione normativa e un'interessante rassegna degli arresti della giurisprudenza costituzionale in materia di ambiente G. CORDINI, *Principi costituzionali in materia di ambiente e giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *riv. giur. amb.*, 2009, pp. 611 ss.

(60) Questo orientamento della Corte costituzionale, che ha sostituito al concetto atecnico di intreccio di materie e competenze quello giuridico di concorso di materie, si è avuto a partire dalle sentenze 7 novembre 2007, n. 367 e 14 novembre 2007, n. 378. Per un approfondimento P. MADDALENA, *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di tutela e fruizione dell'ambiente e le novità sul concetto di "materia", sul concorso di più competenze sullo stesso oggetto e sul concorso di materie*, in *riv. giur. amb.*, 2010, pp. 685 ss., nonché più recentemente Id., *L'interpretazione dell'art. 117 e dell'art. 118 della Costituzione secondo la recente giurisprudenza costituzionale in tema di tutela e fruizione dell'ambiente*, in *riv. giur. amb.*, 2011, pp. 735 ss.

(61) In tal senso 23 gennaio 2009, n. 12; 6 febbraio 2009, n. 30; 5 marzo 2009, n. 61; sent. 15 aprile 2008, n. 102; 18 giugno 2008, n. 214.

(62) Particolarmente interessante è quanto affermato in argomento dalla Corte costituzionale con la sent. 17 giugno 2010, n. 215: "In considerazione del fatto che si verte in materia di produzione, trasmissione e distribuzione dell'energia, non può in astratto contestarsi che l'individuazione e la realizzazione dei relativi interventi possa essere compiuta a livello centrale, ai sensi dell'art. 118 della Costituzione. In concreto, però, quando un simile spostamento di competenze è motivato con l'urgenza che si ritiene necessaria nell'esecuzione delle opere, esso dev'essere confortato da valide e convincenti argomentazioni. Ora, è agevole osservare che, trattandosi di iniziative di rilievo strategico, ogni motivo d'urgenza dovrebbe comportare l'assunzione diretta, da parte dello Stato, della realizzazione delle opere

contenutistico, proporzionata, non affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità, ma anche, dal punto di vista procedurale, oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata (intesa forte), il cui mancato raggiungimento costituisce un ostacolo insuperabile alla conclusione del procedimento (intesa in senso forte) (63).

Tuttavia sul punto occorre richiamare le modifiche recentemente introdotte all'istituto della Conferenza di servizio, di cui agli artt. 14 ss. l. 7 agosto 1990, n. 241, ad opera del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. con l. 30 luglio 2010, n. 122, e specialmente all'art. 14 *quater*, che ha previsto uno strumento politico per il mancato raggiungimento dell'accordo in tale sede. Ciò comporta che, se opera la chiamata in sussidiarietà, la formazione di una legge statale che incida in dettaglio nella materia stessa e non si limiti alla mera indicazione dei principi generali, deve essere oggetto di una previa intesa con le regioni di volta in volta interessate e se l'intesa non si realizza, essa può essere superata con la procedura di alta amministrazione e cioè con la decisione politica del Presidente del Consiglio dei ministri. Ne consegue un indebolimento della dimensione consensuale e collaborativa dello strumento dell'intesa.

Per quanto poi riguarda le Regioni a statuto speciale, se prima della riforma del titolo V della Cost. poteva riconoscersi la loro differenziazione quanto alla titolarità di competenze in materia energetica potenzialmente in senso più ampio rispetto a quelle spettanti alle Regioni a statuto ordinario e talora corrispondente a quella ora definita all'art. 117, co. 3 Cost. (es. la Sardegna (64)), la

---

medesime. Invece la disposizione impugnata stabilisce che gli interventi da essa previsti debbano essere realizzati con capitale interamente o prevalentemente privato, che per sua natura è aleatorio, sia quanto all'*an* che al *quantum*. Si aggiunga che la previsione, secondo cui la realizzazione degli interventi è affidata ai privati, rende l'intervento legislativo statale anche sproporzionato. Se, infatti, le presunte ragioni dell'urgenza non sono tali da rendere certo che sia lo stesso Stato, per esigenze di esercizio unitario, a doversi occupare dell'esecuzione immediata delle opere, non c'è motivo di sottrarre alle Regioni la competenza nella realizzazione degli interventi. I canoni di pertinenza e proporzionalità richiesti dalla giurisprudenza costituzionale al fine di riconoscere la legittimità di previsioni legislative che attraggano in capo allo Stato funzioni di competenza delle Regioni non sono stati, quindi, rispettati". Tale orientamento, che ammette la chiamata in sussidiarietà da parte dello Stato non solo per ciò che concerne l'individuazione, ma anche la realizzazione degli interventi in materia di energia è stato poi confermato dalla sent. 12 maggio 2011, n. 165.

(63) In tal senso la pronuncia 1 ottobre 2003 n. 303, i cui principi sono stati sviluppati, quanto al settore energetico, a partire dalla successiva sent. 13 gennaio 2004, n. 6, in *Giur. cost.*, 2004, pp. 205 ss., con commento di F. BILANCIA, *La riforma del titolo V della Costituzione e la "perdurante assenza di una trasformazione delle istituzioni parlamentari"*, ivi, pp. 137 ss.; F. DE LEONARDIS, *La Consulta tra interesse nazionale ed energia*, ivi, pp. 145 ss.; E. PESARESI, *Nel regionalismo a tendenza duale, il difficile equilibrio tra unità ed autonomia*, ivi, pp. 153 ss., nonché sent. 2005, n. 383.

(64) L'art. 4 dello Statuto sardo riconosceva alla Regione una competenza legislativa concorrente in materia di "produzione e distribuzione di energia elettrica". Sul punto D. FLORENZANO, *op. cit.*, p. 133, il quale rileva che la prospettiva della normativa statutaria delle regioni ad autonomia speciale appariva limitata e indebolita da un approccio non organico al tema e da una visione del tutto parziale degli interessi sottesi al settore energetico, impernata su una rilevante cifra "patrimoniale" e/o ad una mera aspirazione "conservativa" delle risorse locali.

giurisprudenza costituzionale successiva sembra diretta nel senso di una sostanziale omologazione dei due tipi di autonomia regionale (65).

Per quanto invece concerne il ruolo delle autonomie locali in materia energetica, la Regione deve coinvolgere adeguatamente i comuni, le province e gli altri enti pubblici locali a dimensione territorialmente definita (Comunità montane, Consorzi di bonifica e consorzi industriali, Autorità di bacino, etc...) nei procedimenti di valutazione e di autorizzazione, nonché nella formazione delle leggi regionali.

Tuttavia una significativa differenza sull'importanza del ruolo della Regione, da un lato, e del comune e della Provincia, dall'altro, è confermata da una cospicua giurisprudenza della Corte costituzionale, che a tale proposito ha coniato la distinzione tra intesa forte ed intesa debole, nel senso che il ruolo del comune è ridotto a mera consultazione e non di partecipazione alla decisione, come invece è riconosciuto alla Regione (66).

In secondo luogo mentre la procedura di intesa tra Stato e Regioni è delimitata nelle sue linee generali nella l. 5 giugno 2003, n. 131 di adeguamento dell'ordinamento alla legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3 (c.d. riforma del titolo V), il ruolo specifico di coinvolgimento dei singoli Comuni e Province varia a livello statale nelle singole leggi e così anche a livello regionale.

Dal punto di vista della tutela processuale contro leggi statali e regionali illegittime, Stato e Regioni dispongono del giudizio di legittimità costituzionale in via principale (art. 127 Cost.) (67) e del conflitto di attribuzioni (art.

---

(65) In argomento, D. FLORENZANO, *La disciplina delle attività elettriche nelle regioni ad autonomia speciale*, in D. FLORENZANO, S. MANICA (a cura di), *Il governo dell'energia tra Stato e Regioni*, Un. studi di Trento, 2009, pp. 127 ss. e spec. p. 149, ove si ricorda quanto affermato nella sent. Corte cost. 383 del 2005 (in senso conforme a quanto affermato per il Friuli Venezia Giulia nella sent. n. 8 del 2004): "le competenze statutarie in materia di energia sono sicuramente meno ampie rispetto a quelle riconosciute in tale materia alle Regioni dall'art. 117, terzo comma, Cost. Non vi sono dubbi, pertanto, che la Provincia di Trento possa, sulla base dell'art. 10 della legge cost. n. 3 del 2001, rivendicare una propria competenza legislativa concorrente nella materia della "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia" identica a quella delle Regioni ad autonomia ordinaria (cfr. sentenza n. 8 del 2004), e quindi anche una potestà amministrativa più ampia – in quanto fondata sui principi dell'art. 118 Cost. – rispetto a quella ad essa spettante sulla sola base del d.P.r. 235 del 1977, quale integrato dal d.lgs. 11 novembre 1999, n. 463".

(66) In specie la Corte cost. ha ritenuto rispettato il principio di leale collaborazione mediante il raggiungimento di un'intesa debole, in quanto consistente nel mero coinvolgimento procedimentale degli enti locali, affinché siano messi in grado di interloquire e di evitare la sostituzione attraverso l'autonomo adempimento (*ex plurimis* sentt. 2 marzo 2004, nn. 69-72).

(67) Un caso recente e particolarmente interessante in cui lo Stato ha impugnato una legge regionale in materia di energia è stato risolto dalla Corte costituzionale con la sent. 11 novembre 2011, n. 308, in *Giornale Dir. Amm.*, 2012, 1, 80. In particolare è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale di una legge della Regione Molise, le cui disposizioni prevedevano, "un divieto arbitrario, generalizzato e indiscriminato di localizzazione di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili". Il legislatore regionale ha individuato le suddette aree senza una adeguata e preventiva istruttoria che tenesse conto dei diversi interessi coinvolti, così come prevista dalle linee guida previste dall'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003, vietando l'installazione di ogni tipo di impianto alimentato da fonte di energia alternativa, indipendentemente dalla sua tipologia o potenza. In particolare, la Corte, già con la sentenza n. 168 del

134 Cost.), anche se per quest'ultimo l'annullamento di eventuali atti generali è limitato alla Regione interessata.

Per quanto riguarda i Comuni e le Province, che non sono poteri dello Stato, la tutela giurisdizionale si può realizzare in sede di giudizio incidentale di legittimità costituzionale nell'ambito di un giudizio civile, penale o amministrativo ovvero mediante impugnazione diretta del provvedimento amministrativo favorevole al settore energetico, ma lesivo delle prescrizioni e dei vincoli di tutela ambientale ovvero degli obblighi di servizio pubblico, che avrebbero dovuto condizionare il rilascio del provvedimento autorizzatorio (68).

Infatti, se il Comune non ha competenza di amministrazione attiva in materia energetica e ambientale e quindi non esercita il rapporto di rappresentanza politica, tuttavia ha in base al d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (c.d. T.U. enti locali) il c.d. rapporto di esponenzialità con la propria popolazione, che lo legittima ad agire in giudizio contro gli effetti dannosi dell'impianto energetico anche se localizzato fuori dal proprio territorio o da quello dei comuni confinanti (69).

2010 ha affermato che non è consentito «alle Regioni di provvedere autonomamente alla individuazione di criteri per il corretto inserimento nel paesaggio degli impianti alimentati da fonti di energia alternativa» e ciò in quanto l'adozione delle linee guida nazionali, è informata al principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni. Per un commento, L. MARTINA, *La localizzazione degli impianti da fonti di energia rinnovabile*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, 6, pp. 637 ss.

Per una sintetica ma efficace rassegna delle recenti pronunce con le quali la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di leggi regionali, che hanno posto condizioni più restrittive rispetto alla legislazione statale per la localizzazione di impianti per la produzione di energia da fonti rinnovabili S. AMOROSINO, *Impianti di energia rinnovabile e tutela dell'ambiente e del paesaggio*, in *riv. giur. amb.*, 2011, 6, pp. 753 ss.

(68) Si ricordi per completezza che l'art. 311 Cod. amb. riserva allo Stato, in persona del Ministro dell'ambiente, la legittimazione ad agire per il risarcimento del danno ambientale conseguente alla lesione dell'interesse collettivo avente ad oggetto il bene ambiente. Alle Regioni, alle province e agli enti locali anche associati, nonché alle persone fisiche e giuridiche e alle organizzazioni non governative, che promuovono la protezione dell'ambiente ai sensi dell'art. 13 della l. 8 luglio 1986, n. 349 spetta il più limitato potere di denuncia al fine di sollecitare l'intervento dello Stato. Peraltro i soggetti diversi dallo Stato, singoli ovvero associati, compresi gli enti pubblici territoriali e le regioni, possono invece agire in forza dell'art. 2043 c.c. per il risarcimento di qualsiasi altro danno patrimoniale, a condizione che provino la lesione di un diritto particolare, diverso dall'interesse pubblico collettivo e generale. Così da ultimo Cass., sez. III pen., 12 gennaio 2012, n. 633, conforme a Cass., sez. III pen., 21 ottobre 2010, n. 41015; Cass., sez. IV pen., 11 marzo 2011, n. 9923.

Per un approfondimento D. DI CARLO, *Profili di diritto processuale civile*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (diretto da), *Trattato di diritto ambientale*, vol. I, *Principi generali*, Padova, Cedam, 2012, pp. 432 ss.

(69) Per il riconoscimento della legittimazione e dell'interesse ad agire dell'ente locale in materia ambientale, in quanto titolare di un interesse collettivo, Tar Lazio, 1990, n. 1064: «il comune, quale ente territoriale esponenziale di una determinata collettività di cittadini della quale cura gli interessi a promuovere lo sviluppo, è pienamente legittimato ad impugnare dinnanzi al giudice amministrativo i provvedimenti ritenuti lesivi dell'ambiente». In senso conforme, successivamente Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 2001, n. 5296: «al comune va riconosciuta la legittimazione ad impugnare il provvedimento di approvazione di una discarica, sia per la qualità di ente esponenziale degli interessi dei residenti che potrebbero subire danni dalla scelta compiuta dall'autorità competente nell'individuazione delle aree per l'attivazione dell'impianto di discarica, sia per la qualità di titolare del potere di pianificazione urbanistica su cui certamente incide la collocazione dell'impianto medesimo».



La Provincia, invece, ha anche un rapporto di rappresentanza politica, in quanto titolare di numerose funzioni direttamente o indirettamente attinenti all'energia, quali l'autorizzazione agli elettrodotti, agli impianti di produzione di energia da rifiuti e la tutela delle c.d. aree vaste in numerosi settori (70). Di conseguenza anche essa è, ancora di più del comune, legittimata ad impugnare i provvedimenti amministrativi in materia energetica lesivi degli interessi ambientali di cui sopra (71).

Infine, secondo la giurisprudenza (72), detta legittimazione va riconosciuta anche ad enti territoriali intermedi, istituzionalmente rappresentativi delle comunità locali (quali ad es. le comunità montane), qualora le autorizzazioni e i procedimenti dichiarativi in materia energetica ledano i citati interessi ambientali, spesso collegati alla tutela delle attività agro-silvo-pastorali.

## 6. Conclusioni.

Il quadro normativo tratteggiato pone in evidenza le tappe fondamentali della liberalizzazione del settore energetico e gli strumenti di raccordo con le ragioni dell'ambiente offerti dall'ordinamento europeo e da quello nazionale.

Per valutare l'assetto di interessi che ne deriva sembra necessario appuntare l'attenzione su due profili, peraltro tra loro strettamente connessi.

Sotto un profilo sostanziale, il servizio energetico, riguardato sia come bene che come attività, non può essere appiattito sullo schema di una qualunque altra utilità ampiamente intesa, che venga offerta sul mercato. In altre parole non può essere lasciato alle sole leggi della domanda e dell'offerta, perché la sua presenza deve essere assicurata alla collettività dai pubblici poteri a determinate condizioni qualitative e quantitative. La liberalizzazione allora può

---

(70) Ai sensi dell'art. 31, co. 2 del d.lgs. n.112 del 1998 "sono attribuite in particolare alle province, nell'ambito delle linee di indirizzo e di coordinamento previste dai piani energetici regionali, le seguenti funzioni: a) la redazione e l'adozione dei programmi di intervento per la promozione delle fonti rinnovabili e del risparmio energetico; b) l'autorizzazione alla installazione ed all'esercizio degli impianti di produzione di energia; c) il controllo sul rendimento energetico degli impianti termici".

(71) Recentemente con riferimento alla Provincia, nella sent. Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 2 febbraio 2010, n. 521, si è ha affermato che non può essere fondatamente messa in discussione la legittimazione da parte di questo ente locale ad impugnare provvedimenti che recano pregiudizio all'ambiente per opere che vengono realizzate all'interno del territorio di competenza. A tale proposito si rileva che "sarebbe d'altronde alquanto irragionevole riconoscere legislativamente all'ente territoriale la possibilità di agire in giudizio (in via successiva) per il risarcimento del danno ambientale (come fa l'art. 18, co. 3, l. 349/86) e negargli invece la possibilità di agire (in via preventiva) per impedirgli la produzione di quello stesso danno. Sarebbe altrettanto irragionevole riconoscere la titolarità di un interesse collettivo ad associazioni ambientaliste, il cui collegamento con il territorio interessato dall'abuso è talora costituito soltanto dal fine statutario, e non individuarlo nell'ente istituzionalmente esponenziale della comunità di riferimento".

(72) Già a partire dalla nota sent. Tar Campania, sez. Salerno, 13 marzo 1987, n. 117, in *Trib. amm. reg.*, 1987, 2043 ss., il giudice amministrativo ha riconosciuto che sussiste la legittimazione di una comunità montana, che comprenda nel suo territorio anche comuni costieri, ad impugnare un permesso di ricerca di idrocarburi in mare, nei limiti delle precise attribuzioni e competenze.

certamente realizzare una rimodulazione degli interventi delle istituzioni nazionali e comunitarie, ma la riduzione della sfera pubblica (73) non può giungere alla configurazione del servizio energetico come un'attività libera.

Ne consegue, sotto un profilo procedurale, la necessità (si potrebbe dire ontologica) di regolamentare la realizzazione delle infrastrutture e la loro localizzazione, nonché tutte le attività connesse al servizio energetico.

Liberalizzazione e regolamentazione non sono dunque concetti antitetici, ma piuttosto complementari, in quanto precipitati di un medesimo principio generale, che è quello di sussidiarietà (74). Proprio quest'ultima infatti trova la propria realizzazione sia nella sua dimensione orizzontale, nel momento in cui si tratti di definire l'*an* dell'intervento dei pubblici poteri rispetto all'iniziativa rimessa ai privati, così come nel settore energetico è avvenuto nel richiamato processo di liberalizzazione; sia nella sua proiezione verticale quando occorre individuare il *quis* ed il *quomodo* del ruolo spettante ai soggetti istituzionali europei e nazionali mediante la regolamentazione di questo segmento di mercato. Proprio in tale ambito dovranno trovare adeguata espressione esigenze ulteriori rispetto a quelle strettamente economiche afferenti all'energia, quali innanzitutto quelle connesse alla tutela dell'ambiente.

Sembra, dunque, essere questa la chiave di volta per affrontare le problematiche di un settore quale quello energetico, il cui corretto funzionamento si pone quale condizione imprescindibile per lo svolgimento della quasi totalità delle attività umane, economiche ma non solo.

---

(73) Il tema è particolarmente complesso e per un suo approfondimento si rinvia a M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, Giappichelli, 2000, nonché in termini critici verso la prospettata riduzione e nel senso di una tendenziale riespansione dell'intervento dei soggetti pubblici M. DUGATO, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *dir. amm.*, 2002, pp. 169 ss. e spec. p. 179, il quale rileva che "il sorgere di nuovi interessi imputati alla collettività ha determinato l'espansione dell'attività pubblica diretta alla loro protezione. A volte ciò ha addirittura indotto la creazione di nuovi enti esponenziali dei nuovi interessi ed ha determinato un aumento del pubblico come "soggetto"".

(74) Il principio di sussidiarietà è oggetto di una letteratura vastissima. *Ex plurimis* L. FRANZESE, *Percorsi della sussidiarietà*, Padova, Cedam, 2010; ID., *Ordine economico ed ordinamento giuridico: la sussidiarietà delle istituzioni*, II. Ed., Padova, Cedam, 2005; P. DURET, *Sussidiarietà ed auto amministrazione dei privati*, Padova, Cedam, 2004; D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2004; A. POGGI, *Le autonomie funzionali tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, Giuffrè, 2001; P. VIPIANA, *Il principio di sussidiarietà 'verticale'. Attuazione e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2002; P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, Giuffrè, 2002.

Per un approfondimento del principio di sussidiarietà nella prospettiva storica del concetto di solidarietà e più ampiamente della questione sociale M.C. BLAIS, *La solidarietà. Storia di un'idea*, Milano, Giuffrè, 2012.

## **Il “Rapporto sulla corruzione nella pubblica amministrazione”: analisi del fenomeno e delle proposte**

*Francesco Spada\**

### *1. Premessa.*

Con decreto del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione 23 dicembre 2011, è stata istituita la Commissione per lo studio e l’elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, che ha di recente presentato il “Rapporto finale sulla corruzione nella pubblica amministrazione”.

Il Rapporto si articola in due parti: la prima contenente un’analisi di carattere generale e la seconda un’indagine di tipo settoriale.

Dall’analisi svolta emerge, nel complesso, l’esigenza di una politica integrata che contempra, oltre al rafforzamento dei rimedi di carattere repressivo, l’introduzione di strumenti di prevenzione che incidano sia sulle occasioni della corruzione che sui fattori che ne favoriscono la diffusione.

L’analisi svolta accoglie una nozione ampia di “corruzione”, non limitata alla fattispecie penale, ma estesa anche ad episodi che si risolvono nel risvolto in negativo dell’integrità pubblica.

Il Rapporto evidenzia una metamorfosi quantitativa e qualitativa del fenomeno: sotto il primo profilo, in particolare, si riscontra un ridimensionamento della corruzione “denunciata e sanzionata”, a fronte di un aumento della corruzione “praticata”.

Proprio la diffusione del fenomeno impone l’adozione di una politica di tipo coordinato ed integrato, con l’adozione di misure di carattere extrapenale, destinate ad operare sul versante prevalentemente amministrativo con funzione di prevenzione.

D’altra parte, l’implementazione di una politica siffatta è resa necessaria anche in considerazione dei costi (diretti ed indiretti) implicati dal fenomeno corruttivo, individuabili nell’alterazione della libera concorrenza e nello sviluppo della concentrazione della ricchezza in capo a coloro che accettano e beneficiano del mercato della corruzione a scapito di coloro che invece si rifiutano di beneficiarne.

Tanto premesso, si esaminerà qui di seguito il contenuto del Rapporto, suddividendo la trattazione in due parti: la prima riguarderà i dati del fenomeno

---

(\*) Dirigente di II fascia del Ministero dell’Economia e delle Finanze. Ha svolto la pratica forense presso l’Avvocatura Generale dello Stato.

*Il presente contributo riflette le opinioni dell’Autore e non impegna in alcun modo l’Amministrazione di appartenenza.*

corruttivo, in termini di dimensioni e di costi; la seconda concernerà le misure proposte.

## 2. I dati del fenomeno.

I dati del fenomeno corruttivo esaminati nel Rapporto - in termini di dimensioni - sono di due tipi: **dati giudiziari** e **dati relativi alla percezione del fenomeno**.

Per quanto concerne i dati giudiziari, i delitti di concussione e di corruzione consumati sono passati, secondo il Rapporto, dai 311 del 2009 ai 223 del 2010: si è, quindi, registrata una loro riduzione nella misura di 88 casi.

Anche con riferimento ai soggetti denunciati per i delitti di concussione e di corruzione il Rapporto ne rileva una diminuzione, essendosi passati dalle 1821 persone denunciate nel 2009 alle 1226 nel 2010.

Il numero di condanne per reati di corruzione è, infine, passato da un massimo di oltre 1700 nel 1996 a 239 nel 2006, ossia quasi un settimo rispetto a 10 anni prima.

Dai dati fin qui esaminati emerge l'accennato riferimento al ridimensionamento della corruzione "denunciata e sanzionata".

I dati relativi alla percezione del fenomeno - dai quali emerge, al contrario, l'accennato incremento della corruzione "praticata" - sono stati misurati nel Rapporto attraverso l'elaborazione di alcuni indici.

Il *Corruption Perception Index (CPI)* di *Transparency International* misura la corruzione percepita: l'Italia si è attestata a 3.9 contro il 6.9 della media OCSE, su una scala da 1 a 10, in cui 10 individua l'assenza di corruzione, classificandosi al 69° posto (a pari merito con il Ghana e la Macedonia).

Il *Global Corruption Barometer* di *Transparency International* misura la percezione del fenomeno corruttivo da parte dei cittadini con riferimento a specifiche istituzioni: in Italia, per il biennio 2010/2011, il primato spetta alla corruzione politica, seguita da quella del settore privato e della pubblica amministrazione.

L'*Excess Perceived Corruption Index (EPCI)* misura quanto un Paese si discosta dai valori di corruzione attesi: l'Italia si classifica al penultimo posto nella classifica dei Paesi considerati da *Transparency International* ed è superata soltanto dalla Grecia.

Infine, il *Rating of control of corruption (RCC)*, elaborato dalla Banca Mondiale e che va da 0 a 100 (dove 100 indica l'assenza di corruzione), colloca l'Italia agli ultimi posti in Europa, essendo passata dal valore 82 nel 2000 al valore 59 nel 2009.

