

ANNO LXIII - N. 4

OTTOBRE - DICEMBRE 2011

RASSEGNA
AVVOCATURA
DELLO STATO

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE DI SERVIZIO

COMITATO SCIENTIFICO: *Presidente: Aldo Linguiti. Componenti: Franco Coppi - Giuseppe Guarino - Natalino Irti - Eugenio Picozza - Franco Getano Scoca.*

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

COMITATO DI REDAZIONE: *Lorenzo D'Ascia - Gianni De Bellis - Sergio Fiorentino - Paolo Gentili - Maria Vittoria Lumetti - Antonio Palatiello - Massimo Santoro - Carlo Sica - Stefano Varone.*

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

HANNO COLLABORATO INOLTRE AL PRESENTE FASCICOLO: *Alejandra Boto Álvarez, Alessandra Bruni, Ignazio Francesco Caramazza, Andrea Daidone, Alessandro De Stefano, Fabrizio Fedeli, Verdiana Fedeli, Flavio Ferdani, Wally Ferrante, Antonino Galletti, Michele Gerardo, Palmira Graziano, Niccolò Guasconi, Riccardo Ionta, Adolfo Mutarelli, Glauco Nori, Luca Palamara, Stefano Emanuele Pizzorno, Marina Russo, Francesco Sclafani, Francesco Spada, Marco Stigliano Messuti, Luca Ventrella, Alice Visconti.*

E-mail:

giuseppe.fiengo@avvocaturastato.it - tel. 066829313

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 - Sito www.avvocaturastato.it

Stampato in Italia - Printed in Italy

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

INDICE - SOMMARIO

TEMI ISTITUZIONALI

<i>Conferimento del Premio Aldo Sandulli 2011 all'Avvocato Generale dello Stato, avv. Ignazio Francesco Caramazza. Motivazione del Premio e Testo del ringraziamento</i>	pag.	1
<i>Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, Circolare A.G.S. dell'11 novembre 2011 prot. 356329 n. 51</i>	»	5
<i>Giudizi di equa riparazione ex lege n. 89/2001. Regime della prescrizione, Circolare A.G.S. del 22 novembre 2011 prot. 370973 n. 54</i>	»	12
<i>Reati tributari. Avvisi di udienza delle Cancellerie penali. Trasmissione all'Agenzia delle Entrate ed eventuale costituzione di parte civile, Circolare A.G.S. del 12 dicembre 2011 prot. 398541 n. 60</i>	»	14
<i>Norme processuali introdotte dalla legge di stabilità, Circolare A.G.S. del 14 dicembre 2011 prot. 401981 n. 63</i>	»	14
<i>Il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato nei pareri del Comitato consultivo:</i>		
<i>Stefano Varone, Patrocinio dell'Agenzia Nazionale per la Sicurezza delle Ferrovie ai sensi dell'art. 1 R.D. 1611/1933</i>	»	18
<i>Stefano Varone, Legittimazione attiva e ius postulandi degli Istituti scolastici. Autorizzazione al patrocinio ai sensi dell'art. 5 R.D. 1611/1933</i>	»	21
<i>Marina Russo, Patrocinio dell'ente Circoli della marina militare: natura "organica" del rapporto fra Ente Circoli e Stato</i>	»	26

CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

<i>Andrea Daidone, Il partenariato pubblico-privato: contesto di riferimento e analisi comparativa</i>	»	29
<i>1.- I giudizi in corso della Corte di giustizia Ue</i>		
<i>Marina Russo, Principi, obiettivi e missioni dei Trattati; Diritti dell'uomo; Visti, asilo, cause riunite C-411/10 e C-493/10</i>	»	53
<i>Wally Ferrante, Cittadinanza europea, cause riunite C-356/11 e C-357/11</i>	»	67
<i>Wally Ferrante, Libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi; Diritto di stabilimento; Libera circolazione dei servizi; Ravvicinamento delle legislazioni, causa C-386/11</i>	»	73
<i>Wally Ferrante, Ravvicinamento delle legislazioni; Tutela dei consumatori; Libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi, causa C-428/11</i>	»	80

CONTENZIOSO NAZIONALE

Alessandra Bruni, Niccolò Guasconi, <i>Sulla natura giuridica degli enti lirico-sinfonici</i> (C. cost., sent. 21 aprile 2011 n. 153)	pag.	85
Gianni De Bellis, Riccardo Ionta, <i>Problemi di giurisdizione sul fermo amministrativo ex art. 69 Legge di contabilità dello Stato</i> (Cass. civ., Sez. Un., sent. 22 dicembre 2010 n. 25983).	»	107
Stefano Emanuele Pizzorno, <i>Il punto in materia di ricorsi diretti ad accertare la condizione di apolide dopo Cassazione 7614/11</i> (Cass. civ., Sez. I, sent. 4 aprile 2011 n. 7614).	»	132
Michele Gerardo, <i>Risarcimento del danno ambientale: natura giuridica unitaria dell'illecito e normativa applicabile alle condotte lesive ante novella sui criteri di ristoro di cui alla direttiva CEE 2004/35/Ce e norme attuative interne</i> (Cass. civ., Sez. III, sent. 22 marzo 2011 n. 6551)	»	140
Palmira Graziano, <i>Efficacia preclusiva dell'eccezione di prescrizione ed overruling: le pretese risarcitorie dei medici specializzandi da tardivo recepimento di direttive comunitarie e l'illegittima dilatazione pretoria del relativo termine prescrizionale</i> (Cass. civ., Sez. III, sent. 17 maggio 2011 n. 10813).	»	155
Adolfo Mutarelli, <i>Trattamenti economici e contributivi previdenziali dei lavoratori negli appalti pubblici: l'estensione soggettiva del regime di solidarietà di cui al 2° comma dell'art. 29 D.Lgs. 276/2003</i> (C. app. Torino, Sez. lavoro, sent. 1 agosto 2011 n. 896).	»	210
Michele Gerardo, <i>Ammissibilità del ricorso per cassazione: tecniche di ricerca e di conoscenza sulle questioni di diritto</i> (Trib. Napoli, ord. 30 settembre 2011)	»	226

I PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

Verdiana Fedeli, <i>Art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006: corrispettivi, incentivi per la progettazione e fondi a disposizione delle stazioni appaltanti. Dubbi interpretativi</i>	»	239
Maurizio Borgo, <i>Art. 6, comma 3, del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, nella legge 30 luglio 2010, n. 122: applicabilità ai compensi dei commissari della Ci.V.I.T.</i>	»	245
Fabrizio Fedeli, <i>Commissari straordinari nominati ai sensi dell'art. 1 commi 2 e 2 bis del D.L. 26 novembre 2010 n. 196, conv. in Legge 24 gennaio 2011 n. 1: determinazione del compenso</i>	»	246
Alessandro De Stefano, <i>Linee-guida per la procedura di riconoscimento delle "associazioni di protezione ambientale" di cui all'art. 13, co. 1, l. 349/1986</i>	»	249
Marco Stigliano Messuti, <i>Configurabilità a carico dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni di un obbligo contributivo per accantonamento del TFR dei componenti in relazione alla durata del relativo mandato</i>	»	254

Marina Russo, <i>Legittimazione passiva del Ministero della Salute in materia di indennizzi ex lege 210/92. Sentenza Cass. SS.UU. 12538/11</i> . . .	pag.	259
Luca Ventrella, <i>Rimborso delle spese di patrocinio legale ai sensi dell'art. 18 del D.L. 25 marzo 1997 n. 67: interpretazione di "dipendente di Amministrazione statale"</i>	»	264

LEGISLAZIONE ED ATTUALITA'

Antonino Galletti, <i>La "delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari" nella legge di conversione della c.d. manovra economica bis. D.L. 138 del 13 agosto 2011 convertito in L. 148 del 14 settembre 2011</i>	»	267
Francesco Spada, <i>Class action e condanna della P.A. per mancato utilizzo della PEC</i>	»	277

CONTRIBUTI DI DOTTRINA

Francesco Sclafani, <i>Il sindacato del Giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas</i>	»	289
Flavio Ferdani, <i>La culpa in educando ed in vigilando dei genitori</i>	»	301
Alice Visconti, <i>La tutela della maternità nell'ambito lavorativo</i>	»	307

RECENSIONI

AAVV, <i>I magistrati e la forza del rinnovamento. Autoriforma, questione morale, organizzazione</i> (XXX Congresso Associazione nazionale magistrati. Roma, 26-28 novembre 2010), a cura di Luca Palamara, IPSOA 2011.	»	323
Alejandra Boto Álvarez, <i>La administración instrumental en el proceso</i> , Madrid: Editorial Reus, 2011. Recensione a cura di Glauco Nori	»	325

TEMI ISTITUZIONALI

Conferimento del Premio Aldo Sandulli 2011 all'Avvocato Generale dello Stato

*(Avvocatura Generale dello Stato, Sala Vanvitelli,
Roma, 16 dicembre 2011)*

Sono particolarmente lieto di comunicare che, nel corso di una cerimonia tenutasi ieri 16 dicembre presso la Sala Vanvitelli, la Società Italiana degli Avvocati Amministrativisti ha conferito all'Avvocato Generale dello Stato Ignazio Francesco Caramazza il prestigioso Premio intitolato alla memoria del Prof. Aldo Sandulli.

Nella motivazione dell'onorificenza, che si allega, oltre a ricordare la straordinaria carriera e gli eccezionali meriti dell'Avvocato Caramazza, si dà atto delle sue notevoli doti professionali, organizzative ed umane manifestate anche negli impegnativi compiti connessi all'incarico di Avvocato Generale dello Stato.

Ritengo che tale riconoscimento costituisca motivo di soddisfazione per tutto l'Istituto ()*

IL SEGRETARIO GENERALE
Avv. Francesco Sclafani

*Società Italiana degli Avvocati Amministrativisti
00196 Roma - Lungotevere delle Navi, 30*

Premio Aldo Sandulli 2011

Ignazio Caramazza ha svolto per circa quarantasette anni le funzioni di Procuratore e Avvocato dello Stato, essendo stato nominato in data 17 agosto 1964 a seguito della vittoria - primo classificato - del relativo concorso ed avendo per soli quattro mesi prestato servizio quale Referendario della Corte dei Conti nel 1968 contemporaneamente al superamento del

(*) Comunicazione e-mail da Segreteria Segretario Generale del 17 dicembre 2011.

concorso per Sostituto Avvocato dello Stato (in ambedue le ipotesi primo classificato). Nel corso della sua attività ha confermato le brillanti doti manifestate negli studi universitari e nei concorsi di assunzione, esercitando la propria attività professionale in importanti giudizi dinanzi alle giurisdizioni nazionali e internazionali: nello stesso periodo ha anche svolto importanti funzioni all'interno dell'Avvocatura dello Stato, quale Segretario Generale dal 1986 al 1996, venendo il 22 marzo 2010 nominato Avvocato Generale, e nell'ambito del Governo, quale Sottosegretario di Stato per l'Interno per il periodo gennaio 1995 - maggio 1996, oltre allo svolgimento di Corsi a livello universitario e alla partecipazione, prima come Componente poi come Vice Presidente, alla Commissione per l'accesso e quale Componente della Commissione tributaria centrale. Autore di importanti e numerose pubblicazioni giuridiche, (che, tra l'altro, gli hanno valso il conferimento del dottorato in legge honoris causa da parte della Loyola University di Chicago), ha manifestato anche nei più impegnativi compiti connessi all'incarico di Avvocato Generale dello Stato le doti professionali, organizzative ed umane che degnamente lo inseriscono nella tradizione del Premio Aldo Sandulli.

Roma, 16 dicembre 2011

(Prof. Avv. Giuseppe Abbamonte)
(Pres. Pasquale de Lise)
(Prof. Avv. Filippo Lubrano)
(Prof. Avv. Maria Alessandra Sandulli)

Ringraziamento dell'Avv. Ignazio Francesco Caramazza

È inutile nascondervi che è con qualche emozione che prendo la parola per ringraziare dell'onore che mi viene fatto.

Si tratta di una emozione che nasce da un duplice sentimento. Quello del ricordo, anzitutto: il ricordo di colui al cui nome è intitolato questo premio, Aldo Sandulli. Un mito per gli amministrativisti della sua generazione. Un mito anche per quelli della mia, che lo hanno conosciuto con l'ammirazione reverenziale degli allievi verso il maestro. Un mito, ancora, per i giovani che si affacciano allo studio del diritto amministrativo.

Il secondo sentimento è quello dell'inadeguatezza: una mia inadeguatezza a questo premio e che sento quando penso ai nomi di coloro che mi hanno preceduto nel riceverlo e che rappresentato il Gotha degli amministrativisti dell'ultimo quarto di secolo.

Non starò certo a ricordaverli tutti, mi permetto di ricordarne due soltanto come rappresentativi di quel livello di eccellenza e scelti soltanto per essere i primi due premiati della lunga lista che ha visto sfilare i più bei nomi degli amministrativisti italiani.

Il primo nome è quello di Giuseppe Abbamonte, il secondo è quello di Massimo Severo Giannini. A fronte di nomi di questo livello non stenterete a credere che il mio sentimento di inadeguatezza è sincero e lontano quanto possibile dagli ogni falsa modestia e che sono altrettanto sincero quando dico che devo questo premio non tanto ai miei meriti, che sono pochi, quanto alla benevolenza della Commissione giudicatrice che è stata tanta.

Aldo Sandulli, al cui nome il premio è intitolato, non è stato soltanto un gigante del diritto: la sua figura è infatti caratterizzata dal poliedrico sincretismo di una personalità pluridimensionale.

Precoce, come si addice alle individualità geniali, ha raggiunto il traguardo della cattedra di diritto amministrativo presso la facoltà di giurisprudenza di Trieste a soli ventisette anni ed a soli quarantadue è stato nominato giudice costituzionale dal Presidente della Repubblica, arrivando a ricoprire, come Presidente della Corte, una delle cinque più alte cariche dello Stato.

La sua nota versatilità gli ha consentito di prestare la sua opera al servizio di tutti i poteri dello Stato: quello, *latu sensu*, giurisdizionale, come giudice dell'Alta Corte per la Regione Siciliana, prima ancora che come giudice e Presidente della Corte Costituzionale; quello legislativo, come Senatore della Repubblica e vice Presidente della Commissione "Bozzi" per le riforme istituzionali e quello esecutivo, se in tale ambito può inquadrarsi un ruolo operativo come quello di presidente della RAI.

Né può tacersi, poi, l'attività forense che, nella seconda parte della sua vita, Aldo Sandulli affiancò a quella universitaria con vistosi successi.

Passando ad una brevissima carrellata delle più profonde tracce da lui lasciate nella giurisprudenza costituzionale e nella scienza del diritto ricordo, in particolare, tre sentenze della Consulta che lo hanno visto, rispettivamente, la prima come estensore e le altre due come Presidente. La prima (sentenza n. 79 del 1961) ha definitivamente sancito l'illegittimità costituzionale dell'odioso principio del *solve et repete* ed ha costituito una vera e propria svolta nella storia della civiltà giuridica italiana. La seconda (sentenza n. 2 del 1968), pur dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale degli articoli 55 e 74 del codice di procedura civile, che limitavano al dolo, alla frode e alla concussione la presponsabilità personale dei magistrati, in relazione all'art. 28 della Costituzione, ha affermato che dette norme non contrastavano con la Carta costituzionale perchè il loro apparente silenzio, malgrado un diverso indirizzo interpretativo, non precludeva di riconoscere la responsabilità dello Stato per i danni cagionati dal giudice per colpa grave o lieve. Tale ultima pronuncia a distanza di oltre quarant'anni, appare di particolare attualità alla luce della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 24 novembre 2011, causa C-379/10, Commissione / Italia, che ha condannato la Repubblica italiana in relazione alla legge n. 177 del 1988 che limita la responsabilità dello Stato per fatto dei magistrati ai soli casi di dolo o colpa grave.

La terza (sentenza n. 126 del 1968), capovolgendo un orientamento contrario del 1961, ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 559 del codice penale, in quanto norma che, in violazione del principio di uguaglianza, sanzionava penalmente l'adulterio della moglie e non quello del marito.

Altra traccia indelebile nella storia del diritto è stata quella lasciata dal Sandulli scienziato.

Da giurista di razza, infatti (non a caso membro dell'Accademia dei Lincei e Presidente del Comitato per le scienze giuridiche del C.N.R.) ha consegnato a noi tutti la preziosa eredità delle sue numerose opere, alcune delle quali sono veri capisaldi della formazione di intere generazioni.

Si pensi al "Manuale di diritto amministrativo" ancora oggi Bibbia di ogni amministrativista anche perchè scrupolosamente ed amorevolmente aggiornato dalla figlia, Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli, nel pieno rispetto dell'impianto originario. Non meno importante mi sembra "Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati" che, pur essendo stato pubblicato in epoca anteriore (1964) all'istituzione dei tribunali amministrativi regionali, costituisce una pietra miliare nello studio dei principi fondamentali della giustizia amministrativa, tanto da avere ispirato non poche norme del recentissimo codice della giustizia amministrativa.

Ma probabilmente, tra le opere monografiche, la prima, risalente addirittura al 1940, “Il procedimento amministrativo”, è quella che racchiude la più innovativa intuizione del pensiero sandulliano (1), configurando il procedimento in senso formale, cioè non come atto complesso ma come concatenazione di atti funzionalmente collegati al fine di emanare un provvedimento.

Sfortunatamente, Sandulli non ha potuto assistere all'entrata in vigore della legge n. 241 del 1990 che - ben 50 anni dopo la sua geniale intuizione - può considerarsi l'approdo sistematico di un lungo cammino cui Egli ha fornito un contributo fondamentale, avendo introdotto nell'ordinamento italiano una legge generale sul procedimento amministrativo.

In definitiva e per concludere questa parziale ed incompleta descrizione della figura di Aldo Sandulli credo possa dirsi che egli fu uno di quei rari uomini che i francesi definiscono “*tout azimuth*” cioè valorosi in tutte le loro molteplici dimensioni.

Uomo di scienza, anzitutto, se mai qualcuno meritò questa qualifica, ma anche *grand commis* dello Stato e anche uomo di toga: una toga che rivestì ai massimi livelli del giudice e del patrocinatore.

Oltre che uomo di scienza ed uomo di toga, fu anche uomo di pace, come tutti i giuristi saggi, il che non gli impedì, però, di rispondere alla chiamata del Paese in guerra e di combattere da valoroso nella tremenda campagna di Russia, meritando una medaglia d'argento al valor militare.

Alla sua memoria è intitolato il prestigioso premio che oggi ho l'onore di ricevere e per il quale esprimo tutta la mia gratitudine alla Associazione Italiana degli Avvocati Amministrativisti, alla Famiglia Sandulli ed ai membri tutti della Commissione. Grazie davvero, dal profondo del cuore.

(1) La dottrina italiana del periodo preunitario si accostò agli studi del procedimento amministrativo con Romagnosi e Manna. In assenza di un fondamento positivo, il procedimento rappresentò, in quei tempi, una conquista scientifica ma, come è stato autorevolmente sostenuto, lo fu in senso negativo: non per com'era amministrare ma per come non doveva essere. Come noto, la prima embrionale regolamentazione del procedimento amministrativo risale all'art. 2 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E. La dottrina dell'epoca interpretò, però, restrittivamente la norma in questione, inizialmente restringendone la sfera di operatività ai soli ricorsi gerarchici e, successivamente, negando l'immediata operatività della disposizione. Negli anni trenta, la scienza amministrativa iniziò a studiare con metodo tecnico il procedimento amministrativo con l'opera di Forti e di Miele. Ma fu solo con Sandulli che si raggiunse la massima espressione del tecnicismo giuridico. Nel costruire il concetto di procedimento amministrativo Sandulli superò la tradizionale categoria pandettistica del rapporto giuridico, inidonea a contenere tale nozione e si rifecce alla concettualizzazione operata dalla dottrina penalistica tedesca del *Tatbestand* per delineare il procedimento quale somma degli elementi materiali dell'attività amministrativa ricostruita per fasi. Tale teorizzazione comportò un radicale mutamento di prospettiva che pose in evidenza, quale fattore centrale dell'attività amministrativa, il procedimento.

Avvocatura Generale dello Stato

CIRCOLARE N. 51/2011

Oggetto: Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione

Nella Gazzetta ufficiale del 21 settembre 2011, n. 220, è stato pubblicato il decreto legislativo 1 settembre 2011, n. 150, recante “Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell’articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69”, applicabile ai procedimenti instaurati successivamente all’entrata in vigore dello stesso, in data 6 ottobre 2011.

Il decreto legislativo realizza la riduzione e la semplificazione dei 28 procedimenti civili disciplinati dalla legislazione speciale riconducendoli ai tre modelli previsti dal codice di procedura civile: il rito ordinario di cognizione, il rito del lavoro e il rito sommario di cognizione.

Sono confluiti nel modello processuale del rito del lavoro i procedimenti per i quali erano prevalenti i caratteri della concentrazione delle attività processuali (decisione contestuale con lettura del dispositivo in udienza) nonché erano previsti ampi poteri istruttori d’ufficio.

Sono stati ricondotti, invece al modello del procedimento sommario di cognizione (introdotta con la legge n. 69/2009) i procedimenti speciali, caratterizzati da un’accentuata semplificazione della trattazione o dell’istruzione della causa, evidenziata, nella maggior parte dei casi, dal richiamo alla procedura camerale disciplinata dagli articoli 737 e seguenti c.p.c. In numerosi casi di procedimenti ricondotti al rito sommario di cognizione, ricorre la regola dell’inappellabilità della decisione (come ad esempio nelle controversie in materia di espulsione dei cittadini extracomunitari, disciplinate dall’art. 18) ovvero della competenza in un unico grado della Corte d’appello (si pensi ai giudizi di opposizione alla stima nell’espropriazione per pubblica utilità disciplinati dall’art. 29).

In via residuale, è stata operata una riconduzione al rito ordinario di cognizione dei procedimenti per i quali non era dato rinvenire alcuno dei predetti caratteri.

I) Le controversie regolate dal rito del lavoro sono:

- l’opposizione ad ordinanza-ingiunzione (art. 6)
- l’opposizione al verbale di accertamento di violazione del codice della strada (art. 7)
- l’opposizione a sanzione amministrativa in materia di stupefacenti (art. 8)
- l’opposizione ai provvedimenti di recupero di aiuti di Stato (art. 9)
- le controversie in materia di protezione dei dati personali (art. 10)
- le controversie agrarie (art. 11)
- l’impugnazione dei provvedimenti in materia di registro dei protesti (art. 12)
- l’opposizione ai provvedimenti in materia di riabilitazione del debitore protestato (art. 13)

II) Le controversie regolate dal rito sommario di cognizione sono:

- le controversie in materia di liquidazione degli onorari e dei diritti di avvocato (art. 14)
- l’opposizione a decreto di pagamento di spese di giustizia (art. 15)
- le controversie in materia di mancato riconoscimento del diritto di soggiorno sul territorio nazionale in favore dei cittadini degli altri Stati membri dell’Unione europea o dei

- loro familiari (art. 16)
- le controversie in materia di allontanamento dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari (art. 17)
 - le controversie in materia di espulsione dei cittadini di Stati che non sono membri dell'Unione europea (art. 18)
 - le controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale (art. 19)
 - l'opposizione al diniego del nulla osta al ricongiungimento familiare e del permesso di soggiorno per motivi familiari, nonché agli altri provvedimenti dell'autorità amministrativa in materia di diritto all'unità familiare (art. 20)
 - l'opposizione alla convalida del trattamento sanitario obbligatorio (art. 21)
 - le azioni popolari e le controverse in materia di eleggibilità, decadenza ed incompatibilità nelle elezioni comunali, provinciali e regionali (art. 22)
 - le azioni in materia di eleggibilità e incompatibilità nelle elezioni per il Parlamento europeo (art. 23)
 - l'impugnazione delle decisioni della Commissione elettorale circondariale in tema di elettorato attivo (art. 24)
 - le controversie in materia di riparazione a seguito di illecita diffusione del contenuto di intercettazioni telefoniche (art. 25)
 - l'impugnazione dei provvedimenti disciplinari a carico dei notai (art. 26)
 - l'impugnazione delle deliberazioni del Consiglio nazionale dell'ordine dei giornalisti (art. 27)
 - le controversie in materia di discriminazione (art. 28)
 - le controversie in materia di opposizione alla stima nelle espropriazioni per pubblica utilità (art. 29)
 - le controversie in materia di attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria e contestazione del riconoscimento (art. 30)

III) Le controversie regolate dal rito ordinario di cognizione sono:

- le controversie in materia di rettificazione di attribuzione di sesso (art. 31)
- l'opposizione a procedura coattiva per la riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato e degli altri enti pubblici (art. 32)
- le controversie in materia di liquidazione degli usi civici (art. 33)

** ** *

Prima di disciplinare i vari tipi di procedimenti, il decreto legislativo detta alcune **disposizioni generali**:

A) Disposizioni comuni alle controversie disciplinate dal rito del lavoro (art. 2):

- a dette controversie non sono applicabili, salvo che siano espressamente richiamati, gli articoli 413 c.p.c. (giudice competente), 415, comma 7 c.p.c. (notifica del ricorso direttamente all'amministrazione per le controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni e notificata all'Avvocatura dello Stato per le amministrazioni statali o ad esse equiparate), art. 417 c.p.c. (costituzione e difesa personale delle parti), 417 bis c.p.c. (difesa delle pubbliche amministrazioni a mezzo dei propri dipendenti limitatamente al giudizio di primo grado, salvo quanto disposto per i singoli procedimenti in merito alla facoltà per le parti di stare in giudizio personalmente), art. 420 bis c.p.c. (accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità e interpretazione

dei contratti e accordi collettivi), art. 421, comma 3 c.p.c. (poteri istruttori del giudice relativi all'accesso sul luogo di lavoro e all'esame di testimoni sul luogo stesso), art. 425 c.p.c. (richiesta di informazioni e osservazioni alle associazioni sindacali), art. 426 c.p.c. (passaggio dal rito ordinario al rito speciale), art. 427 c.p.c. (passaggio dal rito speciale al rito ordinario), art. 429, comma 3 c.p.c. (cumulo tra interessi e rivalutazione monetaria sui crediti di lavoro), art. 431, commi 1, 2, 3, 4 e 6 c.p.c. (esecutorietà della sentenza nella parte in cui è limitata al caso di condanna a favore del lavoratore), art. 433 c.p.c. (giudice d'appello), art. 438, comma 2 c.p.c. (esecuzione con la sola copia del dispositivo) e 439 c.p.c. (cambiamento del rito in appello);

- l'ordinanza per il pagamento di una somma a titolo provvisorio quando il giudice ritenga il diritto accertato e nei limiti in cui ritenga raggiunta la prova ai sensi dell'art. 423, comma 2 c.p.c.. può essere concessa su istanza di ciascuna parte;
- la facoltà del giudice di appello di sospendere l'esecuzione della sentenza quando ricorrono gravi motivi ai sensi dell'art. 431, comma 5 c.p.c. si applica alle sentenze di condanna a favore di ciascuna delle parti;
- salvo che sia diversamente disposto, i poteri istruttori d'ufficio previsti all'art. 421, comma 2 c.p.c. non vengono esercitati al di fuori dei limiti previsti dal codice civile.

B) Disposizioni comuni alle controversie disciplinate dal rito sommario di cognizione (art. 3):

- ai sensi del comma 1, non sono applicabili i commi 2 e 3 dell'art. 702 ter c.p.c., in base ai quali se la domanda o la domanda riconvenzionale non rientrano tra quelle indicate nell'art. 702 bis c.p.c. (cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica) il giudice le dichiara inammissibili con ordinanza non impugnabile (comma 2) e se il giudice ritiene che le difese svolte dalle parti richiedono un'istruttoria non sommaria, fissa l'udienza di cui all'art. 183 e applica le disposizioni di cui il libro II (comma 3). Da un lato, è stato quindi espressamente previsto che il rito sommario di cognizione possa svolgersi dinanzi ad un organo collegiale, dall'altro, è stata esclusa la possibilità di conversione del rito sommario di cognizione nel rito ordinario;
- ai sensi del comma 2, quando la causa è giudicata in primo grado in composizione collegiale, il presidente del collegio designa il giudice relatore e può delegare l'assunzione di mezzi istruttori ad uno dei componenti del collegio;
- fermo quanto previsto dai commi 1 e 2, quando è competente la corte di appello in primo grado, il procedimento è regolato dagli articoli 702 bis e 702 ter c.p.c. (e non anche dall'art. 702 quater c.p.c. che disciplina l'appello).

C) Mutamento del rito (art. 4):

- quando una controversia viene promossa in forme diverse da quelle previste dal decreto legislativo, il giudice, anche d'ufficio, dispone il mutamento del rito, con ordinanza, non oltre la prima udienza di comparizione delle parti. Detto limite temporale, oltre il quale è precluso disporre il mutamento di rito sia ad istanza di parte che d'ufficio, vale a differenziare notevolmente la disciplina introdotta dal decreto legislativo rispetto a quella dettata dal rito del lavoro, in cui l'art. 439 c.p.c. consente il mutamento di rito anche in appello;
- quando la controversia rientra tra quelle per le quali è prevista l'applicazione del rito del lavoro, il giudice fissa l'udienza di cui all'articolo 420 c.p.c. e il termine perentorio entro il quale le parti devono provvedere all'eventuale integrazione degli atti introduttivi;

- quando dichiara la propria incompetenza, il giudice dispone che la causa sia riassunta davanti al giudice competente con il rito stabilito dalle disposizioni del decreto legislativo;
- gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono secondo le norme del rito seguito prima del mutamento; restano ferme le decadenze e le preclusioni maturate secondo tali norme.

D) Sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato (art. 5):

- detta norma introduce una disciplina uniforme del procedimento di inibitoria che trova applicazione nei casi in cui il decreto legislativo preveda la sospensione del provvedimento impugnato; è quindi escluso che la proposizione dell'opposizione sospenda automaticamente l'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato;
- il giudice provvede alla sospensione, se richiesto e sentite le parti, con ordinanza non impugnabile, quando ricorrono gravi e circostanziate ragioni esplicitamente indicate nella motivazione.
- viene altresì prevista la sospensione *inaudita alra parte* in caso di pericolo imminente di un danno grave e irreparabile; in tale caso, la sospensione può essere disposta con decreto pronunciato fuori udienza e diviene inefficace se non è confermata con ordinanza, entro la prima udienza successiva.

** ** *

Ciò premesso, si sottolinea che, all'interno di tali modelli procedurali sono dettagliatamente disciplinati numerosi riti speciali, con regole che derogano parzialmente alle norme generali.

Si evidenziano qui di seguito le innovazioni che riguardano i procedimenti di maggior interesse, rinviando alle singole discipline per le materie più settoriali.

a) L'opposizione ad ordinanza – ingiunzione (art. 6):

Le controversie previste dall'articolo 22 della legge 24 novembre 1981, n. 689, sono regolate dal rito del lavoro, ove non diversamente stabilito dall'art. 6 del decreto legislativo. Come già previsto dall'abrogato art. 22 bis della legge n. 689/1981, l'opposizione si propone davanti al giudice di pace del luogo in cui è stata commessa la violazione, salve le competenze stabilite dalle altre disposizioni di legge.

L'opposizione si propone davanti al tribunale quando la sanzione è stata applicata per un violazione concernente disposizioni in materia.

- a) di tutela del lavoro, di igiene sui luoghi di lavoro e di prevenzione degli infortuni sul lavoro;
- b) di previdenza e assistenza obbligatoria;
- c) di tutela dell'ambiente dall'inquinamento, della flora, della fauna e delle aree protette;
- d) di igiene degli alimenti e delle bevande;
- e) valutaria;
- f) di antiriciclaggio.

Rispetto all'abrogato art. 22 bis, sono state eliminate le materie dell'urbanistica ed edilizia, quella societaria e di intermediari finanziari e quella tributaria.

Come già previsto dall'abrogato art. 22 bis, l'opposizione si propone altresì davanti al tribunale se per la violazione è prevista una sanzione pecuniaria superiore nel massimo a 15.493 euro o se comunque è stata applicata una sanzione superiore a 15.493 euro o

quando è stata applicata una sanzione di natura diversa da quella pecuniaria, sola o congiunta a quest'ultima, fatta eccezione per le violazioni in materia di assegni bancari e quelle al codice della strada.

Come già previsto dall'abrogato art. 23 della legge n. 689/1981, il ricorso è proposto, a pena di inammissibilità, entro trenta giorni dalla notificazione del provvedimento, ovvero entro sessanta giorni se il ricorrente risiede all'estero mentre è innovativa la disposizione che consente il deposito del ricorso anche a mezzo del servizio postale (recependo quanto affermato dalla Corte costituzionale con sentenza n. 98 del 2004).

Non è stata invece confermata la previsione (già contenuta nell'art. 23, comma 1 della legge n. 689/1981) secondo la quale se il ricorso è proposto tardivamente il giudice lo dichiara inammissibile con ordinanza ricorribile per cassazione. Pertanto, la declaratoria di inammissibilità deve ora essere disposta, previa istruzione del contraddittorio, con sentenza soggetta ai normali mezzi di impugnazione.

Non è stata altresì riprodotta la disposizione di cui all'abrogato art. 23, comma 7 della legge n. 689/1981 che rinviava all'art. 163 bis c.p.c. per il termine a comparire; pertanto, applicandosi ora l'art. 415, comma 5 c.p.c., tra la notifica del ricorso e l'udienza di discussione deve intercorrere un termine non minore di trenta giorni (e non più non minore di novanta giorni).

L'efficace esecutiva del provvedimento impugnato può essere sospesa secondo quanto previsto dall'articolo 5 del decreto legislativo.

Con il decreto di cui all'articolo 415, secondo comma, del codice di procedura civile il giudice ordina all'autorità che ha emesso il provvedimento impugnato di depositare in cancelleria, dieci giorni prima dell'udienza fissata, copia del rapporto con gli atti relativi all'accertamento, nonché alla contestazione o notificazione della violazione. Il ricorso e il decreto sono notificati, a cura della cancelleria, all'opponente e all'autorità che ha emesso l'ordinanza. Tale norma deroga quindi al rito del lavoro che pone a carico del ricorrente l'onere di notificare il ricorso con il decreto di fissazione di udienza.

Nonostante la generale inapplicabilità dell'art. 417 bis c.p.c., è espressamente previsto che, nel giudizio di primo grado l'opponente e l'autorità che ha emesso l'ordinanza possono stare in giudizio personalmente. L'autorità che ha emesso l'ordinanza può avvalersi anche di funzionari appositamente delegati. Si rammenta in proposito quanto stabilito con comunicazione di servizio n. 124 del 28 novembre 2007 e confermato con Circolare n. 42 del 29 luglio 2010, al punto n. 1) lettera d) in ordine all'eccezionalità della costituzione in giudizio tramite l'Avvocatura dello Stato nei giudizi di primo grado proposti ai sensi della legge n. 689/1981.

Una modifica che tiene conto degli interventi della Corte costituzionale è contenuta nella disposizione secondo la quale, alla prima udienza, il giudice, quando l'opponente o il suo difensore non si presentano senza addurre alcun legittimo impedimento, convalida con ordinanza appellabile il provvedimento opposto e provvede sulle spese, salvo che l'illegittimità del provvedimento risulti dalla documentazione allegata dall'opponente, ovvero l'autorità che ha emesso l'ordinanza abbia omissso il deposito del rapporto con gli atti relativi all'accertamento. Il giudice deve quindi decidere il ricorso nel merito con sentenza, e non può convalidare il provvedimento con ordinanza, tutte le volte in cui, anche in assenza dell'opponente, l'illegittimità del provvedimento impugnato risulti dalla documentazione prodotta dall'opponente (cfr. Corte cost. n. 534/1990) ovvero l'autorità che ha emesso il provvedimento abbia omissso il deposito dei documenti (cfr. Corte cost.

n. 507/1995).

Come già previsto dall'abrogato art. 23, il giudice accoglie l'opposizione quando non vi sono prove sufficienti della responsabilità dell'opponente. Con la sentenza che accoglie l'opposizione il giudice può annullare in tutto o in parte l'ordinanza o modificarla anche limitatamente all'entità della sanzione dovuta, che è determinata in una misura in ogni caso non inferiore al minimo edittale. Nel giudizio di opposizione davanti al giudice di pace non si applica l'articolo 113, secondo comma, del codice di procedura civile.

Gli atti del processo sono soggetti soltanto al pagamento del contributo unificato e delle spese forfetizzate nell'importo di 8 euro ai sensi dell'art. 10, comma 6 bis D.P.R. n. 115 del 2002.

Nonostante le incertezze interpretative conseguenti all'abrogazione dell'immediata ricorribilità per cassazione della sentenza di primo grado (disposta dal d.lgs. n. 40 del 2006), l'art. 6 del decreto legislativo non disciplina la forma e le modalità di proposizione dell'appello. Peraltro, poiché tra le norme del rito del lavoro applicabili, l'art. 2 del decreto legislativo eccettua espressamente l'art. 433 c.p.c. che disciplina il giudice d'appello, quest'ultimo è individuato secondo i criteri generali contenuti nell'art. 341 c.p.c. (il tribunale per le sentenze del giudice di pace e la corte d'appello per le sentenze del tribunale) mentre l'espressa limitazione al giudizio di primo grado della possibilità di difesa personale delle parti comporta che in appello sia invece necessaria la difesa tecnica, secondo la regola generale di cui all'art. 82 c.p.c.

Dalla generale applicabilità del rito del lavoro, ivi compresi gli articoli 434 e 435 c.p.c. che disciplinano la forma dell'appello (non eccettuati dal citato art. 2 del decreto legislativo), sembrerebbe discendere che l'appello va proposto con ricorso da depositare in cancelleria e da notificare con il decreto di fissazione di udienza a cura dell'appelante. Quanto al foro erariale, pur apparendo applicabile, nel silenzio dalla legge, la norma generale di cui all'art. 25 c.p.c., non può non tenersi conto dell'orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (ordinanze del 18 novembre 2010, nn. 23285 e 23286) che, pur affermando la necessità di difesa tecnica nel giudizio di appello *ex lege* n. 689/1981, hanno escluso che il suddetto giudizio segua la regola del foro erariale. La notifica dell'appello all'Avvocatura dello Stato sembra inoltre esclusa dalla non applicabilità dell'art. 415, comma 7 c.p.c. disposta dall'art. 2 del decreto legislativo, salvo i casi eccezionali in cui l'amministrazione si sia costituita in primo grado tramite l'Avvocatura dello Stato.

Infine, l'art. 34 del decreto legislativo modifica il primo comma all'art. 22 della legge n. 689/1981 rinviando, per l'opposizione all'ordinanza-ingiunzione di pagamento e all'ordinanza che dispone la sola confisca, alla disciplina di cui all'art. 6, facendo salve le precisazioni di cui all'art. 133 del codice del processo amministrativo.

b) Le controversie in materia di protezione dei dati personali (art. 10):

Le controversie previste dall'articolo 152 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, sono regolate dal rito del lavoro, ove non diversamente disposto dall'art. 10 del decreto legislativo.

È stata confermata la competenza del tribunale luogo in cui ha la residenza il titolare del trattamento dei dati.

È stata inoltre mantenuta la previsione secondo la quale il ricorso avverso i provvedi-

menti del Garante per la protezione dei dati personali è proposto, a pena di inammissibilità, entro trenta giorni dalla data di comunicazione del provvedimento o dalla data del rigetto tacito, precisando innovativamente che tale termine è di sessanta giorni se il ricorrente risiede all'estero. Non è stata invece mantenuta la disposizione (già prevista dall'art. 152, comma 4 del codice in materia di protezione di dati personali) secondo la quale se il ricorso è proposto tardivamente il giudice lo dichiara inammissibile con la ordinanza ricorribile per cassazione. Pertanto, la declaratoria di inammissibilità deve essere disposta, previa instaurazione del contraddittorio, con sentenza.

È stata inoltre uniformata la disciplina delle misure cautelari, con espresso richiamo all'art. 5 del decreto legislativo.

È stata ribadita la norma, in base alla quale, se alla prima udienza il ricorrente non compare senz'addurre alcun legittimo impedimento, il giudice dispone la cancellazione della causa dal ruolo e dichiara l'estinzione del processo, ponendo a carico del ricorrente le spese di giudizio.

È stato altresì confermato che la sentenza che definisce il giudizio non è appellabile (non è stato espressamente ribadito che la stessa è ricorribile per cassazione ma ciò deriva dai principi generali, come confermato nella relazione illustrativa del decreto legislativo) e può prescrivere le misure necessarie anche in deroga al divieto di cui all'articolo 4 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E) anche in relazione all'eventuale atto del soggetto pubblico titolare o responsabile dei dati, nonché il risarcimento del danno.

c) L'opposizione alla stima nelle espropriazioni per pubblica utilità (art. 29):

Le controversie avente ad oggetto l'opposizione alla stima di cui all'articolo 54 del D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, sono regolate dal rito sommario di cognizione, ove non diversamente disposto dall'art. 29.

Resta competente la corte di appello nel cui distretto si trova il bene espropriato.

L'opposizione va proposta (con ricorso non più con atto di citazione), a pena di inammissibilità, entro il termine di trenta giorni dalla notifica del decreto di esproprio o dalla notifica della stima peritale, se quest'ultima sia successiva al decreto di esproprio. Il termine è di sessanta giorni se il ricorrente risiede all'estero.

Come già previsto dal citato art. 54, il ricorso è notificato all'autorità espropriante, al promotore dell'espropriazione e, se del caso, al beneficiario dell'espropriazione. Il ricorso è notificato anche al concessionario dell'opera pubblica, se a questi sia stato affidato il pagamento dell'indennità.

d) L'opposizione a procedura coattiva per la riscossione dell'entrate patrimoniali dello Stato e degli altri enti pubblici (art. 32):

Le controversie in materia di opposizione all'ingiunzione per il pagamento delle entrate patrimoniali dello Stato e degli altri enti pubblici di cui l'articolo 3 R.D. 14 aprile 1910, n. 639, sono regolate dal rito ordinario di cognizione.

È competente il giudice del luogo in cui ha sede l'ufficio che ha emesso il provvedimento opposto. L'efficacia esecutiva del provvedimento impugnato può essere sospesa secondo quanto previsto dall'articolo 5 del decreto legislativo.

La disciplina previgente prevede un termine di 30 giorni dalla notificazione del provvedimento impugnato per la proposizione dell'opposizione. Al riguardo, tuttavia, la giurisprudenza di legittimità, sulla base della natura di accertamento negativo della pretesa fatta valere con il provvedimento impugnato ed in considerazione dell'assenza di una

espressa sanzione connessa alla violazione del predetto termine, in base al principio generale di cui all'articolo 152, comma secondo c.p.c., ha costantemente affermato che il decorso del predetto termine preclude unicamente la facoltà di conseguire la sospensione dell'esecuzione ma non osta alla possibilità di agire anche successivamente per far dichiarare l'insussistenza del credito vantato dall'amministrazione.

È stata quindi mantenuta la previsione del potere del giudice di sospendere l'efficacia esecutiva dell'ingiunzione ma tale disciplina è stata uniformata a quella prevista in via generale dall'articolo 5 del decreto legislativo per tutti i giudizi di natura oppositiva.

L'AVVOCATO GENERALE DELLO STATO
Avv. Ignazio Francesco Caramazza

CIRCOLARE N. 54/2011

Oggetto: Giudizi di equa riparazione ex lege n. 89/2001. Regime della prescrizione.

Con ordinanza del 17 ottobre 2011, n. 21380, la Corte di cassazione, sez. I, ha rimesso alle Sezioni Unite la questione attinente all'applicabilità della prescrizione alle controversie in materia di irragionevole durata del processo *ex lege* n. 89/2001, sussistendo un contrasto tra l'orientamento maggioritario che ritiene applicabile esclusivamente il termine di decadenza di sei mesi dal passaggio in giudicato della sentenza che ha definito il processo presupposto *ex art. 4* della citata legge (Cass. 20 dicembre 2009, n. 27719; *id.*, 12 febbraio 2010, n. 3325; *id.*, 4 ottobre 2010, n. 20564; *id.*, 11 gennaio 2011, n. 487) e l'orientamento minoritario che ritiene applicabile l'ordinaria prescrizione decennale, competendo "*ogni danno dal momento degli eventi lesivi che si susseguono a decorrere dal decimo anno anteriore alla domanda*" (Cass. 24 febbraio 2010, n. 3325), potendosi considerare azionabile il diritto all'equa riparazione anche nel corso del processo presupposto e prima dell'entrata in vigore della legge Pinto, sin dal momento dell'inizio del funzionamento della CEDU in data 1 agosto 1973.

In attesa della decisione delle Sezioni Unite, a modifica delle allegate Circolari n. 6/2009 (punto 3)* e n. 14/2010**, l'eccezione di prescrizione dovrà essere sollevata innanzi alle Corti d'appello e dovrà essere coltivata in Cassazione nel ricorso ovvero nel controricorso anche in via incidentale, richiamando la suddetta ordinanza della Corte di cassazione n. 21380/2011.

L'AVVOCATO GENERALE DELLO STATO
Avv. Ignazio Francesco Caramazza

(*) Circolare n. 6/2009

Oggetto: Giudizi *ex lege* Pinto - art. 54 co. 2 D.L. n. 112/2008 conv. in legge n. 133/2008 - Regime della prescrizione.

Pervengono da varie Avvocature distrettuali richieste di impugnazione di decreti di condanna al pagamento dell'indennizzo *ex lege* n. 89/2001 (legge Pinto) motivate con il mancato rilievo di ufficio della inosservanza dell'art. 54 del D.L. n. 112/2008, conv. con mod. con legge n. 133/2008, e sul rigetto della eccezione di prescrizione.

Al riguardo, sentito il Comitato consultivo, va rilevato quanto segue:

1.- L'art. 54 co. 2 del cit. D.L. n. 112 prevede che la domanda di equa riparazione non è proponibile se nel giudizio avanti al giudice amministrativo, in cui si assume essersi verificata la violazione di cui all'art. 2 co. 1 della legge 24 marzo 2001 n. 89, non è stata presentata una istanza ai sensi del secondo comma dell'art. 51 del R.D. 17 agosto 1907 n. 642.

Come si desume dalla chiara formulazione letterale della norma, in coerenza con la sua ratio (che appare essere quella di consentire l'accesso alla tutela del diritto all'indennizzo solo ove la eccessiva durata del giudizio non si ricollegi ad un disinteresse della parte alla sua sollecita definizione), la previa proposizione della istanza costituisce un presupposto, la cui carenza è rilevabile anche di ufficio, che impedisce la stessa valida costituzione del rapporto processuale ex lege n. 89/2001.

Ma proprio perché trattasi di presupposto processuale che condiziona l'ammissibilità della domanda di indennizzo, la sua sussistenza va verificata con riferimento alla legge vigente al momento della proposizione della domanda stessa (di recente Cass. n. 28428/2008). Pertanto la mancata proposizione della predetta istanza rileva preclusivamente solo con riguardo ai giudizi ex lege n. 89/2001 instaurati dopo l'entrata in vigore del D.L. n. 112/2008 (25 giugno 2008) e non per quelli proposti anteriormente a tale data (cfr. anche art. 1 co. 2 della legge di conversione n. 133/2008).

2.- La introduzione della disposizione di cui al menzionato art. 54 del D.L. n. 112 apre peraltro l'ulteriore e distinto problema - ovviamente per i giudizi ex lege n. 89 cit. introdotti dal 25 giugno 2008 - se la stessa comporti sul piano sostanziale la irrilevanza del tempo trascorso anteriormente all'eventuale proposizione della menzionata istanza avanti al giudice amministrativo, al fine del computo del termine di ragionevole durata del giudizio (e quindi del relativo indennizzo).

Trattasi evidentemente di problematica di indubbia delicatezza - cui è fatto solo un cenno nella sent. Cass. n. 25421/2008 - e sulla quale non risulta sinora intervenuta alcuna puntuale pronuncia neppure da parte delle Corti di Appello, avanti alle quali, nei casi in cui rilevi, la questione stessa sarà adeguatamente da prospettarsi: riservandosi comunque questo Generale Ufficio di fornire al proposito le definite direttive sulla scorta della interpretazione giurisprudenziale che si andrà formando.

3.- Quanto alla prescrizione del diritto all'indennizzo, si rappresenta che pendono avanti la Corte di Cassazione giudizi proposti dalle parti private avverso decreti della Corte d'Appello di Roma che hanno accolto la relativa eccezione.

Si fa riserva di comunicare l'orientamento in proposito della Corte di Cassazione: nel frattempo, attesa la indubbia controvertibilità della questione, l'Avvocatura Generale si asterrà dal proporre ricorsi per cassazione che abbiano come unico motivo di censura il rigetto della eccezione di prescrizione.

L'AVVOCATO GENERALE DELLO STATO

Avv. Oscar Fiumara

(**) Circolare n. 14/2010

Oggetto: Giudizi di equa riparazione: legge 24 marzo 2001, n. 89. Regime della prescrizione.

Si comunica che la Corte Suprema di Cassazione, con sentenza n. 27719/09, depositata il 30 dicembre 2009, ha respinto il motivo di ricorso dedotto nell'interesse dell'Amministrazione riguardante la prescrizione estintiva della pretesa per equa riparazione di cui all'art. 2 della legge 24 marzo 2001, n. 89. Con articolata motivazione il Giudice di legittimità - che già si era pronunciato sulla medesima questione con sentenza resa in Camera di Consiglio n. 14757 depositata il 23 giugno 2009, e ordinanza n. 17703 del 27 giugno 2008 - ha rilevato come l'interpretazione sia letterale che logica dell'art. 4 della legge 24 marzo 2001, n. 89 (norma speciale e autosufficiente) induce a "*a escludere qualsiasi evenienza estintiva del diritto anticipata rispetto all'ultimo (e normale) termine utile per la proposizione della domanda di sei mesi dal momento in cui la decisione, che conclude il procedimento, è divenuta esecutiva*", e ha indicato le diverse ragioni per cui non può consentirsi "*l'ibridazione del modello europeo tramite l'ingresso ex novo di una causa estintiva diversa dalla decadenza*".

In realzione ai principi così enunciati nella predetta pronuncia, sentito il Comitato Consultivo, dispongo che, nei procedimenti contenziosi avanti le Corti territoriali e in sede di legittimità, non si insista ulteriormente nell'eccezione di prescrizione (che si era comunque coltivata solo in particolari ipotesi, come chiarito nell'circolare n. 6/2009 del 4 marzo 2009, n. 72990 P).

L'AVVOCATO GENERALE DELLO STATO

Avv. Oscar Fiumara

CIRCOLARE N. 60/2011**Oggetto: Reati tributari - Avvisi di udienza delle Cancellerie penali - Trasmissione all’Agenzia delle Entrate ed eventuale costituzione di parte civile.**

Com’è noto, nei procedimenti penali per reati tributari, l’organo legittimato a costituirsi parte civile è l’Agenzia delle Entrate, subentrata *ex lege* al Ministero dell’Economia e delle Finanze a far data dal 1° gennaio 2001.

Sono sorte alcune difficoltà derivanti dalla errata notificazione da parte delle cancellerie penali degli avvisi di udienza per la costituzione di parte civile.

Per ragioni di funzionalità è necessario che tali avvisi, ove irrualmente (Cass., sez. V, n. 8507/2010) notificati all’Avvocatura dello Stato, pervengano all’ufficio periferico competente dell’Agenzia delle Entrate.

Qualora le Cancellerie penali notifichino detti avvisi all’Avvocatura, gli stessi devono essere quindi prontamente inoltrati all’Agenzia delle Entrate, non presso la Direzione Centrale (che non detiene alcuna competenza in materia), ma:

- presso la Direzione provinciale che ha inoltrato la denuncia penale o ha ricevuto il p.v.c. da cui è derivato il procedimento penale,

- ovvero, in caso di più Direzioni Provinciali competenti, presso la Direzione Regionale competente (o presso le Direzioni Regionali competenti, se le Direzioni Provinciali coinvolte appartengono a più Direzioni Regionali).

- in caso di incertezza sulla Direzione Provinciale competente, alla Direzione Regionale del luogo dove ha sede il giudice penale.

La struttura periferica competente dell’Agenzia delle Entrate istruisce la pratica e successivamente, ove ne ricorrano i presupposti, invia (tramite la Direzione Regionale) la richiesta di costituzione di parte civile all’Avvocatura competente che, a sua volta, formula il proprio parere alla stessa Agenzia.

Quest’ultima provvederà a richiedere la relativa autorizzazione alla Presidenza del Consiglio dei Ministri ai sensi dell’art. 1, comma 4, legge 3 gennaio 1991, n. 3, che l’Istituto ritiene applicabile alla specie nonostante un isolato precedente contrario.

Il parere dell’Avvocatura Distrettuale favorevole alla costituzione di parte civile dovrà essere inviato per conoscenza anche all’Avvocatura Generale – Comitato per il Coordinamento tributario.

L’AVVOCATO GENERALE
Avv. Ignazio Francesco Caramazza

CIRCOLARE N. 63/2011**Oggetto: Norme processuali introdotte dalla legge di stabilità.**

Nella Gazzetta ufficiale del 14 novembre 2011, n. 265, è stata pubblicata la legge 12 novembre 2011, n. 183 (c.d. *legge di stabilità*) che ha introdotto, tra le altre, talune rilevanti novità processuali che entreranno in vigore, ove non diversamente indicato, a decorrere dal 1 gennaio 2012 (art. 36).

Si ritiene opportuno richiamare brevemente le disposizioni che, ad una prima lettura, appaiono di maggior interesse per la difesa degli Enti patrocinati, fornendo altresì talune immediate indicazioni operative.

1. Impiego della posta elettronica certificata nel processo civile (art. 25)

1.1. Nel modificare l'art. 136 c.p.c. (e tutte le altre norme che disciplinano le comunicazioni di cancelleria) la legge n. 183 del 2011 (di seguito, *la legge*) introduce il principio generale secondo il quale il biglietto di cancelleria è consegnato dal cancelliere al destinatario, che ne rilascia ricevuta, ovvero trasmesso a mezzo posta elettronica certificata, nel rispetto della normativa, anche regolarmente, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici. Solo ove non sia possibile procedere in tali forme, il biglietto viene trasmesso a mezzo telefax, o è rimesso all'ufficiale giudiziario per la notifica. La notifica tramite ufficiale giudiziario, quindi, da regola generale diventa un mezzo subsidiario cui ricorrere solo nel caso in cui non siano possibili altre forme di comunicazione.

1.2. La legge modifica altresì l'art. 250, comma 3 c.p.c. prevedendo che l'intimazione al testimone possa essere effettuata dal difensore attraverso l'invio di copia dell'atto mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento o a mezzo posta elettronica certificata o a mezzo telefax (La modifica riguarda nella sostanza solo la necessità che si tratti di posta elettronica certificata).

1.3. L'art. 366 c.p.c., che disciplina il contenuto del ricorso per cassazione, al secondo comma, come modificato dalla legge, prevede che se il ricorrente non ha eletto domicilio in Roma ovvero non ha indicato l'indirizzo di posta elettronica certificata comunicato al proprio ordine, le notificazioni gli sono fatte presso la cancelleria della Corte di cassazione. Pertanto la notifica del controricorso non potrà più essere fatta presso la cancelleria della Corte di cassazione ove il ricorrente non abbia eletto domicilio in Roma ma abbia indicato il proprio indirizzo PEC, incumbente che, presumibilmente, sarà sempre osservato alla luce del disposto di cui all'art. 37, comma 6 del decreto legge 6 luglio 2011, n. 98 convertito dalla legge 15 luglio 2011, n. 111 in base al quale, in caso di omessa indicazione dell'indirizzo di posta certificata, il contributo unificato è aumentato della metà.

1.4. Vengono inoltre introdotte diverse modifiche alla legge 21 gennaio 1994, n. 53, che disciplina la notificazione di atti giudiziari e stragiudiziali a mezzo del servizio postale direttamente da parte dell'avvocato munito di apposita autorizzazione del Consiglio dell'ordine di appartenenza, prevedendo, a determinate condizioni, la possibilità di provvedere alla notifica a mezzo della Posta Elettronica Certificata. Le indicazioni operative sull'utilizzo di tale strumento formeranno oggetto di separata Circolare.

1.5. Le disposizioni di cui all'art. 25 si applicano decorsi trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge, quindi a decorrere dal 1.2.2012.

2. Misure straordinari per la riduzione del contenzioso civile pendente davanti alla Corte di cassazione e alle Corti di appello (art. 26)

2.1. La legge prevede che, nei procedimenti civili pendenti davanti alla Corte di cassazione aventi ad oggetto ricorsi avverso le pronunce pubblicate prima della data di entrata in vigore della legge 18 giugno 2009, n. 69 (4 luglio 2009), e in quelli pendenti davanti alle corti di appello da oltre due anni prima della data di entrata in vigore della legge medesima, la cancelleria avvisa le parti costituite dell'onere di presentare istanza di trattazione del procedimento,

con l'avvertimento che le impugnazioni si intendono rinunciate se nessuna delle parti, con istanza sottoscritta personalmente dalla parte che ha sottoscritto il mandato, dichiara la persistenza dell'interesse alla loro trattazione entro il termine perentorio di sei mesi dalla ricezione del suddetto avviso. In tal caso, il Presidente del Collegio dichiara l'estinzione con decreto.

2.2. Il riferimento alla "parte che ha sottoscritto il mandato" rende la norma, per come è formulata, inapplicabile all'Avvocatura dello Stato, che è difensore *ex lege* senza bisogno di mandato (art. 1 T.U. n. 1611/33); pertanto l'istanza di trattazione del procedimento con la dichiarazione di persistenza dell'interesse, come da modello allegato (*), potrà essere sottoscritta anche dal solo Avvocato dello Stato e andrà di regola depositata nelle cause in cui l'Amministrazione è appellante o ricorrente, salvo specifiche valutazioni dell'interesse pubblico da svolgersi caso per caso.

La Corte di cassazione ha già inviato numerosi avvisi ai sensi dell'art. 26 della legge benché lo stesso non sia ancora entrato in vigore, facendo tuttavia decorrere il termine di sei mesi dal 1 gennaio 2012 o dalla data dell'avviso ove posteriore al 1 gennaio 2012. Nel caso in cui l'udienza sia fissata prima del decorso del suddetto termine di sei mesi, l'istanza di trattazione del procedimento dovrà essere depositata prima della data dell'udienza medesima o, comunque, all'udienza stessa prima che sia cominciata la relazione di cui all'art. 379 c.p.c.

Ove la richiesta di depositare l'istanza di trattazione del procedimento avvenga in udienza, come già accaduto, occorrerà rilevare che la norma non è ancora entrata in vigore. A decorrere dal 1 gennaio 2012, nel comparire alle udienze dinanzi alla Corte di cassazione o alla Corte d'appello, l'Avvocato o il Procuratore dello Stato, ove l'Amministrazione sia ricorrente o appellante, dovrà di regola munirsi di apposita istanza di trattazione del procedimento con la dichiarazione di persistenza dell'interesse al fine di depositarla, ove richiesto dal Collegio, anche in carenza del previo invio dell'avviso di cui all'art. 26 della legge.

3. Modifiche al codice di procedura civile per l'accelerazione del contenzioso civile pendente in grado di appello (art. 27)

3.1. La legge dispone che se l'istanza di sospensione della sentenza prevista dall'art. 283 c.p.c. e dall'art. 431 c.p.c. per le cause di lavoro è inammissibile o manifestamente infondata il Giudice, con ordinanza non impugnabile, può condannare la parte che l'ha proposta ad una pena pecuniaria non inferiore ad euro 250 e non superiore ad euro 10.000. L'ordinanza è revocabile con la sentenza che definisce il giudizio.

Si raccomanda pertanto di proporre istanza di inibitoria solo sulla base di motivata richiesta dell'Amministrazione in relazione al grave danno che deriverebbe dall'esecuzione della sentenza.

A modifica dell'art. 351 c.p.c., la legge prevede, poi, che l'ordinanza che decide sull'istanza di inibitoria ex art. 283 c.p.c. sia inoppugnabile. Inoltre, in sede di esame dell'istanza di sospensione, il Giudice, se ritiene la causa matura per la decisione, può provvedere ai sensi dell'articolo 281-*sexies* c.p.c. Se per la decisione sulla sospensione è stata fissata l'udienza in camera di consiglio in data antecedente alla prima udienza di comparizione, il Giudice fissa apposita udienza per la decisione della causa nel rispetto dei termini a comparire.

3.2. Ancora, la legge, nel modificare l'art. 350 c.p.c., prevede che innanzi alla Corte d'appello, il Presidente del Collegio possa delegare per l'assunzione dei mezzi istruttori uno dei suoi componenti.

3.3. Ad integrazione dell'art. 352 c.p.c., è previsto in via generale che il giudice di ap-

pello possa decidere ai sensi dell'art. 281 *sexies* c.p.c., quindi facendo precisare le conclusioni e ordinando la discussione orale della causa nella stessa udienza o, su istanza di parte, in un'udienza successiva e pronunciando sentenza al termine della discussione, dando lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni in fatto e in diritto.

3.4. Le disposizioni di cui all'art. 27 si applicano decorsi trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge, quindi a decorrere dal 1.2.2012.