Fin qui i dati, in termini di dimensioni del fenomeno; il Rapporto esamina, poi, ulteriori **dati, in termini di costi diretti, indiretti e sistemici**.

La Corte dei Conti ha stimato i costi diretti del fenomeno corruttivo in diversi miliardi di euro, circa 60 ogni anno.

I costi indiretti sono quelli di meno agevole quantificazione connessi a:

- ritardi nella definizione delle pratiche amministrative;
- cattivo funzionamento degli apparati pubblici;
- inadeguatezza delle opere pubbliche, dei servizi pubblici e delle forniture pubbliche;
- non oculata allocazione delle scarse e limitate risorse pubbliche;
- perdita di competitività del Paese.

I costi di tipo sistemico non sono misurabili in termini economici e riguardano i valori fondamentali per la tenuta dell'assetto democratico:

- eguaglianza;
- trasparenza dei meccanismi decisionali;
- fiducia nelle Istituzioni;
- funzionamento delle Istituzioni e legittimazione democratica delle stesse;
- fiducia dei cittadini nella legalità e nell'imparzialità dell'azione degli apparati pubblici.

Gli effetti della corruzione sulla crescita, infine, sono distinti nel Rapporto a seconda che si esamini il breve periodo ed il lungo periodo.

Nel breve periodo, infatti, la corruzione può essere funzionale ad assicurare il superamento di sacche di inefficienza dell'apparato pubblico e la sopravvivenza di meccanismi e sistemi di impresa tecnologicamente non avanzati.

Nel lungo periodo, invece, si stabilisce una relazione inversamente proporzionale tra diffusione della corruzione e crescita economica.

La corruzione frena, infatti, il progresso tecnologico delle imprese, incentivate ad investire nel mercato della tangente anziché in quello dell'innovazione e della ricerca.

Secondo un recente studio della Banca Mondiale ripreso nel Rapporto:

- le imprese costrette a fronteggiare una pubblica amministrazione corrotta crescono, in media, quasi del 25% di meno di imprese che non fronteggiano detto problema;
- le piccole e medie imprese e quelle più giovani sono le imprese più fortemente colpite dal fenomeno corruttivo.

Infine, risulta che ogni punto di discesa nella classifica della percezione della corruzione redatta da *Transparency International* provoca la perdita del sedici per cento degli investimenti dall'estero.

### 3. Le misure proposte.

Un primo gruppo di misure proposte nel Rapporto riguarda i **piani di organizzazione in funzione di prevenzione del rischio corruzione** ed, in particolare:

- adozione di piani organizzativi in funzione di prevenzione della cor-

ruzione da parte delle singole amministrazioni ispirati a modelli di *risk management*;

- elaborazione di un sistema organico di prevenzione della corruzione affidato ad un'Autorità indipendente che formuli linee guida per le singole amministrazioni e ne controlli l'attuazione;
- indicazione, da parte della legge, dei contenuti minimi dei piani organizzativi che le singole amministrazioni dovranno adottare.

In particolare, con riferimento ai contenuti minimi dei piani organizzativi, il Rapporto prevede:

- individuazione, all'interno delle amministrazioni, di chi provvede all'elaborazione della mappatura dei rischi e all'individuazione delle soluzioni organizzative con finalità di prevenzione, con il coinvolgimento dell'organo di indirizzo politico;
- rotazione degli incarichi nelle fasi procedurali più a rischio;
- monitoraggio dei legami tra l'amministrazione ed i soggetti che alla stessa si rapportano;
- obblighi di informazione per il dirigente deputato a vigilare sul funzionamento del piano.

Per gli enti locali e gli uffici periferici delle amministrazioni dello Stato, il Rapporto prevede, inoltre, la valorizzazione della rete dei Prefetti per:

- il supporto tecnico ed informativo agli enti locali;
- il collegamento tra enti locali ed Autorità indipendente nazionale;
- la vigilanza sull'attuazione della legge e delle linee guida contenute nei piani.

Infine, per i Comuni e per le Province, il Rapporto prevede:

- attribuzione al Segretario del ruolo di responsabile della prevenzione della corruzione;
- modificazione della vigente disciplina dello *status* del Segretario, al fine di rivisitarne il tasso di fiduciarità che ne caratterizza la nomina e di ridefinirne i compiti ed i doveri di comportamento.

Un secondo gruppo di misure proposte riguarda le **regole di integrità**.

In particolare, il Rapporto prevede:

- non conferibilità di incarichi dirigenziali per coloro che, per un certo periodo di tempo, anteriormente al conferimento abbiano svolto incarichi o rivestito cariche in imprese sottoposte a regolazione, controllo o contribuzione economica da parte dell'amministrazione; abbiano fatto parte di organi di indirizzo politico; abbiano rivestito incarichi pubblici elettivi; abbiano rivestito cariche in partiti politici;
- parziale rivisitazione della disciplina delle incandidabilità e delle ineleggibilità, attraverso l'introduzione di un divieto di ricoprire cariche elettive e di governo a seguito di sentenze di condanna per alcune fattispecie di reato.

Con riferimento ai **codici di condotta**, il Rapporto prevede:

- rafforzamento del codice di comportamento dei dipendenti pubblici, chiarendone la natura di fonte che individua doveri di comportamento giuridicamente rilevanti, sanzionabili disciplinarmente;
- revisione del quadro dei doveri dei dipendenti, mediante l'espressa previsione di doveri che assicurano l'indipendenza personale del dipendente e l'esercizio imparziale delle funzioni affidate;

• adozione di codici di comportamento anche per il personale politico.

Infine, con riguardo alla **responsabilità disciplinare**, il Rapporto prevede:

- regolamentazione specifica, attraverso fonte di rango legislativo, del sistema della responsabilità disciplinare;
- integrazione delle ipotesi di licenziamento disciplinare, relativamente ai responsabili di reati contro la pubblica amministrazione;
- definizione puntuale dei caratteri di indipendenza degli organismi chiamati ad irrogare sanzioni disciplinari;
- previsione di adeguati meccanismi di trasparenza di indici relativi alla funzionalità delle procedure disciplinari e di informazioni analitiche relative alle violazioni riscontrate, ai singoli procedimenti avviati, allo stato di questi ultimi ed al loro esito, nel rispetto della normativa sulla tutela della *privacy*.

Un terzo gruppo di misure proposte riguarda il tema della **trasparenza**.

In particolare, il Rapporto prevede l'innalzamento del livello di trasparenza attraverso l'obbligo di pubblicazione di:

- dati relativi ai titolari di incarichi politici di livello statale, regionale e locale riguardanti la situazione patrimoniale complessiva del titolare al momento dell'assunzione della carica; la titolarità di imprese; le partecipazioni azionarie proprie, del coniuge e dei congiunti fino al secondo grado di parentela; i compensi cui dà diritto l'assunzione della carica in questione;
- dati reddituali e patrimoniali di alcune categorie di dipendenti pubblici, a partire da quelli con funzioni dirigenziali.

Con riferimento alla **trasparenza** e alla **procedimentalizzazione dell'attività di rappresentanza di interessi (c.d. lobbying)**, il Rapporto prevede:

- definizione, a monte, delle nozioni di "*rappresentante di interessi particolari*", "*portatore di interessi particolari*", "*decisore pubblico*", "*processi decisionali pubblici*", "*attività di rappresentanza di interessi*";
- istituzione del Registro pubblico dei rappresentati di interessi particolari, prevedendo che lo stesso sia tenuto da un'Autorità terza ed imparziale;
- definizione degli obblighi e delle responsabilità gravanti sui soggetti che svolgono attività di rappresentanza di interessi presso i decisori pubblici;
- previsione di forme di analitica relazione - imposte anche ai decisori pubblici - delle attività di rappresentazione di interessi svolte;

- elaborazione di un codice di condotta dei lobbisti;
- introduzione di un regime di incompatibilità per arginare il fenomeno del c.d. *pantouflage*: restrizioni allo svolgimento di attività di *lobbying* da parte dei pubblici ufficiali per il periodo immediatamente successivo alla cessazione dell'incarico, con particolare riferimento a coloro che hanno ricoperto incarichi pubblici negli uffici di *staff*.

In relazione al *whistleblowing*, il Rapporto prevede:

- introduzione, in analogia con altri Paesi, di un sistema premiale che incentivi le segnalazioni dell'illecito, basato sulla corresponsione di una somma di denaro parametrata in termini percentuali a quella oggetto di recupero a seguito della sentenza di condanna della Corte dei Conti per danno all'erario e danno all'immagine;
- chiara definizione dell'ambito delle informative protette e delle persone tutelate;
- elaborazione di procedure per facilitare la segnalazione di atti sospetti di corruzione, incoraggiando l'uso di protettivi canali di denuncia facilmente accessibili;
- meccanismi di protezione efficaci (es. individuazione di un organismo specifico con il potere di ricevere e di esaminare le denunce di ritorsione e/o di indagini improprie).

Con riferimento alla formazione e alla promozione della **cultura della legalità**, il Rapporto prevede:

- promozione della cultura della legalità nei confronti del personale pubblico da parte delle istituzioni pubbliche di formazione dei dipendenti;
- promozione della cultura della legalità nei confronti della società, favorendo percorsi formativi mirati, anche su indirizzo dei Ministri dell'istruzione e dell'università e della pubblica amministrazione e con il coinvolgimento delle istituzioni della società civile.

Infine, in relazione ai **codici di autoregolamentazione** delle imprese, il Rapporto prevede:

- valorizzazione degli strumenti di autoregolamentazione di cui le associazioni imprenditoriali hanno dimostrato di sapersi dotare nel contrastare il fenomeno mafioso;
- estensione, a chi non denuncia episodi di corruzione, delle misure espulsive e sospensive che Confindustria ha già adottato nei confronti di chi non denuncia di aver subito un'estorsione o altro delitto che, direttamente o indirettamente, abbiano limitato l'attività economica a vantaggio di imprese o persone riconducibili ad organizzazioni criminali.



# CONTRIBUTI DI DOTTRINA

## **“Il sistema delle impugnazioni nel processo amministrativo”**

*(Convegno in Roma, Palazzo Altieri, 19 novembre 2012)*

### ***Relazione di Ignazio Francesco Caramazza\****

*SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La crisi di trasformazione della giustizia amministrativa nel passaggio di millennio - 3. Il sistema delle impugnazioni nel codice - 4. Conclusioni.*

1. Il bel volume di Mario Sanino la cui presentazione avviene in occasione di questo convegno contiene nel suo *incipit* un richiamo all'insegnamento di Mario Nigro.

Sanino ha fatto tesoro di quell'insegnamento (uno dei cui motivi ricorrenti era l'esortazione all'approfondimento della storia della giustizia amministrativa, essenziale per comprenderne appieno l'essenza) tanto vero che il primo corposo capitolo del suo volume è dedicato proprio a quella storia, a partire addirittura dall'Editto di Saint Germain.

Non intendo certo risalire tanto addietro nel tempo e mi limiterò all'entrata in vigore della Carta repubblicana del 1947 che costituzionalizzò il sistema di giustizia esistente con tutte le sue ben note originalità e contraddizioni. Basti pensare a quella che vede contrapporre, da un lato, la qualificazione dell'interesse legittimo come posizione soggettiva sostanziale (art. 24) e, dall'altro, la qualificazione del giudizio amministrativo come giudizio sull'atto e quindi come giudizio cassatorio, inidoneo a garantire il riconoscimento di un bene della vita (art. 113). Unico elemento innovativo portato dalla Costituzione repubblicana consiste nell'introduzione del principio del doppio grado, con la previsione (art. 125) della istituzione a livello regionale di organi di giustizia amministrativa di primo grado. Previsione cui doveva

---

(\*) Avvocato Generale dello Stato, cessato dalla carica il 30 settembre 2012.

dare attuazione la legge 6 dicembre 1971 n. 1034, istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali, che, com'è noto, non contiene alcuna rivoluzionaria innovazione normativa ed appare anzi, in larga misura, rispettosa delle formule tradizionali.

Si è molto dibattuto sul “se” e sul “come” con la normativa in esame il principio del doppio grado nel giudizio amministrativo sia stato costituzionalizzato. La lettura dell'art. 109 del Codice, che prevede che il terzo interessato all'opposizione in pendenza di appello non possa proporre opposizione ma debba intervenire in tale giudizio sembrerebbe far propendere - a meno di dichiaratoria di incostituzionalità della norma - per la tesi che il principio non è stato costituzionalizzato o quanto meno che non lo è stato in via “totalizzante”. Lo stesso dicasi per il caso previsto dall'art. 104 del Codice sui motivi aggiunti in appello, che devolvono questioni non esaminate dal Tribunale amministrativo al giudizio del Consiglio di Stato, il quale deciderà, quindi, in unico grado. Analoghe considerazioni, possono svolgersi con riguardo all'art. 101 che prevede la riproposizione al giudice di appello delle domande ed eccezioni dichiarate assorbite o non esaminate in primo grado, con conseguente attribuzione al Consiglio di Stato della natura di unico giudice di merito rispetto ad esse (1).

Sembra, però, opportuno accantonare il problema e preme, invece, rilevare la singolare scelta operata dal legislatore con la costituzione di un doppio grado di giudizio mediante la tecnica di un “innesto dal basso”: cioè mediante la creazione di organi di primo grado sottordinati ad un giudice - il Consiglio di Stato - fino allora giurisdicente in unico grado e trasformato in giudice di appello.

Altra singolarità è quella della assoluta esiguità delle norme processuali dettate per regolare il doppio grado di giudizio (artt. 28, 29, 34 e 35 L. 1034/71), sì che tutto il sistema delle impugnazioni nella giustizia amministrativa appariva regolato da diverse disposizioni distinte nel tempo, derivanti da più fonti non coordinate e largamente incomplete. Oltre a quella ora citata occorre ricordare infatti le norme contenute in eterogenei testi normativi: Regolamento di procedura del Consiglio di Stato, (R.D. 17 agosto 1907 n. 642 artt. 81 e 86), T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato (R.D. 26 giugno 1924 n. 1034 art. 46), codice di procedura civile (artt. 395 e 396) Costituzione (art. 111): norme volte a regolare, rispettivamente, revocazione e ricorso per cassazione.

Tale esiguità, sempre esistita, di norme procedurali volte a regolare il processo amministrativo, non a caso venne avvertita - nonostante la sostanziale invarianza del diritto amministrativo sostanziale - con la introduzione nel sistema di giustizia dell'appello, che pacificamente è considerato il più importante mezzo di impugnazione, attese le sue caratteristiche sindacatorie sia di merito che di rito della pronuncia di primo grado e che postula, quindi, più ar-

---

(1) S. PERONGINI, *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano 2011, 303.

ticolate previsioni procedurali rispetto al giudizio in unico grado.

E sempre non a caso, nel 1983, Mario Nigro, nel suo articolo “*È ancora attuale una giustizia amministrativa?*” (2) definiva la struttura del processo amministrativo come “*rozza, invecchiata, asfittica*” ed invocava l’emanazione di un vero codice processuale amministrativo.

Come sappiamo, dovevano trascorrere quasi trenta anni prima che l’invocazione fosse accolta. Tuttavia il nostro giudice amministrativo riuscì a colmare insufficienze e lacune, forte della propria solidissima esperienza pretoria, ed agevolato anche dal fatto che l’evoluzione della giustizia amministrativa fu assai lenta fino quasi al passaggio di millennio, sì che le pur fragili strutture processuali (*rectius*: procedurali) si rivelarono sufficienti a gestire un diritto sostanziale evoluto, sì, rispetto a quello delle origini, ma che non aveva subito quel radicale mutamento - una vera e propria crisi di trasformazione - che doveva verificarsi a cavallo del passaggio di millennio e che avrebbe reso improcrastinabile l’emanazione di un codice del processo amministrativo in presenza di una gamma completa di azioni esperibili (3) e della disponibilità da parte del giudice amministrativo di un accresciuto e sostanzialmente completo strumentario decisorio, istruttorio e cautelare.

2. Crisi di trasformazione, si è detto, e non riforma perché una riforma postula un disegno unitario e coerente mentre, nella specie, si è assistito al confuso - anche se spesso sinergico - accavallarsi di iniziative assunte dai vari poteri dello Stato.

A dare il via fu il legislatore delegante della legge 15 marzo 1997, n. 59, che indicò fra i principi e criteri direttivi la “estensione della giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi compreso quello relativo al risarcimento del danno” in alcune materie, così superando un tabù più che secolare.

Seguì il legislatore delegato, con il D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80 che, nell’attuare la delega, devolvette alla giurisdizione esclusiva anche le tre nuove materie dei servizi pubblici, dell’urbanistica e dell’edilizia. Intervenero poi le Sezioni Unite della Cassazione con la celeberrima sentenza 22 luglio 1999, n. 500, che infranse il dogma della irrisarcibilità degli interessi legittimi, il Consiglio di Stato, con la pronuncia 30 marzo 2000, n. 1 dell’Adunanza Plenaria ed ancora, in dissonanza, le Sezioni Unite della Cassazione con le sentenze n. 71 e 72 del 30 marzo 2000.

Fu poi la volta della Corte costituzionale, che, con la sentenza 17 luglio 2000, n. 292, sanzionò un eccesso di delega nel decreto delegato n. 80/1998.

---

(2) In *Foro it.* 1983, V, 249.

(3) A. POLICE, *Relazione presentata al Seminario sul libro III del progetto del Codice*, tenutosi a Tor Vergata il 30 aprile 2010.

Il Parlamento, infine, con la legge 21 luglio 2000, n. 205, sostituendo, con modifiche, gli artt. 33, 34 e 35 del decreto delegato, eliminò ogni questione di eccesso di delega, ed estese la tutela risarcitoria a tutte le aree nelle quali il giudice amministrativo esercita giurisdizione.

Il risultato di questa convulsa stagione fu la fulminea accelerazione ed il compimento di tre tendenze evolutive che si erano andate lentissimamente e timidamente dipanando nell'arco di tre quarti di secolo, e precisamente:

- a) la trasformazione del criterio di discriminare fra le due giurisdizioni da quello della situazione tutelata a quello della materia;
- b) l'attribuzione al giudice amministrativo della tutela risarcitoria oltre a quella cassatoria in materia di giurisdizione esclusiva;
- c) la estensione della tutela risarcitoria ai pregiudizi derivanti dalla lesione degli interessi legittimi.

In relazione alla terza linea di tendenza sarà sufficiente un accenno alla lenta ma inesorabile espansione, nell'arco del secolo scorso (e non solo certo in Italia), dell'istituto della responsabilità civile, specialmente nella sua dimensione aquiliana (4).

Per limitarci al nostro Paese basti ricordare, in sede di puro diritto civile, l'estensione dell'istituto, dapprima limitato alle lesioni dei soli diritti assoluti, ai diritti di credito, alle *chances*, alle aspettative e, in definitiva, a qualunque attentato all'integrità del patrimonio. In sede di diritto amministrativo si rammenti la - peraltro modesta - evoluzione compiutasi in materia di reviviscenza dei diritti degradati a seguito di caducazione dell'atto degradatorio, di illegittima ricompressione di diritti espansi in virtù di procedimento poi annullato, di interessi legittimi dichiarati eccezionalmente risarcibili in ossequio ad obblighi europei (art. 13 L. 19 febbraio 1992 n. 142), di interessi legittimi dichiarati risarcibili in leggi dall'efficacia sospesa e poi abrogate, in decreti legge non convertiti dopo varie reiterazioni o in leggi recanti elaborazioni di principi e criteri direttivi mai attuati dalla normativa secondaria (5).

Inutile sottolineare come, rispetto a tali timide linee di tendenza lentissimamente evolute nell'arco di svariati decenni, il loro brusco e veloce completamento, suggellato dal crisma legislativo, sia stato avvertito come una violenta soluzione di continuità. Tanto più violenta, poi, in quanto accompagnata da una innovazione non preannunciata da alcuna sia pur timida avvisaglia, e cioè l'attribuzione alla competenza del giudice amministrativo della tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Le novità erano tante e tali da far dubitare più di un giudicante della loro conformità a Costituzione, con conseguente devolu-

---

(4) A. DE VITA, *Al crocevia degli itinerari dei diritti europei*, in *Politica del diritto*, 2000, 537.

(5) Per una compiuta rassegna di tutte le ipotesi di cui sopra, vedasi E. FOLLIERI, *Lo stato dell'arte della tutela risarcitoria degli interessi legittimi*, in *Atti del XLIII Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1998, 55 e ss.

zione alla Corte della questione di legittimità costituzionale dell'art. 7 della legge 205/2000 sotto svariati profili.

La Corte ha risposto alle attese con la famosa sentenza 204/2004 (seguita da altre che si sono messe nel solco da quella tracciato: vedasi segnatamente la sentenza 259/2009). Seguirono minori interventi normativi.

Come è noto, la Corte Costituzionale richiamò il legislatore al rispetto dell'art. 103 della Costituzione, che consente di affidare al giudice amministrativo la cognizione dei diritti soggettivi solo nelle materie che formano oggetto della giurisdizione generale di legittimità e quindi con esclusione delle materie in cui non esistano interessi legittimi e dei meri comportamenti, che non costituiscono espressione - neanche mediata - di poteri autoritativi ed al suo insegnamento si adeguarono giurisprudenza e legislazione successive.

Giova a tal punto considerare che prima di tale sentenza, i rivolgimenti di fine millennio della giustizia amministrativa e quelli successivi erano stati salutati dai commentatori in vario modo. Il tema dominante e largamente prevalente era, comunque, quello di un *requiem* per l'interesse legittimo, destinato a dissolversi nel diritto soggettivo con la perdita della funzione di discriminare delle giurisdizioni, ormai assolta dal criterio delle materie o dei "blocchi di materie".

L'anomalo sistema "dualistico" italiano (in cui cioè il contenzioso della pubblica Amministrazione è conosciuto da due distinti giudici, a seconda della situazione soggettiva dedotta in giudizio) - si diceva - ha finalmente perso la sua anomalia e si avvia a diventare monistico, come accade in tutti gli altri Stati d'Europa, nei quali uno solo è il giudice della pubblica Amministrazione: quello ordinario (ed unico) nei paesi a sistema di *common law* e quello amministrativo nei paesi a sistema di *civil law*.

L'evoluzione della giustizia amministrativa italiana sembrava incamminata lungo una via di omogeneizzazione soprattutto indotta, in realtà, dal diritto dell'unione Europea che non conosce gli interessi legittimi e con il quale appare soprattutto incompatibile la loro irrisarcibilità, tradizionalmente sancita nel nostro ordinamento.

Non a caso una delle prime e più sostanziose soluzioni di continuità legislativa nel principio di irrisarcibilità fu indotta da una direttiva europea (citata legge 19 febbraio 1992 n. 142 art. 13).

La via prescelta dal legislatore del 1997-2000 per realizzare tale risultato di omogeneizzazione fu quella di accentuare al massimo una tendenza già manifestatasi in maniera sempre meno timida in tutto il secondo cinquantennio del secolo trascorso, cioè l'espansione dell'area della giurisdizione esclusiva, sulla base di una ritenuta insussistenza di limiti costituzionali posti in materia al legislatore.

Come si è visto, la Corte Costituzionale è andata in diverso avviso ed ha delimitato con chiarezza quali siano, in proposito, i limiti del potere discrezionale del legislatore. Limiti, peraltro, tanto poco costrittivi - soprattutto se

si considera quanto spazio lasci all'interprete una locuzione quale "materia nella quale la pubblica Amministrazione esercita un potere autoritativo" - da consentire al legislatore ordinario di affidare, in sede di giurisdizione esclusiva, al giudice amministrativo italiano tutta l'area di competenza che il sistema francese affida al suo giudice amministrativo.

Anche nel diritto francese, infatti, quando l'Amministrazione "*n'use pas les prérogatives de puissance publique et se met en civil*", cioè agisce *iure privatorum*, la giurisdizione è del giudice ordinario. Lo stesso dicasi per i comportamenti, qualificabili come "*voie de fait*", cioè i comportamenti senza potere.

Sarà appena il caso di aggiungere che, naturalmente, le diverse giurisprudenze nazionali potranno divergere nel qualificare quali attività siano da considerarsi *iure gestionis* e quali comportamenti siano da qualificare "senza potere". D'altronde, anche a livello italiano, come è noto, non vi è stata concordia sul punto, fra Cassazione e Consiglio di Stato.

L'importante è che tutta l'area astrattamente disegnata dal nostro "legislatore negativo" come costituzionalmente sottratta alla giurisdizione amministrativa corrisponda concettualmente a quella pure sottratta ad essa nel più classico e tradizionale modello di giustizia amministrativa monistica continentale: quello francese.

Il paragone diventa ancora più calzante ove si pensi all'acquisto da parte del giudice amministrativo italiano della tutela risarcitoria in materia così di diritti come di interessi. Il che realizza un totalizzante contenzioso "di piena giurisdizione".

In realtà la sostanziale anomalia italiana nel quadro europeo della giustizia amministrativa non era tanto quella, formalmente più evidente, del discrimine delle giurisdizioni basato sulla dicotomia diritto-interesse legittimo quanto quella sostanziale del doppio tabù della irrisarcibilità dell'interesse legittimo e della negazione della tutela risarcitoria in sede di giustizia amministrativa, con conseguenti dinieghi di giustizia o, nella migliore delle ipotesi, necessità di defatiganti ricorsi successivi ai due ordini giurisdizionali.