4. Modifiche in materia di spese di giudizio (art. 28)

4.1. L'art. 13 del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115 è modificato nel senso che il contributo unificato è aumentato della metà per i giudizi di impugnazione ed è raddoppiato per i processi dinanzi alla Corte di cassazione. Tale norma è applicabile alle controversie pendenti nelle quali il provvedimento impugnato è stato pubblicato o depositato successivamente alla data di entrata in vigore della legge.

4.2. L'art. 14 del predetto D.P.R. viene inoltre modificato nel senso che la parte che per prima si costituisce in giudizio, che deposita il ricorso introduttivo, ovvero che, nei processi esecutivi di espropriazione forzata, fa istanza per l'assegnazione o la vendita dei beni pignorati, quando modifica la domanda o propone domanda riconvenzionale o formula chiamata in causa, cui consegue l'aumento del valore della causa, è tenuta a farne espressa dichiarazione e a procedere al contestuale pagamento integrativo. Le altre parti, quando modificano la domanda o propongono domanda riconvenzionale o formulano chiamata in causa o svolgono intervento autonomo, sono tenute a farne espressa dichiarazione e a procedere al contestuale pagamento di un autonomo contributo unificato, determinato in base al valore della domanda proposta.

L'AVVOCATO GENERALE DELLO STATO
Avv. Ignazio Francesco Caramazza

(*) Si allega *fac simile* di istanza di trattazione del procedimento

CT ... avv. ...

AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO

SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE

SEZ. –R.G. –CONS.

ISTANZA DI TRATTAZIONE DEL PROCEDIMENTO

Il Ministero ... , in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato presso i cui uffici è per legge domiciliato in Roma, Via dei Portoghesi 12

ricorrente

CONTRO

(...) come in atti rappresentato e difeso

resistente

Visto il biglietto di cancelleria del ... ;

Visto l'art. 26 della legge 12 novembre 2011, n. 183;

DICHIARA

la persistenza dell'interesse alla trattazione e alla decisione del ricorso avverso la sentenza della ... del... n. ...

Roma,

L'Avvocato dello Stato

Il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato nei pareri del comitato consultivo

IN ALLEGATO: 1. Parere del 7 ottobre 2011 prott. 312873/96, AL 32917/11, avv. Stefano Varone - 2. Parere del 12 ottobre 2011 prot. 317639/49, AL 34788/11, avv. Stefano Varone - 3. Parere del 22 ottobre 2011 prot. 331607, AL 18586/11, avv. Marina Russo.

All. 1)

Patrocinio dell'Agencia Nazionale per la Sicurezza delle Ferrovie ai sensi dell'art. 1 R.D. 1611/1933

Con nota prot. 27662/11 l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Firenze, premessa l'intervenuta notifica di un ricorso dinanzi al locale Tribunale Amministrativo Regionale nei confronti dell'Agencia Nazionale per la Sicurezza delle Ferrovie (ANSF) ha posto un quesito inerente la sussistenza del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato nei confronti della suddetta Agencia.

Si tratta pertanto di appurare, se l'Agencia in questione possa essere collocata nel novero delle "Amministrazioni dello Stato, anche se organizzate ad ordinamento autonomo" di cui all'art. 1 del Regio Decreto 30 ottobre 1933, n. 1611, ovvero se il patrocinio debba essere inquadrato nell'ambito di quello ex art. 43 del citato T.U., con la necessità pertanto, ai fini di assumere la difesa in giudizio, di acquisire la previa autorizzazione prevista dalla norma.

Al riguardo occorre in primo luogo considerare che l'ANSF   disciplinata dal D.Lgs. 10 agosto 2007 n. 162 e, per quanto non previsto, "dagli articoli 8 e 9 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300". Tale limitato richiamo appare particolarmente significativo in quanto esclude il regime del patrocinio previsto per le agenzie fiscali dall'art. 72 del d.lgs. 300/1999, regime al quale pu  essere riconosciuta valenza derogatoria rispetto alla regola delineata dall'art. 1 RD 1611/1933, nel cui ambito - come si avr  modo di verificare - sembra naturalmente collocabile il modello "agenzia". Lo schema di patrocinio, individuato dal richiamato disposto normativo per le Agenzie fiscali, risulta infatti caratterizzato da elementi di specialità che non consentono di estenderlo, al di fuori di una espressa previsione normativa, alle ulteriori Agenzie costituite sulla base del d.lgs. 300/99.

Non pu  essere infatti trascurato che la giurisprudenza dominante ha riconosciuto alle sole Agenzie Fiscali, oggetto di una specifica ed autonoma regolamentazione, il carattere di enti pubblici autonomi, proprio argomentando dalla peculiare disciplina di riferimento.

  cos  opinione diffusa nell'ambito della giurisprudenza di legittimità che "le agenzie fiscali, istituite dall'art. 10 e regolate dagli artt. 61 ss. del D.Lgs. n. 300 del 1999, assumono caratteri "peculiari" rispetto alle altre "agenzie" - cui pur fa riferimento il medesimo decreto - (Cass. civ. Sez. V, 8 marzo 2006,

n. 4936) sottolineando la speciale regolamentazione contenuta negli artt. 59 e 61 della citata normativa. Proprio con riferimento alla difesa in giudizio è significativo che la giurisprudenza che si è occupata della tematica abbia costantemente fatto riferimento alla specifica disposizione di cui all'art. 72 del D.Lgs. 30 luglio 1999 n. 300 e al richiamo ivi contenuto all'art. 43 del R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611, (Corte di Cassazione 30 marzo 2007, n. 7882, che conferma quanto in precedenza statuito dalle sentenze 7 luglio 2006, n. 15563; 14 febbraio 2006, n. 3118; 1 luglio 2004, n. 12075).

Anche l'analitica disamina sviluppata dalle Sezioni Unite con la pronuncia 14 febbraio 2006, n. 3116, ove si era giunti a sostenere che il ricorso al patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, in assenza di una disposizione normativa vincolante anche nei confronti dei terzi, deve avvenire in relazione al singolo procedimento, basa le sue conclusioni, in ordine all'inapplicabilità dell'art. 1 RD 1611/1933, sulla peculiarità del regime che caratterizza le Agenzie Fiscali. Ad analoghe conclusioni giunse Cass. civ. Sez. V, 8 marzo 2006, n. 4936 che ritenne l'Agenzia delle Entrate, come le altre agenzie fiscali, un ente pubblico diverso da una amministrazione statale argomentando sulla base del richiamo al R.D. n. 1611 del 1933, art. 43, contenuto nel citato art. 72 D.Lgs. 300/1999, richiamo ritenuto "*altrimenti poco giustificabile*".

Il riferimento alla peculiare disciplina dettata dall'art. 72 del D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 300 è stato quindi costante nelle successive pronunce che hanno analizzato il modello del patrocinio autorizzato delineato dal legislatore per le Agenzie Fiscali: si possono al riguardo citare, fra le tante, Cass. civ. Sez. V Sent., 10 marzo 2010, n. 5753; Cass. civ. Sez. V Sent., 10 giugno 2009, n. 13338; Cass. civ. Sez. V Sent., 9 gennaio 2009, n. 217.

Se quindi la regola del patrocinio *ex art.* 43 del RD 1611/1933 trova la propria ragione nella speciale e derogatoria regolamentazione delle Agenzie Fiscali, per le ulteriori Agenzie, in assenza di specifiche disposizioni, è necessario accertare la natura giuridica dell'ente per poter verificare la sussunzione nello schema normativo delineato dall'art. 1 del RD 1611/33.

Al riguardo un ausilio interpretativo potrebbe giungere dalle pronunce della Consulta che si sono occupate del problema dell'ammissibilità del conflitto di attribuzione in relazione ad atti delle Agenzie, fornendo risposta positiva al quesito (Corte Costituzionale, sentenza 29 dicembre 2004 n. 427 e Corte Costituzionale, sentenza 11 febbraio 2005 n. 72) sulla base della sostanziale riconducibilità di tale tipologia di ente nell'ambito delle amministrazioni dello Stato.

Sul piano del modello generale d'altronde il D.Lgs. 30 luglio 1999 n. 300, all'art. 8 (Richiamato dalla legge istitutiva dell'ANSF) definisce le Agenzie quali "strutture che ... svolgono attività a carattere tecnico-operativo di interesse nazionale ... al servizio delle amministrazioni pubbliche ...", in regime di "piena autonomia" e però con sottoposizione "ai poteri di indirizzo e di vi-

gilanza di un Ministro ed al controllo della Corte dei Conti, anche quando dotate di personalità giuridica”.

A ciò si aggiungono numerosi indici di riferimento, tratti dalla legge istitutiva dell'ANSF (D.Lgs. 10 agosto 2007 n. 162, spec. art. 4) che sembrano confermare la natura di amministrazione statale dell'Agenzia. La stessa infatti:

a) è sottoposta a poteri di indirizzo e di vigilanza del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti,

b) la nomina degli organi di vertice avviene con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dei trasporti,

c) la definizione dell'assetto organizzativo avviene con regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400 adottato su proposta del Ministro delle infrastrutture e trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro per le riforme e le innovazioni nella pubblica amministrazione,

d) il reclutamento delle risorse umane, qualora non trasferite dal Ministero, è di matrice tipicamente pubblicistica, in quanto sono richieste “procedure selettive pubbliche ai sensi dell'articolo 35 del decreto legislativo n. 165 del 2001”,

e) si applica al personale dell'Agenzia, salva diversa disposizione normativa, il decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165,

f) l'Agenzia assume le attribuzioni nella materia della sicurezza del trasporto ferroviario già esercitate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

A tali indici, ricavabili dalla normativa istitutiva, si aggiunge - sotto il profilo della provenienza delle risorse finanziarie - il D.P.R. 25 febbraio 2009 n. 34 con cui è stato approvato lo Statuto dell'Agenzia, il cui art. 8 dispone che “le entrate dell'Agenzia sono costituite, fra l'altro, da trasferimenti da parte dello Stato connessi all'espletamento dei compiti istituzionali di cui all'*articolo 26*, comma 1, lettera a), del decreto legislativo” mentre, sul piano funzionale, i particolari interessi di rilievo collettivo cui è preposta l'Agenzia, la collocano in un'area ordinamentale non distante dalle Autorità amministrative indipendenti.

In conclusione si ravvisano nella normativa di riferimento, ferma l'essenziale autonomia organizzativa e funzionale dell'Ente come ricavabile dalle sopra citate disposizioni, plurimi indici tali da qualificare l'Agenzia, ai limitati fini del presente parere attinente all'assunzione del patrocinio in giudizio da parte dell'Avvocatura dello Stato ai sensi dell'art. 1 del Regio Decreto 30 ottobre 1933 n. 1611, quale Amministrazione dello Stato ad ordinamento autonomo.

Il presente parere è stato adottato su delibera del comitato consultivo.

All. 2)

***Legittimazione attiva e ius postulandi degli Istituti scolastici
Autorizzazione al patrocinio ai sensi dell'art. 5 R.D. 1611/1933***

Con nota 34788/11 l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di L'Aquila ha trasmesso la richiesta di autorizzazione al patrocinio tramite Avvocato del libero foro presentata dal Liceo scientifico (...).

Analizzando la fattispecie si osserva che la controversia in questione è originata da un ricorso presentato dall'Istituto Scolastico (...) avverso il provvedimento n. 160 del 10 gennaio 2011 del dirigente dell'Ufficio Scolastico Regionale, nella parte in cui ha decretato la trasformazione degli Istituti Tecnici Industriali, aventi corsi di scienze applicate, in Istituti di Istruzione Superiore. Trattasi di provvedimenti di natura organizzatoria adottati sulla base del D.P.R. 20 marzo 2009, n. 81 (norme per la riorganizzazione della rete scolastica e il razionale ed efficace utilizzo delle risorse umane della scuola, che a sua volta trova la sua legittimazione nell'art. 64 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133) e dei relativi decreti attuativi. Il TAR Pescara, con ordinanza n. 87/11 accoglieva il ricorso "Ritenuto, ad un sommario esame proprio della fase cautelare e rinviando al merito la soluzione delle questioni di rito, che il ricorso sia assistito dal prescritto *fumus* e che il danno lamentato dall'Istituto scolastico ricorrente sia grave ed irreparabile". Avverso detto provvedimento veniva proposto appello al Consiglio di Stato deducendo, oltre che l'infondatezza nel merito del ricorso in primo grado, anche - ed in via prioritaria - il difetto di legittimazione attiva nonché di *ius postulandi* dell'Istituto scolastico. Il Consiglio di Stato tuttavia con l'ordinanza 2824/2011 rigettava l'appello sulla base della seguente motivazione "*Considerata, nell'esame proprio della fase cautelare, l'esigenza che le questioni giuridiche in controversia siano approfondite nella sede del giudizio nel merito e la intervenuta fissazione della relativa udienza in primo grado il 3 novembre p.v., considerato anche che dall'atto di appello non emergono ragioni che potrebbero indurre, nel frattempo, all'accoglimento della domanda cautelare*".

L'Amministrazione dava esecuzione alle decisioni cautelari e i provvedimenti così adottati sono stati impugnati dai genitori degli alunni dell'istituto scolastico controinteressato, che hanno evocato in giudizio tanto il Ministero quanto l'istituto (...), ricorrente nella causa *a quo*.

L'Istituto (...) ha quindi presentato richiesta di autorizzazione al patrocinio tramite avvocato del libero foro, allegando un conflitto di interessi con l'Amministrazione scolastica e significando che l'avvocatura dello Stato non potrebbe comunque assumere il patrocinio nella causa in questione in quanto ciò comporterebbe la necessità di sostenere una tesi antitetica rispetto a

quella sostenuta nel giudizio *a quo*.

Tanto premesso, ritiene la scrivente, che l'autorizzazione richiesta non possa essere concessa.

Il ricorso proposto dall'Istituto scolastico avverso atti emanati dall'ufficio scolastico regionale nonché nei confronti di altro Istituto scolastico statale risulta infatti inammissibile per difetto di legittimazione attiva, profilo su cui i giudici della causa *a quo* non si sono affatto pronunciati, rinviando la decisione della questione alla fase di merito.

Il difetto di "legittimazione attiva", connesso alla mancanza di alterità soggettiva, deriva dalla circostanza che, anche dopo l'estensione della personalità giuridica, per effetto della legge delega n. 59 del 1997 e dei successivi provvedimenti di attuazione, i circoli didattici, le scuole medie e gli istituti di istruzione secondaria, continuano a costituire organi dello Stato muniti di personalità giuridica ed inseriti nell'organizzazione statale (*ex plurimis* Cass. 28 luglio 2008, n. 20521). Difettando pertanto un rapporto intersoggettivo e vertendosi in materia di rapporti interorganici, ogni eventuale contrasto va risolto in sede amministrativa, difettando una autonoma posizione azionabile in sede giurisdizionale.

Tale principio risulta in più occasioni confermato dalla giurisprudenza. In tal senso è possibile citare Cass. 17 marzo 2009, n. 6460 a mente della quale "In tema di poteri dei dirigenti pubblici, ai dirigenti delle istituzioni scolastiche competono, in base all'art. 25 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, funzioni decisamente più ridotte rispetto a quelle spettanti ai dirigenti degli uffici dirigenziali generali, e limitati all'ambito dell'autonomia organizzativa, didattica e finanziaria, con la conseguenza che ai primi non spetta il potere di promuovere e resistere alle liti, che è, invece, esplicitamente previsto (dall'art. 16 del citato d.lgs. n. 165 del 2001) per i dirigenti di uffici dirigenziali generali".

La situazione giuridica di compenetrazione con l'apparato statale non è infatti mutata per effetto dell'art. 21 L. n. 59 del 1997 e del D.P.R. n. 275 del 1999. Si osserva, infatti, che essa è confermata dai seguenti elementi:

a) la funzione "istruzione" rimane dello Stato, in particolare rimangono statali le funzioni e i compiti in materia di ordinamenti scolastici, di programmi scolastici, di organizzazione generale dell'istruzione scolastica e di stato giuridico del personale, funzioni tutte atte a salvaguardare l'unitarietà del sistema nazionale dell'istruzione (art. 1, comma 3, lett. q) della L. n. 59 del 1997). In altre parole, rimane alla competenza dello Stato, che la condivide con le istituzioni scolastiche nei limiti di cui all'art. 21 L. n. 59 del 1997 come specificati dal D.P.R. n. 275 del 1999, l'attività di programmazione educativa e didattica e in genere ogni attività che attenga alla predisposizione e alla realizzazione del percorso degli studi inteso in senso proprio come percorso che sbocca nel conseguimento di un titolo di studio. E' proprio in virtù

di questa conservazione di funzioni e compiti allo Stato che si può dire che le scuole, dopo la loro entificazione, svolgono il ruolo di enti ausiliari o strumentali dello Stato;

b) il perdurante inserimento del dirigente scolastico e del personale della scuola nel personale statale (art. 1, comma 3, lett. q) della L. n. 59 del 1997 e d.lgs. 165/2001);

c) la responsabilità sia disciplinare che per risultati del dirigente scolastico nei confronti dell'amministrazione statale;

d) mantenimento in capo all'apparato ministeriale del potere di vigilanza in relazione alla funzione di eventuale scioglimento degli organi collegiali della scuola "in caso di persistenti e gravi irregolarità o di mancato funzionamento" (ex art. 28, settimo comma, T.U. n. 297 del 1994, non abrogato dall'art. 17, primo comma, del D.P.R. n. 275 del 1999).

Tale situazione di difetto di legittimazione attiva risulta confermata dalla vigente disciplina in tema di patrocinio, ed in particolare dall'art. 14 comma 7 *bis* del D.P.R. n. 275 del 1999 ai sensi del quale "L'Avvocatura dello Stato continua ad assumere la rappresentanza e la difesa nei giudizi attivi e passivi davanti le autorità giudiziarie, i collegi arbitrali e le giurisdizioni amministrative e speciali di tutte le istituzioni scolastiche cui è stata attribuita l'autonomia e la personalità giuridica a norma dell'articolo 21 della legge 15 marzo 1997, n. 59". Tale disposizione è stata letta dalla giurisprudenza come conferma dell'operatività del patrocinio ai sensi dell'art. 1 del R.D. 1611/1933: Cass. civ. Sez. III, Ord., 13 luglio 2004, n. 12977 "le istituzioni scolastiche statali alle quali è stata attribuita l'autonomia e la personalità giuridica a norma dell'art. 21 della legge n. 59 del 1997 sono compenetrates nell'amministrazione dello Stato, nella quale sono incardinate" richiamando espressamente gli articoli 1 e 11 r.d. n. 1611 del 1933 e le regole sul foro erariale dettate dall'art. 25 c.p.c. (analogamente T.A.R. Veneto Venezia Sez. I, Sent., 26 marzo 2010, n. 1002; T.A.R. Calabria Reggio Calabria Sez. I, Sent. 13 gennaio 2010, n. 2).

Peraltro occorre considerare che, per le ragioni sopra considerate, la spesa sostenuta per il pagamento degli onorari rappresenterebbe un'ipotesi di danno erariale di cui il Dirigente potrebbe essere chiamato a rispondere.

Tanto premesso, visto l'art. 5 del R.D. 1611/1933 ai sensi del quale "*Nessuna Amministrazione dello Stato può richiedere la assistenza di avvocati del libero foro se non per ragioni assolutamente eccezionali, inteso il parere dell'Avvocato generale dello Stato e secondo norme che saranno stabilite dal Consiglio dei ministri. L'incarico nei singoli casi dovrà essere conferito con decreto del Capo del Governo di concerto col Ministro dal quale dipende l'Amministrazione interessata e col Ministro delle finanze*", si trasmette la richiesta di autorizzazione dell'Istituto Scolastico (...) esprimendo parere negativo per le ragioni sopra illustrate.

Il presente parere (*) è stato reso su delibera del Comitato Consultivo.

(*) Sulla questione oggetto del presente parere si è pronunciato il TAR Abruzzo Pescara con la sentenza del 14 novembre 2011 n. 641, foriera di un vicace e a volte contrastante scambio di opinioni tra gli avv. Lorenzo Capaldo (AdS Trieste), Guido Denicolò (AdS Trento), Laura Paolucci (AdS Bologna) e il dott. Francesco Triolo (AdS Milano). Di seguito i rispettivi interventi per e.mail:

CAPALDO: Segnalo a tutti i colleghi la sentenza TAR Abruzzo ; la decisione mi sembra faccia una pericolosa (oltre che errata) applicazione del combinato disposto degli artt. 5 e 43 del nostro R.D. Sul punto mi pare si fosse espressa, in senso contrario, l'Avvocatura Generale con un articolato parere.

Le scuole sono circa 7.000? Che succede se l'orientamento non viene stroncato?

Ogni volta che c'è un contrasto il dirigente nomina un'avvocato a spese dello Stato per fare causa al MIUR? Se non arrivano i finanziamenti procede con decreto ingiuntivo?

Non solo il mondo della scuola diviene ingovernabile, ma la spesa pubblica (specie in questo contesto storico) avrà ulteriori ragioni per aggravarsi inutilmente.

Mi chiedo se non sia il caso di suggerire al Governo una norma di interpretazione autentica, che renda chiara l'inapplicabilità dell'art. 43 alle scuole e alle amministrazioni dello Stato in genere.

Poiché la deriva sta prendendo piede anche in FVG, chiedo ai colleghi se abbiano precedenti in materia.

DENICOLÒ: ... trovo la pronuncia del TAR Pescara francamente ineccepibile (parlo degli aspetti processuali)!

PAOLUCCI: ... partendo dal presupposto che il patrocinio delle istituzioni scolastiche non rientri nell'art. 1 RD 1611 ... e che le stesse non siano "amministrazioni dello Stato" ...

DENICOLÒ: ... come, personalmente, ho sempre ritenuto che fossero le scuole entificate con l'introduzione (anche nella Costituzione!) della ... autonomia (che è cosa del tutto diversa dalla personalità giuridica puramente "tecnica" che prima avevano alcuni istituti): hanno, come giustamente rilevato dal TAR, quantomeno un nucleo di autonomia e di alterità rispetto allo Stato che le rende titolari di una propria sfera di diritti/interessi tutelabili, anche in giudizio, nei rapporti con altri enti pubblici. E allora il problema del patrocinio, in caso di conflitto di interessi, deve pur essere risolto in qualche maniera, e il TAR Pescara - nella solita latitanza e/o "struzzeria" del nostro legislatore - l'ha risolto a mio avviso egregiamente.

E sotto questo profilo la sentenza, a mio avviso, reggerà in Consiglio di Stato (a meno che non prevalga, cosa possibile, la "ragion di Stato", del tipo "ma dove andremo a finire se...". Vedremo.

PAOLUCCI: So perfettamente come la pensi, Guido, e infatti ti stavo stuzzicando ...

L'autonomia nella costituzione pone un vincolo negativo al legislatore di tipo qualitativo, ma nulla dice circa la quantità di tale autonomia o, se preferisci, gli aspetti caratterizzanti la stessa. Questo è quanto deriva anche dalla lettura, data invero per incidens, dalla Corte costituzionale (si tratta delle sentenze in sede di ricorso per asserita violazione dell'art. 117 cost. su ricorso delle regioni ... direi a memoria che potrebbe essere anche la sent. n. 13/04). Uno degli aspetti caratterizzanti l'autonomia è senza meno quella finanziaria. Nell'attuale assetto normativo, l'autonomia finanziaria delle scuole (al contrario di quella delle università) è scarsa: il finanziamento dello Stato ad es. arriva vincolato alle scuole e non in forma budgetaria. È vero che la scuola potrebbe, forte dell'autonomia negoziale, ad es. VENDERE SERVIZI (!!!) per pagarsi l'avvocato e coprire i costi dell'eventuale soccombenza nelle cause contro lo Stato ... oltre che, magari, servirsene per offrire altri servizi alla collettività.

Bene, credo che queste siano questioni GIURIDICHE e non solo logiche da ... ma dove andremo a finire.

Credo cioè che la scelta del legislatore (fino a che non sia modificata) circa il tipo di autonomia delle scuole sia coerente: autonomia di primo livello, scarsissima nei rapporti, anche finanziari, con lo Stato, qualificazione conseguente in termini di amministrazione dello Stato, nostro patrocinio ex art. 1 e, non dimentichiamoci questo aspetto, regime fiscale dello Stato (esso pure si perderebbe nella diversa qualificazione che proponi, come infatti è accaduto per le università).

Da ciò deriva anche la necessità che le leggi che disciplinano l'autonomia delle scuole si occupino dei costi delle scelte, in ossequio all'art. 81 cost.

Attendo repliche ...

TRIOLO: Non mi convince per molti aspetti la pronuncia del TAR Pescara.

Credo che la personalità giuridica delle istituzioni scolastiche abbia comportato solo il conferimento dell'autonomia didattica, organizzativa di ricerca e sviluppo, nonché dell'autonomia finanziaria limitata a detti settori di autonomia funzionale.

Mi sembra apprezzabile la ricostruzione della soggettività giuridica del Ministero dell'Istruzione (e dei suoi organi), fornita di recente dalla Corte di Cassazione, che (in materia di legittimazione passiva nelle controversie attinenti il rapporto di lavoro del personale scolastico) ha ribadito che le istituzioni scolastiche sono meri organi dell'Amministrazione centrale, "istituzioni che agiscono, quindi, in veste di organi statali e non di soggetti distinti dallo Stato". È la sentenza Cass. civ., sez. lav., 6372/11: "Il riconoscimento della personalità giuridica, per effetto della Legge Delega n. 59 del 1997 e dei successivi provvedimenti di attuazione, ai circoli didattici, alle scuole medie e agli istituti di istruzione secondaria - ai fini della migliore realizzazione dell'obiettivo dell'autonomia scolastica - si inserisce nell'ambito del fenomeno dell'organo (statale) con personalità giuridica. La figura dell'organo con personalità giuridica implica che abbia legittimazione di diritto sostanziale e processuale in relazione alla titolarità di rapporti giuridici, pur restando un organo dell'amministrazione di appartenenza (organo con soggettività giuridica, fenomeno che determina l'imputazione all'amministrazione di appartenenza non l'attività ma i risultati) e, come tale, assoggettato alle direttive ed ai controlli della detta amministrazione. 5.3. Il disegno organizzativo risulta specificato dal D.P.R. 8 marzo 1999, n. 275 - Regolamento recante norme in materia di autonomia delle istituzioni scolastiche, ai sensi della L. 15 marzo 1997, n. 59, art. 21 - secondo due direttrici: la soggettività giuridica e la conseguente legittimazione sostanziale e processuale attiene al piano della riconosciuta autonomia funzionale (Titolo 1, Capo 2^o e Capo 3^o: autonomia didattica e organizzativa, di ricerca, sperimentazione e sviluppo); le funzioni amministrative, invece, e la gestione del servizio istruzione (titolo secondo) sono rimaste funzioni statali e soltanto la competenza per il loro esercizio è stata sottratta (non allo Stato ma) all'amministrazione centrale e periferica e attribuita alle istituzioni scolastiche (art. 14) - eccettuate quelle di cui all'art. 15 ("il cui esercizio è legato ad un ambito territoriale più ampio di quello di competenza della singola istituzione") - istituzioni che agiscono, quindi, in veste di organi statali e non di soggetti distinti dallo Stato".

Sotto questo profilo, credo che, nel caso sottoposto al TAR Pescara, la scuola, non avendo soggettività giuridica in materia, non potesse neppure vantare un interesse all'annullamento del provvedimento di modifica della rete scolastica territoriale.

PAOLUCCI: Infatti. Si tratta peraltro di giurisprudenza che ricalca quella formatasi per le Università nell'assetto ordinamentale di cui al DPR 382/1980.

All. 3)

***Patrocinio dell'Ente Circoli della Marina militare:
natura "organica" del rapporto fra Ente Circoli e Stato***

Con la nota in riferimento, codesta Amministrazione ha richiesto il parere della Scrivente in merito al patrocinio dell'Ente in oggetto da parte dell'Avvocatura dello Stato, riferendo che l'Avvocatura Distrettuale di Lecce ha ritenuto di declinarlo, in considerazione della natura "*di privata associazione*" dell'ente suddetto.

In particolare, l'Avvocatura Distrettuale di Lecce ha fondato il proprio parere su una pronuncia della Corte di Cassazione (n. 5335/1993), della cui correttezza in punto di diritto e della cui applicabilità ai fini della soluzione del quesito in oggetto l'Amministrazione in indirizzo dubita, per le ragioni esposte nella relazione allegata alla nota che con la presente si riscontra.

Tanto premesso, e rilevato che il quesito proposto ha carattere di principio, la Scrivente rende il parere richiesto nei termini qui di seguito esposti.

Si osserva, innanzi tutto, che la sentenza n. 5335/1993 è stata resa all'esito di un giudizio avente per parti non solo l'Ente Circoli della Marina Militare, ma anche il Circolo Ufficiali della Marina Militare di Roma.

Tuttavia, la pronuncia della Suprema Corte si concentra esclusivamente sulla problematica della natura del Circolo (di cui afferma la natura di associazione fra privati cittadini, giustificando i poteri esercitati su di essi dall'autorità militare non già in ragione della natura pubblicistica dei circoli medesimi, bensì in ragione dello *status* di militari dei soci), e tralascia di approfondire la tematica della natura dell'Ente Circoli che resta - pertanto - impregiudicata.

Ciò chiarito, relativamente alla questione della natura dell'Ente Circoli della Marina militare, la tesi secondo cui si tratterebbe di un soggetto di natura privata non sembra condivisibile.

Occorre, al riguardo, prendere le mosse dallo Statuto dell'Ente.

Esso è stato inizialmente approvato con il R.D.L. 1935/37 istitutivo dell'Ente (abrogato dall'art. 1 comma 1 in combinato disposto con l'All. 1 al D.P.R. 248/10); in seguito, è stato sostituito - limitatamente al contenuto dello Statuto - dal D.P.R. n. 83 del 1 gennaio 1949 e successive modifiche.

Tale ultimo testo, peraltro, nonostante approfondite ricerche è risultato irreperibile nelle banche dati accessibili alla Scrivente, né lo stesso risulta pubblicato per esteso sulla Gazzetta Ufficiale del 25 marzo 1949, ove è riportata solo l'approvazione del suddetto D.P.R. n. 83: si è perciò preso a riferimento il testo trasmesso direttamente da codesta Amministrazione, assumendo che si tratti di quello attualmente vigente. Vorrà, ad ogni buon fine, l'Amministrazione in indirizzo verificare se il testo originale sia reperibile presso la sede dell'Ente, confrontandolo - in caso affermativo - con quello allegato in atti,

nonché segnalando alla Scrivente eventuali divergenze.