Il secondo tabù fu infranto dal legislatore delegante del 1997. Il primo dalla Cassazione del 1999. Il legislatore del 2000 si limitò - se si passa la colloquiale espressione - a fare "due più due". Se il giudice amministrativo somministra anche tutela risarcitoria o se la lesione dell'interesse legittimo può causare danno risarcibile, ebbene al giudice amministrativo spetterà la relativa pronuncia.

Finalmente, dopo quasi un secolo e mezzo di travagliato percorso, il sistema italiano di giustizia amministrativa si è avviato a diventare monista (anche se di un monismo diverso da quello originariamente voluto).

La cosa più singolare - ma questo conferma che il paradosso è l'essenza della storia della nostra giustizia amministrativa - è che per giungere a questo risultato, che dà alla giurisdizione amministrativa italiana una pienezza di poteri comparabile a quella delle omologhe giurisdizioni continentali, la Corte Costi-

tuzionale ha fatto leva sulla costituzionalizzazione dell'interesse legittimo.

Cioè su di un istituto nato come "arma di guerra" (6) brandita dall'Esecutivo per difendere i propri privilegi dalle insidie del controllo giurisdizionale.

Gli anni successivi hanno poi visto Consiglio di Stato e Cassazione cimentarsi - spesso in contrasto fra loro - sulla esegesi del nuovo assetto della giustizia amministrativa.

Il codice in esame si inserisce, quindi, - anche alla luce delle finalità e dei criteri direttivi indicati nella delega di cui all'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69 - come il momento di razionalizzazione e di chiusura di quel lungo e tormentato processo evolutivo durato oltre un secolo e che ha subito, come si è visto, una vistosa accelerazione alla fine del suo lungo percorso.

Il risultato è un sistema di giustizia amministrativa completo che fornisce al giudice amministrativo un istrumentario probatorio cautelare e decisorio perfettamente comparabile a quello del giudice civile, con piena equiordinazione delle parti in causa.

3. Alle impugnazioni è dedicato il libro III del Codice, un libro snello, articolato in cinque titoli ed appena ventuno articoli, semplici e lineari, autorevolmente qualificato come il meglio scritto, il meno criticato dalla dottrina (7) ed il meno modificato in sede di intereventi correttivi dalla Commissione e dal Governo.

La delega specifica di cui all'art. 44 della L. 69/2009 muoveva da un criterio di unitarietà del sistema delle impugnazioni, e molto opportunamente il primo titolo del libro concerne le impugnazioni in generale il che costituisce una novità assoluta nella storia della normazione sul processo amministrativo (8).

Gli appena nove articoli che lo compongono vanno integrati con le disposizioni generali del libro I, segnatamente con gli articoli 38 e 39, intitolati al rinvio interno ed al rinvio esterno e che segnano una decisa inversione di tendenza rispetto al passato.

Il primo stabilisce, infatti, che le disposizioni che regolano il processo di primo grado si applicano anche al processo di impugnazione, se non espressamente derogate.

Al contrario, alla stregua della previgente normativa, nei giudizi dinanzi ai tribunali amministrativi regionali si osservavano le norme di procedura applicabili dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato (art. 19 L.

---

(6) M. NIGRO, *Ma cos'è questo interesse legittimo? Interrogatori vecchi e nuovi spunti di riflessione*, in *Foro it.*, 1982, V, 470.

(7) A. POLITI, *Interventi al Seminario sul libro III del codice*, tenutosi all'Università di Tor Vergata il 30 novembre 2010.

(8) M. LIPARI, in *Il processo amministrativo comunitario* a cura di A. QUARANTA e V. LOPILATO, Giuffrè, Milano, 2011, 685.

1034/71), applicabili, ovviamente, anche in sede di giudizi d'appello (art. 29 l. 1034/71).

Il secondo (art. 39 del codice), stabilisce che, per quanto non espressamente disciplinato, si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali, così attribuendo al codice di procedura civile il valore di legge processuale generale.

Nel sistema previgente, per contro, il vuoto normativo in proposito veniva (non di frequente) colmato dalla giurisprudenza con il ricorso ai principi generali del processo civile solo quando la *ratio* dell'istituto in esame fosse comune alle due discipline processuali, attesa la specificità del processo amministrativo (9).

Passando all'esame delle norme contenute nel libro III preciso che per evidenti ragioni di brevità, non essendo certo questa la sede per una disamina analitica, mi limiterò a brevi cenni su alcune delle novità più importanti e significative contenute nei cinque titoli del libro.

Nel titolo I sulle impugnazioni in generale vorrei ricordare due innovazioni eterogenee in quanto relative l'una ai principi fondanti del diritto processuale, l'altra a concreti problemi di quotidianità del processo.

La prima è costituita dall'art. 99 che potenzia la funzione nomofilattica dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in quanto, in linea con quanto previsto per la Corte di cassazione dall'art. 374 c.p.c., attribuisce alle decisioni dell'Adunanza carattere vincolante per i successivi giudizi (10).

Con riguardo a detta norma deve, poi, osservarsi che con il D.Lgs. 14 settembre 2012 n. 160, art. 1, comma 1, lett. o) al primo comma è stato aggiunto il periodo "*L'Adunanza plenaria, qualora ne ravvisi l'opportunità, può restituire gli atti alla sezione*".

Questa previsione non era stata proposta dalla commissione speciale del Consiglio di Stato e la relazione governativa tace in ordine alla sua *ratio*.

Come è stato autorevolmente notato la disposizione additiva lascia perplessi in quanto sembra conferire all'Adunanza Plenaria un potere discrezionale poco o punto congruente con la funzione giurisdizionale (11).

La seconda innovazione riguarda, più prosaicamente, il tema delle notifiche, risolvendo il problema (assai frequente nella pratica e non sempre dovuto a sfortunata causalità) del trasferimento del procuratore domiciliatario del soccombente nell'imminenza della scadenza del termine per l'impugnazione con il conferimento, alla parte soccombente, di adeguato rimedio.

---

(9) S. PERONGINI, *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2011, 6 e ss.

(10) M. SANINO, *Le impugnazioni nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2012, 113 ed ampia dottrina ivi citata.

(11) R. DE NICTOLIS, *Il secondo correttivo del Codice del Processo amministrativo*, in *Federalismi.it* n. 20/12.



Il secondo comma dell'art. 93 prevede, infatti, che *“Qualora la notificazione (dell'impugnazione) abbia avuto esito negativo perché il domiciliatario si è trasferito senza notificare una formale comunicazione alle altre parti, la parte che intende proporre l'impugnazione può presentare al presidente del tribunale amministrativo regionale o al presidente del Consiglio di Stato, secondo il giudice adito con l'impugnazione, un'istanza, corredata dall'attestazione dell'omessa notificazione, per la fissazione di un termine perentorio per il completamento della notificazione o per la rinnovazione dell'impugnazione”*.

Per quanto riguarda i titoli successivi, intestati all'appello, alla revocazione, all'opposizione di terzo ed al ricorso per cassazione, mi limiterò ad annotare, quanto all'appello, oltre alle osservazioni già formulate in proposito, che il codice ha recepito, in linea con la delega, tutti gli orientamenti giurisprudenziali consolidati o maggioritari, introducendo nel processo amministrativo la novità della riserva di appello (che va però necessariamente notificata).

Sulla revocazione - a parte la sostanziale identità di disciplina con l'istituto processual-civilistico (12) - sembra potersi osservare che la novità rilevante concerne i rapporti fra revocazione ed appello. La previgente normativa (art. 28 L. 1034/71) conferiva alla parte, di fronte alla sentenza di primo grado, la facoltà di optare per il ricorso in revocazione dinanzi al TAR o per l'appello al Consiglio di Stato. La nuova normativa prevede, invece, che contro la sentenza dei tribunali amministrativi regionali la revocazione è ammessa soltanto se i motivi non possono essere dedotti con l'appello.

Quanto all'opposizione di terzo, gioverà ricordare come l'opposizione ordinaria fosse stata introdotta nell'ordinamento non già dal legislatore, ma dalla Corte Costituzionale, che, con sentenza 17 maggio 1995 n. 177 dichiarò incostituzionali l'art. 36 della L. 1034/71 nella parte in cui non prevedeva l'opposizione di terzo ordinaria fra i mezzi di impugnazione della sentenza del Consiglio di Stato e l'art. 28 della stessa legge nella parte in cui non prevedeva l'opposizione di terzo ordinaria fra i mezzi di impugnazione della sentenza del tribunale amministrativo regionale divenuta giudicata.

Le incertezze insorte nella giurisprudenza amministrativa ai fini della individuazione del giudice competente a decidere l'opposizione proposta contro la sentenza di primo grado e l'orientamento di individuarlo nel giudice di appello (13) sono state superate dall'art. 109 del codice, che individua il giudice competente a conoscere dell'opposizione nel giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata, a meno che contro la stessa non venga proposto appello, nel qual caso il terzo opponente deve intervenire nel relativo giudizio.

Novità introdotta dal codice nel processo amministrativo è, poi, l'opposizione revocatoria.

---

(12) A. QUARANTA - V. LOPILATO, *op. cit.*

(13) Cons. Stato, V, 28 maggio 1997 n. 582; Ad. Plen. 11 gennaio 2007 n. 2.

Quanto, infine, al ricorso per cassazione (previsto, ovviamente, per i soli motivi inerenti alla giurisdizione), l'art. 111, modificato due volte in sede di correttivi al fine di garantire pienezza di contraddittorio, effettività della tutela cautelare e piena collaborazione fra le due giurisdizioni che giudicano il ricorso l'una nel merito e l'altra nella cautela, molto opportunamente - in pendenza del ricorso per cassazione - disciplina più dettagliatamente la fase cautelare del giudizio di sospensione della sentenza del Consiglio di Stato, giudizio che, come è ovvio, si svolge dinanzi al Consiglio di Stato stesso.

La seconda correzione, in particolare, precisa che l'ordinanza (di accoglimento o di rigetto dell'istanza di sospensiva) sia trasmessa alla cancelleria della Corte di cassazione (14).

4. Conclusivamente, può affermarsi che la codificazione, di cui il libro delle impugnazioni costituisce parte essenziale, oltre a rispondere, sul piano formale, ad esigenze di unificazione, chiarificazione e coordinamento, persegue l'obiettivo sostanziale di riconoscere al giudice amministrativo, sulla scorta dell'evoluzione normativa e della giurisprudenza di legittimità e costituzionale uno strumentario di poteri istruttori, cautelari e decisorii comparabile con quello di cui è dotato il giudice civile.

Può dirsi, quindi, che l'emanazione del Codice del processo amministrativo, costituisce una svolta epocale e, come ha affermato il Presidente de Lise nel suo discorso di insediamento alla Presidenza del Consiglio di Stato, rappresenta una "pietra miliare" che conferisce alla disciplina del processo amministrativo la stessa dignità formale degli altri rami dell'ordinamento processuale. Non a caso Mario Sanino, nella parte conclusiva del suo bel volume che oggi viene presentato, ha sottolineato un significativo valore simbolico del Codice, che rappresenta, per la disciplina del giudizio amministrativo - dopo oltre centoventi anni - una evoluzione da regola di procedura a regola di diritto processuale.

---

(14) R. DE NICTOLIS, *op. cit.*

## Translatio iudicii tra giurisdizioni e sorte dei provvedimenti cautelari

Emanuele Manzo\*

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. Declinatoria di giurisdizione, translatio iudicii e misure cautelari: l'evoluzione interpretativa. – 3. L'introduzione dell'art. 11 del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104: problematiche conseguenti. – 4. Processo cautelare civile e processo cautelare amministrativo: l'incidenza della questione di giurisdizione. – 5. Segue: la proposizione della domanda cautelare, la strumentalità delle misure cautelari e la tutela cautelare ante causam. – 6. La portata dell'art. 11, comma 7, del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104. – 7. Spunti problematici conclusivi.

### 1. Premessa.

Come è noto, l'art. 59 della legge 18 giugno 2009, n. 69, sulla scia delle storiche pronunce del 2007 della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale (1), ha normativizzato l'istituto della *translatio iudicii* tra giudice ordinario e giudice speciale (e viceversa).

Altrettanto note sono le molteplici problematiche che l'istituto, per come congegnato dal legislatore del 2009, ha sollevato: gli interrogativi e i nodi che l'interprete è chiamato a sciogliere sono infatti innumerevoli, tanto che si è da più parti evidenziata l'inadeguatezza dell'attuale testo normativo (2).

---

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

(1) Ci si riferisce, ovviamente, a Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2007, n. 4190 e Corte Cost., 12 marzo 2007, n. 77, pubblicate in *Foro it.*, 2007, I, 1009, con nota di R. ORIANI, *È possibile la "translatio iudicii" nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di Cassazione e Corte Costituzionale*; in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1577 ss., con nota di M. ACONE, *Giurisdizione e translatio iudicii... aspettando Godot*; in *Guida al dir.*, 2007, 13, 89 ss., con note di G. FINOCCHIARO, *Necessario l'intervento del legislatore per chiarire le modalità di riassunzione* e M. CLARICH, *Un istituto operativo anche in caso di errore*; in *Riv. giurisp. trib.*, 2007, 557 ss., con nota di C. GLENDI, *"Translatio iudicii" tra diverse giurisdizioni: problemi pratici e prospettive "in apicibus"*; in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), con nota di C. DELLE DONNE, *La Cassazione, la Consulta ed il principio di conservazione degli effetti della domanda proposta a giudice privo di potestas iudicandi. La parola passa ora al legislatore*; in *La giurisdizione nell'esperienza giurisdizionale contemporanea*, Milano, 2008, 183 ss., a cura di R. MARTINO, con nota di A. PANZAROLA, *"Translatio iudicii" e dichiarazione di difetto di giurisdizione*.

(2) L'intervento legislativo, sebbene relativamente recente, ha suscitato l'interesse di numerosi Autori. Tra i molteplici commenti si segnalano: C. ASPRELLA, *La translatio iudicii*, Milano, 2010, 160 ss.; F. AULETTA, *Decisione delle questioni di giurisdizione*, in *Dir. e giur.*, 2009, 400 ss.; G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della l. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 749 ss.; M. BOVE, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1295 ss.; F. CIPRIANI, *La translatio tra giurisdizioni italiane*, in *Foro it.*, 2009, V, 249 ss.; C. CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corriere giur.*, 2009, 877; ID., *La translatio iudicii tra giurisdizioni nel nuovo art. 59 della legge di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1267 ss.; G. GIOIA, in *Codice di procedura civile commentato. La riforma del 2009*, diretto da C. CONSOLO, Milano, 2009, sub art. 59, 471

Alla intrinseca contraddittorietà della disciplina posta dal citato art. 59, devono essere poi aggiunte le difficoltà di coordinamento di siffatta normativa a carattere “generale” (3) con quella, per così dire “settoriale”, introdotta dal più recente art. 11 del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (cd. codice del processo amministrativo) (4).

Con le brevi considerazioni che seguono ci si intende soffermare soltanto su uno dei profili controversi e dibattuti: quello degli effetti della declinatoria di giurisdizione, e della conseguente possibilità di *translatio iudicii*, sulle misure cautelari previamente concesse.

## 2. Declinatoria di giurisdizione, *translatio iudicii* e misure cautelari: l'evoluzione interpretativa.

La questione, ovviamente, non è del tutto nuova, in quanto il problema della sorte del provvedimento cautelare a seguito della dichiarazione di difetto di giurisdizione si poneva ancor prima che venisse introdotto il meccanismo della *translatio iudicii* tra giurisdizioni.

A dire il vero, la suesposta problematica è stata di regola affrontata in termini più generali, ossia con riferimento all'attitudine della sentenza di rigetto in rito a costituire causa di immediata caducazione del provvedimento cautelare (5). Questione che si poneva, e si pone ancora oggi, se solo si consideri che le pronunce di rigetto in rito non appaiono immediatamente riconducibili né alla previsione di cui al comma 1 dell'art. 669 *novies* c.p.c., che ricollega l'inefficacia del provvedimento cautelare all'estinzione del giudizio di merito, né a quella di cui al comma 3 del medesimo articolo, a mente del quale il provvedimento cautelare perde efficacia se con sentenza, anche non passata in giudicato, venga dichiarato “inesistente” il diritto a cautela del quale era stato concesso.

---

ss.; A. GIUSSANI, *Le novità in materia di scelta del giudice nella l. n. 69 del 2009*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 1191 ss.; S. MENCHINI, *Decisione delle questioni di giurisdizione*, in G. BALENA, R. CAPONI, A. CHIZZINI, S. MENCHINI, *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009, 252 ss.; G. MONTELEONE, *Difetto di giurisdizione e prosecuzione del processo: una confusa pagina di anomalie processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 271 ss.; A. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile*, in *Foro it.*, 2009, V, 226 ss.; E.F. RICCI, *La nuova disciplina della declinatoria di giurisdizione tra intuizioni felici e confusione di idee*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1537 ss.; G.F. RICCI, *La riforma del processo civile*, Torino, 2009, 3 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *Commento all'art. 59 della legge 18 giugno 2009, n. 69*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 1217 ss.; P. VITTORIA, *Lo statuto della questione di giurisdizione davanti al giudice ordinario e la disciplina della translatio iudicii nella l. n. 69 del 2009*, in *Giust. civ.*, 2010, 105 ss.

(3) La portata generale dell'art. 59 della legge n. 69/2009 è confermata dal fatto che tale norma non è stata inserita nel codice di procedura civile, bensì collocata in una legge speciale.

(4) Secondo G. COSTANTINO, *Note a prima lettura sul codice del processo amministrativo. Appio Claudio e l'apprendista stregone*, in *Foro it.*, 2010, V, 240, “l'introduzione, nell'art. 11, di una disciplina specifica per i giudici amministrativi diversifica, senza obiettive ragioni, gli effetti della declinatoria di giurisdizione nei processi innanzi a questi ultimi e pone inevitabili problemi di coordinamento”.

(5) Cfr. C. PUNZI, *Il Processo civile. Sistema e problematiche*, III, Torino, 2010, 54-55.

Ebbene, al riguardo, la giurisprudenza (6) la dottrina prevalenti (7) - nonostante alcune distinzioni (8) e fatto salvo, probabilmente, il caso delle misure cautelari a cosiddetta "strumentalità attenuata" (9) - hanno ritenuto che anche la sentenza di rigetto in rito, mediante una interpretazione analogica del citato art. 669 *novies* c.p.c., costituisca causa di caducazione automatica del provvedimento cautelare. Con l'unica eccezione, prospettata da una parte della dottrina (10), di quelle pronunce in rito che, pur definendo il giudizio davanti al giudice adito, ne consentono comunque la continuazione davanti ad altro giudice. Si tratta, in particolare, dei casi di rimessione della causa ad altro giudice in seguito a dichiarazione di incompetenza del giudice adito (11), ovvero in presenza di cause di connessione o di continenza.

Ciò detto, venendo alla questione della carenza di giurisdizione, nel contesto anteriore alle pronunce del 2007, alla luce del dogma della incomunica-

---

(6) Cfr. Cass., 16 settembre 1993, n. 9556, in *Dir. e giur.*, 1993, 541 ss.; Trib. Roma, 19 febbraio 1997, in *Giur. merito*, 1998, I, 236 ss, con nota di P. PECUSSI; Trib. Brescia, 16 maggio 1995, in *Foro it.*, I, 2995 ss.; Trib. Trani, 4 luglio 2000, in *Giur. merito*, 2001, I, 989 ss.

(7) A. ATTARDI, *Le nuove disposizioni sul processo civile*, Padova, 1991, 252; A. CARRATTA, *Inefficacia del sequestro pronunciato ante causam da giudice incompetente ed ambito di applicazione dell'art. 669 novies c.p.c.*, nota critica a Trib. Milano, 15 giugno 1998, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, II, 474 ss.; G. FRUS, *Commento all'art. 669 novies*, in *Le riforme del processo civile*, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 1992, 714 ss.; G. OLIVIERI, *I provvedimenti cautelari nel nuovo processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 716 ss.; A. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli 1991, 350; A. SALETTE, *Appunti sulla nuova disciplina delle misure cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 381 nota 62; F. TOMMASEO, *Commentario ai provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Corr. giur.*, 1991, 102 ss. Nello stesso senso era orientata la prevalente dottrina ancor prima che venisse introdotto l'art. 669 *novies* (ad opera della legge n. 353 del 1990): v. al riguardo V. ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, IV, Napoli, 1964, 195; S. SATTÀ, *Commentario del c.p.c.*, IV, I, Milano, 1968, 186.

(8) Cfr. Cass., 21 agosto 2007, n. 17778, secondo cui "Il provvedimento cautelare (nella specie un sequestro conservativo) non perde efficacia nel caso in cui il successivo giudizio di merito sia definito da una sentenza che dichiara nullo il ricorso, essendo prevista la caducazione del provvedimento nelle sole ipotesi tassative di cui all'art. 669 "novies" cod. proc. civ."; nello stesso senso Trib. Messina, 7 dicembre 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, 556 ss. con nota di G. NICOTINA.

(9) Sulle misure cautelari a strumentalità "attenuata" v. *infra*, 16 ss.

(10) P. LUISSO, *Diritto Processuale civile*<sup>2</sup>, IV, Milano, 1999, 178; L. MONTESANO-G. ARIETA, *Il nuovo processo civile*, Torino, 1991, 141; S. RECCHIONI, *Il processo cautelare uniforme*, Torino, 2005, 652; G. VERDE, *Appunti sul procedimento cautelare*, in *Foro it.*, 1992, V, 432 ss. In giurisprudenza cfr., Cass., 20 agosto 1998, n. 8247, secondo cui "l'incompetenza del giudice originariamente adito non comporta l'inefficacia del sequestro autorizzato dal giudice competente, essendo applicabile il generale principio di cui all'art. 50 cod. proc. civ. che vuole conservati gli effetti processuali e sostanziali connessi alla domanda, pur se proposta dinanzi a giudice incompetente, sulla base della cosiddetta *translatio iudicii*". *Contra* A. CARRATTA, *Inefficacia del sequestro pronunciato ante causam* cit., per il quale la possibilità di riassumere il giudizio dinanzi al giudice ritenuto competente non comporta che la presenza del vizio di competenza "non sia idonea ad interrompere il nesso di strumentalità tra la misura cautelare e gli effetti della pronuncia di merito, e questo proprio per la ragione che uno dei presupposti per il concretizzarsi di quel nesso di strumentalità è dato dalla coincidenza (tendenziale) fra giudice cautelare e giudice competente a conoscere del merito".

(11) Sugli effetti della *translatio iudicii* in seguito a dichiarazione di incompetenza cfr. in generale G. BONGIORNO, *Il regolamento di competenza*, Milano, 1970, 45 ss.

bilità tra giurisdizioni, risultava piuttosto agevole affermare che la dichiarazione di difetto di giurisdizione dovesse comportare *ex se* la caducazione della misura cautelare. La stessa Corte di Cassazione, del resto, aveva espressamente preso posizione in favore della “caducazione, quale necessario effetto della pronunciata declinatoria di giurisdizione del giudice amministrativo, delle ordinanze cautelari emesse nel corso dello stesso giudizio” (12).

Questa tesi, evidentemente, non poteva non essere sottoposta ad un attento e meditato ripensamento in seguito ai fondamentali interventi giurisprudenziali del 2007, sopra richiamati.

Ed in effetti, alla luce del riconoscimento del principio della salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda erroneamente proposta dinanzi a giudice carente di giurisdizione, si è altresì paventata la possibilità di riconoscere ultrattività al provvedimento cautelare concesso dal giudice successivamente dichiaratosi sfornito di giurisdizione (13).

In altri termini, è progressivamente maturata l’idea che il provvedimento cautelare già concesso, stante la riconosciuta permeabilità tra le giurisdizioni, in forza dell’ormai ammessa possibilità di traslare il giudizio dinanzi ad altro plesso giurisdizionale, non possa più venir meno per il solo fatto che sia intervenuta una declinatoria di giurisdizione. Difatti, non essendo la decisione che neghi la giurisdizione idonea a caducare *tout court* l’attività precedentemente svolta, ne dovrebbe ragionevolmente conseguire anche la “salvezza” delle misure cautelari già emanate. Ciò che conta, al fine di garantire la predetta “salvezza”, è che sia evitata l’estinzione del processo mediante la sua tempestiva trasmigrazione dinanzi all’organo giurisdizionale indicato come munito di *potestas iudicandi* (14).

Spostando per un momento l’attenzione sul versante della giurisprudenza amministrativa, si deve tuttavia notare che essa, nonostante il *revirement* giurisprudenziale del 2007, aveva manifestato un atteggiamento più cauto e probabilmente incline ad una conservazione del tradizionale orientamento. I giudici amministrativi, infatti, hanno continuato a ribadire che, sebbene in forza della *translatio iudicii* non sono pregiudicati gli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta dinanzi a giudice carente di giurisdizione, resta comunque ferma “la naturale e automatica cessazione degli effetti del decreto cautelare presidenziale eventualmente concesso *inaudita altera parte* in questa procedura” (15).

L’affermazione del giudice amministrativo, sebbene testualmente riferita

(12) Cass., Sez. Un., 29 settembre 2003, n. 14489.

(13) Per una completa analisi del problema dell’efficacia dei provvedimenti cautelari emessi da giudice incompetente e sfornito di giurisdizione si rinvia a P. VITTORIA, *Translatio iudicii e giurisdizione cautelare*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 447 ss.

(14) In verità, come si dirà successivamente, la mancata tempestiva riassunzione del processo non potrebbe nemmeno reputarsi idonea a caducare le misure cautelari cd. anticipatorie (v. *infra*, 16 ss.).

al decreto cautelare, sembra potenzialmente idonea ad assumere valenza generale: da essa potrebbe infatti inferirsi un principio in forza del quale qualsivoglia misura cautelare, in seguito alla declaratoria di difetto di giurisdizione, debba essere *naturaliter* caducata (16).

Al riguardo, sembra sufficiente anticipare, per il momento, che - per le ragioni che verranno successivamente esaminate - il più cauto atteggiamento manifestato dalla giurisprudenza amministrativa trova, con ogni probabilità, una sua razionale giustificazione tutta interna a quello che è il sistema processuale amministrativo.

Ovviamente, la problematica della sorte dei provvedimenti cautelari a seguito della sopravvenuta declinatoria di giurisdizione si è riproposta all'attenzione degli interpreti nel momento in cui il legislatore, in ossequio all'autorevole esortazione della Corte Costituzionale (17), ha introdotto e disciplinato il meccanismo della *translatio iudicii* tra giurisdizioni.

---

(15) Cfr. Tar Campania-Napoli, 2 febbraio 2009, n. 555; Tar Campania-Napoli, 2 marzo 2009, n. 1194; Tar Campania-Napoli, 4 giugno 2009, n. 3067.

(16) Invero, non ci si può esimere dall'evidenziare che, nel processo amministrativo, ai sensi del previgente art. 21, comma 9, della legge n. 1034 del 1971, il decreto cautelare presidenziale era efficace sino alla pronuncia del collegio e che, come precisa l'attuale art. 56, comma 4, c.p.a., il decreto perde efficacia se il collegio, nella successiva camera di consiglio, non provvede sulla domanda cautelare. Ne deriva, pertanto, che l'efficacia del decreto presidenziale, almeno nel processo amministrativo, è inevitabilmente e necessariamente limitata alla data della successiva camera di consiglio, a prescindere dal fatto che il collegio, in quella sede, abbia o meno provveduto sulla domanda cautelare. Ebbene, se così è, ne deriva che la statuizione del giudice amministrativo, contenuta nelle pronunce richiamate nella precedente nota, circa "la naturale e automatica cessazione degli effetti del decreto cautelare presidenziale", si rivela in primo luogo superflua, atteso che, come detto, è lo stesso legislatore che contempla espressamente, e senza alcuna eccezione, siffatta caducazione. Ma soprattutto, si tratta di statuizione che - per come inserita nel corpo della motivazione - sembra idonea a far sorgere il dubbio che essa sia in realtà preordinata a precisare - limitandola - la portata del principio della salvezza degli effetti della domanda proposta dinanzi a giudice carente di giurisdizione. Infatti, in tutte le pronunce del Tar Campania prima richiamate si afferma che "la recente pronuncia della Corte costituzionale 12 marzo 2007, n. 77 ha chiarito che, in sede di *translatio iudicii*, non sono pregiudicati gli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta dinanzi al giudice carente di giurisdizione" ma che ciononostante, ossia quasi a voler limitare la portata di tale innovativo principio, resta comunque ferma "la naturale e automatica cessazione degli effetti del decreto cautelare presidenziale eventualmente concesso *inaudita altera parte* in questa procedura".

In sostanza, la conclusione cui giunge il giudice amministrativo non sembra tanto fondata sulle intrinseche ed oggettive peculiarità del decreto cautelare (destinato inevitabilmente a venir meno), quanto sul principio per cui la declinatoria di giurisdizione, se è vero che fa salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda, non può tuttavia reputarsi idonea a far salve anche le misure cautelari già concesse. Pertanto, così ragionando, non sembrerebbe affatto azzardato voler individuare in tali pronunce i sintomi di un diverso modo di atteggiarsi, da parte della giurisprudenza amministrativa, alla problematica che qui ci occupa.

(17) Si legge nella sentenza Corte Cost., 12 marzo 2007, n. 77 che "La disciplina legislativa che, con l'urgenza richiesta dall'esigenza di colmare una lacuna dell'ordinamento processuale, verrà emanata, sarà vincolata solo nel senso che essa dovrà dare attuazione al principio della conservazione degli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione nel giudizio ritualmente riattivato - a seguito di declinatoria di giurisdizione - davanti al giudice che ne è munito".

In verità, l'art. 59 della legge n. 69 del 2009 (18) ha del tutto ignorato la problematica che qui interessa: nessuna disposizione regola infatti il fenomeno della sorte dei provvedimenti cautelari emanati dal giudice che abbia poi declinato la giurisdizione.

Nonostante ciò, nel silenzio del legislatore, gran parte della dottrina processualcivilistica ha avuto buon gioco a ribadire l'idea già maturata dopo le pronunce del 2007. Vale a dire: la declinatoria di giurisdizione non può comportare la caducazione automatica della misura cautelare previamente concessa, dal momento che la valida e tempestiva riassunzione del processo dinanzi al giudice "giurisdizionalmente competente" è di per sé idonea a far salva l'attività processuale svolta dinanzi al primo giudice (19).

Ne deriva che alla pronuncia in rito che dichiara il difetto di giurisdizione può riconoscersi, secondo una efficace espressione, "una attenuata idoneità definitoria del processo" (20), dal momento che essa, pur valendo a chiudere il giudizio dinanzi al giudice adito, non comporta una sua definizione in senso proprio, lasciando comunque aperta la possibilità di una sua continuazione davanti ad un diverso giudice. Pertanto, l'attività giurisdizionale - compresa quella cautelare - svolta dinanzi al primo giudice, poi dichiaratosi privo di giurisdizione, potrà essere conservata qualora il medesimo processo prosegua dinanzi al giudice fornito di giurisdizione.

---

(18) L'art. 59 della legge n. 69 del 2009 dispone che "1. Il giudice che, in materia civile, amministrativa, contabile, tributaria o di giudici speciali, dichiara il proprio difetto di giurisdizione indica altresì, se esistente, il giudice nazionale che ritiene munito di giurisdizione. La pronuncia sulla giurisdizione resa dalle sezioni unite della Corte di cassazione è vincolante per ogni giudice e per le parti anche in altro processo.

2. Se, entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia di cui al comma 1, la domanda è riproposta al giudice ivi indicato, nel successivo processo le parti restano vincolate a tale indicazione e sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe prodotto se il giudice di cui è stata dichiarata la giurisdizione fosse stato adito fin dall'instaurazione del primo giudizio, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute. Ai fini del presente comma la domanda si ripropone con le modalità e secondo le forme previste per il giudizio davanti al giudice adito in relazione al rito applicabile.

3. Se sulla questione di giurisdizione non si sono già pronunciate, nel processo, le sezioni unite della Corte di cassazione, il giudice davanti al quale la causa è riassunta può sollevare d'ufficio, con ordinanza, tale questione davanti alle medesime sezioni unite della Corte di cassazione, fino alla prima udienza fissata per la trattazione del merito. Restano ferme le disposizioni sul regolamento preventivo di giurisdizione.

4. L'inosservanza dei termini fissati ai sensi del presente articolo per la riassunzione o per la prosecuzione del giudizio comporta l'estinzione del processo, che è dichiarata anche d'ufficio alla prima udienza, e impedisce la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda.

5. In ogni caso di riproposizione della domanda davanti al giudice di cui al comma 1, le prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate come argomenti di prova".

(19) C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*<sup>2</sup>, II, *Profili generali*, Torino, 2012, 65; S. MENCHINI, *Decisione delle questioni di giurisdizione*, cit., 261; A. GIUSSANI, *Le novità in materia di scelta del giudice nella l. n. 69 del 2009*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 1203.

(20) Cfr. E. MERLIN, *I limiti temporali di efficacia, la revoca e la modifica*, in *Il nuovo processo cautelare*, a cura di G. TARZIA, Padova, 1993, 321.



Non v'è dubbio che il quadro brevemente delineato appaia pienamente coerente con l'innovata concezione della giurisdizione, la cui carenza, al pari di quanto già paventato per la competenza, non si rivela più idonea a sancire la definitiva chiusura in rito del processo. Del resto, se con riguardo alla declinatoria di competenza, come già detto, era diffusa l'idea che il provvedimento cautelare emanato dovesse comunque conservare la sua efficacia (21), analoga soluzione potrebbe oggi ragionevolmente imporsi anche con riferimento alla declinatoria di giurisdizione (22).

Ciò posto, sembra tuttavia doveroso precisare che, anche a voler ritenere, come sembra opportuno, che le misure cautelari emanate dal giudice poi dichiaratosi sfornito di giurisdizione debbano comunque restare in vita, tali misure, una volta che sia stata effettuata la trasmigrazione del giudizio, "possono essere modificate, anche profondamente, dal giudice innanzi a cui la causa verrà riassunta qualora diverse siano le regole dettate in proposito dalle norme disciplinanti la tipologia di misure cautelari nella sua giurisdizione" (23). In sostanza, si dovrà pur sempre verificare se, trasmigrato il giudizio, sia necessario rimodulare le misure cautelari concesse, al fine di adeguarle alle tutele di merito che possono essere concesse dal giudice *ad quem* e al fine di renderle compatibili con le regole processuali vigenti dinanzi a quell'organo giurisdizionale. Ciò significa che la misura cautelare potrà essere revocata se non contemplata affatto dalle norme che regolano il giudizio *ad quem* (24); oppure potrà essere modificata se la posizione soggettiva, per la quale era stata concessa cautela nel giudizio *a quo*, sia tutelata da un'altra tipologia di provvedimento nel giudizio *ad quem* (25).

Fatta questa doverosa precisazione, l'evidente pregio della suesposta ricostruzione sta nel fatto che essa si rivela idonea a garantire la continuità - ed

---

(21) V. Autori *sub* nota 10; Cfr. E. MERLIN, *Le cause della sopravvenuta inefficacia del provvedimento*, in *Il processo cautelare*<sup>4</sup>, a cura di G. Tarzia e A. SALETTI, Padova, 2011, 459.

(22) Tale rilievo è operato da G. IMPAGNATIELLO, *Le novità in tema di giurisdizione e competenza*, § 7 della relazione svolta all'incontro di studio "La nuova riforma del processo civile", tenutosi il 2 e 3 ottobre 2009 nell'Università di Foggia, e reperibile in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), il quale effettua anche un parallelo con il processo penale, laddove la sopravvivenza del provvedimento cautelare alla declinatoria di competenza è espressamente prevista dall'art. 27 c.p.p., a norma del quale "le misure cautelari disposte dal giudice che, contestualmente o successivamente, si dichiara incompetente per qualsiasi causa cessano di avere effetto se, entro venti giorni dalla ordinanza di trasmissione degli atti, il giudice competente non provvede a norma degli artt. 292, 317 e 321".

(23) C. CONSOLO, *La translatio iudicii*, cit., 1272; in modo analogo anche C. GLENDI, *La circolarità dell'azione tra le diverse giurisdizioni nell'ordinamento nazionale*, in *Proc. trib.*, 2009, 2655 ss.; B. RAGANELLI, *L'evoluzione della giurisprudenza e il recente intervento del legislatore in tema di translatio iudicii*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 789 ss.

(24) Nel processo tributario, ad esempio, l'unica misura cautelare applicabile è la sospensione dell'esecuzione dell'atto impositivo impugnato, ai sensi dell'art. 47 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546.

(25) Sulla revoca e modifica dei provvedimenti cautelari cfr. in generale G. BASILICO, *La revoca dei provvedimenti civili contenziosi*, Padova, 2001, 241 ss.

in definitiva l'effettività - della tutela cautelare (26), evitando che, nel passaggio da una giurisdizione all'altra, possano prodursi pericolosi vuoti di tutela. Si evita, cioè, che la parte che nel giudizio *a quo* aveva beneficiato della concessione di un provvedimento cautelare possa poi, a causa della sopravvenuta declinatoria di giurisdizione, rimanere temporaneamente sprovvista di cautela, con il conseguente rischio di veder vanificata l'utilità della futura decisione di merito.

### 3. *L'introduzione dell'art. 11 del D.Lgs. 2 luglio 2012, n. 104: problematiche conseguenti.*

Siffatta ricostruzione subisce, tuttavia, un importante e, per certi versi inaspettato, "sconvolgimento" in seguito all'approvazione del D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, meglio noto come codice del processo amministrativo (in seguito c.p.a.).

Il legislatore ha infatti introdotto, all'art. 11 c.p.a. (27), una disciplina specifica in materia di *translatio iudicii*, che in più punti si discosta dal già esistente art. 59 della legge n. 69 del 2009 e che ha posto, come si è già anticipato, inevitabili problemi di coordinamento.

Ebbene, rispetto al tema che qui ci occupa, è dato registrare, in evidente controtendenza rispetto all'intervento legislativo del 2009, una precisa presa di posizione del legislatore che, al comma 7 dello stesso articolo, ha stabilito che "Le misure cautelari perdono la loro efficacia trenta giorni dopo la pubblicazione del provvedimento che dichiara il difetto di giurisdizione del giudice che le ha emanate. Le parti possono riproporre le domande cautelari al

---

(26) Cfr. M. MUSCARDINI, *Giurisdizione e competenza*, in *Il processo cautelare*<sup>4</sup>, a cura di G. TARZIA e A. SALETTI, Padova, 2011, 363.

(27) Ai sensi dell'art. 11 c.p.a.: "1. Il giudice amministrativo, quando declina la propria giurisdizione, indica, se esistente, il giudice nazionale che ne è fornito.

2. Quando la giurisdizione è declinata dal giudice amministrativo in favore di altro giudice nazionale o viceversa, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute, sono fatti salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda se il processo è riproposto innanzi al giudice indicato nella pronuncia che declina la giurisdizione, entro il termine perentorio di tre mesi dal suo passaggio in giudicato.

3. Quando il giudizio è tempestivamente riproposto davanti al giudice amministrativo, quest'ultimo, alla prima udienza, può sollevare anche d'ufficio il conflitto di giurisdizione.

4. Se in una controversia introdotta davanti ad altro giudice le Sezioni Unite della Corte di cassazione, investite della questione di giurisdizione, attribuiscono quest'ultima al giudice amministrativo, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute, sono fatti salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda, se il giudizio è riproposto dalla parte che vi ha interesse nel termine di tre mesi dalla pubblicazione della decisione delle Sezioni Unite.

5. Nei giudizi riproposti, il giudice, con riguardo alle preclusioni e decadenze intervenute, può concedere la rimessione in termini per errore scusabile ove ne ricorrano i presupposti.

6. Nel giudizio riproposto davanti al giudice amministrativo, le prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate come argomenti di prova.

7. Le misure cautelari perdono la loro efficacia trenta giorni dopo la pubblicazione del provvedimento che dichiara il difetto di giurisdizione del giudice che le ha emanate. Le parti possono riproporre le domande cautelari al giudice munito di giurisdizione".

giudice munito di giurisdizione” (28).

In sostanza, viene sancito un principio di efficacia temporanea e limitata della misura cautelare concessa dal giudice che si sia poi dichiarato sfornito di potere giurisdizionale.

Una soluzione, quest’ultima, che è stata definita di “compromesso” e che, si è detto, potrebbe rappresentare un ragionevole punto di equilibrio (29). In questa ottica, il legislatore del processo amministrativo avrebbe contemperato due esigenze: da un lato, quella di evitare la caducazione automatica della misura cautelare, con conseguente superamento di eventuali tesi - potenzialmente ricavabili da quelle pronunce dei giudici amministrativi di cui si è prima dato conto (30) - favorevoli a siffatta caducazione nonostante la riconosciuta possibilità di *translatio*; dall’altro, quella di evitare una ultrattività temporalmente indefinita della misura cautelare concessa dal giudice *a quo*, preservandone l’efficacia per un breve periodo di trenta giorni, ma facendo comunque salva la facoltà di riproporre le istanze cautelari dinanzi al giudice munito di giurisdizione.

L’art. 11, comma 7, c.p.a. consente quindi di affermare che, quanto meno con riferimento alle misure cautelari concesse dal giudice amministrativo, esclusa una loro immediata inefficacia a seguito di declinatoria di giurisdizione, deve invece essere riconosciuta una loro limitata ultrattività. Tale ultrattività, ed è questo l’aspetto essenziale, non è peraltro garantita a condizione che il giudizio sia stato riassunto o la domanda tempestivamente riproposta dinanzi al legittimo organo giurisdizionale, nel rispetto cioè del termine di tre mesi dal passaggio in giudicato della declinatoria di giurisdizione. Essa è infatti temporalmente limitata al più breve periodo di trenta giorni dalla pubblicazione della declinatoria di giurisdizione: sussiste, in sostanza, uno sfasamento temporale tra il termine finale di efficacia temporanea delle misure cautelari e quello entro il quale effettuare la traslazione processuale (31).

La *ratio* sottesa al settimo comma dell’art. 11 c.p.a., individuabile, come detto, nella volontà di limitare nel tempo l’efficacia della misura cautelare concessa da un giudice che non sarebbe stato legittimato a concederla - in

---

(28) Secondo C. CONSOLO, *Translatio iudicii e compiti del regolamento di giurisdizione, con esame anche dell’incidenza scoordinata del nuovo “codice della giustizia amministrativa”*, in *Corr. giur.*, 2010, 769, “Poiché la *translatio* importa la prosecuzione del medesimo procedimento, una previsione esplicita in punto di efficacia delle misure cautelari disposte nella sua “prima tranche”, dopo la chiusura in mero rito, era invero necessaria, pena una gravissima incertezza, e tutti i problemi ad essa connessi con un moto pendolare fra immediato venir meno e proroga *sine die* salva revoca o modifica ex art. 669 *decies* c.p.c.”.

(29) M. SICA, in *Codice del nuovo processo amministrativo*, a cura di F. CARINGELLA e M. PROTTO, Roma, 2010, *sub* art. 11, 245. Anche secondo G. BATTAGLIA, *Riparto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 101, “la scelta del legislatore pare collocarsi a metà tra l’opzione della perdita di efficacia dei provvedimenti cautelari e l’opzione della conservazione dell’efficacia dei provvedimenti stessi”.

(30) V. *supra* pag. 4 (in particolare *sub* note 13 e 14).

(31) F. TALLARO, in *Codice del processo amministrativo*, a cura di R. GAROFOLI, 2010, *sub* art. 11, 160.

quanto privo di potere giurisdizionale - non costituisce, in verità, un *unicum* all'interno del sistema processuale amministrativo.

Una norma del tutto analoga è infatti prevista in materia di *translatio* a seguito di dichiarazione di incompetenza, dal momento che l'art. 15 c.p.a., ai commi 7 e 8, stabilisce che "I provvedimenti cautelari pronunciati dal giudice dichiarato incompetente perdono efficacia alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di pubblicazione dell'ordinanza che regola la competenza" e "La domanda cautelare può essere riproposta al giudice dichiarato competente".

Ed ancora, in tema di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, con riferimento all'ipotesi della sua trasposizione in sede giurisdizionale, è previsto che "Le pronunce sull'istanza cautelare rese in sede straordinaria perdono efficacia alla scadenza del sessantesimo giorno successivo alla data di deposito dell'atto di costituzione in giudizio previsto dal comma 1. Il ricorrente può comunque riproporre l'istanza cautelare al tribunale amministrativo regionale" (art. 48, comma 2, c.p.a.).

In sostanza, il minimo comune denominatore delle citate disposizioni sta nella volontà di garantire la continuità della tutela cautelare soltanto per un limitato arco temporale, tendenzialmente breve, facendo ovviamente salva la riproponibilità dell'istanza cautelare dinanzi al legittimo organo giurisdizionale.

Come era ovvio che fosse, l'introduzione dell'art. 11, comma 7, c.p.a. non poteva non mettere in crisi le certezze cui era pervenuta la dottrina processualcivile che aveva affrontato il tema dei rapporti tra giurisdizione e tutela cautelare (32).

La norma *de qua* ha infatti disorientato la dottrina del processo civile, facendo sorgere il seguente interrogativo: il principio della caducazione del provvedimento cautelare, dopo che sia decorso il termine di trenta giorni, codificato all'art. 11, comma 7, c.p.a., deve reputarsi applicabile a qualsivoglia ipotesi di *translatio iudicii* o, al contrario, deve trovare applicazione limitata alle sole misure cautelari concesse dal giudice amministrativo, poi dichiaratosi sfornito di giurisdizione?

A tale interrogativo potrebbe essere offerta una risposta immediata, destinata però a rivelarsi semplicistica ed approssimativa, limitandosi cioè a notare che, attesa la collocazione sistematica della norma *de qua* - inserita in un codice "settoriale" e non in un testo normativo di portata generale, quale è invece l'art. 59 della legge n. 69 del 2009 - se ne dovrebbe allora dedurre, per ciò solo, una sua applicazione circoscritta al processo amministrativo.

Un siffatto modo di ragionare non sarebbe tuttavia esente da critiche, dal momento che, ogni qualvolta viene in considerazione una norma che disciplini

---

(32) Nota infatti S. MENCHINI, *Eccezione di giurisdizione, regolamento preventivo e translatio: il codice di rito e il nuovo codice della giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 2011, 227, che il legislatore del processo amministrativo è andato di diverso avviso rispetto alla dottrina.

la trasmigrazione del processo da un organo giurisdizionale ad un altro, ci si trova inevitabilmente dinanzi a norme che regolano fattispecie che riguardano più giudici, e che, più in particolare, disciplinano il regime di atti che, emanati da un giudice, devono essere poi presi in considerazione nel giudizio trasmigrato dinanzi al diverso giudice. In altri termini, non sembra che alla collocazione sistematica della norma possa attribuirsi rilievo dirimente ai fini della risoluzione della problematica che qui si è posta.

Altrettanto errata sarebbe un'interpretazione che volesse fondarsi esclusivamente sul dato letterale dell'art. 11 c.p.a. Secondo una certa ricostruzione, la tecnica di redazione dei vari commi che compongono l'art. 11 c.p.a. non sarebbe uniforme: in particolare, mentre i commi 1, 2, 3, 4, 6 dell'art. 11 c.p.a. sarebbero dettati con specifico riferimento al processo amministrativo - riproducendo, senza elementi di novità, le previsioni già contenute nell'art. 59 della legge n. 69 del 2009 - i commi 5 e 7 avrebbero una portata generica, riferendosi al "giudice" senza alcuna specificazione, e sarebbero quindi suscettibili di applicazione generalizzata (33). In verità, anche il tenore letterale dell'art. 11 c.p.a., isolatamente considerato, non sembra di per sé idoneo a fornire una risposta appagante all'interrogativo sollevato.

#### *4. Processo cautelare civile e processo cautelare amministrativo: l'incidenza della questione di giurisdizione.*

A ben vedere, per dissipare ogni dubbio circa il reale campo d'applicazione del comma 7 dell'art. 11 c.p.a., l'unica strada che si rivela percorribile è quella che muova da un raffronto, ovviamente circoscritto alla questione che qui si è posta, tra il sistema di tutela cautelare predisposto nel codice di procedura civile e quello congegnato dal legislatore del processo amministrativo (34). Soltanto una siffatta indagine consentirà infatti di chiarire se la norma *de qua* debba reputarsi applicabile anche alle misure cautelari concesse dal giudice ordinario che si dichiari sfornito di giurisdizione (35) - potendosi quindi ad essa attribuire portata generalizzante - o se, al contrario, si tratti di

---

(33) M. SICA, *op.cit.*, 220 ss., il quale tuttavia precisa che sia il comma quinto che il comma settimo dell'art. 11 sarebbero, altresì, "espressione di principi generali e quindi, in quanto tali, applicabili in ogni processo, salve espresse e contrarie disposizioni di legge".

(34) Sul processo cautelare amministrativo v. ampiamente A. PANZAROLA, in *Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, a cura di B. SASSANI e R. VILLATA, Torino, 2012, 813 ss.; M.V. LUMETTI, *Processo amministrativo e tutela cautelare*, Padova, 2012.

(35) Lo stesso dicasi per i giudizi contabili: è opportuno precisare che le regole contenute nel codice di procedura civile si applicano anche ai giudizi dinanzi alla Corte dei Conti, in forza del rinvio contenuto nell'art. 26 del regolamento di procedura (R.D. 13 agosto 1933, n. 1038). Nel processo tributario, invece, considerato che l'unica misura cautelare prevista è la sospensione dell'atto impositivo impugnato (art. 47 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546) la complessiva problematica assume, probabilmente, una portata meno rilevante.

norma che trova una coerente giustificazione esclusivamente nell'alveo del processo amministrativo.

Al fine di compiere tale indagine, sembra preliminarmente opportuno verificare quale sia, in ambedue i sistemi processuali, l'incidenza che esplica la questione di giurisdizione sull'esercizio del potere cautelare.

Nel sistema processuale civile è certamente possibile, almeno in determinati casi, che un giudice, sebbene privo di potere giurisdizionale, possa legittimamente emanare misure cautelari.