Dallo Statuto di cui sopra risulta quanto segue:

- alla provvista degli organi (particolarmente, il Presidente ed il vice presidente) provvede il Ministro della Difesa, dal quale pure proviene la dotazione di personale dell'Ente (art. 2);
- lo stesso Ministero esercita la vigilanza sugli organi presidenziali, ai quali è demandata l'attività di vigilanza sui Circoli (art. 4);
- il servizio di cassa viene disimpegnato da un cassiere del Ministero (art. 3 n. 8);
- quanto al finanziamento - sebbene le sole entrate certe dell'Ente siano rappresentate dalle quote associative versate dai Circoli secondo il meccanismo di cui all'art. 26 dello Statuto - tuttavia lo Stato vi contribuisce in modo indiretto, sostenendo i costi del personale assegnato nonché quello per gli arredi e gli immobili demaniali. La Corte dei Conti (Determinazione n. 16/1999, in atti) ha inoltre affermato la soggezione dell'Ente Circoli alla Corte dei Conti.

Dal punto di vista strutturale, dunque, l'Ente appare come una diretta emanazione del Ministero.

Viene in considerazione, poi, lo scopo istituzionale dell'Ente, il quale consiste nel “... *dirigere ed amministrare i circoli Ufficiali e Sottufficiali della Marina Militare*” (art. 1 dello Statuto dell'Ente circoli).

Deve ritenersi che tale finalità rientri tra quelle direttamente riferibili allo Stato: è, infatti, interesse esclusivo di quest'ultimo provvedere alle attività di direzione ed amministrazione dei suddetti Circoli, atteso che tali attività sono strettamente strumentali innanzi tutto ad assicurare il rispetto dei limiti alle libertà associative vigenti per i militari (art. 1475 Codice dell'Ordinamento militare), ma anche a garantire che le strutture che svolgono attività ricreative e culturali contribuiscano effettivamente all'incremento della qualità dei servizi e della produttività, anch'essi rientranti tra i fini istituzionali dello Stato, come si evince dall'art. 1829 D.lgs. 66/2010 (Codice dell'Ordinamento militare): “*La promozione del benessere del personale dell'Esercito italiano, della Marina militare e dell'Aeronautica militare, mediante interventi in favore del lavoratore, della sua famiglia e degli enti che svolgono attività culturali e ricreative nell'ambito dell'amministrazione di appartenenza, è finalizzata all'incremento della produttività e al miglioramento della qualità dei servizi*”, dall'art. 1830 D.lgs. cit.: “*Ai sensi dell'art. 24 comma 1 numero 3 del decreto del presidente della Repubblica n. 27 aprile 1977 n. 616, rientrano nella competenza dello Stato gli interventi di protezione sociale prestati ad appartenenti all'Esercito italiano, alla Marina Militare e all'Aeronautica militare e ai loro familiari, da enti ed organismi appositamente istituiti*”, e dall'art. 547 D.lgs. cit.: “*Al fine di assicurare gli interventi di protezione sociale del personale militare ... delle forze armate e dei loro familiari ... sono concessi in uso alle*

organizzazioni costituite fra il personale dipendente ... i locali demaniali, i mezzi, le strutture e gli impianti necessari per i predetti interventi ...” .

Le finalità istituzionali dell’Ente, in definitiva, ben si presterebbero ad essere perseguite dal Ministero anche direttamente, attraverso i propri uffici, anziché per il tramite di un soggetto distinto.

La Corte di Cassazione - sia pure in fattispecie diversa, quale quella delle Agenzie fiscali (SS.UU. nn. 3116 e 3118/06) - ha peraltro ritenuto che, ai fini dell’imputazione allo Stato dell’attività compiuta da un soggetto avente autonomia personalità, occorra anche individuare “*un sicuro elemento testuale che consenta di ritenere che l’attività della seconda persona giuridica ... sia direttamente imputata ad altra persona giuridica ...*”.

Elementi testuali confermativi della natura “organica” del rapporto fra Ente Circoli e Stato, già emergente dalle considerazioni svolte sopra circa la struttura ed i fini dell’Ente, potrebbero individuarsi nelle seguenti norme statutarie:

- art. 3 n. 4, che attribuisce all’Ente Circoli il potere di concedere sovvenzioni non solo sulla base delle proprie disponibilità, ma anche delle somme che, a titolo di contributo, possono essere concesse dal Ministero;
- art. 3 n. 7, che consente all’Ente di deferire alla superiore Autorità militare marittima locale le attività ispettive, di regola da esso direttamente espletate;
- art. 5 ultimo comma, che - attribuendo alla Presidenza dell’Ente il potere di proporre al Ministro la soppressione e l’istituzione di Circoli - evidenzia la compartecipazione dei due soggetti (Ente e Ministero), rispettivamente a titolo proponente e deliberante, nell’adozione dei provvedimenti ministeriali di soppressione ed istituzione dei Circoli.

Ciò ragionevolmente consente di sostenere che l’Ente in questione appare come diretta emanazione del Ministero della Difesa, dal che consegue che lo stesso può essere ammesso al patrocinio dell’Avvocatura dello Stato.

Di tanto codesta Amministrazione vorrà dare notizia all’Ente Circoli, affinché il medesimo determini di conseguenza la propria condotta processuale.

Sarà cura della Scrivente direttamente informare di quanto sopra l’Avvocatura Distrettuale dello Stato di Lecce, ai fini della costituzione nel giudizio che ha originato il quesito in oggetto.

Il presente parere è stato sottoposto, nella seduta del 6 ottobre 2011, al Comitato Consultivo della Scrivente, il quale si è espresso in conformità.

CONTENZIOSO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE

Il partenariato pubblico-privato: contesto di riferimento e analisi comparativa

Andrea Daidone*

SOMMARIO: 1. Il partenariato pubblico-privato: definizione e contesto di riferimento - 2. Il quadro normativo a livello di legislazione comunitaria: il Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni - 3. Il PPP nelle legislazioni dei principali Stati europei (Regno Unito, Francia, Spagna, Germania) - 4. La normativa nazionale introdotta dal Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

1. Il partenariato pubblico-privato: definizione e contesto di riferimento

«Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet» (1).

In questo modo, il giurista romano Ulpiano operava la *summa divisio* tra la sfera pubblica e quella privata; sfere, quelle del pubblico e del privato, che collimano e trovano un ideale punto di incontro nelle vicende introdotte dal partenariato pubblico-privato (PPP), soprattutto nel settore degli investimenti, dello sviluppo infrastrutturale e della fornitura di servizi pubblici.

D'altra parte è ormai un dato certo, come sostiene una vasta e uniforme letteratura, che lo sviluppo economico di un Paese sia legato indissolubilmente alla qualità e alla quantità delle dotazioni infrastrutturali presenti, in un dato momento storico.

Negli ultimi anni, con l'affermarsi delle c.d. "istituzioni del benessere"

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

(1) Cit. D. I. 1. *lib. 2* ULPIANO I. I *institutionum*. Trad: Due sono i temi di questo studio, il pubblico e il privato. Diritto pubblico è quello che ha riguardo alla prosperità della cosa pubblica, diritto privato, quello che ha riguardo all'interesse dei singoli.

(2) e del conseguente *welfare State*, si sono attuati progressivi aumenti della pressione fiscale per bilanciare le ingenti spese, causate dalle questioni sociali tipiche di uno Stato del benessere (scuola obbligatoria, Servizio sanitario nazionale, previdenza sociale, etc.), determinando quello che la dottrina maggioritaria ha definito la «crisi fiscale dello Stato» (3).

Per questa ragione, sono molti gli Stati che hanno fatto ricorso, e attualmente ricorrono, a soluzioni giuridiche e finanziarie indicate come partenariato pubblico-privato per realizzare e gestire opere pubbliche, in sostituzione delle modalità tradizionali di intervento pubblico.

L'apporto che viene garantito dalle c.d. "neuroscienze" ed in particolare dal neurodiritto sostiene che «non è tanto facile abbandonare il concetto dello "Stato sociale", in quanto appare ovvio che esso deve continuare a fornire adeguati servizi alla persona, alla famiglia e alla comunità. [...] Si potrà discutere se l'obiettivo può essere meglio raggiunto con l'applicazione del principio di sussidiarietà sociale anziché con la tradizionale integrazione politica (art. 118 Costituzione); se debba diffondersi come modello comune dell'azione amministrativa il partenariato pubblico-privato anziché l'azione fondata sulla programmazione politica degli obiettivi, ma la problematica non cambia nei suoi termini essenziali» (4).

Per questo, il necessario reperimento di risorse economiche e il tema della finanza pubblica, che ha imposto dei vincoli di bilancio sempre più stringenti, hanno favorito la creazione di strumenti innovativi, mediante il coinvolgimento dei privati nel finanziamento e nella gestione delle opere pubbliche e, più in generale, nella fornitura di servizi di interesse pubblico.

(2) Cfr. S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Bari, 2008, p. 25. Afferma l'Autore che «Quando si parla delle istituzioni del benessere si fa, normalmente riferimento agli interventi pubblici nei settori dell'istruzione, della sanità, della protezione sociale e dell'occupazione. Gli interventi, in questi settori, pur non facendo parte in senso stretto dei rapporti tra Stato ed economia, comportano l'uso di risorse tanto cospicue da costituire un capitolo fondamentale di tali rapporti. Le tappe fondamentali della realizzazione, in Italia, dello Stato del benessere sono il 1962, con l'istituzione della scuola dell'obbligo, e il 1978, anno in cui fu istituito il Servizio sanitario nazionale. A queste si aggiungono il 1974, quando venne introdotta la pensione sociale, e il 1975, data della principale riforma della Cassa integrazione guadagni».

(3) Cfr. J. O'CONNOR, *La crisi fiscale dello Stato*, Torino, 1977. «La crisi fiscale dello Stato è divenuta una specie di formula ad effetto che non riguarda esclusivamente gli specialisti di problemi fiscali, ma chiunque si occupi, in genere, dell'azione dei pubblici poteri nel campo economico. Il messaggio che in modo diffuso viene associato a questa formula è quello di uno Stato che, vittima di apprendisti stregoni che l'hanno indotto con leggerezza a percorrere la strada dell'espansione della spesa pubblica, si trova di fronte a una situazione di dissesto». L'Autore è ben esplicito nell'affermare che il settore pubblico si svilupperebbe solo a spese del settore privato. In realtà, la crescita del settore statale è indispensabile all'espansione dell'industria privata. «Occorre dunque riferirsi alla struttura stessa del capitalismo maturo, di cui l'espandersi dello Stato assistenziale non costituisce una deformazione, ma un'immagine speculare».

(4) Cit. E. PICOZZA, L. CAPRARO, V. CUZZOCREA, D. TERRACINA, *Neurodiritto. Una introduzione*, Torino, 2011, p. 34.

Insegnamenti fondamentali di politica economica evidenziano come, in sistemi caratterizzati da elevati livelli di pressione fiscale, gli investimenti pubblici non producono effetti significativi sulla crescita, se non sono finanziati con capitali privati.

L'introduzione di modelli privatistici permette, infatti, un notevole incremento della qualità delle infrastrutture compiute e dei servizi erogati, e un miglioramento progressivo nella fase di realizzazione degli interventi (*know-how* (5) del settore privato), determinando, altresì, meccanismi che stimolano un'effettiva concorrenza sui costi di realizzazione e di gestione delle infrastrutture stesse.

Date queste premesse, è possibile affermare che il PPP è costituito da ogni forma di cooperazione, tra il settore pubblico e quello privato, in cui le rispettive competenze e risorse si integrano per realizzare e gestire opere infrastrutturali, ferme restando le diverse responsabilità ed i diversi obiettivi che si pongono la parte pubblica e quella privata.

La collaborazione evidenzia la metamorfosi del ruolo che riveste il soggetto pubblico nella vita economica di un dato Paese: dalla figura di Stato-imprenditore a quella di Stato-regolatore (6); da operatore diretto nel mercato ad organizzatore, regolatore e supervisore dello stesso, nel rispetto dei principi di concorrenza e parità di trattamento, imposti dal Trattato della Comunità europea e dalle direttive comunitarie in materia di appalti.

Si tratta di un mutamento iniziato a partire dagli anni ottanta del ventesimo secolo, che riguarda anzitutto il dominio statale sull'economia, che si è rovesciato, divenendo dominio dell'economia sullo Stato.

I confini dell'economia non coincidono più con i confini statali e travalicano talvolta anche i confini dell'ordinamento sovranazionale comunitario, il quale peraltro resta il principale propulsore dello smantellamento di posizioni privilegiate non giustificate da esigenze di interesse generale (come è il caso dei diritti speciali ed esclusivi) (7).

Questa riflessione si pone alla base di un cambio di paradigma, che ha conseguenze non solo culturali ma anche e soprattutto relazionali, riguardando una tipologia di organizzazione privata e collettiva per il bene comune che comporta una sempre maggiore rilevanza del principio di sussidiarietà ed una marcata responsabilizzazione delle persone, delle imprese e dei corpi intermedi.

(5) Si veda O.T. SCOZZAFAVA, M. BELLANTE, *Beni proprietà e diritti reali*, Torino, 2007, p. 50. «Non rientra tra i beni giuridici il *know how*, cioè quel complesso di informazioni tecniche o gestionali segrete che, assicurando vantaggi sul piano della produzione industriale o della commercializzazione, garantiscono una maggiore competitività in capo a chi la detiene».

(6) Così S. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, *ivi*, p. 295; R. DE NICTOLIS, L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, Collana diretta da F. CARINGELLA e G. DE MARZO, Milano, 2008, p. 2.

(7) Cfr. G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali*, Bologna, 2009.

Autorevole dottrina (8) sostiene che, dal punto di vista della filosofia del diritto e della teoria generale, il modello del partenariato pubblico-privato implica la soluzione di un problema formidabile; quello se l'essere umano (sia politico che cittadino) riesca ad agire al di là dei propri impulsi egoistici.

Impulsi egoistici che riportano, inevitabilmente, alla categoria dell'interesse, definibile come la spinta individuale a soddisfare un bisogno, non importa se materiale o spirituale (9).

Interesse che è stato sempre catalogabile mediante una dicotomia tra interesse pubblico e interesse privato. Dicotomia che dovrebbe essere completamente azzerata nel modello del partenariato, in modo tale che «ne deriverebbe che sia il privato che il pubblico dovrebbero abbandonare l'impulso egoistico, meccanico ed economico, come radice sociale del proprio interesse, ed abbracciare una visione di sé che comprenda anche l'altro soggetto, appunto il *partner*, proprio come avviene nei rapporti stabili di coppia, o di amicizia. Contro la possibilità di successo di questa formula milita l'intera esperienza storica, almeno a partire dalle civiltà e culture, di cui si è tramandata la memoria; a favore, la consapevolezza che il mondo è giunto al c.d. punto di non ritorno e che già appare una grande fortuna avere scongiurato l'ipotesi di una terza guerra mondiale» (10).

Analizzando l'istituto del PPP, si riscontra che gli elementi principali che lo caratterizzano sono:

a) la lunga durata del rapporto, che comporta una collaborazione tra i due *partner* sui vari aspetti del progetto da realizzare;

b) le modalità di finanziamento del progetto, garantito in tutto o in parte dal settore privato, anche se spesso, quote di finanziamento pubblico, anche notevoli, possono aggiungersi ai finanziamenti privati;

c) il ruolo strategico degli operatori economici, che partecipano a molte fasi del progetto;

d) la distribuzione dei rischi tra il *partner* pubblico e quello privato.

Il riparto dei rischi tra *partner* pubblico e privato si struttura in modo diverso nei vari casi, non implicando, tuttavia, che il *partner* privato si assuma necessariamente tutti i rischi legati all'operazione, o la parte più rilevante degli stessi.

Il *partner* pubblico si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere in termini di interesse pubblico, di qualità dei servizi offerti, di politica dei prezzi, e garantisce il controllo del rispetto di questi obiettivi.

La cooperazione può essere ricondotta a diverse tipologie che vanno dal-

(8) Cit. E. PICOZZA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, 2006, p. 198.

(9) Cfr. R. NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962.

(10) Cit. E. PICOZZA, *Op. cit.*, p. 199.

l'intervento pubblico tradizionale, in cui l'ente controlla direttamente le singole fasi del servizio, fino alla completa privatizzazione della proprietà e gestione dell'infrastruttura o del servizio prestato.

Comunque, in tutti i modelli di PPP l'ente pubblico mantiene:

- a) la definizione degli standard di servizio minimi;
- b) il controllo del raggiungimento di determinati livelli di efficienza gestionale e del soddisfacimento dei bisogni degli utenti;
- c) il controllo delle tariffe a livelli socialmente accettabili.

Nel corso dell'ultimo decennio, il fenomeno delle collaborazioni tra soggetti pubblici e privati si è sviluppato in ampi settori della sfera pubblica (11), ma si può comunque affermare che le infrastrutture e i servizi sono generalmente catalogabili mediante una tripartizione empirica che li distingue in opere c.d. "calde", "fredde" e "tiepide".

Sono chiamate "calde" le opere i cui costi d'investimento possono essere, nella loro quasi totalità, ammortizzati con i flussi di cassa, derivanti dalla gestione economica dell'infrastruttura stessa.

Le opere "fredde" sono, invece, quelle opere che di per sé non sono suscettibili di produrre ritorni diretti, nemmeno parziali, oppure quelle in cui la funzione sociale è assolutamente predominante (il che non consente l'applicazione di tariffe), o in cui il livello socialmente accettabile è talmente basso da non consentire di generare flussi di cassa in grado di permettere il rimborso dei fondi impiegati per realizzarle.

Tali opere, ovviamente, potranno essere realizzate soltanto ricorrendo alla finanza pubblica.

Da ultimo le opere "tiepide", per le quali, sebbene sia prospettabile una redditività futura, questa non è tale da poter coprire, in un tempo ragionevole, l'ammontare del costo di costruzione dell'opera. In questo caso è possibile ipotizzare un'iniziativa collaborativa con un soggetto privato che non può prescindere da un contributo finanziario pubblico, anche se limitato all'ammontare sufficiente a rendere economicamente conveniente l'intervento del capitale privato.

In linea di prima approssimazione, comunque, il PPP, attenua gli oneri di finanza pubblica (almeno nel breve periodo); consente lo sviluppo strutturale di medio-lungo periodo connesso alla realizzazione di programmi infrastrutturali (impatti economici su occupazione, PIL, servizi pubblici); favorisce la modernizzazione e l'innovazione delle infrastrutture e dei servizi, grazie alle esperienze del settore privato; ottiene maggiore efficienza attraverso la suddivisione dei rischi tra il settore pubblico e il settore privato (12).

(11) Si veda C. FRANCHINI, L. PAGANETTO (a cura di), *Stato ed economia all'inizio del XXI secolo, Riflessione in ricordo di Massimo Severo Giannini*, Bologna, 2002. In particolare S. CASSESE, *I rapporti tra Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2000, p. 11.

Proprio in periodi di forte crisi i PPP possono servire per realizzare progetti infrastrutturali, e dunque sostenere e rilanciare l'attività economica. In questo senso si è espressa la Commissione europea nelle due comunicazioni al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato delle Regioni e al Comitato economico e sociale europeo del 19 novembre 2009, n. 615, "*Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato*"(13) e del 21 settembre 2011, n. 572 "*Partenariati nella ricerca e nell'innovazione*".

L'evoluzione del mercato dei PPP nei Paesi dell'area euro, in un ordine temporale intercorrente dal 1990 al 2009, ha consentito di registrare più di 1300 contratti conclusi, per un importo di capitale superiore ai 250 miliardi di euro (14).

Sul versante nazionale, il mercato del PPP nel 2011 risulta in costante crescita. È quanto emerge in base agli ultimi dati disponibili dell'Osservatorio Regionale del partenariato pubblico privato del Lazio, un sistema informativo e di monitoraggio degli avvisi di gara e delle aggiudicazioni sull'intero panorama del PPP, promosso dalla Camera di Commercio di Roma e realizzato da Cresme Europa Servizi.

Rispetto alla committenza, il mercato del PPP nel 2011 risulta formato quasi esclusivamente dalla domanda dei Comuni.

Ad esempio nel Lazio, ai Comuni spetta il 79% del mercato del PPP regionale per numero di gare e il 91% del volume d'affari, con 69 gare per 233 milioni di euro. A livello nazionale il loro peso è dell'83% per numero e del 66% per importo. Il confronto con la domanda espressa dai Comuni nello stesso periodo del 2010 mostra una forte crescita: il numero di opportunità si presenta incrementato del 30% (si passa da 53 gare a 69) e il volume d'affari quasi raddoppiato (da 124 milioni a 233; più dell'88%) (15).

Tenendo in grande considerazione la necessità di una disciplina di bilancio molto più rigorosa rispetto al passato (resa indispensabile dalla presa di coscienza, sia in Italia che nel resto del mondo, della fine dell'impunità del debito sovrano), l'istituto ha, senza dubbio, il pregio di favorire la competi-

(12) Cfr. F. BASSANINI, *Finanziamento degli investimenti strategici, project financing e PPP dopo la crisi*, Intervento al meeting UTFP - EPEC, Roma, Presidenza del Consiglio, 15 dicembre 2009. «Gli strumenti necessari per indirizzare capitali privati verso il finanziamento di infrastrutture diventa del tutto centrale: per accelerare l'uscita dalla crisi, per promuovere la competitività dell'economia europea, per la costruzione di un modello di sviluppo sostenibile ed equilibrato. Alla luce dei vincoli strutturali dei bilanci pubblici di molti paesi industriali, nuove regole e nuovi strumenti finanziari capaci di attirare capitali privati rappresentano la strada obbligata per rispondere alla forte domanda di infrastrutture senza accollare alle finanze pubbliche (e alle generazioni future) oneri insostenibili».

(13) I testi delle comunicazioni sono disponibili agli indirizzi: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0615:FIN:IT:PDF>; <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0572:FIN:IT:PDF>.

(14) Lo studio è stato compiuto da European Investment Bank, *Public-Private Partnerships in Europe before and during the recent financial crisis, Economic and financial report*, luglio 2010.

(15) I dati sono estratti dal sito www.sioip-lazio.it, "Sintesi Gennaio-Agosto 2011".

zione sana e regolare delle imprese e la loro naturale propensione ad assumere ed investire in modo stabile sulle persone e sui progetti più meritevoli.

2. Il quadro normativo a livello di legislazione comunitaria: il Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni

La codificazione del partenariato pubblico-privato, a livello di legislazione comunitaria, risale al documento COM (2004) 327 def., approvato in data 30 aprile 2004, denominato “*Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*” con il quale, da un lato, vengono esaminate le linee guida del fenomeno e, dall’altro, si cerca di garantire il rispetto dei principi di concorrenza e parità di trattamento imposti dal Trattato e dalle direttive comunitarie in materia di appalti (16).

Il documento in particolare si sofferma ad “*illustrare la portata delle norme comunitarie applicabili alla fase di selezione del partner privato ed alla fase successiva, allo scopo di individuare eventuali incertezze e di valutare se il quadro comunitario è adeguato alle sfide ed alle caratteristiche specifiche del PPP*”.

Sebbene il PPP non venga definito a livello comunitario, il Libro Verde elaborato dalla Commissione Europea precisa che esso “*si riferisce in generale a forme di cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un’infrastruttura o la fornitura di un servizio*”.

Questa definizione viene resa all’*incipit* del già citato Libro Verde il quale prosegue esaminando dettagliatamente gli elementi caratterizzanti le operazioni di PPP (17).

(16) Per un approfondimento della tematica in esame si veda G. RIZZO, *La concessioni di servizi*, in *Diritto dell’economia*, collana diretta da EUGENIO PICOZZA e RAFFAELE LENER, Torino, in corso di pubblicazione (2012), p. 87: «Il Libro verde analizza i diversi fattori che hanno determinato lo sviluppo del fenomeno di PPP, tra questi assume particolare rilievo il mutato contesto storico che ha determinato il diffondersi di operazioni di PPP in molti settori prima di esclusiva competenza pubblica».

(17) Gli elementi in questione sono: “*La durata relativamente lunga della collaborazione, che implica una cooperazione tra il partner pubblico ed il partner privato in relazione a vari aspetti di un progetto da realizzare*”; “*La modalità di finanziamento del progetto, garantito da parte dal settore privato, talvolta tramite relazioni complesse tra diversi soggetti. Spesso, tuttavia, quote di finanziamento pubblico, a volte assai notevoli, possono aggiungersi ai finanziamenti privati*”; “*Il ruolo importante dell’operatore economico, che partecipa a varie fasi del progetto (progettazione, realizzazione, attuazione, finanziamento). Il partner pubblico si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere in termini d’interesse pubblico, di qualità dei servizi offerti, di politica dei prezzi, e garantisce il controllo del rispetto di questi obiettivi*”; “*La ripartizione dei rischi tra il partner pubblico ed il partner privato, sul quale sono trasferiti rischi di solito a carico del settore pubblico. I PPP non implicano tuttavia necessariamente che il partner privato si assuma tutti i rischi, o la parte più rilevante dei rischi legati all’operazione. La ripartizione precisa dei rischi si effettua caso per caso, in funzione della capacità delle parti in questione di valutare, controllare e gestire gli stessi*”.

La Commissione ha ritenuto di poter individuare due tipi di PPP, e precisamente il tipo “*puramente contrattuale*” e quello “*istituzionalizzato*”.

Il PPP di tipo “*puramente contrattuale*” è quello basato esclusivamente su legami contrattuali tra i vari soggetti. Esso definisce vari tipi di operazioni, nei quali uno o più compiti, più o meno ampi (tra cui la progettazione, il finanziamento, la realizzazione, il rinnovamento o lo sfruttamento di un lavoro o di un servizio), vengono affidati al *partner* privato. I modelli di partenariato di tipo puramente contrattuale più conosciuti sono l'appalto e la concessione.

Le definizioni dei due istituti sono contenute all'interno della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

Secondo l'art. 1, punto 2, lett. b, della direttiva in esame, “*gli appalti pubblici di lavori sono appalti pubblici aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato I o di un'opera, oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice*”.

L'art. 1, punto 3, della medesima direttiva contiene la definizione della concessione di lavori pubblici che “*è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo*”.

Già con la comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario del 29 aprile 2000 - (2000/C 121/02) - la Commissione indicava il diritto di gestione come elemento caratterizzante la figura concessoria rispetto all'appalto pubblico (18). Una caratteristica fondamentale delle concessioni è, infatti, che il concessionario ha il diritto di sfruttare la struttura o il servizio fornito in concessione, quale remunerazione per avere realizzato la struttura o prestato il servizio. La differenza principale rispetto agli appalti pubblici è che il concessionario, il quale di solito finanzia almeno una parte dei progetti, sopporta il rischio inerente alla gestione dell'opera realizzata.

Lo strumento del partenariato contrattuale costituisce una categoria negoziale che non rappresenta più la realizzazione di un'opera o di un lavoro da parte di privati con risorse esclusivamente pubbliche, ma un intervento di politica economica di cui è protagonista la pubblica amministrazione e con essa il mondo delle imprese.

I PPP di tipo “*istituzionalizzato*” sono, invece, quelli che implicano una cooperazione tra il settore pubblico e il settore privato in seno a un'entità di-

(18) Cit. M.V. FERRONI, *Le concessioni di pubblico servizio tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Corr. giur.*, n. 4/2001, p. 502 ss.

stinta; che implicano, cioè, la creazione di un'entità detenuta congiuntamente dal *partner* pubblico e dal *partner* privato, per assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio a favore del pubblico.

Il modello di partenariato di tipo istituzionalizzato più conosciuto è quello della società mista.

La collaborazione tra il *partner* pubblico ed il *partner* privato, nel quadro di un ente dotato di personalità giuridica propria, permette al primo soggetto di mantenere un adeguato livello di controllo sullo svolgimento delle operazioni, che può adattare nel tempo in funzione delle circostanze, attraverso la propria presenza nella partecipazione azionaria e in seno agli organi decisionali dell'impresa comune. Essa permette inoltre al *partner* pubblico di sviluppare un'esperienza propria riguardo alla fornitura del servizio in questione, pur ricorrendo al sostegno di un *partner* privato.

La dottrina ha sollevato notevoli perplessità in ordine al problema della scelta del socio privato per la costituzione di una società mista per l'affidamento di un servizio pubblico (19). Di certo è necessario «che il coinvolgimento del socio privato avvenga nell'ambito di procedure di evidenza pubblica, l'affidamento di un servizio ad una società mista può essere disposto in via diretta, analogamente a quanto ammesso per gli affidamenti c.d. *in house*» (20).

La circostanza che l'individuazione del socio privato debba avvenire mediante gara, non solo differenzia il fenomeno della società mista da quello dell'affidamento *in house* ma, soprattutto, sembra suggerire come, nel caso del PPP di tipo istituzionalizzato, non possa propriamente parlarsi di affidamento diretto del servizio, quale sarebbe invece quello caratterizzante l'*in house* (21).

In questo contesto pone un punto fermo la sentenza *Acoset* (22) che chia-

(19) Cfr. F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, p. 113 ss.; V. B. MAMELI, *La scelta del socio privato di minoranza nelle s.p.a. miste*, in *Urb. e app.*, 2000, p. 390; G. ACQUARONE, *La scelta del socio privato di minoranza nelle società miste di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Giur. it.*, 1998, p. 1257; ID., *Una pronuncia definitiva sulla scelta del contraente privato nella società mista*, in *Giur. it.*, 2000, p. 2046; R. GAROFOLI, *Modalità di scelta dei partners privati di una società a prevalente partecipazione pubblica locale*, in *Urb. e app.*, 1998, 172; A. GRAZIANO, *La scelta dei soci privati nelle società di capitale a maggioranza pubblica: il Consiglio di Stato colma un'apparente lacuna normativa*, in *Foro amm.*, 1998, p. 2098.

(20) Cit. M. A. SANDULLI, *Il Partenariato Pubblico-Privato: e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili della tutela*, Intervento all'incontro di studio organizzato dalla sezione italiana dell'IISA, 2005.

(21) Sul punto si veda anche il parere del Consiglio di Stato n. 456/07, par. 8.2.3.

(22) C. Giust., (Terza Sezione), 15 ottobre 2009, nella causa C-196/08, *Acoset S.p.A.* In questo caso la Corte ha dichiarato che: «*Gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori, come quello di cui trattasi nella causa principale, a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia se-*

risce la possibilità per un'amministrazione aggiudicatrice di effettuare contestualmente, tanto l'individuazione del socio privato, quanto l'affidamento del servizio alla società mista. L'approccio adottato dalla Corte è decisamente di natura sostanziale, in quanto consente di non cadere in rigidi e sterili formalismi, evitando ripercussioni sulla diffusione di un utile strumento di gestione come il Partenariato di tipo istituzionalizzato, il quale, attraverso una sinergia tra interesse pubblico e risultato commerciale, consente l'ottenimento del miglior risultato, contenendone i costi, nonché una ripartizione del rischio e della responsabilità tra pubblico e privato.