Ci si vuole innanzitutto riferire agli artt. 669 *ter* e *quater* c.p.c. (nonché all'art. 10 della legge n. 218/1995 e all'art. 31 del Reg. CE n. 44/2001 (36)) che consentono espressamente al giudice italiano del luogo in cui deve essere eseguito il provvedimento cautelare di emanare tale provvedimento anche ove competente nel merito sia il giudice straniero. Orbene, essendo espressamente contemplata la circostanza che un giudice non munito di giurisdizione - in un'ipotesi in cui, tra l'altro, ancora non opera la *translatio iudicii* - possa concedere misure cautelari, si è detto che *a fortiori* tale possibilità deve essere ammessa laddove la *translatio* sia possibile - ossia qualora si tratti di difetto di giurisdizione nei confronti di altro giudice italiano (37).

Anche a non voler attribuire rilievo determinante alla fattispecie, probabilmente eccezionale, sopra considerata, deve comunque tenersi presente che, ai sensi dell'art. 669 *quater*, comma 2, c.p.c. il giudice *a quo* potrebbe concedere misure cautelari dopo la proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione, anche laddove, ritenendo evidentemente fondato il dubbio circa la sussistenza della propria giurisdizione, abbia sospeso il processo *ex art.* 367 c.p.c.

Da tali previsioni normative parte della dottrina ha ricavato il principio secondo cui i limiti imposti dalle diverse giurisdizioni non dovrebbero ostacolare l'esercizio della tutela cautelare (38). Soluzione che trova oggi ulteriore giustificazione alla luce della riconosciuta possibilità di trasmigrazione del giudizio dinanzi al giudice munito di giurisdizione, diretta proprio ad impedire che l'errore nella scelta del giudice possa vanificare l'effettività della tutela giurisdizionale (39).

---

(36) Per un'attenta disamina dell'art. 31 del Reg. 44/2001 cfr. F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia della decisione straniera nel regolamento (CE) n. 44/2001*, Padova, 2006, 281 ss.

(37) G. IMPAGNATIELLO, *op. cit.*, § 7; M. MUSCARDINI, *op. cit.*, 330.

(38) M. MUSCARDINI, *op. cit.*, 358.

(39) P. VITTORIA, *op. cit.*, 465; R. BARBIERI, *Translatio iudicii e caducazione dei provvedimenti cautelari nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1458.

(39) Una parte della dottrina ha evidenziato che ciò, tuttavia, non significa postulare l'assoluta irrilevanza del difetto di giurisdizione sull'efficacia delle misure cautelari. Sembrerebbe infatti indubitabile, si è detto, che il provvedimento cautelare concesso da giudice poi dichiaratosi privo di giurisdizione, possa essere reclamato o revocato prima che sia stato confermato dal giudice *ad quem*, e che, una volta che sia stato accertato e dichiarato il difetto di giurisdizione, non potrà che derivarne, quale ovvia conseguenza, la sua caducazione. (cfr. *Codice di procedura civile commentato*, a cura di C. CONSOLO, 2010,

Spostando a questo punto l'attenzione alla corrispondente disciplina del processo amministrativo, si notano subito alcune differenze di non scarso rilievo.

Il vecchio art. 30, comma 2, della legge n. 1034 del 1971 (cd. legge Tar) (40), abrogato in seguito all'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, consentiva al giudice, a fronte della proposizione del regolamento preventivo di giurisdizione, di concedere ugualmente la tutela cautelare richiesta. In sostanza, tale norma ricalcava la simmetrica disciplina prevista nel codice di procedura civile.

Al contrario, il nuovo art. 10, comma 2, c.p.a., nel disciplinare l'istituto del regolamento di giurisdizione, ha optato per una soluzione radicalmente diversa. Tale norma, infatti, prevede che "nel giudizio sospeso possono essere chieste misure cautelari, ma il giudice non può disporle se non ritiene sussistente la propria giurisdizione".

Tale previsione ha quindi introdotto un obbligo, per il giudice cui sia stata richiesta l'emanazione di una misura cautelare, di previa valutazione circa la sussistenza della propria giurisdizione. Non sembra azzardato affermare che in questo modo si sia resa estremamente improbabile la concessione di misure cautelari nel corso di un processo amministrativo che sia stato sospeso in seguito alla proposizione di un regolamento di giurisdizione. È di tutta evidenza, infatti, che se il giudice ritiene di dover sospendere il processo di merito, non reputando cioè infondata la contestazione della sua giurisdizione, difficilmente potrà poi convincersi del contrario nel momento in cui è investito dell'istanza cautelare. In concreto, l'effetto che la norma presumibilmente produrrà sarà quello di rendere sporadica la concessione di misure cautelari ogni qualvolta il giudice, per aver ritenuto l'istanza di regolamento di giurisdizione non manifestamente inammissibile o la contestazione della giurisdizione non manifestamente infondata, abbia di conseguenza disposto la sospensione del processo.

Tralasciando in questa sede i dubbi, paventati dai primi commentatori (41), circa la ragionevolezza e la legittimità costituzionale della norma *de qua*, non può negarsi che la stessa appaia comunque espressiva di una precisa vo-

2335; R. BARBIERI, *Translatio iudicii e caducazione dei provvedimenti cautelari nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1458).

Al riguardo, si è anche notato che problema di non facile soluzione è se il giudice del reclamo o della revoca debba decidere in base al proprio convincimento sulla sussistenza della giurisdizione, ovvero semplicemente prendere atto della dichiarazione di difetto di giurisdizione già emessa. In particolare, ci si deve chiedere se la declinatoria di giurisdizione possa valere di per sé quale mutamento delle circostanze sopravvenute, tale da giustificare l'accoglimento del reclamo e, in mancanza, la modifica o revoca del provvedimento cautelare da domandare al giudice *ad quem* (cfr. *Codice di procedura civile commentato*, a cura di C. CONSOLO, 2010, 2335).

(40) L'art. 30, comma 2, della legge n. 1034/1971 così disponeva: "Nei giudizi innanzi ai tribunali amministrativi è ammessa domanda di regolamento preventivo di giurisdizione a norma dell'articolo 41 del codice di procedura civile. La proposizione di tale istanza non preclude l'esame della domanda di sospensione del provvedimento impugnato".

(41) M. SICA, *op. cit.*, sub art. 10, 192; R. BARBIERI, *op. cit.*, 1468.

*luntas legis*: evitare che, nel processo amministrativo, la misura cautelare sia emanata da un giudice che nutra dubbi sulla sua giurisdizione e, per l'effetto, limitare la concessione di provvedimenti cautelari alla previa positiva verifica circa la sussistenza del potere giurisdizionale.

Se così è, sembra allora possibile trarre una prima conclusione: se è vero che nel processo civile non è escluso che un giudice privo di giurisdizione possa ugualmente concedere una misura cautelare, è altrettanto vero che siffatta possibilità deve essere negata nel processo amministrativo. In altri termini, se nel processo civile l'urgenza del provvedere prevale sulla valutazione relativa alla sussistenza della giurisdizione, nel processo amministrativo vale il contrario: in tanto sarà concessa cautela all'interesse o al diritto da tutelare, in quanto il giudice adito abbia preliminarmente ritenuto di essere fornito di *potestas iudicandi*.

A questo punto, stante l'incidenza che, nel processo cautelare amministrativo, è attribuita alla questione di giurisdizione, possono probabilmente già comprendersi le ragioni per le quali il legislatore, con il comma 7 dell'art. 11 c.p.a., abbia voluto regolare espressamente la problematica della sorte dei provvedimenti cautelari. Si è infatti inteso salvaguardare, sia pure per un limitato periodo di tempo, l'efficacia della misura cautelare disposta da un giudice carente di giurisdizione. Difatti, in assenza di quest'ultima previsione, non sarebbe stato azzardato ipotizzare che i giudici amministrativi, nel declinare la giurisdizione, avrebbero insistito nel disporre anche la caducazione delle misure cautelari concesse (42).

##### 5. (segue) *La proposizione della domanda cautelare, la strumentalità delle misure cautelari e la tutela cautelare ante causam.*

Utili indicazioni, ai fini che qui interessano, possono ricavarsi anche da una breve disamina delle modalità con le quali, in entrambi i sistemi processuali, si propone l'istanza cautelare.

Nel processo civile, l'art. 669 *bis* c.p.c. si limita a prevedere che "la domanda si propone con ricorso depositato nella cancelleria del giudice competente".

Nel processo amministrativo, invece, il ricorrente che voglia accedere alla tutela cautelare è tenuto non soltanto a proporre la domanda cautelare "con il ricorso di merito o con distinto ricorso notificato alle altre parti" (art. 55, comma 3, c.p.a.), ma deve soprattutto tener presente che, ai sensi dell'art. 55, comma 4, c.p.a., dettato in tema di misure cautelari collegiali, la domanda cautelare è improcedibile "finché non è presentata l'istanza di fissazione dell'udienza per il merito". Analogamente, l'art. 56 c.p.a. sanziona con l'improcedibilità la do-

---

(42) Ed in effetti si è già detto che la giurisprudenza amministrativa, nonostante l'avvento della *translatio iudicii*, sembrava orientata a negare ultrattività alla misura cautelare concessa da giudice privo di giurisdizione.



manda volta ad ottenere una misura monocratica provvisoria “finché non è presentata l’istanza di fissazione d’udienza per il merito”.

Con tali disposizioni il legislatore (43), risolvendo un contrasto giurisprudenziale sorto in relazione alla questione se l’omessa proposizione dell’istanza di fissazione dell’udienza di discussione, impedendo l’esame del ricorso nel merito, precludesse o no anche l’esame dell’istanza cautelare, ha chiaramente optato per la tesi più rigorosa.

L’onere di presentazione dell’istanza di fissazione dell’udienza per il merito, previsto addirittura a pena di *procedibilità* della domanda cautelare, sembra infatti evidenziare una certa sfiducia, da parte del legislatore del processo amministrativo, nei confronti di una definizione interinale e provvisoria degli interessi. Al contrario, sembra evincersi una correlativa predilezione per una rapida definizione nel merito della controversia (44). Partecipi di questa *ratio* sono anche quelle norme contenute nel codice del processo amministrativo che consentono di definire la domanda cautelare attraverso una celere fissazione dell’udienza di merito. Siffatta possibilità, per le sole misure collegiali è subordinata alla verifica che essa non vanifichi le esigenze di tutela del ricorrente (art. 55, comma 10, c.p.a.), mentre costituisce la regola rispetto ai riti abbreviati comuni (art. 119, comma 3, c.p.a.). Sarebbe come a dire: laddove possibile, è sempre meglio una decisione immediata nel merito, pretermettendo del tutto un’autonoma fase cautelare.

La differenza tra i due sistemi processuali risulta ancora più evidente - e decisiva ai fini che qui interessano - se ci si sofferma sul regime di strumentalità delle misure cautelari.

Nel processo civile, il nesso di strumentalità strutturale delle misure cautelari è previsto, in via generale, dall’art. 699 *novies*, comma 1, secondo cui “se il procedimento di merito non è iniziato nel termine perentorio di cui all’art. 669 *octies* ovvero se successivamente al suo inizio si estingue, il provvedimento cautelare perde la sua efficacia”. Dalla suddetta norma si evince che, nel processo civile, la misura cautelare a strumentalità “classica” o “forte” perde la sua efficacia qualora la parte non inizi, entro un dato termine, il processo di merito o qualora questo, pur instaurato, dovesse successivamente estinguersi (ad esempio nell’ipotesi di mancata tempestiva riassunzione del giudizio dinanzi al giudice *ad quem*).

Tale regola, peraltro, come è noto, non si applica alle misure cautelari anticipatorie a cosiddetta “strumentalità attenuata”. Nel processo civile, infatti,

---

(43) Che sul punto, del resto, ha attuato pienamente la delega, dal momento che l’art. 44, 2° comma, *sub* lett. f) n. 1 della legge n. 69 del 2009, attribuendo al Governo il compito di riordinare la tutela cautelare, gli ha imposto di prevedere che “la domanda di tutela interinale non può essere trattata fino a quando il ricorrente non presenta istanza di fissazione di udienza per la trattazione del merito”.

(44) Il rilievo è operato da R. BARBIERI, *op. cit.*, 1466.

le parti possono, ai sensi dell'art. 669 *octies*, commi 6 e 7, c.p.c., mantenere gli effetti dei provvedimenti d'urgenza emessi ai sensi dell'art. 700 c.p.c. e degli altri provvedimenti cautelari idonei ad anticipare gli effetti della sentenza di merito (previsti dal codice civile o da leggi speciali) rinunciando ad iniziare la causa (nel caso di tutela *ante causam*) o rinunciando alla sua definizione in merito per estinzione. In sostanza, il provvedimento cautelare anticipatorio si rivela potenzialmente autosufficiente: ciò significa che, nel processo civile, la cd. "strumentalità strutturale" della misura cautelare anticipatoria si presta ad essere superata o comunque attenuata (45).

Ebbene, alla luce del peculiare regime delle misure cautelari anticipatorie, la dottrina processualciviltistica si è posta il problema della sorte di dette misure nelle ipotesi in cui la causa di merito si concluda con una decisione in rito.

Se, infatti, come si è detto all'inizio del presente scritto (46), rispetto alle misure cautelari a strumentalità "classica" la dottrina tradizionale tende ad interpretare estensivamente l'art. 669 *novies*, comma 3, c.p.c., ritenendo che alla decisione che dichiara "inesistente" il diritto a cautela del quale la misura sia stata concessa possano essere assimilate anche le decisioni definitive di rito - ma non più, ormai, come detto, la pronuncia che neghi la giurisdizione, almeno in caso di *translatio iudicii*, al pari di quanto già previsto per la dichiarazione di incompetenza - rispetto alle misure a strumentalità attenuata, si tende invece ad operare un distinguo.

Secondo la tesi prevalente assumerebbe infatti rilievo dirimente il tipo di vizio che abbia impedito la decisione nel merito. In sostanza, ove si tratti di vizio attinente specificamente alla causa di merito, la decisione in rito non sarebbe idonea a caducare la misura anticipatoria (è il caso, ad esempio, della nullità della citazione); al contrario, ove si tratti di impedimento o vizio processuale riferibile anche alla misura cautelare, quest'ultima, sia pure anticipatoria, sarebbe destinata a venir meno (47).

Pertanto, considerando la questione di giurisdizione, se è vero che la carenza di quest'ultima, nel sistema *ante translatio iudicii*, era certamente riconducibile alla seconda categoria di vizi, e pertanto considerata idonea a caducare

---

(45) Sulla misure cautelari anticipatorie v. ampiamente A. CARRATA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997; L. QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna, 2006.

(46) V. *supra*, 2 ss.

(47) B. SASSANI - R. TISCINI, *La riforma dei procedimenti in materia di diritto societario*, in *Giust. civ.*, 2003, II, 63 ss.; G. BALENA (M. BOVE), *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2005, 348 ss.; R. CAPONI, in AA.VV. *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005*, in *Foro it.*, 2005, V, 137; M. COMASTRI, in AA.VV., *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di A. BRIGUGLIO e B. CAPPONI, Padova, 2007, I, 196; E. DALMOTTO, in AA.VV., *Le recenti riforme del processo civile-Commentario*, diretto da S. Chiarloni, Bologna, 2007, II, 1270; M.F. GHIRGA, *Le nuove norme sui procedimenti cautelari*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 795; F.P. LUISO - B. SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 223; S. MENCHINI, in AA.VV., *Il processo civile di riforma in riforma*, Milano, 2006, I, 77.

tali misure, nell'attuale sistema la soluzione prospettabile è nel senso della loro sopravvivenza, almeno in caso di *translatio iudicii*. Anche per tali misure vale infatti il principio secondo cui la valida e tempestiva riassunzione del processo dinanzi al giudice "giurisdizionalmente competente" deve reputarsi di per sé idonea a far salva l'attività processuale svolta dinanzi al primo giudice.

Ci si potrebbe, tuttavia, spingere oltre. Infatti, secondo altro indirizzo interpretativo, la misura cautelare anticipatoria sarebbe sempre insensibile alla decisione in rito del giudizio di merito e continuerebbe in ogni caso a sopravvivere. Tale conclusione, si è detto, sarebbe non solo maggiormente rispettosa della lettera dell'art. 669 *novies*, comma 3 - che, in effetti, subordina espressamente l'inefficacia di ogni misura cautelare alla sola decisione di merito che dichiarare inesistente il diritto - ma anche in sintonia con il sistema, nel quale spesso si risolvono i vizi processuali in cause di estinzione del processo, ossia proprio in una situazione che, per espressa previsione di legge, non comporta inefficacia della misura cautelare a strumentalità attenuata (48).

Orbene, accogliendo quest'ultima interpretazione potrebbe allora ipotizzarsi, per quanto qui interessa, che nemmeno la mancata tempestiva trasmissione del processo, dinanzi al giudice indicato come "giurisdizionalmente competente", possa di per sé travolgere siffatte misure. In altri termini, dal momento che tali misure si rivelano potenzialmente idonee a regolare in maniera stabile gli interessi per i quali è chiesta tutela, non sembrerebbe azzardato ipotizzare che, negata la giurisdizione e non effettuata la riassunzione in termini, la consequenziale estinzione del processo non potrebbe determinare la caducazione della misura anticipatoria già concessa.

Quest'ultimo indirizzo interpretativo si rivela senza alcun dubbio incompatibile con la norma posta dall'art. 11, comma 7, c.p.a. In effetti, seguendo questa strada, risulterebbe irragionevole, su un piano logico ancor prima che giuridico, che in caso di declinatoria di giurisdizione venisse riconosciuta alle misure cautelari anticipatorie una ultrattività temporalmente limitata, atteso che, così ragionando, tali misure non perderebbero efficacia nemmeno nel caso in cui il processo di merito dovesse estinguersi per non essere stato tempestivamente riassunto.

Ad ogni modo, se anche non ci si volesse spingere sino al punto di rico-

---

(48) D. BORGHESI, *Tutela cautelare e strumentalità attenuata: profili sistematici e ricadute pratiche*, in *Sulla riforma del processo civile - Atti dell'incontro di studio Ravenna 19 maggio 2006*, Bologna, 2007, 89 ss.; S. DE MATTEIS, *La riforma del processo cautelare*, Milano, 2006, 145; A. SALETTI, *Le misure cautelari a strumentalità attenuata*, in *Il processo cautelare*<sup>4</sup>, a cura di G. TARZIA e A. SALETTI, Padova, 2011, 316 ss.; Secondo S. RECCHIONI, *op. cit.*, 654 ss., la sopravvivenza delle misure anticipatorie alle sentenze processuali comporta una "mutazione genetica" di tali provvedimenti i quali, nati per definizione provvisori e modificabili, diverrebbero stabili e irrevocabili (salvo il mutamento di circostanze). In sostanza, il provvedimento cautelare si trasformerebbe in una anomala misura "decisoria", abnorme rispetto alla sua genesi, con conseguente proponibilità del rimedio del ricorso straordinario *ex art. 111*, comma 7, Cost.

noscere che le misure cautelari a strumentalità attenuata continuino a conservare efficacia, nonostante la mancata tempestiva riassunzione del processo, ciò che rileva, ai fini del nostro discorso, è che simili problematiche non possono affatto porsi nel processo cautelare amministrativo. In quest'ultimo non si hanno, infatti, misure cautelari a strumentalità attenuata: anzi, per quanto sopra detto, con il nuovo codice sembra essersi addirittura rafforzato il nesso di strumentalità strutturale tra provvedimento cautelare e decisione di merito.

In definitiva, sembra scorgersi per l'interprete l'impossibilità di ricondurre ad unità i due sistemi di tutela cautelare e, di conseguenza, l'impossibilità di attribuire al comma 7 dell'art. 11 c.p.a. portata generale.

Quanto appena detto sembra confermato, una volta di più, dalla disciplina della tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo, della quale è opportuno fornire brevi cenni.

Come è noto, una delle principali novità del codice del processo amministrativo sta nell'aver consentito la concessione della tutela cautelare anche *ante causam*, ossia prima dell'instaurazione del processo di merito. Siffatta possibilità non era invece contemplata in passato, ed era emersa soltanto settorialmente nell'art. 245 del Codice dei contratti pubblici (49).

Tuttavia, l'idea di fondo che emerge nel codice del processo amministrativo resta quella per cui la tutela cautelare, sebbene *ante causam*, sia comunque intimamente legata al giudizio di merito, nel senso che non si dà tutela cautelare a prescindere dal processo dichiarativo in funzione del quale essa è concessa, secondo una evidente logica di strettissima strumentalità (50). Non a caso, l'art. 61, comma 5, c.p.a. stabilisce che il provvedimento di accoglimento di una istanza cautelare formulata *ante causam* perda efficacia se entro 15 giorni dalla sua emanazione non venga notificato il ricorso con la domanda cautelare ed esso non sia depositato nei successivi 5 giorni, corredato dall'istanza di fissazione dell'udienza. Pertanto, il legislatore ha espressamente ancorato la tutela cautelare *ante causam* alla fissazione di un termine perentorio per introdurre la causa di merito, con la conseguenza che la tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo è solo quella a strumentalità "classica": il provvedimento, cioè, perde effetto se non viene immediatamente instaurato il processo dichiarativo al servizio del quale esso è concesso (51).

---

(49) Sulla tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo e sulle problematiche che si ponevano nel sistema previgente cfr. G. RUFFINI, *La tutela cautelare ante causam del giudice amministrativo tra l'art. 700 c.p.c. e l'art. 3 della legge n. 205/2000*, in AA. VV., *Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, Milano, 2005, 113 ss.

(50) Secondo M. BOVE, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in [www.judicum.it](http://www.judicum.it), alla luce della disciplina della tutela cautelare *ante causam* prevista nel c.p.a., se ne dovrebbe anche ricavare, sia pure in assenza di un'esplicita previsione normativa, che il provvedimento cautelare comunque concesso perda effetto pure qualora il processo di merito dovesse estinguersi.

(51) In tal senso M. BOVE, *op. cit.*

In aggiunta, sempre con riferimento alla tutela cautelare *ante causam*, si prevede che il provvedimento cautelare concesso *ante causam* possa in ogni caso avere effetti per soli 60 giorni, alla scadenza dei quali, se non è stato confermato con ordinanza emanata in corso di causa, perde effetto (art. 61, comma 5, c.p.a.) Ancora una volta ci si imbatte, quindi, in una disposizione che rende inefficace una misura cautelare per il solo fatto che sia decorso un termine e senza che il beneficiario di tale misura possa fare alcunché per evitare la predetta caducazione (52).

6. *La portata dell'art. 11, comma 7, del D.Lgs. 2 luglio 2012, n. 104.*

Giunti a questo punto, si può probabilmente tentare di rispondere all'interrogativo da cui si è partiti.

Sembrerebbe infatti possibile affermare che soltanto nell'ambito del processo amministrativo possa trovare la sua ragion d'essere il comma 7 dell'art. 11 c.p.a. L'ultrattività limitata della misura cautelare concessa dal giudice che abbia poi declinato la giurisdizione è soluzione eccezionale che, per quanto sopra detto, si inserisce e trova coerente giustificazione esclusivamente nel contesto del processo cautelare amministrativo, il quale manifesta la tendenza a restringere la durata della regolazione interinale del rapporto affidata alla misura cautelare. Al contempo, essa sembra rivelarsi incompatibile con le tipiche caratteristiche del processo cautelare civile.

Del resto, che il principio generale debba essere quello per cui la misura cautelare deve restare in vita sino a quando sia consentita la trasmigrazione del processo, sembra confermato anche dal più volte richiamato comma 3 dell'art. 669 *novies* c.p.c., a mente del quale il provvedimento cautelare perde efficacia se con sentenza, anche non passata in giudicato, venga dichiarato inesistente il diritto a cautela del quale era stato concesso. Tale norma, in un contesto processuale, come quello attuale, in cui è espressamente ammessa la *translatio iudicii* tra giurisdizioni, potrebbe essere sottoposta ad una interpretazione, per così dire, evolutiva. Ed infatti, dal momento che una pronuncia di difetto di giurisdizione, ove sia possibile la *translatio iudicii*, non contiene per definizione alcuna statuizione circa la spettanza del bene della vita, ne consegue che essa non può mai reputarsi idonea a caducare *tout court* la misura cautelare concessa dal giudice *a quo*: la declaratoria di inesistenza del diritto, idonea a rendere inefficace la misura cautelare *ex art. 669 novies*, comma 3, c.p.c., è soltanto quella che provenga dal giudice munito di potere giurisdizionale.

Detto altrimenti, considerato che ormai le diverse giurisdizioni non costituiscono più mondi separati ed incomunicabili, la stessa strumentalità delle misure cautelari deve essere colta con riferimento alla decisione di merito che

---

(52) In verità, come nota M. BOVE, *op. cit.*, “non si vede perché l'interessato dovrebbe perdere i vantaggi della tutela cautelare magari per situazioni che non dipendono da lui”.

verrà pronunciata dal giudice che risulterà munito di *potestas iudicandi*, ossia dall'unico giudice titolare del potere di dichiarare esistente o inesistente il diritto. Ne deriva che, almeno sino a quando non siano ancora scaduti i termini per attuare la trasmigrazione del processo dinanzi all'organo giurisdizionale deputato a statuire nel merito, la misura cautelare deve necessariamente restare in piedi, con l'unica eccezione, normativamente prevista, per le misure cautelari concesse dal giudice amministrativo, per la quali vige appunto un eccezionale regime di ultrattività limitata.

In definitiva, tirando le fila di tutto quanto detto, se, come sembra, l'operatività dell'art. 11, comma 7, c.p.a. deve essere circoscritta alle sole misure cautelari concesse dal giudice amministrativo, le soluzioni prospettate dalla dottrina processualciviltistica nell'immediatezza dell'introduzione del meccanismo della *translatio iudicii* tra giurisdizioni possono, ancora oggi, essere tenute ferme. Ne consegue che, dichiarato il difetto di giurisdizione, le misure cautelari previamente concesse da qualsivoglia giudice - ad eccezione di quelle emanate dal giudice amministrativo - saranno "salvate" alla sola condizione che il processo sia stato tempestivamente trasferito dinanzi al giudice munito di giurisdizione.

### 7. Spunti problematici conclusivi.

Circoscritta, nei termini appena esposti, la portata della norma *de qua*, non ci si può esimere dal notare che essa, con ogni probabilità, sarà comunque destinata a far sorgere rilevanti problemi applicativi.

In primo luogo, sembra lecito dubitare della congruità del termine di trenta giorni (53), soprattutto se si considera che esso decorre dalla pubblicazione del provvedimento che dichiara il difetto di giurisdizione. In effetti, potrebbe accadere che la parte non abbia avuto tempestiva conoscenza di tale circostanza. Oppure, considerati i fisiologici ritardi nelle comunicazioni e notificazioni da parte delle cancellerie, assai di rado la parte interessata potrà venire a conoscenza della pubblicazione il giorno stesso in cui questa è stata effettuata (54). Per tali ragioni si è da più parti ritenuto che sarebbe stato di gran lunga preferibile far decorrere il *dies a quo* dalla comunicazione della declinatoria (55).

Del resto, il termine di trenta giorni non può non rivelarsi angusto se solo si consideri che entro il suddetto termine la parte interessata non dovrà limitarsi a chiedere la misura cautelare al secondo giudice, ma soprattutto dovrà ottenere detta misura. Ciò significa che, di fatto, il termine di trenta giorni costituisce anche il termine finale entro il quale il giudice *ad quem* dovrà provvedere sull'istanza cautelare riproposta. Ne consegue che, al fine di ga-

---

(53) C. CONSOLO, *Translatio iudicii e compiti del regolamento di giurisdizione*, cit., 769.

(54) M. SICA, *op. cit.*, sub art. 11, 248; S. MENCHINI, *Eccezione di giurisdizione*, cit., 227; R. BARBIERI, *op. cit.*, 1469.

(55) M. SICA, *op. cit.*, sub art. 11, 248; R. BARBIERI, *op. cit.*, 1470.

rantire la continuità della tutela cautelare, sarà necessario che la decisione del giudice *ad quem* intervenga sempre prima della scadenza del termine di ultrattività dell'efficacia della misura cautelare.

Resta da fare un'ultima considerazione. Se è vero che il processo cautelare amministrativo sembra mostrare una sua coerenza interna, e se è vero che norme come quella di cui all'art. 11, comma 7, c.p.a. possono essere ragionevolmente giustificate soltanto se si considera il contesto processuale nel quale sono destinate ad operare, non sfugge all'interprete la possibilità di ipotizzare, a monte, un più generale problema di legittimità costituzionale di una previsione normativa così congegnata.

Ed in effetti, in dottrina si è paventato il rischio che la stessa sanzione dell'inefficacia della misura cautelare, per il solo ed inevitabile fatto che sia decorso un termine, e senza che il beneficiario di detta misura possa fare alcunché per evitare la predetta inefficacia, possa essere in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale (56). In sostanza, il fatto che l'ultrattività della misura cautelare sia temporalmente limitata potrebbe far sorgere dubbi di legittimità costituzionale, anche e soprattutto se si considera una recente pronuncia della Corte Costituzionale (57).

Il Giudice delle Leggi, sia pure con riferimento ad una peculiare fattispecie (58), ha chiarito che qualora l'inefficacia di un provvedimento cautelare costituisca “un effetto legale che consegue al mero decorso del tempo, prescindendo da ogni verifica sulla persistenza (o magari l'aggravamento) delle circostanze che avevano condotto al provvedimento”, si produrrebbe un evidente *vulnus* alla effettività della tutela giurisdizionale e, quindi, al fondamentale diritto di difesa garantito dall'art. 24, secondo comma, Cost. “in ogni stato e grado del procedimento”.

Ebbene, non v'è dubbio che, qualora volesse ricavarsi da tale pronuncia un principio generale (59), in forza del quale la misura cautelare, nel nostro or-

---

(56) R. BARBIERI, *op. cit.*, 1471.

(57) Corte Cost., 23 luglio 2010, n. 281, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma, 3 del d.l., 8 aprile 2008, n. 59 (Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di Giustizia delle comunità europee), convertito, con modificazioni dalla l., 6 giugno 2008, n. 101.

(58) La questione esaminata dalla Corte Costituzionale concerneva la legittimità costituzionale di una sospensione “a tempo” della efficacia esecutiva di una cartella di pagamento.

(59) Invero, siffatta possibilità non appare azzardata atteso che la stessa Corte Costituzionale, nella pronuncia richiamata, sembrerebbe spingersi oltre le peculiarità del caso sottoposto al suo giudizio e voler quasi trarre un principio generale. Si legge, infatti, nella motivazione della sentenza n. 281 del 2010 che: “La detta sospensione, come le altre misure cautelari a contenuto anticipatorio o conservativo, ha funzione strumentale all'effettività della stessa tutela giurisdizionale, sicché il *vulnus* prodotto dalla sua efficacia contenuta nei ristretti termini sopra indicati incide inevitabilmente sulla detta effettività e, quindi, sul diritto fondamentale garantito dall'art. 24, secondo comma, Cost. «in ogni stato e grado del procedimento». Infatti, se è fuor di dubbio che il legislatore gode di ampia discrezionalità nella conformazione degli istituti processuali (giurisprudenza costante di questa Corte), è pur vero che il diritto di

dinamento, non può perdere efficacia per il solo ed inevitabile fatto del decorso di un termine, ossia senza che vi sia stata alcuna negligenza da parte del soggetto a cui favore la misura sia stata concessa ovvero senza che sia stato attribuito al giudice il potere di valutare la sussistenza e la permanenza dei presupposti di concedibilità della stessa misura, dovrebbe probabilmente mettersi in discussione la stessa legittimità costituzionale dell'art. 11, comma 7, c.p.a.

Anzi, a ben vedere, seguendo questa strada e spingendosi oltre, risulterebbero non conformi a Costituzione tutte quelle norme contenute nel codice del processo amministrativo che postulano l'inefficacia della misura cautelare esclusivamente a fronte della mera decorrenza di un termine. Ci si vuole cioè riferire a quei casi in cui l'inefficacia della misura cautelare è prevista non come sanzione per il mancato compimento, da parte del beneficiario della stessa, di una certa attività processuale da effettuarsi entro un dato termine, bensì quale automatica ed inevitabile conseguenza derivante *tout court* dalla scadenza di un termine di efficacia aprioristicamente fissato dal legislatore (è questo, ad esempio, il caso - oltre che dell'art. 11, comma 7, c.p.a. - anche dell'art. 61, comma 5, c.p.a. in materia di tutela cautelare *ante causam*).

Il tema, cui si è appena accennato, involge inevitabilmente questioni di carattere più generale circa la funzione e l'essenza stessa della tutela cautelare ed esula, pertanto, dagli obiettivi del presente scritto. In attesa che la giurisprudenza si misuri con tali problematiche, resta comunque l'auspicio che la stessa non esiti a riconoscere, nel trasferimento del processo da un plesso giurisdizionale ad un altro - e con la sola eccezione prevista *ex lege* per le misure cautelari concesse dal giudice amministrativo - la piena continuità della tutela cautelare accordata.

---

difesa, al pari di ogni altro diritto garantito dalla Costituzione, deve essere regolato dalla legge ordinaria in modo da assicurarne il carattere effettivo. Pertanto, qualora per l'esercizio di esso, anche e tanto più sotto il profilo della tutela cautelare, siano stabiliti termini così ristretti da non realizzare tale risultato, il precetto costituzionale è violato".



## Gli accordi in materia ambientale

Serena Oggianu\*

*SOMMARIO: 1. Gli accordi in materia ambientale nel diritto europeo. – 1.1. La Comunicazione della Commissione del 1996. – 1.2. La Comunicazione della Commissione del 2002. – 2. Gli accordi in materia ambientale nel diritto nazionale. – 2.1. Gli accordi ambientali: struttura e funzione. – 2.2. Gli accordi ambientali nell'ambito dei procedimenti dichiarativi ed autorizzatori. – 2.3. Gli accordi ambientali nei singoli settori.*

### 1. Gli accordi in materia ambientale nel diritto europeo.

#### 1.1. La Comunicazione della Commissione del 1996.

A partire dalla redazione del Quinto programma d'azione a favore dell'ambiente del 1992 (COM(92)23 del 4 aprile 1992, punto 31) (1) la Comunità europea (ora Unione europea) ha espresso il proprio *favor* verso gli accordi ambientali nella prospettiva di un rafforzamento della tutela dell'ambiente e della integrazione della normativa di settore con gli strumenti che realizzano il mercato comune (2). In particolare con la Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento sugli accordi in materia di ambiente (Com (96)561 del 27 novembre 1996), fondata sul principio della condivisione delle responsabilità (*shared responsibility*), questi atti consensuali, definiti come accordi tra l'industria e le amministrazioni pubbliche per il perseguimento di obiettivi ambientali, vengono considerati altresì come strumenti di attuazione della politica ambientale comunitaria ed al contempo come fattori che favoriscono la deregolamentazione e la riduzione delle interferenze burocratiche, consentendo un intervento più efficace dell'industria già in un momento antecedente all'adozione di una legislazione puntuale. Conseguentemente in questa prospettiva gli operatori economici sono chiamati ad assumere un ruolo proattivo nella tutela ambientale e non vengono più considerati solamente come fonte di danno.

---

(\*) Ricercatrice di diritto amministrativo, Università di Roma Tor Vergata, Facoltà di giurisprudenza. Assistente di studio, Giudice costituzionale dott. Aldo Carosi.

*Il presente scritto è in corso di pubblicazione anche nel "Trattato di diritto dell'ambiente" diretto da P. DELL'ANNO e E. PICOZZA, II, Padova Cedam.*

(1) Il Quinto programma d'azione suggerisce una linea di collaborazione con l'industria, rilevando che "le misure ambientali prese in precedenza in questo settore erano di natura prescrittiva e seguivano l'approccio 'non si deve'. La nuova strategia si basa invece su un approccio del tipo 'agiamo insieme' e rispecchia la nuova consapevolezza del mondo industriale e produttivo che l'industria non costituisce solo una parte importante del problema ambientale, ma che è anche parte della sua soluzione. La nuova strategia presuppone in particolare un rafforzamento del dialogo con il settore industriale e l'incoraggiamento a concludere accordi su base volontaria o ad adottare altre forme di autoregolamentazione".

(2) Si è parlato a proposito di "sussidiarietà normativa", sulla quale N. LUGARESÌ, *Diritto dell'ambiente*, III ed., Padova, Cedam, 2008, p. 144.

Le finalità che la Comunicazione si propone sono: sviluppare gli orientamenti di un'applicazione efficace degli accordi; definire le condizioni di applicazione degli accordi ai fini dell'attuazione di alcune disposizioni delle direttive comunitarie; verificare le modalità di attuazione degli accordi ambientali a livello comunitario.

Perché questi strumenti consensuali siano efficaci è necessario, a giudizio della Commissione, che fissino obiettivi quantificati, abbiano un approccio per fasi con obiettivi intermedi, siano pubblicati e siano oggetto di monitoraggio e di relazioni sui risultati. Inoltre vengono indicate talune condizioni che favoriscono il successo degli accordi: ai negoziati devono partecipare un numero limitato di soggetti; occorre che siano fissati obiettivi, che coprano in modo sufficientemente ampio il settore a cui si riferiscono; le autorità pubbliche devono chiarire la loro posizione per ciò che concerne le finalità perseguite; è necessario che si realizzi la sensibilizzazione dell'opinione pubblica e che si tenga conto del comportamento dei consumatori.

Dal punto di vista del contenuto, gli accordi ambientali devono indicare esattamente chi sono le parti e deve essere specificato il tema sul quale le stesse esprimono il loro consenso; gli obiettivi devono tradursi in puntuali obblighi e per maggiore chiarezza l'atto deve contenere la definizione dei termini principali; deve essere specificata la durata del vincolo e deve essere possibile apportarvi delle modifiche, che consentano di tenere conto del progresso tecnico o delle mutate condizioni di mercato; dovrebbe essere prevista la possibilità per i terzi di aderirvi (per evitare il fenomeno dei c.d. *free rider*), nonché la facoltà di cessazione unilaterale in caso di mancato adempimento dell'accordo. Più in generale deve essere definito il regime di diritto pubblico ovvero di diritto privato, cui soggiace l'atto per stabilire le leggi applicabili, il tipo di responsabilità e la giurisdizione competente in materia.

La Commissione, inoltre, si preoccupa di ribadire che sebbene gli obiettivi ambientali possono, ai sensi dell'art. 85 TCE (ora art. 105 TFUE), fondare delle restrizioni alla concorrenza, le stesse verranno valutate secondo il principio di proporzionalità, esclusa in ogni caso la possibilità che creino ostacoli al buon funzionamento del mercato unico. In maniera analoga si prevede che le ragioni ambientali possano consentire deroghe al generale divieto di aiuti di Stato nei casi in cui ciò sia possibile secondo gli orientamenti offerti dalla stessa Commissione (3).

Da ultimo nella Comunicazione si conferma che in materia di accordi ambientali è essenziale garantire il rispetto delle norme dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) in materia di libera circolazione delle merci e di ostacoli tecnici agli scambi.

---

(3) Il riferimento è alla Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato per la tutela dell'ambiente pubblicata in GU C n. 72 del 10 marzo 1994.

Con la Raccomandazione del 9 dicembre 1996 la Commissione ha fornito orientamenti per l'uso di accordi tra le autorità pubbliche e i settori economici interessati. In particolare vengono definiti i requisiti ed il contenuto necessario di tali atti, che dovrebbero: assumere la forma di un contratto, il cui rispetto sia garantito dal diritto civile o da quello pubblico; specificare le finalità perseguite, nonché quantificare ed indicare obiettivi intermedi con le relative scadenze; essere pubblicati nella Gazzetta ufficiale o sottoforma di documento ufficiale ugualmente accessibile al pubblico; prevedere il controllo dei risultati conseguiti, periodiche relazioni alle autorità competenti ed un'adeguata informazione del pubblico; essere aperti a tutti i partner che intendono conformarsi alle condizioni dell'accordo. A tali prescrizioni si affianca un contenuto eventuale, la cui inserzione nell'assetto negoziale è rimessa alla scelta delle parti, ove lo ritengano opportuno. In particolare a tale proposito gli accordi dovrebbero: prevedere un comitato o un organismo indipendente che presieda alla raccolta, alla valutazione o alla verifica dei risultati conseguiti; prescrivere alle imprese e ai partecipanti di rendere disponibili ai terzi le informazioni sulla loro attuazione secondo le condizioni dell'accesso all'informazione in materia ambientale, dettate nella dir. 90/313/Cee del Consiglio del 7 giugno 1990; prevedere sanzioni dissuasive quali sanzioni pecuniarie amministrative, penalità convenzionali o il ritiro delle autorizzazioni in caso di inadempimento. Inoltre la Commissione chiarisce che quando gli accordi sono utilizzati come strumenti di attuazione delle direttive comunitarie, dovrebbero esserle notificati assieme a tutte le informazioni pertinenti e contemporaneamente alle altre misure nazionali adottate per attuare la direttiva, in modo da consentire una verifica della loro efficacia in quanto mezzo di recepimento.

Proprio quest'ultimo profilo è posto in evidenza nella successiva risoluzione del Consiglio del 7 ottobre 1997 sugli accordi in materia ambientale. In questo documento, infatti, più volte si esorta la Commissione a precisare entro quali limiti e nel rispetto di quali condizioni e modalità lo strumento convenzionale può assicurare un adeguato recepimento degli obblighi imposti agli Stati membri mediante direttive.

Da parte sua il Comitato economico e sociale con un parere del 27 febbraio 1997 (97/C 287/01) ha indicato una serie di criticità in materia di accordi ambientali alla luce di quanto affermato nella Comunicazione della Commissione.

Innanzitutto si rileva che nella prassi degli Stati membri tali atti convenzionali non sono stati strumenti di deregolamentazione, quanto piuttosto di applicazione della disciplina ambientale; inoltre occorre tenere conto anche dell'importanza di accordi e dichiarazioni non vincolanti per legge (c.d. "codici di comportamento"), importanti nella prassi ed utili per l'elaborazione di una misura legislativa o di un provvedimento amministrativo di attuazione.

Inoltre il Comitato precisa che la migliore premessa per la riuscita di un accordo ambientale durevole è data dalla presenza di vantaggi e quindi di diritti

e di doveri ripartiti tra le parti in modo equilibrato. Peraltro in una dimensione più ampia, gli accordi devono essere inseriti nella politica comunitaria in materia di ambiente, in particolare osservandone gli obiettivi: elevato livello di tutela; precauzione e azione preventiva; principio chi inquina paga. Difatti le finalità e i valori limite dell'intervento comunitario non possono essere oggetto di accordi ambientali, poiché la politica ambientale è un compito pubblico e gli strumenti consensuali non possono né devono condurre ad una sua "privatizzazione".

Quanto al contenuto degli accordi non può mai consistere nella rinuncia da parte dell'autorità contraente all'adozione di un atto legislativo. Sotto il profilo della legittimazione, il Comitato rileva che benché i negoziati a livello settoriale possano essere condotti dalle associazioni, successivamente tali accordi richiedono anche l'assenso di ogni singola impresa.

Quanto alla dimensione degli accordi ambientali, nel parere si rileva che la Commissione non ha preso in considerazione il livello comunitario. In particolare il Comitato, pur condividendo questa impostazione, afferma che "accordi globali" su "problemi globali" potranno essere conclusi con associazioni europee con il coinvolgimento delle istituzioni comunitarie a cui spetta l'attività legislativa. In tali ipotesi verranno assunti impegni volontari ovvero potranno essere realizzati risultati di trattative prodromici alla preparazione di una misura legislativa o a convenzioni di diritto internazionale.

### *1.2. La Comunicazione della Commissione del 2002.*

Il 5 giugno 2002 la Commissione europea ha adottato il piano d'azione "Semplificare e migliorare la regolamentazione" (COM(2002) 278 def.), nel quale ha sottolineato la possibilità di un corretto utilizzo di misure alternative alla legislazione senza che si verifichino interferenze con quanto previsto nel trattato e con le prerogative proprie del legislatore. In particolare si è previsto il ricorso alla coregolamentazione, all'autoregolamentazione, agli accordi volontari settoriali, al metodo aperto di coordinamento, agli interventi finanziari, alle campagne di informazione.

In questo contesto si inserisce la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni del 17 luglio 2002 (COM(2002) 412 def.), con la quale si supera l'approccio circoscritto a livello nazionale della precedente Comunicazione per riguardare gli accordi ambientali prioritariamente a livello comunitario. In tal modo si è cercato di affrontare e risolvere le criticità già rilevate dalle altre istituzioni comunitarie.

Sulla base dell'espreso riconoscimento che l'ambiente costituisce un settore strategico caratterizzato da un'esperienza recente nel campo dell'autoregolamentazione e degli accordi volontari settoriali con questo atto del 2002 la Commissione mira a concretizzare l'obiettivo, stabilito nell'ambito del sesto programma d'azione per l'ambiente (COM(2001) 31 def. del 24 gennaio

2001), di realizzare miglioramenti ambientali in modo più efficace e rapido. Difatti riconosce che gli accordi ambientali possono produrre importanti benefici qualitativi quali lo sviluppo del consenso sociale, un più ampio scambio di informazioni, la sensibilizzazione delle imprese ed il miglioramento dell'ecogestione ambientale.

Innanzitutto si riconosce che gli accordi ambientali possono avere differenti origini. Infatti può trattarsi di decisioni spontanee prese dalle parti (spesso associazioni di categoria) nei più diversi ambiti di intervento e senza che la Commissione abbia proposto provvedimenti legislativi, né abbia intenzione di legiferare; in tal caso quest'ultima incoraggia le parti interessate ad adottare una strategia di anticipazione nell'elaborazione di detti accordi. In secondo luogo la loro stipulazione può scaturire dall'intenzione espressa dalla Commissione di intervenire normativamente in un determinato settore. Infine possono essere avviati dalla Commissione stessa.

Inoltre nella Comunicazione, dal punto di vista definitorio, si precisa che agli accordi ambientali sul piano comunitario sono accordi in cui i soggetti interessati si impegnano ad ottenere una riduzione dei livelli di inquinamento (4), come sanciti dal diritto ambientale, ovvero obiettivi di carattere ambientale di cui all'art. 174 TCE (ora art. 191 TFUE). Per altro verso questi accordi devono essere tenuti distinti da quelli sottoscritti dagli Stati membri come misura attuativa nazionale di una direttiva comunitaria.

La Commissione non partecipa alla negoziazione di questi atti negoziali, che nondimeno possono essere riconosciuti dalla stessa grazie ad uno scambio di lettere, una sua raccomandazione, anche accompagnata dalla decisione del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante il controllo ovvero ancora nell'ambito della coregolamentazione stabilita dai legislatori comunitari. Proprio con la Comunicazione del 2002 la Commissione chiarisce la distinzione tra gli accordi ambientali come pratiche di autoregolamentazione, in quanto non hanno nessun effetto vincolante a livello comunitario, ovvero come strumenti di coregolamentazione.

Nel primo caso sono generalmente le parti interessate a prendere spontaneamente l'iniziativa per regolare ed organizzare la loro attività al fine di raggiungere gli obiettivi definiti nel Trattato. La Commissione può ritenere preferibile non fare proposte legislative, ma limitarsi a stimolare o incoraggiare questi atti di autoregolamentazione mediante raccomandazioni ovvero rico-

---

(4) In particolare la Commissione ricorda che successivamente alla Comunicazione del 1996 sono stati già stipulati taluni accordi comunitari in materia ambientale tra le associazioni di produttori di automobili europea, giapponese e coreana sulla riduzione delle emissioni di CO<sub>2</sub> prodotte dalle autovetture. Tali accordi hanno trovato peraltro riconoscimento in alcune raccomandazioni della Commissione (1999/125/CE, 2000/303/CE e 2000/304/CE) e sono stati integrati dalla decisione del Parlamento europeo e del Consiglio (n. 1753/2000/CE del 22 giugno 2000), che istituisce un sistema di controllo della media delle emissioni specifiche di CO<sub>2</sub> prodotte dalle autovetture nuove.

noscerli mediante uno scambio di lettere, senza che questo implichi la rinuncia al proprio potere di iniziativa.

Gli accordi ambientali possono essere conclusi in maniera più formale e vincolante nel contesto della regolamentazione, consentendo così alle parti interessate di attuare un atto legislativo comunitario specifico. Nell'ambito della c.d. coregolamentazione il legislatore stabilisce gli aspetti essenziali dell'atto: gli obiettivi da perseguire, modalità e tempi di attuazione, metodi di controllo aventi ad oggetto l'applicazione dell'atto e le eventuali sanzioni necessarie per garantire la certezza del diritto dell'atto stesso. Generalmente la Commissione prende l'iniziativa ovvero risponde ad un'azione volontaria da parte del settore industriale. Nell'ambito del sistema della coregolamentazione, che coniuga i vantaggi degli atti consensuali alle garanzie legali dell'approccio legislativo, la Commissione assume dunque un ruolo centrale. Inoltre, quest'ultima, ove gli accordi non producano i risultati previsti, può sempre presentare una proposta legislativa tradizionale.

Sia nell'ambito dell'autoregolamentazione che della coregolamentazione i criteri di valutazione degli accordi ambientali, che devono essere osservati sono: efficacia rispetto ai costi di amministrazione, rappresentatività delle parti interessate, obiettivi quantificati e scaglionati, coinvolgimento della società civile, attività di controllo e di notifica, sostenibilità, compatibilità degli incentivi. Differenti sono invece gli obblighi procedurali: nel caso della autoregolamentazione dovranno essere osservati soprattutto gli obblighi di trasparenza e di pubblicità da parte della Commissione, che debba decidere se procedere al riconoscimento dell'accordo ambientale e verificare il conseguimento degli obiettivi, anche al fine di esercitare il proprio diritto di iniziativa e proporre eventualmente il provvedimento vincolante; nelle ipotesi di coregolamentazione dovrà procedersi inoltre, nella fase preparatoria, alla consultazione delle parti interessate e dovranno essere integrati nell'atto giuridico stesso alcuni elementi chiave, come l'obiettivo ambientale, i requisiti in materia di controllo, nonché un meccanismo di *follow up* nel caso di esito negativo dell'accordo ambientale. Anche in quest'ultimo caso rimane fermo il diritto di iniziativa della Commissione, potendo questa proporre un atto legislativo vincolante se l'accordo non raggiunge i risultati previsti.

Da ultimo nella Comunicazione del 2002 la Commissione si preoccupa di riaffermare esplicitamente che gli accordi ambientali, non previsti da nessuna disposizione del trattato, devono osservare l'insieme delle norme poste da questo relativamente al mercato interno della concorrenza, ivi compresi gli orientamenti riguardanti gli aiuti di Stato a favore dell'ambiente, nonché gli impegni internazionali della Comunità anche in materia commerciale (5).