La Commissione precisa che la partecipazione dell'organismo aggiudicatore all'impresa mista non giustifica la mancata applicazione del diritto dei contratti e delle concessioni in occasione della selezione del *partner* privato (23).

L'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni non dipende infatti dal carattere pubblico, privato o misto del co-contraente dell'organismo aggiudicatore. Come ha confermato la Corte di Giustizia nella causa *Teckal*, "*tale diritto si applica quando un organismo aggiudicatore decide di affidare un compito ad un terzo, ovvero a una persona giuridicamente distinta. Una procedura diversa può essere applicata solo nell'ipotesi in cui, allo stesso tempo, l'organismo aggiudicatore eserciti sulla persona in oggetto un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e al contempo questa persona realizzi la parte più importante della sua attività con la/le collettività che la detengono*" (24).

Solo le entità che soddisfano entrambe queste condizioni possono essere assimilate a delle entità *in house* rispetto all'organismo aggiudicatore e vedersi affidare dei compiti al di fuori di una procedura concorrenziale.

Il Parlamento europeo, con la risoluzione del 18 maggio 2010 sui nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici (pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 31 maggio 2011, n. 161 C), evidenzia che, sia la Commissione (comunicazione del 5 febbraio 2008), che la Corte di Giustizia (sent. 15 ottobre 2009, C-196/08), hanno chiarito che, per l'aggiudicazione di appalti o per l'affidamento di determinati PPP di nuova costituzione (caso classico quello della S.p.A. mista), non è necessaria una duplice procedura di gara concorrenziale.

La risoluzione elenca le condizioni che consentono l'affidamento di una

lezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato CE per le concessioni".

(23) Cfr. F. ANGELI, *Concessioni di pubblici servizi: per i partenariati pubblico-privati istituzionalizzati una singola procedura nel rispetto dei principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, gennaio-marzo 2010, p. 19.

(24) Causa C-107/98, *Teckal*, sentenza del 18 novembre 1999.

concessione senza gara concorrenziale ad una società mista pubblico-privata costituita specificamente a tale scopo.

In primo luogo, occorre esperire una gara per la scelta del socio privato che garantisca una selezione trasparente, con la pubblicazione anticipata del contratto previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e amministrativi e delle caratteristiche dell'offerta, in considerazione dello specifico servizio da fornire.

In secondo luogo, è necessario che la società mista mantenga lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione; con la conseguenza che qualsiasi modifica sostanziale dell'oggetto sociale o del compito affidato fa scattare l'obbligo di indire una nuova procedura di gara concorrenziale (25).

Ad ogni modo, nella prospettiva europea, il PPP rappresenta un vero e proprio principio che condiziona l'intero assetto organizzativo e le azioni delle istituzioni europee e delle pubbliche amministrazioni che con esse si relazionano (26).

Le istituzioni comunitarie, infatti, sono intervenute con l'obiettivo di migliorare il quadro giuridico di riferimento, rilanciando e promuovendo tali strumenti con misure promozionali specifiche (fra le quali quella di aprire percorsi di cofinanziamento comunitario o canali privilegiati di accesso al credito) (27).

(25) Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo del 18 maggio 2010 sui nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici (2011/C 161 E/06). Al punto 15 il Parlamento "accoglie con favore il chiarimento giuridico delle condizioni a cui la normativa in materia di appalti si applica ai partenariati pubblico-privato istituzionalizzati, specialmente considerata la grande importanza che la Commissione, nella sua comunicazione del 19 novembre 2009, attribuisce a tali partenariati in relazione alla lotta al cambiamento climatico e alla promozione delle energie rinnovabili e dei trasporti sostenibili; ricorda che le direttive sugli appalti pubblici trovano sempre applicazione se affidataria è una società la cui proprietà è privata, anche se in misura molto ridotta; sottolinea tuttavia che sia la Commissione, nella sua comunicazione del 5 febbraio 2008, che la Corte di giustizia, nella sua sentenza del 15 ottobre 2009 nella causa C-196/08, hanno chiarito che per l'aggiudicazione di appalti o per l'affidamento di determinati compiti a partenariati pubblico-privato di nuova costituzione non è necessaria una duplice procedura di gara concorrenziale, ma che, affinché si possa assegnare una concessione senza gara concorrenziale a una società mista pubblico-privato costituita specificamente a tale scopo, devono essere soddisfatti tutti i seguenti criteri: - il socio privato dev'essere selezionato mediante una procedura trasparente, con pubblicazione anticipata del contratto previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e amministrativi e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione dello specifico servizio da fornire; - la società mista pubblico-privato deve mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione; qualsiasi modifica sostanziale dell'oggetto sociale o del compito affidato comporterebbe, secondo la Corte, l'obbligo di indire una nuova procedura di gara concorrenziale; considera pertanto chiarita la questione dell'applicazione della normativa sugli appalti ai partenariati pubblico-privato istituzionalizzati e invita la Commissione e gli Stati membri a emanare dichiarazioni in tal senso". Su questo argomento si confronti anche A. MASCOLINI, *Risoluzione del Parlamento Ue sui nuovi sviluppi in materia di appalti*, in *Italia Oggi*, 3 giugno 2011, p. 31.

(26) Sul partenariato come principio organizzativo del diritto europeo, cfr. M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2004, p. 290.

(27) Cfr. G. F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *www.giustamm.it*, 17 dicembre 2010, p. 6 ss.

3. Il PPP nelle legislazioni dei principali Stati europei (Regno Unito, Francia, Spagna, Germania)

L'importanza applicativa del partenariato ha fatto sì che esso sia un istituto giuridico ormai presente, seppur in varie forme, nei vari sistemi giuridici occidentali; ciò consente di applicare la metodologia dello studio comparativo per comprenderne appieno la genesi e l'evoluzione.

- Regno Unito

L'esperienza del Regno Unito, in ordine al coinvolgimento dei privati nella realizzazione delle opere pubbliche di maggiore complessità, allo scopo di ridurre i costi a carico del settore pubblico ed incrementare l'efficienza nella realizzazione delle infrastrutture, è di gran lunga la prima e la più rilevante in Europa.

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze britannico (HM TREASURY) fornisce una definizione dell'istituto di esemplare chiarezza: *“Public private partnerships (PPPs) are arrangements typified by joint working between the public and private sector. In the broadest sense, PPPs can cover all types of collaboration across the interface between the public and private sectors to deliver policies, services and infrastructure. Where delivery of public services involves private sector investment in infrastructure, the most common form of PPP is the Private Finance Initiative (PFI)”* (28).

La disciplina generale britannica degli appalti pubblici è contenuta essenzialmente nel documento denominato: *“The Public Contracts Regulations n° 5”*, elaborato il 9 gennaio 2006 ed entrato in vigore il 31 gennaio dello stesso anno.

In estrema sintesi, i caratteri salienti dell'attuale disciplina, possono essere individuati:

a) nell'impostazione più cooperativa che antagonistica del rapporto instaurato tra le parti contrattuali (*Public-private partnership describes a government service or private business venture which is funded and operated through a partnership of government and one or more private sector companies*);

b) nell'attenzione verso la valutazione dei costi all'interno dell'intero ciclo di realizzazione dell'opera (*Effective public procurement is essential for good public services and good government. The public sector in the UK spends well over £150 billion a year on the goods and services necessary to deliver public services. Government must apply the highest professional standards when it spends this money on behalf of taxpayers, to ensure it gets a good deal and to provide appropriate and necessary goods and services to the quality required to meet user needs*);

c) nella centralità assegnata al progetto (*The procurement process spans*

(28) Cit. «http://www.hm-treasury.gov.uk/ppp_index.htm».

a life cycle from identification of the need, through the selection of suppliers, to post-contract award management, including disposal);

d) nel grado elevato di standardizzazione dei documenti contrattuali e progettuali;

e) nella programmazione degli interventi, in ambito sia territoriale (mediante la creazione di centrali di committenza a livello di città metropolitane o di contea) sia temporale (mediante accordi quadro);

f) nel frequente ricorso, in determinati settori, a modelli integrati (*collaborative procurement*) che includono la fase progettuale, esecutiva e gestionale delle opere; nella prevalenza di procedure ristrette (sotto il profilo degli offerenti).

Le operazioni di *public procurement* (categoria generale che comprende, di norma, tanto l'acquisizione da parte di soggetti pubblici di beni e servizi forniti da terzi selezionati in base a procedure competitive, quanto il concorso dei privati alla realizzazione di più complesse opere pubbliche), devono, inoltre, essere conformi ad alcuni principi di sistema: l'efficienza della spesa pubblica (*value for money*), la sostenibilità socio-ambientale degli interventi (*sustainability*) e la disponibilità delle risorse finanziarie per realizzarli (*affordability*).

Una delle forme più diffuse di *Public-Private Partnership* è senza dubbio la *Private Finance Initiative* (PFI) (29), la quale risulta sprovvista di una disciplina organica a livello normativo primario.

Nella PFI il committente pubblico seleziona un contraente privato incaricato di realizzare l'opera e di occuparsi della sua manutenzione (almeno 25 anni), il quale viene remunerato attraverso pagamenti periodici effettuati, per tutta la durata del contratto, da soggetti terzi che si servono della infrastruttura, ovvero da una combinazione di entrambe le soluzioni (30).

Di recente tuttavia, a partire dal 2005/2006, il Governo inglese ha iniziato a promuovere anche tutta una serie di iniziative volte ad elaborare nuove forme di PPP da affiancare alla PFI, la quale, in molti casi, sembra non essere più idonea a soddisfare le esigenze, sempre più complesse, del settore pubblico (31). Nel documento "*Strengthening long-term partnerships*" (32) del Mini-

(29) Cfr. *The Private Finance Initiative, Research paper 01/117, House of Commons*, dicembre 2001; M. BURNETT, *PPP - A decision maker's guide, European Institute of Public Administration*, 2007.

(30) «*PFI is a procurement method where the private sector finances, builds and operates infrastructure and provides long term facilities management through long term concession agreements. These agreements transfer substantial risks to the private sector in return for payments over the concession life which is usually at least 25 years. Payment is only made if services are delivered according to the requirements of the concession agreement*».

(31) Si vedano i risultati dello studio BUILDING FLEXIBILITY *New Delivery Models for Public Infrastructure Projects* condotto da DELOITTE nel 2006 (disponibile sul sito: «http://www.deloitte.com/assets/Dcom-UnitedKingdom/Local%20Assets/Documents/UK_GPS_Building_flexibility.pdf»).

(32) HM TREASURY, PFI: "*Strengthening long-term partnerships*", 2006, disponibile sul sito: «http://www.hmtreasury.gov.uk/pfi_strengthening_long-term_partnerships.htm».

stero del Tesoro sono stati discussi modelli alternativi di PPP, inclusi i *NHS Local Improvement Finance Trusts* (LIFT) e il progetto BSF, *Building Schools for the Future* e si è evidenziata la necessità di elaborare nuovi approcci, come le *partnerships* strategiche e lo “*integrator approach*”, che possano essere sfruttati laddove la PFI risulti inadeguata (33).

Nel Regno Unito, il capitale pubblico investito in progetti di PPP rappresenta circa il 15% degli investimenti pubblici. Sino a dicembre 2010 il database di *Partnerships UK* include in tutto 920 progetti di PPP (che hanno già raggiunto la chiusura finanziaria) (34), per un totale complessivo di circa 64 miliardi di sterline (35).

- Francia

Per quanto concerne la disciplina francese, le norme sugli appalti pubblici sono contenute nel *Code des marchés publics*, modificato nel quadro del *Plan de relance pour l'économie*, con i decreti adottati tra il 17 e il 19 dicembre 2008 (*Décret* n° 2008-1334 e *Décret* n° 2008-1356, completati dalla *Circulaire* del 19 dicembre 2008).

Tra le nuove misure introdotte con la riforma del Codice degli appalti pubblici figurano, in particolare, le disposizioni riguardanti la semplificazione delle procedure, con un adattamento delle soglie e un alleggerimento delle formalità richieste, al fine di accelerare le commesse pubbliche e facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese.

Nel complesso l'economia del Codice degli appalti pubblici rimane la stessa, così come i suoi principi di base: libertà di accesso agli appalti, parità di trattamento dei partecipanti e trasparenza delle procedure.

In particolare il Governo francese ha deciso di ricorrere, nel campo delle infrastrutture e dei trasporti, a contratti di PPP che possono prendere due forme:

a) le concessioni di servizio pubblico (già utilizzate nel settore stradale), secondo cui un concessionario è incaricato di finanziare, concepire, costruire e sfruttare un'infrastruttura di trasporto e la sua remunerazione proviene dalla esazione di un pedaggio;

b) i contratti dove il *partenaire* ha gli stessi compiti di un concessionario (finanziamento, ideazione, costruzione e sfruttamento) ma la sua remunera-

(33) Per ulteriori approfondimenti sul tema si rinvia a G.C. FERONI, *Il partenariato pubblico-privato nelle esperienze del Regno Unito e della Germania: alcune indicazioni per le prospettive di sviluppo dell'istituto nell'ordinamento italiano*, Relazione tenuta al Convegno organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri il 26 novembre 2010.

(34) Il database di *Partnerships UK* è disponibile sul sito: <http://www.partnershipsuk.org.uk/PUK-Projects-Database.aspx>.

(35) HOUSE OF LORDS - SELECT COMMITTEE ON ECONOMIC AFFAIRS, *Private Finance Projects and Off-Balance Sheet Debt*, 2010, disponibile sul sito: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200910/ldselect/ldeconaf/63/63i.pdf>.

zione proviene da un canone versato da un'amministrazione pubblica (36).

Il testo base in cui è contenuta la disciplina del PPP è l'*Ordonnance* n. 2004-559 del 17 giugno 2004, ratificata dalla legge n. 2004-1343 del 9 dicembre 2004, che definisce, all'art. 1, il "*Contrat de partenariat*" (37).

In realtà, l'ordinamento francese aveva conosciuto già in passato una prassi contrattuale molto simile. Si tratta della c.d. "*marché d'entreprise de travaux publics*" (METP), un contratto a metà strada tra la concessione di opera o di servizio pubblico e il contratto di appalto.

L'analogia è evidente. L'amministrazione attribuiva il compito di costruire un'opera e di gestirla per un tempo determinato; in tal caso, però, la remunerazione per l'impresa non derivava dagli utenti finali bensì da canoni periodici posti in capo all'amministrazione affidante.

L'art. 2 dell'*Ordonnance* definisce l'ambito di applicazione, specificando che le amministrazioni possono ricorrere a tale tipologia di contratto in due casi: per progetti complessi, rispetto ai quali non siano in grado di definire gli aspetti tecnici, economici e giuridici, e in situazioni di urgenza (38).

In entrambe le fattispecie, l'art. 3 prescrive che il modello da seguire sia quello definito dalla direttiva comunitaria 2004/18/CE che impone il rispetto dei principi di libertà di accesso, parità di trattamento, trasparenza e oggettività (39), nonché procedure di pubblicità tra le varie offerte concorrenti (40).

L'ordinanza procede poi con l'elencazione delle clausole necessarie per

(36) Sul punto si veda D. LINOTTE, *Un cadre juridique désormais sécurisé pour les contrats de partenariat*, *AJDA*, n. 1 del 10 gennaio 2005.

(37) Testo originale: "*Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital. Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée*".

(38) Testo originale: "*Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que si, au regard de l'évaluation, il s'avère: 1° Que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet; 2° Ou bien que le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles que soient les causes de ce retard, ou de faire face à une situation imprévisible*".

(39) Cfr. A. LANGLAIS, *L'influence du droit communautaire sur la liberté contractuelle du décideur public dans le cadre du contrat de partenariat*, in *Revue du droit public*, 2006, n. 6, p. 1601.

(40) "*La passation d'un contrat de partenariat est soumise aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Elle est précédée d'une publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes dans des conditions prévues par décret*".

il contratto in questione, (“*un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives*”) inserite all’interno dell’art. 11, tra cui quelle sulla durata, sui corrispettivi, sulle condizioni con cui è ripartito il rischio tra il pubblico e il privato, sui controlli, sugli obiettivi, sulla remunerazione, ecc.

Ad ogni modo, la normativa francese definisce specificatamente le diverse forme di PPP in diversi testi: i contratti di partenariato sono ad esempio definiti nella “*Ordonnance n. 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat*”, così come modificata dalla Legge n. 2008-735 del 28 luglio 2008; le concessioni sono definite all’art. 3 della Legge n. 2001-1168 dell’11 dicembre 2001; definizioni del BEA (*bail emphytéotique administratif*) sono contenute nel Codice rurale (L. 451-1), nel Codice generale delle collettività territoriali (L. 1311-2) e nel Codice della sanità pubblica (L. 6148-2); infine l’*autorisation d’occupation temporaire du domaine public* (AOT) è definita nella L. 2122-6 e L. 2122-9 del *Code de la propriété des personnes publiques* (41).

• Spagna

La disciplina spagnola del Partenariato appare particolarmente minuta e particolareggiata, soprattutto se paragonata a quella italiana che, all’opposto, è composta esclusivamente da un comma (e per di più un comma *ter!*), lasciando ampi spazi all’opera creativa di giurisprudenza e operatori del settore delle opere pubbliche.

In Spagna, la norma fondamentale è la *Ley 30/2007* del 30 ottobre, sui *Contratos del Sector Público*, che all’art. 11 ha introdotto nell’ordinamento in questione i “*Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado*” (42), i quali hanno rappresentato una rilevante innovazione in ordine

(41) Tutti i testi richiamati sono reperibili sul sito: <http://www.legifrance.gouv.fr>.

(42) L’art. 11 stabilisce che: “*Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquéllos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones: La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión. La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas. La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado. Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado. 2. Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas. 3. El contratista colaborador de la Administración puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos. 4. La contraprestación a percibir por el contratista colaborador con-*

alla possibilità per la pubblica amministrazione di coinvolgere soggetti privati, per la realizzazione di opere infrastrutturali (43).

Lo strumento consente all'amministrazione di affidare ad un soggetto privato, per un periodo determinato in relazione all'ammortamento dell'investimento o del tipo di finanziamento ottenuto, la realizzazione di una missione globale e integrata che, oltre al finanziamento degli investimenti, comprende un'attività costituita alternativamente: a) dalla costruzione di un'opera; b) dalla gestione dell'opera; c) dalla produzione di beni o prestazione di servizi che incorporino la tecnologia con il proposito di apportare soluzioni più avanzate o più vantaggiose; d) da altri servizi legati allo sviluppo per l'amministrazione del servizio pubblico o per fini di interesse generale.

Il contraente privato può, inoltre, realizzare totalmente o parzialmente il progetto per l'esecuzione (comma 3); la controprestazione in favore del privato è rappresentata da un prezzo che verrà corrisposto durante la durata del contratto e potrà essere vincolato al compimento di determinati obiettivi di rendimento (comma 4).

Per quanto concerne le motivazioni che potrebbero muovere la pubblica amministrazione a scegliere questa modalità contrattuale, rileva l'art. 118 della legge sui contratti pubblici (44), che sottopone l'utilizzo dell'istituto in esame a condizioni decisamente stringenti ed implica, per l'amministrazione, tutta una serie di oneri documentali accessori e prodromici all'esperimento della gara.

Sarà pertanto necessario che l'amministrazione elabori un apposito documento di valutazione, c.d. "*documento de evaluacion*", da cui risulti la com-

sistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento".

(43) La dottrina spagnola maggioritaria si è espressa favorevolmente all'adozione di questi schemi di collaborazione. A tal proposito si veda S. DEL SAZ, *La nueva ley de contratos del sector público*, in *Revista de administración pública*, vol. 174, 2007, p. 337; C. CHINCHILLA, *El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*, in *Revista española de derecho administrativo*, n. 132, 2006, p. 611; E. GARCIA DE ENTERRIA e T.R. FERNANDEZ, *Curso de derecho administrativo*, Navarra, 2008, p. 742.

(44) Testo originale art. 118: "*1. Con carácter previo a la iniciación de un expediente de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, la Administración contratante deberá elaborar un documento de evaluación en que se ponga de manifiesto que, habida cuenta de la complejidad del contrato, la Administración no está en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato, y se efectúe un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación. 2. La evaluación a que se refiere el apartado anterior podrá realizarse de forma sucinta si concurren razones de urgencia no imputables a la Administración contratante que aconsejen utilizar el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado para atender las necesidades públicas. 3. La evaluación será realizada por un órgano colegiado donde se integren expertos con cualificación suficiente en la materia sobre la que verse el contrato*".

piessità del contratto, l'impossibilità di definire prima della procedura di valutazione i mezzi tecnici necessari per realizzare gli obiettivi e di individuare gli strumenti giuridici o finanziari idonei.

Un altro aspetto particolarmente interessante è costituito dal fatto che il contratto può essere concluso solo qualora si constati l'inadeguatezza delle altre modalità contrattuali in grado di soddisfare le necessità pubbliche (applicazione a carattere sussidiario e residuale).

Il modello contrattuale in questione rappresenta sostanzialmente una modalità aperta, finalizzata alla realizzazione di un bisogno della pubblica amministrazione, qualora la complessità dell'oggetto sia tale da non consentire all'amministrazione stessa di identificare autonomamente e previamente lo strumento necessario per la realizzazione.

La disciplina applicabile, di conseguenza, non è prestabilita aprioristicamente (si tratta di una fattispecie «senza oggetto tipico proprio»⁽⁴⁵⁾), ma si specifica per così dire in corso d'opera.

- Germania

In Germania, lo sviluppo del PPP (*Öffentlich-Private Partnerschaft, ÖPP*) è stato piuttosto tardivo, rispetto a quello verificatosi in Gran Bretagna. È solo dal 2004 che questo settore ha conosciuto un impulso notevole e crescente (46).

I regolamenti sugli appalti sono così suddivisi: *Verdingungsordnung für Leistungen* (VOL – per i servizi e le forniture, che a sua volta si suddivide nella fase di aggiudicazione, la fase dell'esecuzione e quella per le prescrizioni tecniche generali); *Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen* (VOB – per le opere); *Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen* (VOF).

In Germania manca una disciplina organica del PPP (47). La legge di riferimento in materia, c.d. "*ÖPP-Beschleunigungsgesetz*", entrata in vigore il 7 settembre 2005, non ha dettato una disciplina specifica del *Project Financing* e del PPP, ma si è limitata a modificare il quadro normativo previgente introducendo una serie di elementi di semplificazione e maggiore flessibilità (tra cui l'introduzione dell'istituto del dialogo competitivo), volti a favorire e promuovere la realizzazione di opere infrastrutturali.

(45) Cit. M. CARLÓN RUIZ, *El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*, in *Revista española de derecho administrativo*, vol. 140, 2008, p. 661. Sul tema si veda anche A.J. DIAZ, *Técnicas contractuales de colaboración público privada: el contrato de colaboración público-privada en la nueva Ley de contratos del sector público*, Madrid, 2009.

(46) Cfr. DEUTSCHES INSTITUT FÜR URBANISTIK, *Public Private Partnership Projekte – Eine aktuelle Bestandaufnahme in Bund, Ländern und Kommunen*, Berlino, 2005, 8. Secondo questo studio il numero di PPP nel 2004/2005 risulta raddoppiato rispetto a quello degli anni precedenti.

(47) Sul punto si veda G. HERMES e J. MICHEL, *Il project financing come modello di collaborazione pubblico-privato per la realizzazione di opere pubbliche e di pubblica utilità in Germania*, in *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2006, p. 1819 ss.

Il *Projektfinanzierung*, pertanto, è regolato prevalentemente dalle disposizioni generali in materia di appalti pubblici e dalle relative normative di settore, per quanto attiene gli aspetti urbanistici, edilizi e ambientali del progetto da realizzare (48).

Per quanto riguarda il profilo più strettamente contrattuale, la prassi tedesca conosce diversi modelli contrattuali, utilizzati secondo le esigenze in concreto da soddisfare. Tra questi il più importante è il c.d. “*Betreibermodell*” o DBOT (*Design, Build, Operate, Transfer*) di matrice anglossassone.

Tale modello è riconducibile alla concessione di lavori pubblici, in cui al concessionario sono affidati la progettazione (*design*), la costruzione (*build*) e la gestione (*operate*) dell’opera, con l’obbligo di trasferirla in proprietà all’amministrazione concedente al termine della concessione (*transfer*).

Nel 2004, il Governo federale ha deciso di dare ulteriore impulso ai progetti di Partenariato tramite la creazione della “*PPP Task Force*”, appartenente al Ministero per i trasporti, le costruzioni e l’urbanistica, con il compito di definire strategie, standardizzare i modelli, guidare progetti pilota, fissare parametri unitari sotto il profilo dell’utilità economica.

Il lavoro di questi organismi ha condotto alla approvazione della “*Legge per accelerare la realizzazione di partenariati pubblico-privati e migliorare il quadro normativo relativo al partenariato pubblico-privato*” (*ÖPP-Beschleunigungsgesetz*, abbr. *ÖPP-BeschlG*) entrata in vigore l’8 settembre 2005.

Il circolo virtuoso ha fatto sì che analoghi provvedimenti siano stati presi in molti *Länder*, dove sono stati creati centri di competenza volti a supportare la realizzazione e la diffusione di progetti di PPP locale.

Particolarmente attiva è ad esempio la “*PPP Task Force*” del *Land Nordrhein-Westfalen* che è anche il *Land* con il maggior numero di progetti di Partenariato in fase di realizzazione (49).

Il quadro normativo di riferimento per i PPP in Germania a livello federale si ricava da una serie di prescrizioni normative che riguardano vari ambiti della gestione amministrativa quali il diritto sugli appalti in applicazione della normativa comunitaria (50), l’ordinamento del bilancio, il diritto tributario, la

(48) Cfr. B.G. BREMER, *Public Private Partnership - Ein Praxislexikon*, Monaco, 2005.

(49) I *Länder* con maggior diffusione di PPP, sia a livello regionale che comunale, sono il *NRW* e il *Niedersachsen* (seguono l’*Assia*, il *Rheinland-Pfalz*, il *Baden-Württemberg* e la *Baviera*). A livello federale, i progetti di PPP, in corso o solo pianificati, interessano soprattutto l’ambito della costruzione di edifici pubblici, quello delle infrastrutture per la difesa e quello delle infrastrutture dei trasporti per le autostrade e le strade di competenza federale. *Erfahrungsbericht 2007*, 11. I dati risultano immutati al 2010, cfr. *Öffentlich-Private Partnerschaften in Deutschland 2010*, 5.

(50) In particolare rilevano la Legge contro le restrizioni alla concorrenza (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* del 26 agosto 1998, ultimo emendamento 22 dicembre 2010), il Decreto sull’aggiudicazione di appalti pubblici (*Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge* del 9 gennaio 2001, ultimo emendamento 7 giugno 2010); il Decreto sui contratti e le procedure di aggiudicazione di appalti di lavori (*Vertrags- und Vergabeordnung für Bauleistungen* del 20 marzo 2006, novellato il 31 luglio

normativa sui prezzi, ma anche ad esempio il diritto degli aiuti e quello degli investimenti.

A completare l'inquadramento normativo vanno poi i diversi ordinamenti comunali dei *Länder* (*Gemeindeordnungen*), che contengono spesso specifiche disposizioni di grande rilevanza per talune forme di Partenariato. Non stupisce dunque che l'unica legge federale che disciplina specificatamente il PPP, ovvero la “*Legge per accelerare la realizzazione di partenariati pubblico-privati e migliorare il quadro giuridico generale per l'ambito dei PPP*” (*Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Privaten Partnerschaften*, abbr. *ÖPP-BeschlG*) del 1 settembre 2005, è costituita solo da una serie di emendamenti della normativa previgente in diverse materie (appalti, bilancio, tributi, investimenti etc.).

L'art. 7 dell'ordinamento federale del bilancio vincola la pubblica amministrazione ai due principi della “economicità” (*Wirtschaftlichkeit*) e del “risparmio” (*Sparsamkeit*), ovvero a gestire le proprie risorse in modo tale da adempiere alle proprie funzioni con il minor impiego di fondi pubblici raggiungendo allo stesso tempo, dato un certo impiego di fondi, il miglior risultato di prestazione. Secondo tale principio, la pubblica amministrazione, nell'adempimento delle funzioni pubbliche, può optare per una forma di PPP solo se in questo modo la funzione può essere svolta nel modo più economico e con maggiori risparmi per le casse pubbliche rispetto al tradizionale approvvigionamento.

I principi della economicità e del risparmio (così la giurisprudenza della Corte di giustizia federale), devono essere rispettati per tutto l'arco di vita del progetto da realizzare. La modifica introdotta dall'*ÖPP-BeschlG* stabilisce che, nella valutazione dell'economicità dei progetti da realizzare, si deve tener conto anche della ripartizione dei rischi.

Questo aspetto è particolarmente importante poiché, nel confronto tra un progetto PPP e un finanziamento convenzionale, non si può non tener conto del fatto che nel caso del PPP l'investitore privato si fa carico dei rischi di gestione per tutto il ciclo del progetto (rischi che ovviamente vanno ad incidere sui costi). Se non venisse considerata la ripartizione del rischio, il progetto PPP risulterebbe necessariamente meno economico delle modalità di finanziamento convenzionali e quindi la pubblica amministrazione sarebbe “obbli-

del 2009); il Regolamento relativo all'aggiudicazione di appalti di servizi (*Verdingungsordnung für Leistungen* del 6 aprile 2006, novellato il 20 luglio 2009). Ne sono esclusi sostanzialmente, oltre agli appalti sotto soglia, che però nel caso di PPP sono decisamente rari, solo i casi delle “concessioni di servizi” cui, ai sensi dell'art. 17 della direttiva 2004/18/EG, non si applicano le direttive sugli appalti e per cui valgono tuttavia i vincoli della trasparenza e della parità di trattamento imposti dal Trattato. Cfr. sul punto J. BYOK - G. BORMANN, *Aktuelle Rechtsfragen zu der öffentlichen Auftragsvergabe in der Entsorgungswirtschaft*, in *NVwZ*, 2008, p. 842 ss.

gata” ad optare sempre per l’approvvigionamento convenzionale (51).

L’attenzione rivolta dall’Unione europea ai contratti pubblici, ed in particolare al fenomeno delle collaborazioni tra soggetti pubblici e privati, si giustifica con il fatto che essi costituiscono un rilevante mercato, per il cui sviluppo sono necessarie regole uniformi e trasparenti, nel rispetto dei principi posti dai Trattati comunitari e fuori dalle “ombre” delle normative nazionali.

Sotto la spinta innovatrice del diritto comunitario si affievoliscono i modelli che vedevano contrapposti autorità e libertà, e rinvigoriscono i moduli consensuali per cui la partecipazione della società civile al soddisfacimento delle necessità pubbliche e collettive, tramite il rafforzamento del principio di sussidiarietà ed in omaggio al principio di solidarietà, diviene un passo obbligato verso un orizzonte comune.

Dall’esperienza comparata, infatti, nel momento in cui sta per avviarsi il lungo negoziato intergovernativo per la definizione del nuovo quadro finanziario europeo (2013-2017), si delinea il rischio di una insuperabile *impasse*, tra la necessità di reperire risorse per finanziare i grandi progetti infrastrutturali europei e l’impossibilità di chiedere agli Stati membri maggiori trasferimenti dai loro bilanci già appesantiti dalla crisi.

4. La normativa nazionale introdotta dal Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163)

A livello nazionale, il partenariato pubblico-privato è previsto nel Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163) e s.m.i. che costituisce diretta attuazione delle direttive comunitarie n. 17 e n. 18 del 2004 nell’ordinamento giuridico italiano (52).

L’art. 3, comma 15 *ter* del Codice, introdotto nell’ordinamento italiano con il D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152, terzo decreto “correttivo” dispone: *“Ai fini del presente codice, i contratti di partenariato pubblico privato sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un’opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di par-*

(51) Cfr. G.C. FERONI, *Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti*, Torino, 2011.

(52) Sul tema cfr. A. CANCRINI, *La disciplina dei contratti e le modalità di adempimento*, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, (a cura di) C. FRANCHINI, *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, Torino, 2007, pp. 419-579; F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011; A. CANCRINI, P. PISELLI, V. CAPUZZA, *La nuova legge degli appalti pubblici. Commentario al codice dei contratti pubblici*, Roma, 2008; A. CARULLO, G. IUDICA, ed AA.VV., *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2009; M. CLARICH, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010.

tenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste" (53).

La definizione legislativa non è esente da critica laddove delinea una fattispecie ampia e include nel concetto "*contratto di partenariato pubblico privato*" ipotesi diverse l'una dall'altra, accomunate dalla caratteristica di avere per oggetto una o più tra le prestazioni di progettazione, costruzione, gestione e manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio.

La definizione del Codice «sembra in linea con quanto affermato da parte della dottrina secondo la quale il PPP consiste non in una mera operazione economica, ma una vera e propria nuova categoria negoziale alternativa all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche» (54).

In realtà il legislatore italiano ha messo in atto un'operazione piuttosto singolare con la novella dell'art. 3 del Codice dei contratti pubblici: infatti, da un lato ha recepito quelle che sono state identificate come le più note caratteristiche dei PPP, dall'altro, ha fornito "*a titolo esemplificativo*" un elenco di fattispecie, contrattuali e non, che fanno parte di questa nuova tipologia di rapporti tra il settore pubblico e il settore privato.

Appare curioso anche il fatto che nei successivi 255 articoli del Codice, il legislatore abbia deciso di non codificare nel dettaglio la fattispecie, non facendo altri riferimenti, salvo che negli artt. 159, comma 2-*bis* (55) e 160, comma 1 (56).

Tra l'altro sotto la denominazione PPP vengono accomunati diversi istituti, riferibili al mondo della contrattualistica pubblica, molto diversi tra loro e con discipline specifiche che si presentano completamente sconnesse dalla definizione contenuta nella nuova norma.

Il contratto diviene, in questo modo, uno strumento di tipo flessibile e a

(53) Prosegue la disposizione normativa affermando: "*Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'art. 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat*".

(54) In tal senso R. DIPACE, *I contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, in *giustamm.it e ID.*, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006.

(55) Il comma 2-*bis* dell'art. 159 (*Subentro*) recita: "*Il presente articolo si applica alle società di progetto costituite per qualsiasi contratto di partenariato pubblico privato di cui all'art. 3, comma 15-ter*".

(56) Il comma 1 dell'art. 160 (*Privilegio sui crediti*) prescrive: "*I crediti dei soggetti che finanziano la realizzazione di lavori pubblici, di opere di interesse pubblico o la gestione di pubblici servizi hanno privilegio generale, ai sensi degli articoli 2745 e seguenti del codice civile, sui beni mobili del concessionario e delle società di progetto che siano concessionarie o affidatarie di contratto di partenariato pubblico privato o contraenti generali ai sensi dell'art. 176*".

struttura variabile, connotato da una funzione tipica, e cioè l'essere strumentale alla "progettazione, costruzione, gestione o manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure alla fornitura di un servizio", attraverso una partecipazione totale o parziale dei privati dal punto di vista finanziario.

Un aspetto rilevante dei PPP, che la norma introdotta dal terzo decreto "correttivo" del Codice dei contratti pubblici non ha tralasciato, è proprio l'obbligo incombente sul *partner* privato di provvedere al finanziamento totale o parziale dell'intervento.

È questo il punto che ha consentito il proliferare di schemi di collaborazione tra il settore privato e le pubbliche amministrazioni: i PPP, infatti, sarebbero in grado di attrarre e reperire fonti di finanziamento al di fuori del bilancio dello Stato (c.d. risorse "off balance sheet"), in modo che gli interventi pubblici posti in essere, mediante l'utilizzo di questo schema contrattuale, non vengano ad incidere sull'equilibrio dei conti dello Stato.

Per quanto concerne "i contenuti delle decisioni Eurostat" occorre chiarire che il Libro Verde sui PPP indica che, in conformità alle decisioni Eurostat (in particolare quella dell'11 febbraio 2004 sul trattamento contabile di queste operazioni), gli *asset* derivanti da operazioni di PPP devono essere contabilizzati come attivi non pubblici e, di conseguenza, le risorse necessarie a porli in essere non devono essere registrate nel bilancio delle pubbliche amministrazioni, qualora si presentino le due seguenti condizioni: a) il *partner* privato assuma il rischio di costruzione; b) il *partner* privato si accoli almeno uno dei rischi legati alla disponibilità dell'*asset* o alla domanda che utenti terzi possano realizzare.

Ad ogni modo, le incertezze che provengono dalla disposizione dell'art. 15-ter sembrano deporre a favore di una rappresentazione giuridica del PPP in cui il soggetto pubblico e il *partner* privato convivono in una relazione di sostanziale parità ed equivalenza.

«Si tratta, tuttavia, di una concezione erronea. I rapporti di PPP, infatti, postulano pur sempre non una confluenza, bensì una delimitazione di compiti e di responsabilità tra le parti contraenti, per cui il regime dell'attività svolta dal soggetto pubblico resta necessariamente riferibile ai caratteri ed alla disciplina dell'attività amministrativa, con tutti i principi tipici da cui è connotato, incluso quello di libera concorrenza, laddove la disciplina dell'attività svolta dal contraente privato segue lo statuto proprio dell'impresa.

Ciò sta a significare che, quale che sia la formulazione prescelta e la fase del rapporto interessata, fino a che il rapporto contrattuale resta in vita, alla pubblica amministrazione spetta il perseguimento dell'interesse pubblico ed al soggetto privato la corretta gestione dell'opera e del servizio» (57).

(57) Cit. G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *Urbanistica e Appalti*, 8, 2011.

È in questa sede che i principi dettati dalla Costituzione (solidarietà, *ex art. 2 e 3, comma 2*, e sussidiarietà orizzontale, *ex art. 118 u.c.*) manifestano la loro più profonda rilevanza.

A tal proposito si è sostenuto come i PPP possono esprimere tutta la loro importanza solo se «... sia il potere pubblico che il soggetto privato [perseguono] un interesse comune e non semplicemente di astenersi dall'abuso di diritto o del perseguimento del proprio interesse. Come si può agevolmente notare, si tratterebbe di una vera e propria rivoluzione copernicana, che impinge direttamente sul fenomeno della sussidiarietà orizzontale. In tal caso, infatti, la sussidiarietà comporterebbe una obiettiva restrizione al campo di azione dei pubblici poteri, dal momento che la società civile - sapendo rinunciare agli eccessi del perseguimento del proprio interesse egoistico - avrebbe tutta la capacità di realizzare il pubblico interesse insieme al proprio. Tale visione solidaristica come è noto ha appassionato la filosofia politica sin dai tempi di Bacone, Hobbes, Locke, Hume ed altri ingegni» (58).

Concludendo, dal momento dell'avvio del partenariato in cui incide il principio di sussidiarietà orizzontale nella decisione di affidare agli attori del mercato l'espletamento di compiti di interesse pubblico, al momento in cui si deve attuare la distribuzione dei rischi inerenti allo svolgimento dell'operazione, in cui inciderà il principio solidaristico *ex art. 2 Cost.*, il partenariato è una fattispecie ricca di risvolti dogmatici che incidono sul modo di intendere il rapporto tra la sfera pubblica e quella privata.

Resta quindi da comprendere quale combinazione di organizzazione sociale pubblica e privata sia di volta in volta preferibile, tenendo anche in considerazione che ciò dipende da una serie di caratteristiche variabili nel tempo. Le leggi che governano gli equilibri, infatti, raramente sono unici e di sicuro non simili alla meccanica celeste di Keplero, immutabile e gelida nella sua staticità.

Tuttavia, come sembra indicare il Libro Verde sul partenariato, proprio la collaborazione sostanziale tra pubblico e privato, è l'unica soluzione per vincere le sfide della globalizzazione e dotare il Paese delle opere ed infrastrutture necessarie per modernizzarlo.

In questo senso l'impiego, opportunamente incentivato, di capitali privati, mediante schemi di PPP, appare l'unica via di uscita, la sola strada al momento praticabile.

(58) Cit. E. PICOZZA, *Op. cit.*, p. 120.

I GIUDIZI IN CORSO ALLA CORTE DI GIUSTIZIA UE

Osservazioni del Governo della Repubblica italiana (avv. Stato Marina Russo, AL 43477/10) in cause riunite C-411/10 e C-493/10 (*). Materia: Principi, obiettivi e missioni dei Trattati; Diritti dell'uomo; Visti, asilo.

Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) il 18 agosto 2010. NS/Secretary of State for the Home Department (causa C-411/10). Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla High Court/Irlanda il 15 ottobre 2010. M. E e altri/The Refugee Applications Commissioner e The Minister for Justice and Law Reform (causa C-493/10).

I GIUDIZI A QUIBUS

A. Il giudizio *a quo* che ha originato la causa n. C-411/10 ha ad oggetto la richiesta d'asilo presentata alle competenti autorità del Regno Unito da parte di un cittadino afgano, che aveva già varcato illegalmente la frontiera entrando nel territorio della Grecia;

B. Le autorità del Regno Unito - ritenendo che la Grecia fosse lo Stato membro competente a conoscere della domanda d'asilo a mente del Regolamento del Consiglio n. 343/2003/CE (d'ora in avanti, il "Regolamento"), che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo - hanno avviato il procedimento mediante l'invio alla Grecia della domanda di cui all'art. 17 n. 1 del Regolamento stesso;

C. Essendo scaduto il termine di cui all'art. 18 n. 1 del Regolamento senza che dalla Grecia pervenisse risposta, le autorità del Regno Unito hanno inteso che la Grecia avesse accettato la richiesta, assumendosi il conseguente obbligo di prendere in carico il richiedente asilo;

D. Senonché, il richiedente ha attivato il giudizio *a quo*, contestando la competenza della Grecia a conoscere della sua domanda di asilo, e sostenendo che quest'ultima dovesse - a mente dell'art. 3 n. 2 del Regolamento - essere trasferita nel Regno Unito;

E. La ragione della pretesa di cui al precedente punto viene identificata dal richiedente asilo nel fatto che la prassi seguita dalla Grecia in materia di diritto d'asilo non garantirebbe il rispetto dei diritti fondamentali ai sensi del diritto dell'Unione Europea e della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: secondo il richiedente asilo,

(*) *In corso di pubblicazione la causa è stata definita con sentenza della Corte (grande sezione) del 21 dicembre 2011.*

infatti, in presenza di una simile situazione dello Stato che sarebbe competente ai sensi del Capitolo III del Regolamento, dovrebbe necessariamente trovare applicazione la cosiddetta “*clausola di sovranità*” di cui all’art. 3 n. 2 del Regolamento;

F. Il giudizio *a quo* che ha originato la causa C-493/10 ha ad oggetto cinque casi pendenti innanzi alla High Court irlandese, in tutto simili a quelli di cui al giudizio *a quo* della causa C-411/10. Si tratta, infatti, di soggetti che - una volta entrati in Grecia - sono poi arrivati in Irlanda ed hanno qui chiesto asilo, pretendendo l’applicazione della clausola di sovranità ex art. 3 n. 2 del Regolamento, in ragione dell’inadeguatezza delle procedure e delle condizioni vigenti in Grecia per i richiedenti asilo.

I QUESITI

Il giudice *a quo*, della causa C-411/10 a mente dell’art. 267 TFUE, ha sottoposto alla Corte i seguenti quesiti:

1. “Se la decisione adottata da uno Stato membro ai sensi dell’art. 3 n. 2 del regolamento del Consiglio 343/2003 (in prosieguo: il “regolamento”) di esaminare una domanda di asilo anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel capitolo III del regolamento, rientri nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione europea ai fini dell’art. 6 del Trattato sull’Unione Europea e/o dell’art. 51 della Carta fondamentale dei diritti dell’Unione Europea (in prosieguo: “la Carta”);”

2. “Se l’obbligo di uno Stato membro di osservare i diritti fondamentali dell’Unione Europea (inclusi i diritti stabiliti dagli artt. 1, 4, 18, 19 n. 2 e 47 della Carta) sia assolto allorché tale Stato invii il richiedente asilo nello Stato membro che l’art. 3 n. 1 designa come lo Stato responsabile conformemente ai criteri stabiliti al capitolo III del regolamento (in prosieguo: lo “Stato responsabile”), indipendentemente dalla situazione nel medesimo Stato responsabile”;

3. “In particolare, se l’obbligo di rispettare i diritti fondamentali dell’Unione osti all’operatività di una presunzione definitiva nel senso che lo stato responsabile osserverà i) i diritti fondamentali del ricorrente ai sensi del diritto dell’Unione; e/o ii) le norme minime imposte dalle Direttive 2003/9/CE (“direttiva Accoglienza”), 2004/83/CE (“direttiva Qualifica”) e/o 2005/85/CE (“direttiva Procedure”) (cumulativamente citate come “le direttive”);”

4. “In subordine se uno Stato membro sia obbligato dal diritto dell’Unione e, in caso di soluzione affermativa in quali circostanze, ad esercitare la facoltà prevista dall’art. 3 n. 2 del regolamento assumendo la competenza per l’esame di una domanda di asilo allorché il trasferimento allo Stato responsabile esporrebbe il richiedente asilo ad un rischio di violazione dei suoi diritti fondamentali, in particolare dei diritti stabiliti agli artt. 1, 4, 18, 19 n. 2 e 47 della Carta e/o al rischio che non gli siano applicate le norme minime stabilite nelle direttive”;

5. “Se l’ambito di applicazione della protezione, attribuita ad una persona alla quale è applicabile il regolamento, dai principi generali del diritto dell’Unione e, in particolare, dai diritti stabiliti agli artt. 1, 18 e 47 della Carta sia più ampia della protezione attribuita dall’art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (in prosieguo la “Convenzione”);

6. “Se sia compatibile con i diritti stabiliti dall’art. 47 della Carta che una disposizione di diritto nazionale imponga ad un giudice, al fine di determinare se una persona possa essere legalmente espulsa verso un altro Stato membro in conformità del regolamento, di considerare codesto Stato membro come uno Stato dal quale la persona non sarà inviata in un altro Stato membro in violazione dei suoi diritti a norma della Convenzione del 1951 e del Protocollo del 1967 relativi allo Statuto dei rifugiati”;

7. “Nella misura in cui le precedenti questioni siano poste riguardo agli obblighi del Regno Unito, se le soluzioni delle questioni 2-6 debbano comunque tener conto del Protocollo (n. 30) sull’applicazione della Carta alla Polonia ed al Regno Unito”;

Il giudice *a quo* della causa C-493/10, a sua volta, ha formulato i seguenti quesiti:

1. “Se lo Stato membro che provvede al trasferimento ai sensi del regolamento del Consiglio n. 343/2003 sia tenuto ad accertare il rispetto da parte dello Stato ricevente dell’art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, delle direttive del Consiglio 2003/9/CE. E 2005/85 CE, nonché del regolamento del Consiglio (CE) n. 343/2003”;

2. “In caso di soluzione affermativa, ove lo Stato membro ricevente risulti non attenersi a una o più di tali disposizioni, se lo Stato membro che provvede al trasferimento sia obbligato ad accettare la competenza ad esaminare la domanda di cui all’art. 3, n. 2 del regolamento del Consiglio (CE) n. 343/2003”.

IL CONTESTO NORMATIVO

Ai fini della soluzione dei quesiti di cui ai precedenti punti da 1 a 7 hanno diretta rilevanza le seguenti norme:

• Regolamento del Consiglio n. 343/2003/CE:

- Considerando n. 2: “*Il Consiglio europeo, nella riunione straordinaria di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, ha deciso di lavorare all'istituzione di un regime europeo comune in materia di asilo basato sull'applicazione, in ogni sua componente, della convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati del 28 luglio 1951, integrata dal protocollo di New York del 31 gennaio 1967, e di garantire in tal modo che nessuno sia rinviato in un paese nel quale rischia di essere nuovamente esposto alla persecuzione, in ottemperanza al principio di non respingimento. Sotto tale pro-*

- filo, e senza pregiudizio dei criteri di competenza definiti nel presente regolamento, gli Stati membri, tutti rispettosi del principio di non respingimento, sono considerati Stati sicuri per i cittadini di paesi terzi”;*
- Considerando n. 15: *“Il presente regolamento rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi che sono riconosciuti, segnatamente, dalla Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione Europea. In particolare, il presente regolamento intende assicurare il pieno rispetto del diritto d’asilo garantito dall’art. 18”;*
 - Art. 3 n. 1 e 2: *“1.- Gli Stati membri esaminano la domanda di asilo di un cittadino di un paese terzo presentata alla frontiera o nel rispettivo territorio. Una domanda d’asilo è esaminata da un solo Stato membro, che è quello individuato come Stato competente in base ai criteri enunciati al capo III. 2.- In deroga al paragrafo 1, ciascuno Stato membro può esaminare una domanda d’asilo presentata da un cittadino di un paese terzo, anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel presente regolamento. In tale ipotesi, detto Stato membro diventa lo Stato membro competente ai sensi del presente regolamento e assume gli obblighi connessi a tale competenza. Eventualmente, esso ne informa lo Stato membro anteriormente competente, lo Stato membro che ha in corso la procedura volta a determinare lo Stato membro competente o quello al quale è stato chiesto di prendere o riprendere in carico il richiedente asilo”.*

• **Trattato sull’Unione Europea:**

- Articolo 6 (ex articolo 6 del TUE): *“L’Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell’Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. 2. L’Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell’Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali”.*

• **Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea:**

- Articolo 47: *Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale “Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia”;*
- Art. 51: *Ambito di applicazione “1. Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze. 2. La presente Carta non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati”;*
- Art. 52: *Portata dei diritti garantiti “...3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa”.*

• **Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea alla Polonia e al Regno Unito:**

- Art. 1: *“1. La Carta non estende la competenza della Corte di giustizia dell'Unione europea o di qualunque altro organo giurisdizionale della Polonia o del Regno Unito a ritenere che le leggi, i regolamenti o le disposizioni, le pratiche o l'azione amministrativa della Polonia o del Regno Unito non siano conformi ai diritti, alle libertà e ai principi fondamentali che essa riafferma. 2. In particolare e per evitare dubbi, nulla nel titolo IV della Carta crea diritti azionabili dinanzi a un organo giurisdizionale applicabili alla Polonia o al Regno Unito, salvo nella misura in cui la Polonia o il Regno Unito abbiano previsto tali diritti nel rispettivo diritto interno”.*
- Articolo 2: *“Ove una disposizione della Carta faccia riferimento a leggi e pratiche nazionali, detta disposizione si applica alla Polonia o al Regno Unito soltanto nella misura in cui i diritti o i principi ivi contenuti sono*

riconosciuti nel diritto o nelle pratiche della Polonia o del Regno Unito”.

• **Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali:**

- Art. 1: “*Le Alte Parti contraenti riconoscono ad ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo I della presente convenzione*”;
- Art. 19: “*Per assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi protocolli, è istituita una Corte Europea dei diritti dell’uomo ...*”;
- Art. 46: “*1. Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti ... 4. Se il Comitato dei Ministri ritiene che un’Alta Parte contraente rifiuti di conformarsi ad una sentenza definitiva in una controversia in cui essa è parte, può, dopo aver messo in mora tale parte e con una decisione adottata a maggioranza, dei due terzi dei rappresentanti che hanno diritto di avere un seggio in seno al Comitato, adire la Corte sulla questione dell’adempimento degli obblighi assunti dalla Parte ai sensi del paragrafo 1. 5. Se la Corte constata una violazione del paragrafo 1, rinvia il caso al Comitato dei Ministri affinché questo esamini le misure da adottare ...*”.

* * *

Le osservazioni del Governo italiano, che qui di seguito si espongono, si concentreranno innanzi tutto sui quesiti da 1 a 7 posti nella causa C-411/10, e secondariamente su quelli proposti nella causa C-493/10, in quanto gli stessi sono, in effetti, assorbiti da quelli della causa C-411/10.

CAUSA C-411/10:

I. Sul quesito n. 1

Ia) La decisione di uno Stato membro di esaminare una domanda di asilo ai sensi dell’art. 3 n. 2 del Regolamento non attiene all’applicazione del diritto dell’Unione Europea ai fini dell’art. 6 del Trattato sull’Unione europea o dell’art. 51 della Carta.

Ciò in quanto la *clausola di sovranità*, posta dal suddetto art. 3 n. 2, non nasce come strumento per assicurare la tutela dei diritti di cui alle citate norme. Essa, come si dirà *infra* al punto Ib), ha invero tutt’altra finalità.

Il rispetto dei diritti fondamentali dell’Unione è assicurato, quindi, non già attraverso la clausola di sovranità, bensì per altra via e - in particolare - è garantito dalla circostanza che, come esposto al secondo *Considerando* del Regolamento, “*Il Consiglio europeo, ... ha deciso di lavorare all’istituzione di un regime europeo comune in materia di asilo basato sull’applicazione, in ogni sua componente, della convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati del 28 luglio 1951, integrata dal protocollo di New York del 31 gennaio*

1967, e di garantire in tal modo che nessuno sia rinviato in un paese nel quale rischia di essere nuovamente esposto alla persecuzione, in ottemperanza al principio di non respingimento. **Sotto tale profilo, e senza pregiudizio dei criteri di competenza definiti nel presente regolamento, gli Stati membri, tutti rispettosi del principio di non respingimento, sono considerati Stati sicuri per i cittadini di paesi terzi**” (enfasi aggiunta);

Ebbene, se tutti gli Stati membri sono considerati sicuri rispetto ai principi di cui alla Convenzione di Ginevra, (non a caso si tratta di Stati vincolati dalle Direttive, le quali hanno nella Convenzione di Ginevra uno dei loro fondamenti: si vedano il secondo Considerando della Direttiva “Accoglienza”, il secondo considerando della Direttiva “Qualifiche” e il secondo considerando della Direttiva “Procedure”), e se il legislatore comunitario ha altresì espressamente escluso che sotto tale profilo possa arrecarsi pregiudizio ai criteri di competenza definiti nel Regolamento, appare allora evidente che non v’è alcun bisogno di far uso della deroga a detti criteri prevista all’art. 3 n. 2 (*clausola di sovranità*) per garantire il rispetto dei diritti fondamentali dell’individuo, segnatamente in relazione al principio di non respingimento.

Ib) La scelta discrezionale di uno Stato di esaminare una domanda di asilo valendosi della *clausola di sovranità*, a ben considerare, risponde a finalità differenti rispetto a quelle evidenziate dal giudice *a quo* nel primo quesito: tali finalità sono infatti quelle strettamente connesse alla considerazione nel merito della situazione soggettiva particolare del singolo richiedente asilo.

La clausola di sovranità consente, insomma, una deroga nel caso singolo, laddove - in ragione delle peculiarità del medesimo - se ne ravvisi l’opportunità.

Ciò è - del resto - coerente anche con il tenore letterale della norma (“... *ciascuno stato membro può esaminare ...*” - enfasi aggiunta), la quale attribuisce allo Stato membro una facoltà discrezionale di avocare a sé la decisione su una domanda di asilo per la quale sia responsabile un altro Stato a mente del Capitolo III.

È ovvio che, se la clausola in questione fosse strumento designato a garantire il rispetto dei diritti fondamentali tutelati dalla Carta, il suo uso non potrebbe essere facoltativo, bensì dovrebbe essere obbligatorio e riferito a casi nominati e specifici.

Non si vedrebbe - allora - perché il legislatore comunitario lo avrebbe disciplinato utilizzando una terminologia tale da lasciar pensare ad una facoltà.

Trasformare la clausola di sovranità in un criterio obbligatorio, da utilizzarsi non già in singoli casi particolari, bensì in via generalizzata per tutte le domande di asilo il cui esame rientrerebbe nella competenza di uno Stato ritenuto (in spregio del secondo Considerando del Regolamento) non sicuro, vorrebbe dire snaturare la vera *ratio* dell’istituto.

Ic) Che tale *ratio* sia da individuare nella necessità di tener conto della situazione individuale del singolo richiedente asilo è confermato dalla recente

proposta di rifusione del regolamento n. 343/2003/CE del Consiglio (COM/2008/ 820 definitivo COD 2008/0243) avanzata dalla Commissione.

Nella stessa si legge infatti (vedi: “*Elementi giuridici della proposta*”, paragrafo 3 n. 4 quinto punto): “*A fini di chiarezza, la clausola di sovranità e la clausola umanitaria sono riunite nello stesso capitolo, intitolato “clausole discrezionali”, e sono rivedute. **Si propone di ricorrere alla clausola di sovranità principalmente per motivi umanitari e caritatevoli ...***” (enfasi aggiunta).

Il fatto che, nella proposta di modifica della Commissione, la motivazione del ricorso alla clausola di sovranità venga individuata in via principale nella ricorrenza di motivi umanitari e caritatevoli costituisce l’ulteriore riprova di quella che, anche nel testo attualmente vigente, è la sua ragion d’essere, vale a dire quella di dare spazio, nella valutazione discrezionale di ciascuno Stato membro, a fattori soggettivi ed individuali che connotino la posizione del singolo richiedente in termini di speciale debolezza.

Id) Ulteriore riprova di quanto esposto *sub* 1 c) è data dalla disposizione contenuta nell’art. 31 della già citata proposta di rifusione del regolamento n. 343/2003/CE del Consiglio (COM/2008/ 820 definitivo COD 2008/0243): detta norma infatti, se approvata, introdurrebbe *ex novo* un complesso sistema che permetterebbe di sospendere i trasferimenti dei richiedenti asilo in presenza di eccezionali situazioni, tali da far temere che il livello di protezione accordato da uno Stato membro non sia adeguato alla normativa comunitaria.

L’art. 31 prevede infatti: “*1. Ove uno Stato membro si trovi in situazioni di particolare urgenza, tali da comportare pressioni eccezionali sulle sue capacità di accoglienza, sul suo regime di asilo o sulle sue infrastrutture, e il trasferimento di richiedenti protezione internazionale in applicazione del presente regolamento rischi di aggravare tale onere, lo Stato membro può chiedere la sospensione del trasferimento. La richiesta è rivolta alla Commissione, è motivata e comprende, in particolare:*

- a) una descrizione dettagliata della situazione di particolare urgenza comportante pressioni eccezionali sulle capacità di accoglienza, sul regime di asilo o sulle infrastrutture dello Stato membro richiedente, con le pertinenti statistiche e altre prove;*
- b) una previsione motivata dei possibili sviluppi della situazione nel breve periodo;*
- c) una spiegazione motivata dell’ulteriore onere che il trasferimento di richiedenti protezione internazionale in applicazione del presente regolamento potrebbe comportare per le capacità di accoglienza, il sistema di asilo o le infrastrutture dello Stato membro interessato, con le pertinenti statistiche e altre prove.*

2. La Commissione, qualora ritenga che a motivo della situazione in cui versa uno Stato membro il livello di tutela dei richiedenti protezione internazionale rischi di non essere conforme alla legislazione comunitaria, in parti-

colare alla direttiva [...]/.../CE], recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, e alla direttiva 2005/85/CE, può decidere la sospensione di tutti i trasferimenti in applicazione del presente regolamento verso lo Stato membro interessato, secondo la procedura di cui al paragrafo 4.

3. Lo Stato membro che tema che, a motivo della situazione in cui versa un altro Stato membro, il livello di tutela dei richiedenti protezione internazionale rischi di non essere conforme alla legislazione comunitaria, in particolare alla direttiva [...]/.../CE], recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, e alla direttiva 2005/85/CE, può chiedere la sospensione di tutti i trasferimenti di richiedenti in applicazione del presente regolamento verso lo Stato membro interessato. La richiesta è rivolta alla Commissione, è motivata e comprende, in particolare, informazioni dettagliate sulla situazione nello Stato membro interessato da cui si evinca il rischio di non conformità con la legislazione comunitaria, in particolare con la direttiva [...]/.../CE], recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, e con la direttiva 2005/85/CE.

4. Sulla base di una richiesta ai sensi dei paragrafi 1 o 3 o di sua iniziativa ai sensi del paragrafo 2, la Commissione può decidere la sospensione di tutti i trasferimenti di richiedenti in applicazione del presente regolamento verso lo Stato membro interessato. Tale decisione è adottata quanto prima e al più tardi un mese dopo il ricevimento della richiesta. La decisione di sospendere i trasferimenti è motivata e comprende, in particolare:

- a) l'esame di tutte le circostanze attinenti alla situazione dello Stato membro verso il quale potrebbero essere sospesi i trasferimenti;*
- b) l'esame della potenziale incidenza della sospensione dei trasferimenti sugli altri Stati membri;*
- c) la data prevista per la sospensione effettiva dei trasferimenti;*
- d) eventuali condizioni particolari legate alla sospensione.*

5. La Commissione notifica al Consiglio e agli Stati membri la decisione di sospendere tutti i trasferimenti di richiedenti in applicazione del presente regolamento verso lo Stato membro interessato. Qualsiasi Stato membro può deferire al Consiglio la decisione della Commissione entro un mese dal ricevimento della notifica. Il Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata, può prendere una decisione diversa entro un mese dalla data del deferimento.

6. In seguito alla decisione della Commissione di sospendere i trasferimenti verso uno Stato membro, gli altri Stati membri in cui si trovano i richiedenti i cui trasferimenti sono stati sospesi sono competenti per l'esame delle domande di protezione internazionale a quelli relative.

La decisione di sospendere i trasferimenti verso uno Stato membro tiene debito conto dell'esigenza di garantire la protezione dei minori e l'unità familiare.