Si noti che rispetto alla precedente Comunicazione in via generale la prospettiva assunta dalla Commissione è complementare a quanto già precedentemente affermato. Difatti mentre nella prima occasione l'attenzione è stata

posta sui profili strutturali e contenutistici, soprattutto nella dimensione degli Stati membri, nell'ultimo intervento si è inteso chiarire ulteriormente la funzione svolta dagli accordi in materia ambientale e specialmente il loro ruolo di integrazione rispetto all'ordinaria funzione legislativa nell'ambito dell'ordinamento comunitario.

## 2. *Gli accordi in materia ambientale nel diritto nazionale.*

### 2.1. *Gli accordi ambientali: struttura e funzione.*

L'attenzione crescente manifestata in ambito comunitario nei confronti degli accordi (6) come strumenti capaci di integrare ed implementare gli obiettivi della politica ambientale ha comportato in ambito nazionale l'adozione di una normativa di settore imperniata sulla semplificazione, sulla flessibilità e sulla maggiore cooperazione tra soggetti pubblici ed industria. Se infatti, in via generale, con la l. n. 59 del 1997 e il d.lgs. n. 112 del 1998 trova applicazione il principio di sussidiarietà verticale nel riparto di competenze amministrative tra Stato e Regioni ed enti locali, inizia altresì ad imporsi la necessità di un ripensamento del rapporto tra istituzioni e collettività civile nella prospettiva di un ridimensionamento della sfera pubblica, in applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale. Sotto questo profilo proprio la materia ambientale si presta più di altre a realizzare forme di partenariato pubblico-privato mediante lo strumento dell'accordo volontario a fronte delle sollecitazioni provenienti dal diritto comunitario.

Sono difatti immediatamente successivi alla Comunicazione della Commissione del 1996 il d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22 (c.d. Decreto Ronchi), che all'art. 4 prevede che nell'ambito del riciclaggio dei rifiuti le autorità competenti debbano promuovere la stipulazione di accordi con i soggetti economici interessati; nonché il d.lgs. 11 maggio 1999, n. 152 (Testo unico delle acque), che disciplina all'art. 28 l'uso degli strumenti volontari per la riduzione dell'inqui-

---

(5) La Commissione nella Comunicazione del 2002 richiama la necessità di rispettare gli impegni assunti dalla Comunità con la firma della Convenzione di Arhus del 25 giugno 1998 sull'accesso all'informazione, sulla partecipazione all'attività decisoria e sull'accesso alla giustizia in materia ambientale, nonché di verificare la piena conformità di ogni accordo ambientale con le regole dell'Organizzazione mondiale del commercio.

(6) In generale sull'istituto G. GRECO, *Accordi amministrativi: tra provvedimento e contratto*, Torino, Giappichelli, 2003; R. MOREA, *Gli accordi amministrativi tra "norme di diritto privato" e principi italo-comunitari*, Napoli, Esi, 2008; S. PENSABENE LIONTI, *Gli accordi con la pubblica amministrazione nell'esperienza del diritto vivente*, Torino, Giappichelli, 2007; P. GRAUSO, *Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati*, Milano, Giuffrè, 2007; R. PROIETTI, *Partecipazione e accordi nel procedimento amministrativo: aspetti sostanziali, problemi applicativi, tutela e prospettive di riforma*, Milano, Giuffrè, 2004; V. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi tra privati e pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 2003; F. TIGANO, *Gli accordi procedurali*, Torino, Giappichelli, 2002; C. MAVIGLIA, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Milano, Giuffrè, 2002; R. DAMONTE, *Atti, accordi e convenzioni nella giustizia amministrativa*, Padova, Cedam, 2002; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2001.

namento idrico e del consumo di acqua. La normativa contenuta in queste fonti è ora confluita nel Codice dell'ambiente (d.lgs. n. 152 del 2006) all'interno del quale l'accordo continua a manifestare una significativa duttilità di forme e di contenuti in linea con le pregresse esperienze comunitarie e nazionali.

Per queste ragioni gli accordi in materia ambientale si caratterizzano per un accentuato polimorfismo, tanto che, nonostante il loro carattere pubblicistico e intrinsecamente autoritativo (7), talora sono riconducibili a modelli ben definiti nella legislazione nazionale, talaltra presentano elementi di apprezzabile atipicità.

Quanto agli istituti che in via generale rientrano nel novero degli accordi stipulati dalla pubblica amministrazione, occorre certamente richiamare la disciplina dettata all'art. 11 della l. n. 241 del 1990, che prevede i c.d. accordi tra pubblica amministrazione e privati integrativi o sostitutivi di provvedimento, nonché il successivo art. 15, che regola gli accordi tra pubbliche amministrazioni. Costituisce un'ipotesi specifica all'interno di quest'ultima categoria quella dettata all'art. 34 del d.lgs. n. 267 del 2000, che ha ad oggetto i c.d. accordi di programma. Per altro verso gli interventi che coinvolgono una molteplicità di soggetti pubblici e privati implicano decisioni istituzionali e risorse finanziarie a carico delle amministrazioni statali, regionali e delle province autonome, nonché degli enti locali e possono essere regolati sulla base degli accordi definiti all'art. 2, comma 203 della l. 23 dicembre 1996, n. 662: programmazione negoziata, intesa istituzionale di programma, accordo di programma quadro, patto territoriale, contratto di programma, contratto di area.

Dal punto di vista strutturale tali atti consensuali hanno una dimensione prevalentemente verticale, dal momento che nella maggior parte dei casi si prevede che possano essere stipulati tra soggetti pubblici e soggetti privati. Questi ultimi vi possono partecipare come singoli, ma anche in forma associata. Raramente la normativa dispone che l'accordo sia stipulato solo tra soggetti pubblici, in una proiezione per così dire orizzontale. Tale elemento soggettivo si riflette sulla delimitazione dell'oggetto dell'accordo ambientale. Difatti la partecipazione dei privati introduce nell'assetto realizzato mediante lo strumento convenzionale interessi ulteriori a quello pubblico, per lo più di natura economica. Ne consegue che questi accordi sono riconducibili alla figura generale del partenariato pubblico privato di tipo contrattuale, poiché consentono di integrare gli obiettivi di tutela propri della politica ambientale con le strategie e i sistemi di gestione delle imprese. Tali moduli operativi ot-

---

(7) Si veda in tal senso quanto affermato dalla stessa Corte costituzionale nella celeberrima sent. 5 luglio 2004, n. 204: "La materia dei pubblici servizi può essere oggetto di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se in essa la pubblica amministrazione agisce esercitando il suo potere autoritativo ovvero, attesa la facoltà, riconosciuta dalla legge, di adottare strumenti negoziali in sostituzione del potere autoritativo, se si vale di tale facoltà (la quale, tuttavia, presuppone l'esistenza del potere autoritativo: art. 11 della legge n. 241 del 1990)" (cons. dir., pnt. 3.4.2.).



tengono una significativa preferenza rispetto alla istituzione di soggetti terzi a partecipazione mista, soprattutto poiché le esigenze ambientali mutano rapidamente nel tempo e nello spazio.

Si tratta di strumenti in larga parte volontari e dunque facoltativi, sebbene - come si avrà modo di segnalare *infra* - non manchino ipotesi in cui il legislatore nazionale ne ha previsto l'obbligatorietà, in termini di previo esperimento del tentativo di concludere l'accordo, quale presupposto giuridico per l'esercizio dell'attività autoritativa da parte della pubblica amministrazione; ovvero predisponendo delle misure per il superamento del mancato incontro del consenso delle parti.

Dal punto di vista funzionale, deve rilevarsi che gli accordi talora sono meramente procedimentali e hanno la finalità di semplificare la procedura, talora vengono utilizzati quali strumenti di governo, pianificazione e programma. Inoltre, ove previsto da puntuali disposizioni di legge, possono assumere una funzione derogatoria rispetto alla normativa che sarebbe altrimenti applicabile, con il contro limite del necessario rispetto della disciplina comunitaria. Proprio quest'ultima possibilità conferisce ad alcuni accordi ambientali un forte connotato di atipicità rispetto ai modelli indicati nelle leggi generali sopra richiamate.

Da ultimo occorre rilevare che la funzione di tutela ambientale che è conaturata a tutti gli accordi tra soggetti pubblici e soggetti privati in questa materia comporta che la definizione dell'assetto di interessi e la sua realizzazione sia oggetto di interesse da parte della collettività. Di conseguenza la procedura di formazione e l'attività di esecuzione di quanto pattuito devono svolgersi con la massima trasparenza al fine di un'adeguata informazione degli *stakeholders* e del pubblico in generale. In alcuni casi l'accordo diviene addirittura lo strumento per mezzo del quale viene disciplinata l'attività di raccolta, elaborazione e diffusione dei dati in materia ambientale.

## *2.2. Gli accordi ambientali nell'ambito dei procedimenti dichiarativi ed autorizzatori.*

Il modello degli accordi ambientali è previsto dalle norme procedurali generali relative ai procedimenti di valutazione ambientale strategica (VAS), valutazione di impatto ambientale (VIA) e autorizzazione integrata ambientale (AIA), di cui alla Parte seconda del Codice dell'ambiente.

In particolare occorre richiamare la disciplina dettata dall'art. 9 del d.lgs. n. 152 del 2006, nel testo risultante dalle modifiche apportate dall'art. 1, comma 3 del d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4 e dall'art. 2 comma 7 del d.lgs. 29 giugno 2010, n. 128. Rispetto alla sua originaria formulazione, l'attuale art. 9, al comma 1, prevede una piena integrazione tra la disciplina dettata in materia di procedimento amministrativo e di accesso ai documenti amministrativi dalla l. 7 agosto 1990, n. 241 ss.mm.ii. e le procedure di verifica e autorizza-

zione disciplinate dal Codice dell'ambiente, sia pure nei limiti della clausola di compatibilità.

Tale previsione avrebbe potuto, in sé considerata, essere sufficiente per consentire l'applicazione di tutti gli istituti regolati nella l. n. 241 del 1990 ai procedimenti dichiarativi ed autorizzatori di cui alla parte II del d.lgs. n. 152 del 2006. Nondimeno il legislatore ha inteso porre espressamente delle disposizioni quanto alla conferenza di servizi ed agli accordi, rispettivamente ai commi 2 e 3 dell'art. 9. Mentre l'esperibilità della conferenza di servizi istruttoria ivi prevista non sembra aggiungere nulla di significativo a quanto già si sarebbe potuto ricavare dalla previsione generale di cui al comma 1, ad una diversa conclusione sembra doversi giungere proprio con riferimento agli accordi. In particolare, ai fini del discorso che si va svolgendo, l'art. 9, comma 3 del d.lgs. n. 152 del 2006 per un verso conferma la piena inserzione dell'istituto nell'ambito delle procedure ivi disciplinate, anche sotto il profilo temporale ("nel rispetto dei tempi minimi definiti per la consultazione del pubblico"), dall'altro aggiunge elementi strutturali e funzionali ulteriori rispetto al modello degli accordi fra privati e pubbliche amministrazioni di cui all'art. 11 della l. n. 241 del 1990 e fra pubbliche amministrazioni di cui al successivo art. 15.

Difatti rispetto all'art. 11 il fine perseguito con lo strumento convenzionale non è quello di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento, né di sostituirsi a questo, bensì quello di "disciplinare lo svolgimento delle attività di interesse comune ai fini della semplificazione e della maggiore efficacia dei procedimenti".

Per altro verso gli accordi previsti all'art. 9, comma 3, del d.lgs. n. 152 del 2006 non sembrano corrispondere pienamente neppure al modello di cui all'art. 15 della l. n. 241/1990, nonostante la coincidenza dell'oggetto consistente nella disciplina dello svolgimento delle attività di interesse comune. In particolare, sotto il profilo strutturale, possono essere conclusi non solamente tra soggetti pubblici, ma anche tra pubbliche amministrazioni ed il soggetto proponente, che ai sensi del precedente art. 5 può anche essere il "privato che elabora il piano, programma o progetto soggetto alle disposizioni del presente codice" (comma 1, let. r). Quanto alla funzione dell'istituto, invece, in luogo della sola semplificazione cui si ispira la disciplina dettata dall'art. 15 della l. n. 241 del 1990, l'art. 9, comma 3 del d.lgs. n. 152 del 2006 indica anche il fine della "maggiore efficacia dei procedimenti", secondo la prospettiva propria della c.d. "amministrazione di risultato". Ciò in linea con quanto sopra rilevato circa gli orientamenti delle istituzioni comunitarie, in specie della Commissione, in ordine allo strumento degli accordi ambientali.

Da ultimo, proprio il profilo dei soggetti che possono concludere gli accordi previsti dall'art. 9, comma 3 del d.lgs. n. 152 del 2006 non consente di riportare la disciplina ivi contenuta nell'alveo degli accordi di programma di cui all'art. 34 del d.lgs. n. 267 del 2000, che possono essere stipulati solamente

dai rappresentanti degli enti territoriali, almeno stante il tenore letterale della disposizione (8). Tuttavia sul punto è da rilevare come numerose disposizioni contenute nelle norme di settore del Codice dell'ambiente (*infra*), pur richiamando espressamente la figura dell'accordo di programma di cui all'art. 34 del d.lgs. n. 267 del 2000, al contempo prevedono la partecipazione a tale atto negoziale da parte di soggetti privati.

Sebbene il modello di accordi delineato dal Codice dell'ambiente nell'art. 9 non sia pienamente riconducibile a quello delineato nella legge sul procedimento amministrativo, agli artt. 11 e 15 e nel testo unico degli enti locali all'art. 34, per le diversità strutturali e funzionali ora rilevate, sembrerebbe possibile indicare un elemento comune, quantomeno a quelli conclusi tra pubbliche amministrazioni. Si tratta della loro configurabilità in termini di accordi quadro, assimilabili alla categoria civilistica dei contratti normativi, in quanto sono destinati a disciplinare in astratto con riguardo ad ipotesi future le modalità di svolgimento di determinate fasi procedurali a fini di semplificazione e di efficacia (9).

Rispetto alla disciplina posta dall'art. 9, comma 3 del d.lgs. n. 152 del 2006 appare come meramente ripetitiva quella posta in materia di valutazione di impatto ambientale (VIA) al successivo art. 25, comma 4, come risultante dalla sostituzione operata dall'art. 1, comma 3 del d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4. Difatti, non sembra aggiungere ulteriori indicazioni ai fini della ricostruzione dogmatica del modello la previsione secondo cui "l'autorità competente può concludere con le altre amministrazioni interessate accordi per disciplinare lo svolgimento delle attività di interesse comune ai fini della semplificazione delle procedure".

Al contrario riveste interesse la disposizione dettata all'art. 29 *quater* del Codice dell'ambiente, che disciplina la procedura per il rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale (AIA) per la realizzazione di impianti industriali. In particolare il comma 15 dispone che "in considerazione del particolare e rilevante impatto ambientale, della complessità e del preminente interesse nazionale dell'impianto, nel rispetto delle disposizioni del presente decreto, possono essere conclusi, d'intesa tra lo Stato, le regioni, le province e i comuni

---

(8) In dottrina peraltro non sono mancati Autori che hanno invece ritenuto fin da subito percorribile la soluzione interpretativa che ammette la partecipazione dei privati agli accordi tra pubbliche amministrazioni ed in specie agli accordi di programma di cui all'art. 34 del d.lgs. n. 267 del 2000, nonostante il tenore letterale delle disposizioni citate. In tal senso, A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, 2000, pp. 130 ss.; P.L. PORTALURI, *Le funzioni urbanistiche "necessarie" dei soggetti privati: aspetti di diritto interno e comunitario*, in *riv. Ital. Dir. pubbl. com.*, 1999, pp. 343 ss.; F. PUGLIESE, *Risorse finanziarie consensualità ed accordi nella pianificazione urbanistica*, in *Dir. amm.*, 1999, pp. 17 ss.; A. PREDIERI, *Gli accordi di programma*, in *quad. reg.*, 1991, pp. 959 ss.

(9) In tal senso R. GRECO, *sub art. 9*, in R. GRECO (a cura di), *Codice dell'ambiente annotato con dottrina, giurisprudenza e formule*, II ed., Roma, *Nel diritto*, 2011, p. 70.

territorialmente competenti e i gestori, specifici accordi, al fine di garantire, in conformità con gli interessi fondamentali della collettività, l'armonizzazione tra lo sviluppo del sistema produttivo nazionale, le politiche del territorio e le strategie aziendali. In tali casi l'autorità competente, fatto comunque salvo quanto previsto al comma 12, assicura il necessario coordinamento tra l'attuazione dell'accordo e la procedura del rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale. Nei casi disciplinati dal presente comma i termini di cui al comma 10 sono raddoppiati".

Tale disciplina, a fronte dell'obbligatorietà della convocazione della conferenza di servizi ai fini del rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale prevista al precedente comma 5, si caratterizza innanzitutto per la facoltatività della scelta di utilizzare lo strumento convenzionale dell'accordo. Peraltro, quest'ultimo sembra differire profondamente, così come configurato al comma 15, da quello risultante dalla previsione generale contenuta nell'art. 9, comma 3 del d.lgs. n. 152 del 2006.

Difatti non appare prioritaria la finalità di semplificazione, pur essendo ovviamente questa un risultato in sé connaturato all'utilizzo obbligatorio dell'istituto della conferenza di servizi, quanto piuttosto il bilanciamento, che è appunto l'oggetto dell'accordo, tra le istanze facenti capo alla collettività (di qui il riferimento agli interessi fondamentali della stessa) e le finalità di natura prettamente economica (sviluppo del sistema produttivo nazionale, politiche del territorio e strategie ambientali). In altre parole potrebbe dirsi che mentre gli accordi di cui all'art. 9, comma 3 hanno una funzione di semplificazione procedurale, quelli ai quali fa riferimento l'art. 29 *quater* realizzano il risultato di una ponderazione consensuale (oltre che contestuale) degli eterogenei interessi, che emergono in sede di rilascio dell'autorizzazione integrata ambientale. Che del resto il risultato perseguito non sia e non possa essere in tal caso la semplificazione è confermato dall'ultimo periodo dell'art. 29 *quater*, comma 15 ove si prevede il raddoppio dei termini di cui al comma 10, entro i quali l'autorità competente deve esprimere le proprie determinazioni sulla domanda di questo provvedimento autorizzatorio.

La natura di accordo sostanziale ed il suo carattere facoltativo, infine, suggeriscono l'inquadramento dell'istituto tra quelli in senso lato deflattivi del contenzioso, poiché in tale sede è dato al gestore rappresentare i propri interessi e far valere le proprie ragioni, in modo presumibilmente più compiuto di quanto potrebbero realizzare le amministrazioni coinvolte a fronte dell'esercizio dei soli diritti di partecipazione al procedimento. Sotto tale profilo non sembra, infatti, essere sufficiente la previsione dell'obbligatorietà della conferenza di servizi, stante la disciplina dettata agli artt. 14 ss. della l. n. 241 del 1990, ove non è prevista espressamente la partecipazione dei privati (10).

### 2.3. *Gli accordi ambientali nei singoli settori.*

Lo strumento dell'accordo è previsto e disciplinato anche in norme settoriali del Codice dell'ambiente. In particolare occorre innanzitutto richiamare la disposizione contenuta nell'art. 70, comma 4, ove in materia di difesa del suolo e lotta alla desertificazione (Parte terza, Sezione I) si prevede che gli accordi di programma di cui all'art. 34 del d.lgs. n. 267 del 2000 costituiscano lo strumento attuativo dei programmi triennali di intervento, che a loro volta attuano i piani di bacino. Stante l'espresso riferimento al modello consensuale contenuto nel citato articolo del testo unico degli enti locali, non si pongono particolari problemi di inquadramento dogmatico. È solo il caso di rilevare che l'accordo di programma, così come chiaramente affermato nell'art. 70, comma 4 del Codice dell'ambiente, consente un'attuazione in forma integrata e coordinata dei programmi da parte degli enti territoriali competenti senza necessità di procedere alla costituzione di soggetti terzi, in forme associative variamente articolate. Inoltre ai sensi del citato art. 34 gli accordi di programma possono comportare variazioni degli strumenti urbanistici e in base a quanto disposto dall'art. 12, co. 1 lett. b) del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico in materia di espropriazione per pubblica utilità) possono altresì valere quale dichiarazione di pubblica utilità.

Si fa espressamente riferimento a tale istituto consensuale anche nell'art. 75 del d.lgs. n. 152 del 2006 in materia di tutela delle acque dall'inquinamento (Parte terza, Sezione II) (11). In particolare, al comma 9 gli accordi di programma con le competenti autorità sono indicati come strumento ulteriore del quale possono avvalersi i consorzi di bonifica e di irrigazione per concorrere alla realizzazione di azioni di salvaguardia ambientale e di risanamento delle acque anche al fine di una loro utilizzazione irrigua, della rinaturalizzazione dei corsi d'acqua e della fitodepurazione. In tal modo si può realizzare una tutela concertata delle risorse idriche da parte dei consorzi di bonifica, delle autorità di bacino, delle province e delle regioni interessate.

La partecipazione di soggetti privati alla stipulazione di accordi e contratti di programma è prevista in materia di tutela dei corpi idrici e disciplina degli

---

(10) Dà conto dei vari tentativi della dottrina per fondare sulle previsioni della l. n. 241 del 1990, ed in particolare su quella in tema di partecipazione procedimentale, la possibilità per i privati di essere parti della conferenza di servizi S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Conferenza di servizi (dir. amm.)*, in *Enc. Dir., Annali*, II, t. 2, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 271 ss. e spec. pp. 289-290. Sull'istituto in generale D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, Giappichelli, 2002.

(11) Si veda quanto rilevato *supra*, quanto al dato che proprio la tutela delle acque dall'inquinamento ha costituito materia nella quale hanno trovato previsione gli accordi ambientali già a partire dal d.lgs. 11 maggio 1999, n. 152, recante disposizioni sulla tutela delle acque dall'inquinamento e recepimento della direttiva 91/271/CEE concernente il trattamento delle acque reflue urbane e della direttiva 91/676/CEE relativa alla protezione delle acque dall'inquinamento provocato dai nitrati provenienti da fonti agricole.

scarichi (Parte terza, sezione II, titolo III) all'art. 101, comma 10 del d.lgs. n. 152 del 2006. Quest'ultimo dispone infatti che le autorità competenti possono promuovere e stipulare tali atti consensuali con "soggetti economici interessati al fine di favorire il ripristino idrico, il riutilizzo delle acque di scarico e il recupero come materia prima dei fanghi di depurazione, con la possibilità di ricorrere a strumenti economici, di stabilire agevolazioni in materia di adempimenti amministrativi e di fissare, per le sostanze ritenute utili, limiti agli scarichi in deroga alla disciplina generale, nel rispetto comunque delle norme comunitarie e delle misure necessarie al conseguimento degli obiettivi di qualità". Tale previsione sembra derogare in modo significativo al modello dell'accordo di programma di cui all'art. 34 del d.lgs. n. 267 del 2000 e non solo per ragioni procedurali afferenti all'ambito di applicazione soggettivo dell'istituto. Per meglio dire, da un lato, è proprio la partecipazione dei soggetti privati a questo a conferire all'oggetto dell'accordo di programma un'accentuata connotazione economica che non si rinviene nella formulazione del citato articolo 34; dall'altro, ed è probabilmente questo il profilo più significativo, con il solo limite del rispetto della normativa comunitaria e degli obiettivi di qualità ambientale, l'accordo di programma stipulato con i privati viene addirittura configurato come strumento per derogare alla disciplina generale, sia pure limitatamente alla fissazione dei limiti agli scarichi.

Gli accordi di programma sono inoltre previsti nell'ambito degli strumenti di tutela (Parte terza, sezione II, titolo IV) all'art. 120, che disciplina il rilevamento dello stato di qualità dei corpi idrici. In particolare al comma 3 è previsto che al fine di evitare sovrapposizioni e di garantire il flusso delle informazioni raccolte e la loro compatibilità con il sistema informativo nazionale dell'ambiente (SINA), le Regioni possono promuovere, nell'esercizio delle rispettive competenze, accordi di programma con l'Agenzia per la protezione dell'ambiente e per i servizi tecnici (APAT), le Agenzie regionali per la protezione dell'ambiente, le Province, le Autorità d'ambito, i consorzi di bonifica e di irrigazione e gli altri enti pubblici interessati. In tal modo lo strumento negoziale, sia pure configurato come facoltativo, favorisce la creazione di un sistema informativo in seno alla elaborazione ed attuazione di programmi per la conoscenza e la verifica dello stato qualitativo e quantitativo delle acque superficiali e sotterranee all'interno di ciascun bacino idrogeografico (comma 1). È per questa ragione per la quale nei programmi devono altresì essere definite le modalità di standardizzazione dei dati e di interscambio delle informazioni (comma 3, ult. per.). Tale disciplina si inserisce peraltro nell'ambito della funzione programmatoria e di pianificazione, nonché di consultazione pubblica delineata agli artt. 117-123 del Codice dell'ambiente, rispetto alla quale l'attività conoscitiva appare prodromica e strumentale.