7. *La decisione di sospendere i trasferimenti verso uno Stato membro a norma del paragrafo 1 giustifica la concessione di assistenza per misure d'urgenza di cui all'articolo 5 della decisione n. 573/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio 35, in seguito a una domanda di assistenza da parte di tale Stato membro.*

8. *I trasferimenti possono essere sospesi per un massimo di sei mesi. Qualora i motivi della sospensione persistano allo scadere dei sei mesi, la Commissione può, in base alla richiesta dello Stato membro interessato ai sensi del paragrafo 1 o di sua iniziativa, deciderne la proroga per ulteriori sei mesi. Si applica il paragrafo 5.*

9. *Nessuna disposizione del presente articolo dev'essere interpretata in modo da consentire agli Stati membri di derogare all'obbligo generale di adottare tutti i provvedimenti, generali o particolari, atti a garantire l'adempimento degli obblighi derivanti dalla legislazione comunitaria in materia di asilo, in particolare dal presente regolamento, dalla direttiva [...]/.../CE], recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, e dalla direttiva 2005/85/CE”.*

Ebbene, deve logicamente ritenersi che solo se e quando il particolare procedimento descritto nell'art. 31 sopra riportato dovesse entrare in vigore, sarà possibile sospendere i trasferimenti verso uno Stato membro in ragione dell'insufficiente livello di protezione garantito ai richiedenti asilo.

Ciò peraltro avverrà tramite il vaglio di un soggetto quale la Commissione, e non secondo la valutazione discrezionale dei singoli Stati, come invece avverrebbe qualora si piegasse la clausola di sovranità di cui all'art. 3 n. 2 del Regolamento, nel testo attualmente in vigore, al fine di derogare alla presunzione di sicurezza degli Stati membri.

Finché, insomma, nell'ordinamento comunitario non sarà introdotto lo strumento *ad hoc* di cui all'art. 31 cit., la presunzione di sicurezza degli Stati membri di cui al secondo *Considerando* non è superabile e - soprattutto - non lo è per il tramite della clausola di sovranità.

La risposta al primo quesito che il Governo italiano propone è quindi la seguente: *“La decisione adottata da uno Stato membro ai sensi dell'art. 3 n. 2 del regolamento del Consiglio 343/2003 di esaminare una domanda di asilo anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel capitolo III del regolamento, non rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea ai fini dell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea e/o dell'art. 51 della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione Europea”.*

II. Sul quesito n. 2

IIa) Per le ragioni esposte al punto I, e particolarmente *sub* Ia) (presunzione di sicurezza degli Stati membri rispetto al principio di non respingimento), uno Stato membro che invii il richiedente asilo nello Stato

responsabile, individuato a mente dell'art. 3 n. 2 del Regolamento, ben può - ed anzi deve - prescindere dalla considerazione della situazione di detto Stato responsabile, atteso che essa si presuppone sicura.

In effetti, non solo depone in tal senso l'espressa previsione di cui al secondo *Considerando* del Regolamento, stando al quale gli Stati membri sono considerati sicuri, ma - a sua volta - la previsione del secondo *Considerando* non integra una mera petizione di principio, bensì si giustifica, in quanto l'ordinamento comunitario - oltre a vincolare tutti gli Stati membri - ha anche in sé i meccanismi per arginare eventuali violazioni del diritto dell'Unione: segnatamente, la procedura d'infrazione ex artt. 258 e 259 TFUE.

Ma non solo: va anche rammentato che i principi della Carta sono espressamente richiamati al *Considerando* n. 15 del Regolamento, e che la Carta stessa prevede, all'art. 52 n. 3: *Portata dei diritti garantiti* "... Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione ...".

Ebbene, per garantire il rispetto effettivo dei diritti sanciti dalla Convenzione (e quindi, ex art. 52 cit., nella misura in cui coincidano, anche dalla Carta), la Convenzione stessa, a sua volta, prevede: il controllo giurisdizionale della Corte Europea dei diritti dell'Uomo (art. 19); la forza vincolante delle sentenze di quest'ultima (art. 43 n. 4); l'adozione di misure in caso di relativa inosservanza (art. 43 n. 5).

Da tutto quanto sopra, discende che la situazione dello Stato designato come responsabile a mente dell'art. 3 n. 1 del Regolamento è, per definizione, una situazione di sicurezza, sicché il rispetto dei diritti fondamentali dell'Unione Europea è garantito dall'invio del richiedente asilo nel territorio di un qualsiasi Stato membro.

La risposta che il governo italiano propone per il secondo quesito è pertanto del seguente tenore: "*L'obbligo di uno Stato membro di osservare i diritti fondamentali dell'Unione Europea (inclusi i diritti stabiliti dagli artt. 1, 4, 18, 19 n. 2 e 47 della Carta) è assolto, allorché tale Stato invii il richiedente asilo nello Stato membro che l'art. 3 n. 1 designa come lo Stato responsabile conformemente ai criteri stabiliti al capitolo III del regolamento, indipendentemente dalla situazione nel medesimo Stato responsabile, in quanto questo si presume sicuro*".

III. Sul quesito n. 3

III a) Si è già chiarito al punto II che l'obbligo degli Stati membri di rispettare il diritto dell'Unione non impedisce affatto di presumere che lo Stato responsabile osserverà tanto i diritti fondamentali del richiedente quanto le direttive.

Al contrario, è proprio la comune soggezione degli Stati membri al diritto

dell'Unione a legittimare e rendere del tutto logica una presunzione di rispetto di tale diritto da parte di ciascuno di essi.

La risposta che si propone per il terzo quesito è pertanto la seguente: *“L’obbligo di rispettare i diritti fondamentali dell’Unione non osta all’operatività di una presunzione nel senso che lo stato responsabile osserverà i) i diritti fondamentali del ricorrente ai sensi del diritto dell’Unione; e/o ii) le norme minime imposte dalle Direttive 2003/9/CE (“direttiva Accoglienza”), 2004/83/CE (“direttiva Qualifica”) e/o 2005/85/CE (“direttiva Procedure”) (cumulativamente citate come “le direttive”)”.*

IV. Sul quesito n. 4

Le risposte date ai precedenti quesiti, e soprattutto al secondo e al terzo, hanno chiarito che - ad avviso del governo italiano - è corretto presumere il rispetto dei diritti fondamentali da parte dello Stato responsabile.

Nella risposta al primo quesito, poi, si è messo in evidenza il carattere facoltativo della clausola di sovranità.

Ciò rende evidente la contraddizione in termini del quesito n. 4, laddove si ipotizza l’obbligo dello Stato membro di esercitare la facoltà di cui all’art. 3 n. 2 del Regolamento: se vi fosse obbligo, non di esercizio di una facoltà si tratterebbe, ma di un vero e proprio dovere.

Non esiste però - a ben vedere - alcun dato testuale indicativo di un obbligo dello Stato membro di fare applicazione della clausola di sovranità, tanto meno in relazione alla situazione dello Stato responsabile.

Al contrario, come illustrato ampiamente al punto Ib), argomenti sia letterali (l’uso delle parole *“può esaminare”* all’art. 3 n. 2 del Regolamento) che di carattere logico (la considerazione, cioè della vera *ratio* dell’istituto della clausola di sovranità) depongono nel senso di escluderne l’obbligatorietà.

Uno Stato membro che dovesse ritenere sussistenti violazioni del diritto dell’Unione - mentre non dispone di diretta competenza a valutare dette violazioni - avrebbe, tuttavia, comunque a disposizione lo strumento di cui all’art. 259 TFUE per farle accertare nei modi e nelle sedi competenti.

Il Governo italiano pertanto ritiene che al quesito n. 4 debba risponderci nel seguente modo: *“Uno Stato membro non è obbligato dal diritto dell’Unione ad esercitare la facoltà prevista dall’art. 3 n. 2 del regolamento assumendo la competenza per l’esame di una domanda di asilo perché il trasferimento allo Stato responsabile esporrebbe il richiedente asilo ad un rischio di violazione dei suoi diritti fondamentali, in particolare dei diritti stabiliti agli artt. 1, 4, 18, 19 n. 2 e 47 della Carta e/o al rischio che non gli siano applicate le norme minime stabilite nelle direttive”.*

V. Sul quesito n. 5

Va) Con il presente quesito, il giudice *a quo* mira a conoscere se l’ambito

della protezione assicurato dagli artt. 1, 18 e 47 della Carta ad un soggetto cui è applicabile il Regolamento, sia più ampio rispetto alla protezione accordata dall'art. 3 della Convenzione, il quale reca "*Proibizione della tortura*".

Va premesso che il Regolamento "*... rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi che sono riconosciuti segnatamente dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. In particolare, il presente regolamento intende assicurare il pieno rispetto del diritto d'asilo garantito dall'art. 18*" (Considerando n. 15).

Va inoltre ricordato che la Carta a sua volta prevede, all'art. 52 n. 3: *Portata dei diritti garantiti " ...Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione ..."*.

Orbene, il diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale di cui all'art. 47 della Carta trova precisa corrispondenza negli artt. 6 e 13 della Convenzione ("Diritto ad un equo processo" e "Diritto ad un ricorso effettivo"), quindi il relativo significato e portata devono considerarsi sostanzialmente coincidenti.

Quanto ai diritti di cui agli artt. 1 e 18 (rispettivamente, diritto alla dignità e diritto di asilo), il primo sembra sostanzialmente ricompreso nella proibizione della tortura, delle pene e dei trattamenti inumani e degradanti codificata all'art. 3 della Convenzione; relativamente al secondo, si osserva che il Regolamento (art. 2 lett. c) intende per "*domanda d'asilo*" una domanda di protezione internazionale a norma della Convenzione di Ginevra, e che tale protezione è collegata dalla Convenzione stessa (art. 1 paragrafo 2) ad un fondato timore di persecuzione a motivo della razza, della religione, della cittadinanza, dell'appartenenza ad un determinato gruppo sociale o delle opinioni politiche.

Affinché il concetto di "persecuzione" assuma contorni concreti e definiti, peraltro, sembra non possa prescindere dal suo collegamento con la violazione delle proibizioni di cui all'art. 3 della Convenzione, sicché le categorie di cui agli artt. 18 della Carta e 3 della Convenzione finiscono con il coincidere.

In tal senso, il diritto di asilo sancito dall'art. 18 della Carta non comporta, per una persona cui è applicabile il Regolamento, una tutela più ampia rispetto a quella garantita dalla proibizione di cui all'art. 3 della Convenzione.

Si ritiene pertanto che al quesito si possa rispondere come segue: "*L'ambito di applicazione della protezione, attribuita ad una persona alla quale è applicabile il regolamento, dai principi generali del diritto dell'Unione e, in particolare, dai diritti stabiliti agli artt. 1, 18 e 47 della Carta, non è più ampio della protezione attribuita dall'art. 3 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*".

VI. Sul quesito n. 6

VIa) Si è già illustrato (particolarmente ai punti I, II e III) come la presunzione di sicurezza degli Stati membri, in quanto rispettosi della Convenzione di Ginevra del 1951 integrata dal Protocollo del 1967 relativi allo *status* dei rifugiati, richiamati nelle premesse delle direttive “*Accoglienza*”, “*Qualifiche*” e “*Procedure*” che vincolano detti Stati, sia da ritenere sempre operante.

Da quanto sopra, logicamente deriva che una norma nazionale che vincoli il giudice ad una simile presunzione, di per sé non collide con il diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale sancito dall’art. 47 della Convenzione, in quanto non preclude né il diritto al ricorso, né la decisione equa, pubblica ed imparziale della causa, posto che si assume che siano gli stessi meccanismi del diritto dell’Unione a garantire la rispondenza al vero della presunzione di sicurezza degli Stati membri.

La risposta che si propone per il quesito è pertanto la seguente: “*E’ compatibile con i diritti stabiliti dall’art. 47 della Carta che una disposizione di diritto nazionale imponga ad un giudice, al fine di determinare se una persona possa essere legalmente espulsa verso un altro Stato membro in conformità del regolamento, di considerare codesto Stato membro come uno Stato dal quale la persona non sarà inviata in un altro Stato membro in violazione dei suoi diritti a norma della Convenzione del 1951 e del Protocollo del 1967 relativi allo Statuto dei rifugiati*”.

VII. Sul quesito n. 7

VIIa) Il governo italiano, in relazione ai quesiti da 2 a 6, ha sostenuto - in linea generale - che la sicurezza degli Stati membri sotto il profilo del rispetto dei diritti sanciti dalla Carta si presume. Ciò comporta che, laddove si tratti di inviare un richiedente asilo dal territorio di uno Stato membro a quello di un altro, sostanzialmente non si faccia questione dell’applicazione dei diritti sanciti dalla Carta stessa.

Da quanto sopra, discende che la risposta da dare al quesito n. 7 ad avviso del Governo italiano è del seguente tenore: “*Qualora le questioni di cui ai quesiti da 2 a 6 siano poste riguardo agli obblighi del Regno Unito, le relative soluzioni non debbono tener conto del Protocollo (n. 30) sull’applicazione della Carta alla Polonia ed al Regno Unito, nella misura in cui non si verte nell’ambito applicativo della Carta*”.

CAUSA C-493/10:

VIII. Sul quesito n. 1

VIIIa) Il giudice *a quo* chiede di conoscere se lo Stato membro che provvede al trasferimento del richiedente asilo ai sensi del Regolamento sia tenuto o meno a verificare l’effettivo rispetto della Carta e delle Direttive da parte dello Stato ricevente.

Il Governo italiano ribadisce, come esposto in precedenza - particolarmente ai punti Ia) e IIa) - che sussiste una presunzione di sicurezza a favore di tutti gli Stati membri, (secondo *Considerando* del regolamento), la quale è giustificata e suffragata dall'esistenza di meccanismi interni all'ordinamento comunitario che assicurano l'effettività del rispetto delle relative norme e principi.

Tale presunzione comporta che i singoli Stati non siano chiamati ad effettuare direttamente tale verifica nei confronti degli altri Stati membri, in sede di applicazione del Regolamento: la questione se uno Stato membro si sia reso o meno inadempiente agli obblighi che gli derivano dal diritto dell'Unione attiene ai rapporti fra lo Stato stesso e le istituzioni europee, non ai rapporti fra singoli Stati.

La risposta al quesito che il Governo italiano propone è pertanto la seguente: *“Lo Stato membro che provvede al trasferimento ai sensi del regolamento del Consiglio n. 343/2003 non è tenuto ad accertare il rispetto da parte dello Stato ricevente dell'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, delle direttive del Consiglio 2003/9/CE. E 2005/85 CE, nonché del regolamento del Consiglio (CE) n. 343/2003”*.

IX. Sul quesito n. 2

IXa) la risposta negativa al quesito n. 1 della causa C-493/10 rende superfluo rispondere al presente quesito.

Osservazioni del Governo della Repubblica italiana (avv. Stato Wally Ferrante, AL 39131/11) in cause riunite C-356/11 e C-357/11. Materia: cittadinanza europea.

Domande di pronuncia pregiudiziale proposte dal Korkein hallinto-oikeus (Finlandia) il 7 luglio 2011.

QUESTIONI PREGIUDIZIALI

1. Con l'ordinanza emessa nella causa C-356/11, 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. 20 TFUE osti a che un cittadino di paese terzo sia negato il permesso di soggiorno a causa della mancanza di mezzi di sussistenza, in una situazione familiare in cui il coniuge del cittadino medesimo è responsabile per il mantenimento del figlio, cittadino dell'Unione, ed in cui il cittadino del paese terzo non è né genitore né responsabile per il mantenimento”*.

2) *“In caso di soluzione negativa della prima questione, se l'efficacia dell'art. 20 TFUE debba essere valutata altrimenti, qualora il cittadino del paese terzo*

senza permesso di soggiorno, il suo coniuge ed il figlio, per il cui mantenimento il coniuge è responsabile, e che è cittadino dell'Unione, vivano insieme”.

2. Con l'ordinanza emessa nella causa C-357/11, 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. 20 TFUE osti a che un cittadino di paese terzo sia negato il permesso di soggiorno a causa della mancanza di mezzi di sussistenza, in una situazione familiare in cui il coniuge del cittadino medesimo è responsabile per il mantenimento del figlio, cittadino dell'Unione, ed in cui il cittadino del paese terzo non è né genitore né responsabile per il mantenimento, né convive con il coniuge o col figlio in questione”.*

2) *“In caso di soluzione negativa della prima questione, se l'efficacia dell'art. 20 TFUE debba essere valutata altrimenti, qualora il cittadino del paese terzo senza permesso di soggiorno, che non vive in Finlandia, ed il coniuge abbiano un figlio in comune per il cui mantenimento condividano la responsabilità, il quale vive in Finlandia ed è cittadino di un paese terzo”.*

ESPOSIZIONE DEI FATTI DI CAUSA

3. La Corte Suprema amministrativa della Finlandia ha sollevato le questioni pregiudiziali riportate, nell'ambito di due giudizi nei quali l'ufficio per l'immigrazione ha respinto, per carenza di mezzi di sussistenza, le domande di permesso di soggiorno per ricongiungimento familiare avanzate, rispettivamente, da un cittadino ivoriano coniugato con una cittadina ghanese e con questa convivente in Finlandia e da una cittadina algerina residente in Finlandia, che ha chiesto il permesso di soggiorno per il coniuge, anch'egli algerino, espulso nel 2006 dalla Finlandia verso l'Algeria.

4. In entrambi i casi la moglie (di seguito, la soggiornante) ha un permesso di soggiorno permanente, ha un figlio minore, nato da precedente matrimonio con cittadino finlandese, avente la nazionalità dello Stato membro ospitante e del cui mantenimento ha la responsabilità esclusiva.

5. In entrambi i casi, dal secondo matrimonio è nato un figlio che vive in Finlandia ed è cittadino di un Paese terzo.

6. Nel primo giudizio, il coniuge richiedente il permesso di soggiorno (di seguito, il richiedente) convive, in Finlandia, con la moglie, il figlio comune e il figlio di lei; nel secondo giudizio, il coniuge richiedente il permesso di soggiorno è stato espulso verso l'Algeria e quindi non convive né con la moglie, né con il figlio comune, né con il figlio di lei.

NORMATIVA COMUNITARIA

7. Ai sensi dell'art. 20 TFUE è cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati; in particolare, per quanto qui inte-

ressa, hanno il diritto di circolare e di soggiornare nel territorio degli Stati membri.

8. La direttiva 2003/86/CE ha lo scopo di fissare le condizioni dell'esercizio del diritto al ricongiungimento familiare di cui dispongono i cittadini di paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio degli Stati membri.

9. In particolare, a norma dell'art. 4, n. 1, lettera a), gli Stati membri autorizzano l'ingresso e il soggiorno del coniuge del soggiornante alle condizioni stabilite al capo IV e all'art. 16.

10. Ai sensi dell'art. 7, n. 1, al momento della presentazione della domanda di ricongiungimento familiare, lo Stato membro interessato può chiedere alla persona che ha presentato la richiesta di dimostrare che il soggiornante dispone: a) di un alloggio considerato normale per una famiglia analoga nella stessa regione e che corrisponda alle norme generali di sicurezza e di salubrità in vigore nello Stato membro interessato; b) di un'assicurazione contro le malattie che copra tutti i rischi di norma coperti per i cittadini dello Stato membro interessato, per se stesso e per i suoi familiari; c) di risorse stabili e regolari sufficienti per mantenere se stesso e i suoi familiari senza ricorrere al sistema di assistenza sociale dello Stato membro interessato.

RISPOSTA AI QUESITI

11. Con le due ordinanze in epigrafe, la Corte finlandese pone in sostanza tre quesiti atteso che, in entrambi i giudizi, dal secondo matrimonio tra la soggiornante e il richiedente, è nato un figlio, cittadino di uno Stato terzo.

12. Con il primo quesito, il giudice finlandese chiede alla Corte di Giustizia se l'art. 20 TFUE osti al ricongiungimento familiare di un cittadino di uno Stato terzo, il cui coniuge soggiornante nello Stato membro abbia un figlio minore da precedente matrimonio, cittadino dell'Unione, e sia esclusivo responsabile del mantenimento dello stesso.

13. Con il secondo quesito, il giudice remittente chiede alla Corte di Giustizia se, in caso di risposta negativa al primo quesito, la soluzione possa essere diversa qualora il richiedente e la soggiornante abbiano un figlio in comune, per il cui mantenimento condividano la responsabilità, il quale vive nello Stato membro ospitante ed è cittadino di uno Stato terzo.

14. Con il terzo quesito, il giudice remittente chiede alla Corte di Giustizia se, in caso di risposta negativa anche al secondo quesito, la soluzione possa essere diversa qualora il richiedente conviva con la soggiornante e con il figlio di lei, cittadino dell'Unione.

15. La Corte di Giustizia, nella recente sentenza dell'8 marzo 2011, causa C-34/09, *Zambrano*, invocata dal giudice remittente, ha stabilito che l'art. 20 TFUE, istitutivo della cittadinanza dell'Unione, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che uno Stato membro, da un lato, neghi al cittadino di uno Stato terzo, che si faccia carico dei propri figli in tenera età, cittadini del-

l'Unione, il soggiorno nello Stato membro di residenza di questi ultimi, di cui essi abbiano la cittadinanza, e, dall'altro, neghi al medesimo cittadino di uno Stato terzo un permesso di lavoro, qualora decisioni siffatte possano privare detti figli del godimento reale ed effettivo dei diritti connessi allo *status* di cittadino dell'Unione.

16. La predetta pronuncia, quindi, ha posto il principio secondo cui la normativa nazionale non può negare allo straniero, con figli minori a carico, cittadini dell'Unione, il diritto di soggiorno nello Stato membro ospitante di cui i figli medesimi hanno la cittadinanza. Ciò al fine di non privare i figli del godimento reale ed effettivo dei diritti connessi allo *status* di cittadino dell'Unione *ex art.* 20 TFUE, tra cui il diritto al soggiorno nel territorio degli Stati membri.

17. Infatti, un divieto di soggiorno di tal genere comporta che i figli minori, cittadini dell'Unione, si trovino costretti ad abbandonare il territorio dell'Unione per accompagnare i loro genitori.

18. Presupposto essenziale della richiamata sentenza è che il cittadino di Paese terzo si faccia personalmente carico dei **propri** figli, cittadini dell'Unione, nel territorio dello Stato membro ospitante.

19. Il principio posto dalla Corte di Giustizia nella citata sentenza non appare estensibile, invece, ai casi in esame in quanto gli interessati (secondi coniugi) non sono genitori con a carico un figlio minore cittadino dell'Unione.

20. Una diversa interpretazione comporterebbe un eccessivo ampliamento dei casi di ricongiungimento familiare in assenza dei presupposti rigorosamente fissati dall'art. 7 n. 1 della direttiva 2003/86/CE, che prescrive la necessità che il soggiornante disponga di risorse stabili e regolari sufficienti per mantenere se stesso e i suoi familiari senza ricorrere al sistema di assistenza sociale dello Stato membro interessato.

21. Quanto all'altra pronuncia della Corte di Giustizia richiamata dal giudice remittente (sentenza del 2 marzo 2010, causa C-135/08, *Rottmann*), non sembra che la stessa possa avere una qualche attinenza rispetto ai quesiti posti all'attenzione della Corte in questa sede, essendosi occupata della revoca ad un cittadino dell'Unione della cittadinanza di uno Stato membro ottenuta in maniera fraudolenta e non avendo in alcun modo affrontato il problema della salvaguardia dell'unità familiare a tutela dei minori.

22. Tale tema è stato più volte oggetto di pronunce della Corte di giustizia che hanno sempre cercato di trovare un punto di equilibrio tra l'esigenza di garantire al minore l'assistenza affettiva e materiale dei genitori e la necessità di rispettare i presupposti economici per ottenere il permesso di soggiorno.

23. In particolare, la Corte di Giustizia ha affermato il diritto del genitore affidatario di godere del diritto di soggiorno nel caso in cui i figli, sulla base dell'autonomo diritto a proseguire gli studi, possano permanere nel Paese ospitante anche in assenza del lavoratore comunitario da cui originariamente de-

rivava il diritto di soggiorno (sentenza 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast*).

24. In altro caso, la Corte di Giustizia ha osservato che il rifiuto di consentire al genitore, cittadino di uno Stato terzo, che ha la custodia di un figlio, cittadino dell'Unione, il quale ha diritto di soggiornare nello Stato membro ospitante, priverebbe di qualsiasi effetto utile il diritto di soggiorno di quest'ultimo. È chiaro infatti che il godimento del diritto di soggiorno da parte di un bimbo in tenera età implica necessariamente che lo stesso abbia il diritto di essere accompagnato dal genitore che ne garantisce la custodia e quindi che detto genitore possa con lui risiedere nello Stato membro ospitante durante tale soggiorno (sentenza 19 ottobre 2004, causa C-200/02, *Zhu e Chen*).

25. Tali principi tuttavia non sembra possano applicarsi ai giudizi da cui trae origine il rinvio pregiudiziale, in quanto, nelle questioni affrontate nei precedenti richiamati, la Corte di Giustizia ha valutato casi in cui i minori ed il genitore affidatario godevano della autosufficienza economica e della necessaria copertura sanitaria, requisiti mancanti nella fattispecie.

26. La stessa sentenza *Zambrano* sopra citata riguardava il caso di un genitore cittadino di un paese terzo, con a carico un minore cittadino dell'Unione, che disponeva di risorse sufficienti e di un'assicurazione malattia (punto 35).

27. In un recente caso, la Corte di Giustizia ha ritenuto eccezionalmente di prescindere da tali presupposti, affermando che i figli, con cittadinanza dell'Unione, di un cittadino di uno Stato membro che abbia lavorato nello Stato membro ospitante e il genitore, cittadino di uno Stato terzo, che ne abbia l'effettivo affidamento, possono avvalersi, in quest'ultimo Stato, di un diritto di soggiorno senza che siffatto diritto sia soggetto alla condizione che essi dispongano di risorse sufficienti e di un'assicurazione malattia in tale Stato (sentenza 23 febbraio 2010, causa C-310/08, *Ibrahim*).

28. Tale pronuncia ha ritenuto prevalente l'interesse del minore cittadino dell'Unione all'unità familiare, pur in assenza di mezzi di sussistenza del genitore soggiornante, rispetto all'esigenza di non gravare sul sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante.

29. In tutti i casi citati però si trattava sempre di genitori responsabili del mantenimento del figlio minore cittadino dell'Unione mentre nei casi all'esame della Corte in questa sede i richiedenti non sono genitori dei figli minori cittadini dell'Unione, né hanno la responsabilità del loro mantenimento bensì sono i coniugi della madre di tali minori, nati in costanza di precedente matrimonio con cittadino finlandese.

30. Viene quindi a cadere l'esigenza di tutelare l'unità familiare del minore cittadino dell'Unione con priorità rispetto alla necessità di non gravare sul sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante.

31. Dalle ordinanze di rinvio risulta infatti che, in entrambi i casi, i due genitori dei minori cittadini finlandesi vivono in Finlandia: i padri in quanto

cittadini finlandesi e le madri in quanto cittadine di Paesi terzi con diritto di soggiorno permanente.

32. In tale quadro, non sembra consentito estendere analogicamente il principio eccezionalmente affermato dalla Corte in deroga alla regola generale che subordina il ricongiungimento familiare del coniuge alla sussistenza dei requisiti di autosufficienza economica previsti dall'art. 7 della direttiva 2003/86/CE.

33. Se tale deroga è stata ipotizzata per il genitore di un minore cittadino dell'Unione a tutela di quest'ultimo, analoga deroga non può essere estesa a chi non sia né genitore, né abbia il mantenimento del minore.

34. Non può far giungere a diversa conclusione la circostanza che, in entrambi i casi, la soggiornante, a seguito di secondo matrimonio con il richiedente, abbia avuto da quest'ultimo un figlio, cittadino di un Paese terzo, essendo comunque assicurata dalla madre la cura del minore, convivente con la stessa in Finlandia (nella causa C-357/11, peraltro non risulta che il padre, cittadino algerino, abbia mai incontrato suo figlio, nato in Finlandia dopo la sua espulsione verso l'Algeria).

35. Né può avere rilevanza il fatto che (nella causa C-356/11) il richiedente, cittadino ivoriano, conviva con la moglie e con il figlio di lei, cittadino finlandese, in Finlandia, in quanto, come si è già detto, presupposti per ottenere il ricongiungimento familiare sono non solo un alloggio adeguato ma anche la sussistenza di mezzi di sussistenza sufficienti, requisito carente nella fattispecie.

36. Il Governo italiano propone quindi alla Corte di risolvere il primo quesito nel senso che l'art. 20 TFUE non osta a che un cittadino di paese terzo sia negato il permesso di soggiorno a causa della mancanza di mezzi di sussistenza, in una situazione familiare in cui il coniuge del cittadino medesimo è responsabile per il mantenimento del figlio, cittadino dell'Unione, ed in cui il cittadino del paese terzo non è né genitore, né responsabile per il mantenimento.

37. Il Governo italiano propone inoltre alla Corte di risolvere il secondo quesito nel senso che l'efficacia dell'art. 20 TFUE non debba essere valutata altrimenti, qualora il cittadino del Paese terzo senza permesso di soggiorno, che non vive in Finlandia, ed il coniuge abbiano un figlio in comune per il cui mantenimento condividano la responsabilità, il quale vive in Finlandia ed è cittadino di un Paese terzo.

38. Il Governo italiano propone infine alla Corte di risolvere il terzo quesito nel senso che l'efficacia dell'art. 20 TFUE non debba essere valutata altrimenti, qualora il cittadino del Paese terzo senza permesso di soggiorno, il suo coniuge ed il figlio, per il cui mantenimento il coniuge è responsabile, e che è cittadino dell'Unione, vivano insieme.

Roma, 27 ottobre 2011

Osservazioni del Governo della Repubblica italiana (avv. Stato Wally Ferrante, AL 41020/11) in causa C-386/11. Materia: Libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi; Diritto di stabilimento; Libera circolazione dei servizi; Ravvicinamento delle legislazioni.

Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Oberlandesgericht Düsseldorf (Germania) il 20 luglio 2011 - Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co KG / Kreis Düren.

QUESTIONE PREGIUDIZIALE

1. Con l'ordinanza [6 luglio 2011], è stato chiesto alla Corte di Giustizia dell'Unione europea di pronunciarsi, ai sensi dell'art. 267 TFUE, sulla seguente questione pregiudiziale:

“Se per ‘appalto pubblico’ nell’accezione dell’art. 1, n. 2, lett. a), della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 31 marzo 2004, 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), debba intendersi anche un contratto fra i due enti pubblici territoriali tramite il quale uno di essi attribuisca all’altro una competenza strettamente delimitata a fronte di un rimborso spese, in particolare laddove la mansione attribuita non riguardi l’attività sovrana in quanto tale, bensì solo operazioni ausiliarie”.