Sempre nel settore delle risorse idriche ed al fine di pianificarne l'utilizzo, l'art. 158 del d.lgs. n. 152 del 2006 prevede che laddove il fabbisogno comporti

o possa comportare il trasferimento di acqua tra regioni diverse e ciò travalichi i comprensori di riferimento dei distretti idrogeografici, le Autorità di bacino, sentite le Regioni interessate, promuovono accordi di programma tra le regioni stesse, nel rispetto delle finalità di tutela e di uso di questa risorsa. Rispetto alle ipotesi finora passate in rassegna, la previsione richiamata presenta la peculiarità di configurare lo strumento convenzionale come obbligatorio, secondo quanto suggerito dall'utilizzo del tempo indicativo ("promuovono") da parte del legislatore. La ragione va individuata nel rilievo che trattandosi di un'attività che coinvolge più enti territoriali il suo svolgimento non può prescindere dalla definizione consensuale delle modalità di realizzazione degli interventi. In altre parole l'accordo di programma in tale ipotesi è configurato non come uno strumento alternativo, bensì come quello che consente il rispetto delle sfere di competenze degli enti coinvolti.

Sotto questo profilo appare invece più elastica la disciplina dettata in materia di gestione dei rifiuti e di bonifica dei siti inquinati (Parte quarta) (12). Difatti l'art. 177 al comma 5 dispone che per conseguire le finalità e gli obiettivi propri di questo settore lo Stato, le regioni, le province autonome e gli enti locali esercitano i poteri e le funzioni di rispettiva competenza nel rispetto della disciplina dettata nel Codice dell'ambiente, adottando ogni idonea azione ed avvalendosi, ove opportuno, mediante accordi, contratti di programma o protocolli d'intesa anche sperimentali, di soggetti pubblici e privati. In tale previsione lo strumento convenzionale non è limitato nella sua concreta configurazione al modello di cui all'art. 34 del d.lgs. n. 267 del 2000, poiché viene lasciata alle istituzioni la scelta tra diversi atti consensuali in un ordine decrescente di vincolatività, che giunge fino alla possibilità di stipulare protocolli di intesa anche sperimentali. Inoltre mediante lo stesso accordo di programma può essere realizzato un coinvolgimento di soggetti privati e una regolamentazione concordata con gli stessi delle attività di gestione dei rifiuti. Peraltro si tratta di una previsione che viene ripresa e specificata nel successivo art. 180, comma 1, lett. C), ove tra le iniziative per la promozione in via prioritaria della prevenzione e della riduzione della produzione e della nocività dei rifiuti è indicata la promozione di accordi e contratti di programma o protocolli di intesa anche sperimentali; nonché nell'art. 180 *bis* nell'ambito delle iniziative dirette a favorire il riutilizzo dei prodotti e la preparazione per il riutilizzo dei rifiuti. Tra le funzioni spettanti al Consorzio nazionale imballaggi (CONAI) di prevede la promozione di accordi di programma da concludersi anche in questo caso con operatori economici privati per favorire il riciclaggio ed il re-

---

(12) Si noti, che il ricorso allo strumento dell'accordo ambientale tra soggetti pubblici e privati, come già rilevato *supra* nel testo, è stato già largamente previsto per il settore della gestione dei rifiuti nel d.lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, Attuazione delle direttive 91/156/CEE sui rifiuti, 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio.

cupero dei rifiuti di imballaggio ai sensi dell'art. 224, comma 2, lett. d). Inoltre il CONAI, ai sensi del comma 5, può stipulare un accordo di programma quadro su base nazionale con l'Associazione nazionale Comuni italiani (ANCI), con l'Unione delle province italiane (UPI) o con le Autorità d'ambito al fine di garantire l'attuazione del principio di corresponsabilità gestionale tra produttori, utilizzatori e pubbliche amministrazioni. In particolare, tale accordo stabilisce: l'entità dei maggiori oneri per la raccolta differenziata dei rifiuti di imballaggio, da versare alle competenti pubbliche amministrazioni, determinati secondo criteri di efficienza, efficacia, economicità e trasparenza di gestione del servizio medesimo; gli obblighi e le sanzioni posti a carico delle parti contraenti; le modalità di raccolta dei rifiuti da imballaggio in relazione alle esigenze delle attività di riciclaggio e di recupero. L'importanza di tale strumento convenzionale è confermata dal successivo comma 12, ove si prevedono nel caso in cui non si proceda alla stipula misure per favorire il raggiungimento dell'intesa e, nelle ipotesi in cui questa risulti non possibile, strumenti per il superamento della mancata conclusione delle convenzioni.

Hanno invece una finalità derogatoria del principio generale secondo il quale è vietato smaltire i rifiuti urbani non pericolosi in regioni diverse da quelle nelle quali gli stessi sono stati prodotti, gli accordi regionali o internazionali di cui all'art. 182, comma 3, del d.lgs. n. 152 del 2006. A tali strumenti convenzionali, non ulteriormente qualificati e descritti dalla disposizione citata, si può ricorrere qualora gli aspetti territoriali e l'opportunità tecnico economica di raggiungere livelli ottimali di utenza servita lo richiedano.

La medesima finalità derogatoria hanno gli accordi di programma previsti all'art. 205, recante misure per incrementare la raccolta differenziata. Più precisamente ai sensi del comma 1 *bis*, nel caso in cui, dal punto di vista tecnico, ambientale ed economico, non sia realizzabile il raggiungimento degli obiettivi ivi fissati il comune può richiedere al Ministro dell'ambiente una deroga al rispetto degli obblighi relativi alla raccolta differenziata. Tuttavia in questo caso la disposizione pone dei vincoli contenutistici stringenti all'assetto di interessi che può essere convenuto nell'accordo di programma. Difatti, se è vero che il Ministro può autorizzare la deroga previa stipula di un accordo di programma con la regione e gli enti locali interessati, lo strumento convenzionale deve stabilire: le modalità mediante le quali il comune richiedente intende conseguire gli obiettivi di riutilizzo e riciclaggio di rifiuti (art. 181, comma 1); la destinazione a recupero di energia della quota di rifiuti indifferenziati che residua dalla raccolta differenziata e dei rifiuti derivanti da impianti di trattamento dei rifiuti indifferenziati, qualora non destinati al recupero di materia; la percentuale di raccolta differenziata dei rifiuti urbani da destinare al riciclo, che il comune richiedente si obbliga ad effettuare. Inoltre, ai sensi del successivo comma 1 *ter*, l'accordo di programma può stabilire obblighi, nel quadro normativo vigente, per il perseguimento delle finalità stabilite in ordine alla



gestione dei rifiuti, nonché stabilire le modalità di accertamento dell'adempimento degli obblighi assunti e la disciplina dell'eventuale inadempimento. Agli accordi di programma ivi previsti si riconosce infine un effetto conformativo dei piani regionali, con una sorta di inversione dell'ordine degli atti di pianificazione e programmazione (comma 1 *ter*, ult. per.).

Peraltro il settore dei rifiuti si pone come un campo elettivo per l'utilizzo delle modalità consensuali di perseguimento e cura dell'interesse pubblico alla tutela dell'ambiente. Difatti, proprio all'art. 206 viene adottata una disciplina di carattere generale (dunque non riferita ai singoli interventi di gestione, bonifica, raccolta e riciclaggio di rifiuti) di accordi e contratti di programma al fine di perseguire la razionalizzazione e la semplificazione delle procedure, con particolare riferimenti alle piccole imprese. Sono legittimati alla stipulazione di questi atti consensuali il Ministro dell'ambiente, le altre autorità competenti con gli enti pubblici, le imprese di settore, gli altri soggetti pubblici e privati e le associazioni di categoria. Diversamente dai precedenti accordi, rileva nel caso in esame la previsione che vi partecipino anche persone giuridiche titolari di interessi collettivi, quali le associazioni ambientali.

L'art. 206 precisa altresì il contenuto di queste convenzioni, che hanno ad oggetto: a) l'attuazione di specifici piani di settore di riduzione, recupero e ottimizzazione dei flussi di rifiuti; b) la sperimentazione, la promozione, l'attuazione e lo sviluppo di processi produttivi e distributivi e di tecnologie pulite idonei a prevenire o ridurre la produzione dei rifiuti e la loro pericolosità e ad ottimizzarne il recupero; c) lo sviluppo di innovazioni nei sistemi produttivi per favorire metodi di produzione di beni con impiego di materiali meno inquinanti e comunque riciclabili; d) le modifiche del ciclo produttivo e la riprogettazione di componenti, macchine e strumenti di controllo; e) la sperimentazione, la promozione e la produzione di beni progettati, confezionati e messi in commercio in modo da ridurre la quantità e la pericolosità dei rifiuti e i rischi di inquinamento; f) la sperimentazione, la promozione e l'attuazione di attività di riutilizzo, riciclaggio e recupero di rifiuti; g) l'adozione di tecniche per il reimpiego ed il riciclaggio dei rifiuti nell'impianto di produzione; h) lo sviluppo di tecniche appropriate e di sistemi di controllo per l'eliminazione dei rifiuti e delle sostanze pericolose contenute nei rifiuti; i) l'impiego da parte dei soggetti economici e dei soggetti pubblici dei materiali recuperati dalla raccolta differenziata dei rifiuti urbani; l) l'impiego di sistemi di controllo del recupero e della riduzione di rifiuti.

Ai sensi del successivo comma 2 gli accordi e contratti di programma possono essere stipulati tra i medesimi soggetti per promuovere e favorire l'utilizzo dei sistemi di certificazione ambientale di cui al regolamento (Cee) n. 761/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 marzo 2001; per attuare programmi di ritiro dei beni di consumo al termine del loro ciclo di utilità ai fini del riutilizzo, del riciclaggio e del recupero.

Tali strumenti possono senza dubbio realizzare delle semplificazioni amministrative, ma non è data agli stessi la possibilità di derogare alla normativa comunitaria (comma 3). La copertura degli oneri derivanti dalla stipula di questi accordi e contratti è realizzata mediante risorse individuate con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con i Ministri dello sviluppo economico e dell'economia e delle finanze, sulla base di apposite disposizioni legislative di finanziamento. Inoltre sempre con questo decreto sono fissate le modalità di stipula dei medesimi (comma 4).

L'art. 206, infine, al comma 5 realizza un importante raccordo tra la normativa nazionale e quella comunitaria in materia di accordi ambientali. Infatti, si prevede che ai sensi della comunicazione 2002/412 del 17 luglio 2002 della Commissione delle Comunità europee sia possibile concludere accordi ambientali che la Commissione può utilizzare nell'ambito della autoregolamentazione, intesa come incoraggiamento o riconoscimento dei medesimi accordi, oppure della coregolamentazione, intesa come proposizione al legislatore di utilizzare gli accordi, quando opportuno.

Fa il paio con la disciplina ora brevemente descritta quella contenuta all'art. 246 con riferimento alla bonifica di siti contaminati (Parte quarta, titolo V) (13). In particolare si prevede che i soggetti obbligati e quelli altrimenti interessati agli interventi in questo settore hanno diritto di definire modalità e tempi di esecuzione degli stessi mediante appositi accordi di programma da stipularsi con le amministrazioni competenti (comma 1). Nel caso in cui vi siano soggetti che intendano o siano tenuti a provvedere alla contestuale bonifica di una pluralità di siti che interessano il territorio di più regioni, i tempi e le modalità di intervento possono essere definiti con appositi accordi di programma che devono essere conclusi con le regioni interessate (comma 2). Se i siti hanno una rilevanza nazionale gli stessi soggetti possono concludere per le medesime finalità accordi di programma con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio di concerto con i Ministri della salute e delle attività

---

(13) Si noti che l'art. 246 del Codice dell'ambiente delimita in materia di bonifica dei siti inquinati un ambito di applicazione più ampio degli accordi di programma rispetto alla previsione contenuta nell'art. 18, comma 2 della legge 31 luglio 2002, n. 172 (Disposizioni in materia ambientale), che circoscrive l'utilizzo di tale strumento ai siti di interesse nazionale e con riferimento al solo progetto definitivo: "Per realizzare il programma di interventi di cui al comma 1, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio stipula, con i Ministri dell'interno delegato per il coordinamento della protezione civile, delle attività produttive e delle infrastrutture e dei trasporti, con i presidenti delle giunte regionali, delle province e con i sindaci dei comuni territorialmente competenti, uno o più accordi di programma per l'approvazione del progetto definitivo di bonifica e di ripristino ambientale. Gli accordi di programma comprendono il piano di caratterizzazione dell'area e l'approvazione delle eventuali misure di messa in sicurezza di emergenza, gli interventi di bonifica o di messa in sicurezza definitiva e l'approvazione del progetto di valorizzazione dell'area bonificata, che include il piano di sviluppo urbanistico dell'area e il piano economico e finanziario dell'investimento, secondo le procedure previste dall'articolo 34 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267".

produttive, d'intesa con la Conferenza Stato-regioni (comma 3). Quanto ai soggetti legittimati è interessante notare che la previsione vi ricomprende anche il responsabile dell'inquinamento. Ma vi è di più. Si riconosce che a fronte di una sua richiesta la concertazione costituisca per l'amministrazione competente una soluzione obbligata. Difatti, la disposizione prevede un "diritto" di avvalersi dello strumento convenzionale, a fronte del quale si configura un obbligo di procedere in modo concertativo. Peraltro, trattandosi di un limite al potere dell'amministrazione di agire in via autoritativa, l'art. 246 del Codice dell'ambiente si premura di delimitare temporalmente l'obbligatorietà dell'accordo di programma, calibrando i termini ivi previsti sulla dimensione dell'interesse (regionale, pluriregionale ovvero nazionale) che viene in evidenza nel caso concreto.

Da ultimo l'accordo di programma è indicato quale strumento per l'elaborazione e l'approvazione di siti di preminente interesse pubblico per la riconversione industriale con aree demaniali e acque di falda contaminate, ai sensi dell'art. 252 *bis* del Codice dell'ambiente. Alla stipulazione possono addivenire i soggetti interessati, i Ministri per lo sviluppo economico, dell'ambiente e il Presidente della Regione territorialmente competente, sentiti il Presidente della Provincia ed i Sindaci dei Comuni interessati (comma 1). Anche in questo caso si prevede la partecipazione dei soggetti responsabili della contaminazione, in mancanza della quale l'amministrazione riacquista il potere di agire d'ufficio, fermo il diritto di rivalsa. La stessa previsione si applica anche nel caso in cui il soggetto responsabile non adempia alle obbligazioni assunte con lo strumento convenzionale (comma 9).

Gli accordi di programma assicurano il coordinamento delle azioni per determinarne i tempi, le modalità, il finanziamento ed ogni altro connesso e funzionale adempimento per l'attuazione dei programmi di riconversione industriale e disciplinano in particolare ai sensi del comma 3: a) gli obiettivi di reindustrializzazione e di sviluppo economico produttivo e il piano economico finanziario degli investimenti da parte di ciascuno dei proprietari delle aree comprese nel sito contaminato al fine di conseguire detti obiettivi; b) il coordinamento delle risultanze delle caratterizzazioni eseguite e di quelle che si intendono svolgere; c) gli obiettivi degli interventi di bonifica e riparazione, i relativi obblighi dei responsabili della contaminazione e del proprietario del sito, l'eventuale costituzione di consorzi pubblici o a partecipazione mista per l'attuazione di tali obblighi nonché le iniziative e le azioni che le pubbliche amministrazioni si impegnano ad assumere ed a finanziare; d) la quantificazione degli effetti temporanei in termini di perdita di risorse e servizi causati dall'inquinamento delle acque; e) le azioni idonee a compensare le perdite temporanee di risorse e servizi, sulla base dell'Allegato II della direttiva 2004/35/CE; a tal fine sono preferite le misure di miglioramento della sostenibilità ambientale degli impianti esistenti, sotto il profilo del miglioramento

tecnologico produttivo e dell'implementazione dell'efficacia dei sistemi di depurazione e abbattimento delle emissioni; f) la prestazione di idonee garanzie finanziarie da parte dei privati per assicurare l'adempimento degli impegni assunti; g) l'eventuale finanziamento di attività di ricerca e di sperimentazione di tecniche e metodologie finalizzate al trattamento delle matrici ambientali contaminate e all'abbattimento delle concentrazioni di contaminazione, nonché ai sistemi di misurazione e analisi delle sostanze contaminanti e di monitoraggio della qualità ecologica del sito; h) le modalità di monitoraggio per il controllo dell'adempimento degli impegni assunti e della realizzazione dei progetti.

La stipula dell'accordo di programma costituisce riconoscimento dell'interesse pubblico generale alla realizzazione degli impianti, delle opere e di ogni altro intervento connesso e funzionale agli obiettivi di risanamento e di sviluppo economico e produttivo (comma 4).

In considerazione delle finalità di tutela e ripristino ambientale perseguite, l'attuazione da parte dei privati degli impegni assunti con l'accordo di programma costituisce anche attuazione degli obblighi di cui alla direttiva 2004/35/CE e delle relative disposizioni di attuazione di cui alla parte VI del d.lgs. n. 152 del 2006 (comma 7).

# RECENSIONI

***MAURIZIO BORGIO - MARCO MORELLI (\*), L'acquisizione e l'utilizzo di immobili da parte della P.A. Espropriazione per pubblica utilità e strumenti alternativi.***

*(Giuffrè Editore, 2012, pp. XIV, 394)*

*Prefazione di Michele Dipace (\*)*

Ancora un libro che parla di espropriazione per pubblica utilità!

Con questa esclamazione ho accolto l'invito, gentilmente rivoltomi dagli Autori, di scrivere la prefazione del presente volume.

Mi sono, allora, chiesto quale fosse l'utilità di una nuova opera scientifica sull'argomento e l'ho rinvenuta nella seguente considerazione: l'espropriazione per pubblica utilità è certamente una delle figure giuridiche più affascinanti, tormentate e complesse del diritto amministrativo, la cui peculiarità consiste nel trovarsi, per così dire, al confine tra diritto pubblico e privato, come testimoniato dal fatto che delle relative vicende giurisdizionali conoscono sia il giudice ordinario che il giudice amministrativo.

Ben venga, pertanto, un'Opera che ha il pregio di coniugare la rigorosa trattazione scientifica degli argomenti con l'esame della casistica oggetto delle numerose pronunce giurisprudenziali intervenute nei quasi dieci anni di vigenza del Testo Unico Espropri (d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327); un arco temporale, quest'ultimo, che consente agli Autori di trarre, per così dire, qualche somma in ordine ai risultati dell'intento di razionalizzazione e coordinamento delle diverse disposizioni legislative e regolamentari esistenti, che ha ispirato il predetto T.U..

Peraltro, è merito degli Autori avere cercato di guardare al di là dell'espropriazione dedicando una parte dell'Opera all'analisi delle modalità di acquisizione di immobili da parte delle pubbliche amministrazioni alternative al tradizionale istituto ablatorio.

Il capitolo primo dell'Opera tratta degli aspetti generali dell'espropriazione come delimitati dal d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327.

---

(\*) Maurizio Borgo, avvocato dello Stato.

Marco Morelli, avvocato del Foro di Roma.

Michele Dipace, Avvocato Generale dello Stato.

Vengono, pertanto, esaminati l'oggetto e l'ambito di applicazione del T.U., i soggetti e l'oggetto della procedura espropriativa, l'ufficio esproprio e la possibilità di istituzione di uffici tra enti consorziati; per finire, gli Autori si soffermano sul tema della responsabilità del delegante e del delegato in materia di esproprio.

Nel capitolo secondo, gli Autori, dopo avere fotografato le quattro fasi del procedimento espropriativo: vincolo, dichiarazione di pubblica utilità, indennità, decreto o cessione volontaria, esaminano specificamente la fase preliminare alla procedura espropriativa ovvero la sottoposizione del bene al vincolo.

Dopo una ricognizione delle note distinzioni fra vincoli derivanti da piani urbanistici e vincoli discendenti da atti diversi nonché tra vincoli conformativi e vincoli espropriativi, il capitolo si occupa delle tematiche legate alla zonizzazione e localizzazione delle opere ai fini espropriativi, della partecipazione degli interessati alla procedura di apposizione del vincolo e, per finire, del delicatissimo problema della reiterazione dei vincoli espropriativi.

Il capitolo terzo è dedicato alla dichiarazione di pubblica utilità ovvero a quella che la Corte Costituzionale ebbe a definire la pietra angolare della procedura espropriativa.

Vengono esaminati gli istituti dell'accesso ai fondi e del piano particellare; particolare attenzione è dedicata alla individuazione degli atti che comportano la dichiarazione di pubblica utilità anche alla luce delle novità introdotte dal d.l. 24 gennaio 2012, alla *vexata quaestio* dei termini e del loro superamento nonché al procedimento che porta alla d.p.u. ed alla partecipazione degli interessati.

Il capitolo quarto è dedicato all'esame della fase conclusiva della procedura espropriativa, sia nella forma ordinaria del decreto di esproprio ovvero della cessione volontaria che in quella accelerata di cui all'art. 22. Una particolare disamina è doverosamente riservata alla procedura di occupazione di urgenza foriera, in passato, del ben noto fenomeno patologico della c.d. "accessione invertita".

Il capitolo quinto si occupa dell'indennità di esproprio sotto ogni profilo procedimentale e sostanziale. Particolare attenzione viene dedicata alle recenti sentenze della Corte Costituzionale nn. 181/2011 e 338/2011 in tema di valore agricolo medio e dichiarazione ICI. Non viene trascurata la trattazione di profili c.d. secondari quali quello delle indennità aggiuntive, del regime fiscale dell'indennità di esproprio, dell'indennità di asservimento e di quell'indennità per reiterazione di vincoli espropriativi.

Il capitolo sesto è dedicato agli aspetti patologici dell'espropriazione ovvero alle occupazioni illegittime. Dopo un *excursus* storico sulle origini della c.d. occupazione acquisitiva e sulla distinzione tra la stessa e l'ipotesi più grave della c.d. "occupazione usurpativa", alla luce degli interventi della Corte Costituzionale e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, gli Autori si soffermano sulla soluzione iniziale data al problema dal d.P.R. n. 327/2001 ovvero sull'art. 43 fino ad arrivare alla declaratoria di illegittimità costituzionale della norma ad opera della sentenza 10 ottobre 2010 n. 293 della Consulta, senza trascurare la disamina delle problematiche derivate dall'intervento caducatorio della Consulta.

Il capitolo settimo è interamente dedicato all'art.42-*bis* del T.U. introdotto dal d.l. 6 luglio 2011 n. 98, ed alle pronunce giurisprudenziali che hanno affrontato le prime concrete applicazioni della disposizione.

Il capitolo ottavo, di chiusura dell'Opera, come più sopra anticipato, guarda al di là, o per meglio dire oltre l'esproprio; esso è dedicato alle forme di acquisizione, per così dire alternative rispetto all'espropriazione: nel capitolo vengono esaminati istituti quali quello dell'usucapione della PA. della *dicatio ad patriam* nonché le modalità di acquisizione di strade e piazze.

Il libro, pertanto, si è palesato, alla lettura, del tutto necessario perché contiene una approfondita analisi dottrinale e giurisprudenziale dell'istituto della espropriazione per p.u. analizzando tutte le problematiche dell'istituto stesso, ed è soprattutto un utile strumento per gli operatori del diritto e per coloro che, in ogni caso, si trovano ad essere interessati al procedimento espropriativo.

**VITO TUFARIELLO, *La responsabilità civile. Il danno da immissioni.***

*(Collana: Il diritto italiano nella giurisprudenza. A cura di PAOLO CENDON)  
(Utet Giuridica, 2012, pp. XXIV, 856)*

La legislazione in campo ambientale, nell'ultimo trentennio, ha subito una netta evoluzione frutto soprattutto di grosso impulso da parte del legislatore comunitario, a cui non sempre ha fatto seguito la medesima applicazione da parte del legislatore nazionale.

A volte le due fonti normative, la comunitaria e nazionale, nel loro articolato sovrapporsi, hanno causato grosse problematiche, in relazione al diritto da applicare alle singole questioni, ed in più occasioni per dirimere le controversie si è dovuti ricorrere alle pronunzie dell'interprete comunitario, sempre puntuale nel fornire gli indirizzi interpretativi richiesti.

La legislazione ambientale, nel suo evolversi, si è dovuta frammentare in più impatti. Ciò ha dato luogo alla creazione di norme di settore che, purtroppo, non denotano i caratteri della stabilità, posto che spesso e frequentemente subiscono stravolgimenti che creano imbarazzo e confusione negli operatori chiamati a svolgere giornalmente la propria opera.

L'opera "il danno da immissioni", nella sua variegata articolazione, vuole fornire uno strumento utile per costoro e consentire agli operatori e professionisti del settore di avere ben chiare sia la normativa vigente ed applicabile al caso di specie sia l'interpretazione della medesima in base alla risoluzione dei casi pratici fin qui susseguitisi.

Per ogni singolo impatto ambientale delineato si è cercato di evidenziare i profili di danno che possono scaturire, al fine di costituire la base di eventuali azioni poste in essere nei confronti di coloro che incorrono in violazioni normative causando evidenti danni oggettivi e soggettivi.

Non si nasconde che la lettura del testo risulterà non molto facile, soprattutto per coloro che intenderanno cimentarsi non avendo, alle spalle, una profonda e qualificata conoscenza della materia qui trattata. Sono certo, però, che una lettura più attenta e dedicata, unita alla scorrevolezza del testo, consentirà di superare tali difficoltà iniziali.

*L'Autore*

Finito di stampare nel mese di gennaio 2013  
Servizi Tipografici Carlo Colombo s.r.l.  
Via Roberto Malatesta n. 296 - Roma