ESPOSIZIONE DEI FATTI DI CAUSA

2. La domanda di pronuncia pregiudiziale è stata sollevata in relazione ad una causa, pendente in Germania, tra una società (richiedente) ed un ente territoriale, il distretto di Duren (resistente). L'oggetto del contendere è l'accordo di diritto pubblico concluso tra il distretto di Duren e la città di Duren, mediante il quale il primo ha affidato alla seconda i servizi di pulizia dei propri edifici, adibiti ad uffici ed istituti scolastici, siti nel territorio della città di Duren.

3. Tale accordo prevede, in particolare, che la suindicata città assuma i predetti servizi sotto la propria responsabilità, dietro pagamento di un rimborso spese e con possibilità di avvalersi di terzi; in particolare tali servizi dovrebbero essere svolti mediante una società controllata dall'ente affidatario.

4. Secondo la società richiedente, già affidataria dei predetti di servizi di pulizia, un accordo con simili caratteristiche costituirebbe in realtà un appalto pubblico, come definito dall'art. 2, comma 1, della direttiva 2004/18/CE, tenuto conto del fatto che lo stesso riguarda un servizio che potrebbe essere svolto anche da operatori privati.

5. Oggetto del contendere tra le parti è, dunque, la natura di tale accordo, ovvero se esso sia configurabile come un appalto pubblico o come un caso di cooperazione tra enti pubblici, come tale sottratto alla disciplina in materia di appalti pubblici.

6. L'organo giurisdizionale della Germania Oberlandesgericht Dusseldorf

ha chiesto quindi, in via pregiudiziale, alla Corte di Giustizia di chiarire se, secondo la corretta interpretazione del diritto comunitario in materia di appalti, può definirsi appalto pubblico un contratto fra due enti pubblici territoriali mediante il quale uno di essi attribuisca all'altro una determinata mansione, a fronte di un rimborso spese, nel caso particolare in cui l'attribuzione non riguardi le attività pubbliche sovrane proprie dell'ente pubblico ma attività ausiliarie, quali il servizio di pulizia.

NORMATIVA COMUNITARIA

7. L'art. 1 della direttiva comunitaria 2004/18/CE, al paragrafo n. 2, lett. a) dispone che: gli <<appalti pubblici>> sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi.

8. I servizi di pulizia, oggetto dell'affidamento di che trattasi, sono riconducibili alla voce "*Servizi di pulizia degli edifici e di gestione delle proprietà immobiliari*" presente nell'Allegato II A della direttiva in parola, per i quali, ai sensi dell'articolo 20 della direttiva, trovano applicazione le disposizioni in materia di aggiudicazione dettate dagli articoli da 23 a 55 (affidamento mediante procedura ad evidenza pubblica).

9. Occorre, inoltre, evidenziare che la direttiva 2004/18/CE stabilisce, al secondo considerando, che "*l'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza*".

10. Dunque tale direttiva è strumentale alla realizzazione dei suddetti principi del Trattato e, pertanto, deroghe alla disciplina ivi indicata, costituiscono in ultima analisi deroghe a tali principi fondamentali.

RISPOSTA AL QUESITO

11. Il giudice del rinvio chiede, nella sostanza, alla Corte di Giustizia di stabilire se una forma di collaborazione tra amministrazioni pubbliche, avente le caratteristiche evidenziate, sia configurabile o meno come un "appalto" e pertanto richieda che l'affidamento avvenga secondo le regole dell'evidenza pubblica.

12. La possibilità per le amministrazioni pubbliche di perseguire gli interessi istituzionali anche in collaborazione con le altre pubbliche amministrazioni è finalizzata a consentire un efficace coordinamento dell'azione amministrativa, laddove vi sia coincidenza dell'interesse pubblico perseguito

da soggetti pubblici distinti, sulla base dei rispettivi fini istituzionali.

13. La finalità dell'accordo deve dunque essere quella di perseguire un interesse comune, tale da comportare la condivisione di compiti e responsabilità dei diversi soggetti pubblici coinvolti.

14. Appare evidente come un siffatto accordo richieda un particolare rigore in termini applicativi, affinché lo stesso non si presti ad elusioni della normativa in materia di appalti e del principio della concorrenza che richiede assoluta parità tra gli operatori economici presenti sul mercato.

15. In particolare, in presenza di un'amministrazione pubblica che sia anche operatore economico, rileva il ricorrere dei presupposti e delle condizioni delineate dalla giurisprudenza comunitaria in materia di partenariato pubblico-pubblico (CGUE, sentenza 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant*).

16. In detta sentenza, la Corte di Giustizia ha affermato il principio secondo cui un'amministrazione pubblica può adempiere ai compiti ad essa attribuiti attraverso moduli organizzativi che non prevedono il ricorso al mercato esterno per procurarsi le prestazioni di cui necessita, avendo piena discrezionalità nel decidere di far fronte alle proprie esigenze attraverso lo strumento della collaborazione con le altre autorità pubbliche.

17. Tale eventualità risponde alla stessa *ratio* che è alla base dell'esenzione dall'espletamento della gara nell'ipotesi di utilizzo dell'*in house providing*: anche in questo caso l'amministrazione opta per una scelta contraria al processo di *outsourcing*, stabilendo di affidare l'attività a cui è interessata ad un altro ente che solo formalmente è distinto dalla propria organizzazione, ma su cui sostanzialmente essa esercita un controllo analogo a quello che espleterebbe nei confronti di un proprio servizio e che realizza con essa la parte più importante della sua attività.

18. I due citati presupposti, come è noto, sono stati affermati per la prima volta dalla giurisprudenza comunitaria con la sentenza 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Teckal* e sono stati poi ribaditi con successive pronunce (sentenza 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*; sentenza 13 gennaio 2005, causa C-84/03, *Commissione/Spagna*; sentenza 10 novembre 2005, causa C-29/04, *Commissione/Austria*; sentenza 11 maggio 2006, causa C-340/04, *Cabotermo e Consorzio Alisei*; sentenza 19 aprile 2007, causa C-295/05, *Asemfo*) che hanno chiarito che il ricorso alla gara d'appalto non è obbligatorio, anche quando il contraente è un ente giuridicamente distinto dall'amministrazione aggiudicatrice qualora due condizioni siano soddisfatte: da un lato, l'amministrazione pubblica deve esercitare sull'ente distinto un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e, dall'altro, l'ente di cui trattasi deve svolgere la parte più importante della sua attività con l'ente o gli enti pubblici che lo detengono.

19. Nella citata sentenza *Stadt Halle*, peraltro, la Corte di Giustizia ha ri-

gorosamente delineato lo spazio di deroga alla disciplina comunitaria a tutela della concorrenza e della libera circolazione dei servizi, affermando che ogni disposizione derogatoria alle norme comunitarie intese a garantire l'effettività dei diritti conferiti dal Trattato nel settore degli appalti pubblici di servizi, deve essere interpretata restrittivamente.

20. Pertanto, nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso, relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva, con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure concorsuali di affidamento degli appalti pubblici debbono sempre essere applicate.

21. L'*in house providing* resta quindi circoscritto ai contratti a titolo gratuito e a quelli in cui vi è una totale partecipazione pubblica dell'amministrazione aggiudicatrice.

22. Per quanto riguarda, in particolare, il partenariato pubblico-pubblico, la Corte di Giustizia ha ribadito il principio già affermato nella citata sentenza *Coditel Brabant* in una recente pronuncia (sentenza del 9 giugno 2009, causa C-480/06, *Commissione/Germania*), sancendo la legittimità di un accordo stipulato tra quattro *Landkreise* tedeschi e la città di Amburgo, subordinandolo, però, al verificarsi di una serie di presupposti.

23. In tale contesto viene precisato che se, da un lato, il diritto comunitario non impone alle autorità pubbliche di ricorrere a particolari forme giuridiche per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico, dall'altro, questo tipo di cooperazione non può "*rimettere in questione l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, vale a dire la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri*" (punto 47).

24. Nel caso specifico, la Corte ha espresso un giudizio di compatibilità dell'accordo con il diritto comunitario perché sussistevano le seguenti condizioni: l'attuazione della cooperazione era retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico; era salvaguardato il principio della parità di trattamento degli interessati, in modo tale che nessuna impresa privata fosse posta in situazione privilegiata rispetto agli altri concorrenti; la collaborazione tra amministrazioni non costituiva una costruzione di puro artificio diretta ad eludere le norme in materia di appalti pubblici; gli unici movimenti finanziari ammessi tra gli enti pubblici cooperanti erano quelli corrispondenti al rimborso delle spese effettivamente sostenute; tutte le strutture pubbliche coinvolte svolgevano un ruolo attivo, anche se non necessariamente nella stessa misura; sussisteva un'effettiva condivisione di compiti e di responsabilità ben diversa dalla situazione che si avrebbe in presenza di un contratto a titolo oneroso in cui solo una parte svolge la prestazione pattuita, mentre l'altra assume l'impegno della remunerazione; l'ac-

cordo controverso istituiva una cooperazione tra gli enti locali finalizzata a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune agli stessi che, nel caso specifico, consisteva nello smaltimento dei rifiuti.

25. La giurisprudenza comunitaria, pertanto, ritiene legittimo il ricorso a forme di cooperazione pubblico-pubblico attraverso le quali più amministrazioni assumono impegni reciproci, realizzando congiuntamente le finalità istituzionali affidate loro, purché vengano rispettati i presupposti sopra specificati.

26. Anche il Parlamento Europeo, richiamando gli insegnamenti della Corte di Giustizia, nella risoluzione del 18 maggio 2010, ha ribadito la legittimità di forme di collaborazione pubblico-pubblico che *“non rientrino nel campo d'applicazione delle direttive sugli appalti pubblici, a condizione che siano soddisfatti tutti i seguenti criteri: lo scopo del partenariato è l'esecuzione di un compito di servizio pubblico spettante a tutte le autorità locali in questione; il compito è svolto esclusivamente dalle autorità pubbliche in questione, cioè senza la partecipazione di privati o imprese private; l'attività in questione è espletata essenzialmente per le autorità pubbliche coinvolte”*.

27. Si evidenzia inoltre che, nell'ambito della “Strategia 2020”, la Commissione Europea ha pubblicato il “Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici”, mediante il quale ha avviato una consultazione pubblica in ordine all'opportunità di apportare alcune modifiche alla normativa sugli appalti pubblici.

28. In seno a tale consultazione, relativamente alla materia in esame, è emersa l'ipotesi di adottare norme comunitarie volte a definire e meglio chiarire la portata ed i criteri della cooperazione pubblico-pubblico, al fine di garantire una maggiore uniformità applicativa fra i vari Stati membri, nonché un maggior livello di certezza per le amministrazioni che intendono utilizzare tali forme di cooperazione, chiarendo i presupposti necessari per ricorrere alle diverse fattispecie di cooperazione pubblico-pubblico.

29. Tali forme di partenariato prefigurano un modello attraverso il quale le pubbliche amministrazioni coordinano l'esercizio di funzioni proprie in vista del conseguimento di un risultato comune in modo complementare e sinergico, ossia in forma di reciproca collaborazione.

30. Detto modello convenzionale non risulta in contrasto con la normativa a tutela della concorrenza in quanto le amministrazioni decidono di provvedere direttamente con propri mezzi allo svolgimento dell'attività istituzionale ripartendosi i compiti, il che vale a dire che entrambi i soggetti forniscono un proprio contributo.

31. Ad analoghe conclusioni non può giungersi, invece, nel caso in cui un ente si procuri un servizio di cui necessita per il conseguimento degli obiettivi assegnati a fronte del pagamento di un corrispettivo: in questa situazione, sia che ci si rivolga ad un privato, sia che ci si rivolga ad un soggetto pubblico, è difficile sostenere l'applicabilità dello schema della collaborazione, atteso

che si è di fronte ad uno scambio di prestazioni corrispettive che risponde alla logica del contratto e che perciò richiede, in assenza di altre circostanze esimenti, l'espletamento di una gara pubblica.

32. In proposito, va ricordato che la Corte di Giustizia, con la sentenza del 23 dicembre 2009, causa C-305/08, *Conisma*, ha chiarito che la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici è applicabile agli accordi a titolo oneroso conclusi tra un'amministrazione aggiudicatrice ed un'altra amministrazione aggiudicatrice, intendendo con tale espressione un ente che soddisfa una funzione di interesse generale, avente carattere non industriale o commerciale e che, quindi, non esercita a titolo principale un'attività lucrativa sul mercato.

33. Del resto, un'interpretazione della normativa comunitaria incline alla massima apertura delle procedure selettive per l'affidamento di commesse pubbliche a soggetti tradizionalmente esclusi, come le Università, è perfettamente in linea con l'intento di circoscrivere il ricorso all'affidamento diretto.

34. Nella fattispecie da cui trae origine il rinvio pregiudiziale, è pacifico che il servizio di pulizia costituisce un'attività ausiliaria rispetto alla funzione pubblica esercitata dai due enti territoriali e che tale servizio viene assicurato da un ente a favore dell'altro senza alcuna reciproca collaborazione bensì a fronte di un "rimborso spese" che integra piuttosto un vero e proprio corrispettivo, essendo parametrato sulla base di una tariffa oraria.

35. Appare quindi condivisibile l'orientamento del giudice del rinvio, secondo il quale l'accordo concluso dai due enti territoriali appare una costruzione di puro artificio diretta ad eludere le norme in materia di pubblici appalti, sottraendo al libero mercato e alle regole della concorrenza, l'affidamento del servizio di pulizia in questione, in passato peraltro affidato a privati all'esito di procedura concorsuale.

36. Infatti, come già evidenziato, l'accordo concluso tra il distretto di Duren e la città di Duren, prevede l'affidamento a quest'ultima dei servizi di pulizia degli edifici del distretto; il servizio è svolto unicamente dalla città di Duren, con assunzione di responsabilità e dietro pagamento di un corrispettivo; si tratta inoltre di un servizio che non riguarda l'esercizio di pubblici poteri, né rientra nei compiti istituzionali dell'amministrazione ma integra più propriamente un servizio strumentale o ausiliario della stessa.

37. Ne consegue l'assenza, nella fattispecie, dei presupposti indicati dal giudice comunitario ai fini dell'esenzione dall'applicazione della normativa sugli appalti pubblici, atteso che: l'accordo non sembra realizzare un interesse pubblico comune ai due enti, nell'esercizio di un compito istituzionale, ma riguarda lo svolgimento di un servizio strumentale da parte di un ente locale in favore dell'ente affidante; non sussiste una divisione di compiti e di responsabilità, poiché il servizio è reso da uno solo degli enti sottoscrittori, con assunzione di responsabilità; per tale attività è previsto il riconoscimento di un corrispettivo.

38. In definitiva, l'accordo concluso tra il distretto di Duren e la città di Duren sembra possedere le caratteristiche dell'appalto pubblico, secondo la definizione contenuta nella direttiva CE/2004/18.

39. Infatti, con riferimento al profilo soggettivo, tale requisito appare soddisfatto, atteso che il servizio di pulizia è affidato da un'amministrazione pubblica.

40. Quanto all'elemento oggettivo, ai sensi dell'art. 1, comma 2, della predetta direttiva, il servizio in questione è espressamente incluso nell'Allegato II della medesima direttiva, ed è dunque sottoposto alla disciplina ivi contenuta.

41. Con riguardo alla onerosità dell'operazione, è acclarato che l'ente affidatario percepisce un corrispettivo per lo svolgimento del servizio di pulizia, ancorché sotto forma di rimborso e comunque parametrato ad una tariffa oraria.

42. Si ritiene, pertanto, che nel caso in esame si sarebbe dovuto svolgere un reale confronto concorrenziale nel rispetto della direttiva 2004/18/CE per l'affidamento del servizio in questione.

43. Ad avviso del Governo italiano, quindi, la Corte dovrebbe nella fattispecie ribadire il principio secondo il quale gli strumenti di partenariato pubblico-pubblico sono utilizzabili per regolare, attraverso una reale divisione di compiti e di responsabilità, la realizzazione di un interesse pubblico, effettivamente comune ai partecipanti, da valutarsi alla luce delle finalità istituzionali degli enti coinvolti.

44. In particolare, affinché detti strumenti non siano utilizzati per eludere le norme comunitarie in materia di appalti pubblici a garanzia della libera circolazione dei servizi e dell'apertura alla concorrenza negli Stati membri, dovrebbe essere esclusa la possibilità di prevedere, in tali tipi di accordi, un vero e proprio corrispettivo, comprensivo di un margine di guadagno, al di fuori del mero ristoro delle spese sostenute.

CONCLUSIONI

45. Il Governo italiano propone quindi alla Corte di risolvere il quesito nel senso che per 'appalto pubblico' nell'accezione dell'art. 1, n. 2, lett. a), della direttiva 2004/18/CE debba intendersi anche un contratto fra i due enti pubblici territoriali tramite il quale uno di essi attribuisca all'altro una competenza strettamente delimitata a fronte di un rimborso spese, in particolare laddove la mansione attribuita non riguardi l'attività sovrana in quanto tale, bensì solo operazioni ausiliarie.

Roma, 17 novembre 2011

Osservazioni del Governo della Repubblica italiana (avv. Stato Wally Ferrante, AL 43968/11) nella causa C-428/11. Materia: Ravvicinamento delle legislazioni; Tutela dei consumatori; Libertà di stabilimento e libera prestazione dei servizi.

Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) il 16 agosto 2011 - Purely Creative Ltd e a. / Office of Fair Trading

QUESTIONI PREGIUDIZIALI

1. Con l'ordinanza [del 2 agosto 2011], è stato chiesto alla Corte di Giustizia dell'Unione europea di pronunciarsi, ai sensi dell'art. 267 TFUE, sulle seguenti questioni pregiudiziali:

1) *“Se la pratica vietata stabilita nel punto 31 dell'allegato I della direttiva 2005/29/CE precluda ai professionisti di informare i consumatori di aver vinto un premio o una vincita equivalente, mentre in effetti il consumatore è invitato a sostenere un costo, anche se di entità minima, in relazione alla richiesta del premio o di altra vincita equivalente”.*

2) *“Se, nel caso in cui il professionista offra al consumatore diversi metodi per reclamare il premio o altra vincita equivalente, il punto 31 dell'allegato I sia violato quando il compimento di qualsiasi azione concernente uno qualunque dei metodi di richiesta è subordinato al sostenimento di un costo per il consumatore, ivi compreso un costo di entità minima”.*

3) *“In caso di assenza di violazione del punto 31 dell'allegato I, quando il metodo di richiesta comporta per il consumatore soltanto costi di entità minima, in che modo il giudice nazionale debba determinare se tali costi sono di entità minima. In particolare, se tali costi debbano essere integralmente necessari:*

a) al fine di consentire al promotore di identificare il consumatore come vincitore del premio, e/o

b) al consumatore per prendere possesso del premio, e/o

c) al consumatore per godere dell'esperienza descritta come premio”.

4) *“Se l'uso dell'espressione «falsa impressione» al punto 31 imponga una condizione supplementare rispetto al requisito del versamento di denaro o del sostenimento di costi da parte del consumatore per reclamare il premio, affinché il giudice nazionale concluda che le disposizioni del punto 31 sono state violate”.*

5) *“In caso affermativo, in che modo il giudice nazionale debba determinare se tale «falsa impressione» sia stata data. In particolare, se, nel decidere se sia stata data una «falsa impressione», il giudice nazionale sia tenuto a considerare il valore relativo del premio rispetto al costo sostenuto per reclamarlo. In caso affermativo se tale «valore relativo» debba essere valutato con riferimento:*

a) al costo unitario a carico del promotore per acquisire il premio; oppure

b) al costo unitario a carico del promotore per fornire il premio al consumatore; oppure

c) al valore che il consumatore può attribuire al premio sulla base di una stima del «valore di mercato» di un articolo equivalente acquistabile».

ESPOSIZIONE DEI FATTI DI CAUSA

2. La questione pregiudiziale trae origine da una controversia tra l'Office of Fair Trading (OFT), competente a vigilare sull'applicazione della normativa a protezione del consumatore, e alcuni professionisti che operano nel settore della distribuzione di corrispondenza ed inserti, tra cui tagliandi tipo "gratta e vinci", per mezzo dei quali i consumatori sono informati di aver vinto un premio e sono invitati a scoprire quale premio hanno vinto e a reclamarlo.

3. In particolare, l'Office of Fair Trading ha chiesto un provvedimento inibitorio al fine di impedire ai professionisti di continuare a distribuire promozioni che configurerebbero pratiche commerciali sleali ai sensi della normativa nazionale di recepimento della direttiva comunitaria 2005/29/CE.

4. Le promozioni di cui alla fattispecie in questione si sostanziano in lettere indirizzate individualmente, in tagliandi tipo "gratta e vinci" o in altri inserti contenuti in giornali e periodici.

5. Il consumatore, informato di aver diritto a reclamare uno di una serie di premi o ricompense specifici, al fine di scoprire cosa avesse "vinto", poteva scegliere tra più opzioni a pagamento: chiamare un numero di telefono a tariffa maggiorata, inviare un SMS o spedire una missiva a mezzo di posta ordinaria. Nella promozione veniva dato maggiore risalto al metodo telefonico a tariffa maggiorata.

6. Oltre il 99% di coloro che reclamavano un premio in realtà scoprivano di avere diritto a ricevere i premi più comuni, il cui valore, o una parte sostanziale dello stesso, equivaleva in pratica a quanto già pagato in spese telefoniche o messaggi di testo, oppure in spese aggiuntive richieste per la consegna e l'assicurazione.

NORMATIVA COMUNITARIA

7. L'art. 5 della direttiva 2005/29/CE dispone che "*L'allegato I riporta l'elenco di quelle pratiche commerciali che sono considerate in ogni caso sleali. Detto elenco si applica in tutti gli stati membri e può essere modificato solo mediante revisione della presente direttiva*".

8. In particolare l'allegato I di tale direttiva al punto 31, considera in ogni caso come sleali, quei comportamenti volti a: "*Dare la falsa impressione che il consumatore abbia già vinto, vincerà o vincerà compiendo una determinata azione un premio o una vincita equivalente, mentre in effetti non esiste alcun premio né vincita equivalente, oppure qualsiasi azione volta a reclamare il premio o altra vincita equivalente è subordinata al versamento di danaro o al sostenimento di costi da parte del consumatore*".

RISPOSTA AI QUESITI

9. I cinque quesiti posti dal giudice remittente possono essere affrontati unitariamente in quanto strettamente collegati.

10. Nella sostanza, la Court of Appeal chiede alla Corte di giustizia di stabilire se, allorché il consumatore sia invitato a sostenere un costo, anche di minima entità, per reclamare un premio che si assume abbia vinto, ciò costituisca una pratica commerciale ingannevole vietata dall'allegato I, punto 31 della direttiva 2005/29/CE.

11. Come chiarito dagli Orientamenti della Commissione per l'attuazione e l'applicazione della Direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali, lo scopo di questo divieto è di impedire agli operatori di mercato disonesti di persuadere i consumatori ad effettuare un'operazione commerciale o a versare denaro o un'altra forma di remunerazione, creando la falsa illusione che abbiano vinto o possano vincere un premio.

12. La finalità della tutela, nell'intenzione del Legislatore comunitario, è quella di precludere ai professionisti la possibilità di addebitare ai consumatori le spese di ritiro del premio, in quanto - in via di principio - il versamento di qualsiasi remunerazione compromette inevitabilmente la credibilità dell'uso del termine «premio».

13. La prima parte della citata disposizione prevede l'ipotesi in cui in realtà il premio promesso non esiste. In tal caso, per non violare il divieto, i professionisti devono essere in grado di dimostrare di aver assegnato il premio o la vincita equivalente alle precise condizioni indicate nell'annuncio rivolto ai consumatori. In caso contrario, la pratica rientra nell'ambito di applicazione del divieto.

14. La seconda parte della medesima disposizione riguarda l'ipotesi di condotte aggressive in cui il premio o la vincita è soggetta alla condizione che il consumatore versi del denaro o sostenga un costo. Negli Orientamenti della Commissione per l'attuazione e l'applicazione della direttiva 2005/29/CE, è indicato l'esempio in cui il consumatore è informato della vincita di un premio ma deve chiamare un numero telefonico a pagamento per riceverlo, proprio come nel caso di specie. Altro esempio richiamato dalla Commissione è quello in cui il consumatore sia inizialmente informato della vincita di un premio e poi scopra di dover ordinare un altro prodotto o servizio per ricevere il premio pubblicizzato o la vincita equivalente.

15. Da quanto detto, sembra potersi concludere che il divieto in esame sia volto ad evitare che i professionisti pongano in essere pratiche commerciali aggressive sfruttando "l'effetto aggancio" generato dalla sussistenza di una "vincita" - che in realtà nasconde una promozione commerciale - che condiziona indebitamente il comportamento economico del consumatore, il quale, assumendo il costo per la riscossione, in sostanza "compra" il bene offerto quale "premio".

16. In quest'ottica, appare pienamente coerente con la previsione del divieto sostenere che la pratica commerciale aggressiva si realizza tramite la pressione psicologica costituita dall'impressione suscitata nel consumatore di aver conseguito un vantaggio, che in realtà non esiste o si può ricevere dietro versamento di denaro a qualsiasi titolo o la sopportazione di costi, a prescindere dalla loro entità e dalla possibilità di qualificarli come esborsi o costi minimi.

17. Nelle fattispecie di cui si discute la posizione del professionista è caratterizzata da una situazione strutturale di potere di fatto, artatamente costruita e consistente nell'essere questi colui che dispensa premi e vincite, mentre la posizione del consumatore è connotata da una situazione strutturale di inferiorità, segnata o dall'essere quest'ultimo colui che deve ricevere un vantaggio economico ma per ottenerlo deve fare quanto richiestogli, o dalla mera convinzione di aver conseguito una vincita in realtà inesistente. In questo rapporto si annida dunque l'indebito condizionamento che caratterizza la pratica commerciale aggressiva.

18. Alla luce delle considerazioni esposte, deve concludersi che, in caso di premio o vincita prospettata come certa ma il cui conseguimento è subordinato alla sopportazione di un sacrificio economico, la pratica commerciale aggressiva di cui al punto 31 dell'allegato I della direttiva 2005/29/CE deve ritenersi sussistente, a prescindere dall'entità del predetto sacrificio economico.

CONCLUSIONI

19. Il Governo italiano propone quindi alla Corte di risolvere i quesiti nel senso che, in caso di premio o vincita prospettata come certa ma il cui conseguimento è subordinato alla sopportazione di un sacrificio economico da parte del consumatore, la pratica commerciale aggressiva di cui al punto 31 dell'allegato I della direttiva 2005/29/CE deve ritenersi sussistente, a prescindere dall'entità del predetto sacrificio economico.

Roma, 6 dicembre 2011

CONTENZIOSO NAZIONALE

Sulla natura giuridica degli enti lirico-sinfonici

(Nota a Corte costituzionale, sentenza del 21 aprile 2011 n. 153)

Alessandra Bruni ()*

*Niccolò Guasconi (**)*

SOMMARIO: 1. Posizione del problema - 2. Gli indici della connotazione pubblicistica al vaglio della Consulta - 3. Le finalità perseguite dalle fondazioni lirico-sinfoniche: scopi pubblicistici e attuazione del dettato costituzionale.

1. Posizione del problema

Fin da quando il legislatore ha disposto la trasformazione in fondazioni di diritto privato degli enti di prioritario interesse nazionale operanti nel settore musicale (1), la tematica della natura giuridica degli enti autonomi lirici si è rivelata determinante ai fini della risoluzione delle controversie giuridiche che li hanno visti coinvolti. Infatti, nonostante il d.l. 24 novembre 2000, n. 345 abbia ulteriormente accelerato il processo di trasformazione, con decorrenza dal 23 maggio 1998, molto spesso la reale portata della stessa è stata messa in dubbio. Già dai primi interventi legislativi si evince che il mutamento non è stato completo: le strutture organizzative e funzionali delle cosiddette fonda-

(*) Avvocato dello Stato.

(**) Dottorando in “Teoria dello Stato e istituzioni politiche comparate” presso l’Università degli Studi di Roma “La Sapienza”; ha svolto pratica forense presso l’Avvocatura dello Stato.

(1) Il primo intervento in questo senso è il d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367, che tuttavia si limitava a delineare la trasformazione, successivamente realizzata con il d.lgs. 23 aprile 1998, n. 134 (Trasformazione in fondazione degli enti lirici e delle istituzioni concertistiche assimilate, a norma dell’art. 11, comma 1, lettera b, della legge 15 marzo 1997, n. 59). Tale decreto, che disponeva direttamente per legge la trasformazione, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo per eccesso di delega da Corte cost., sent. 18 novembre 2000, n. 503. Il contenuto del d.lgs. è stato sostanzialmente reiterato dal d.l. 24 novembre 2000, n. 345, convertito in legge 26 gennaio 2001, n. 6.

zioni continuavano e continuano ad evidenziare una fortissima impronta pubblicistica e i finanziamenti sono in gran parte di matrice statale. Il fenomeno era forse inevitabile ove si consideri il preminente interesse pubblico che le fondazioni sono chiamate a soddisfare, nonché la loro risalente tradizione e l'importanza che rivestono per lo sviluppo culturale del Paese. Attualmente le fondazioni lirico - sinfoniche sono quattordici e raccolgono i principali centri operistici italiani (2): Teatro Comunale di Bologna, Teatro Maggio Musicale Fiorentino, Teatro Carlo Felice di Genova, Teatro alla Scala di Milano, Teatro San Carlo di Napoli, Teatro Massimo di Palermo, Teatro dell'Opera di Roma, Teatro Regio di Torino, Teatro Lirico G. Verdi di Trieste, Teatro La Fenice di Venezia, Arena di Verona, Accademia Nazionale di Santa Cecilia di Roma, Teatro Lirico di Cagliari ed infine il Teatro Petruzzelli di Bari.

D'altro canto, che la questione dell'effettiva natura giuridica non sia di poco conto è evidente: basti pensare alle norme che regolano i rapporti di lavoro per la P.A. e per gli enti privatistici o, ancora, alle peculiari disposizioni in tema di esecuzioni nei confronti delle Amministrazioni dello Stato e degli enti pubblici. Ciononostante, la giurisprudenza ha, salvo rare eccezioni (3), sempre mantenuto un atteggiamento evasivo, limitandosi troppo spesso a rigettare le doglianze prospettate dall'Avvocatura dello Stato con motivazioni frettolose e non persuasive, scevre di approfondimenti critici su una tematica ingiustamente considerata marginale. Sul quadro poc'anzi prospettato sembra destinata ad incidere significativamente la recente sentenza della Corte costituzionale 21 aprile 2011, n. 153, incentrata sul rilievo dei profili pubblicistici.

In effetti già in questi primi mesi successivi alla citata decisione sembra che l'interpretazione ivi sostenuta abbia iniziato a riverberarsi sulle statuizioni dei giudici di merito. Una prima conferma è giunta dall'ordinanza del giudice della esecuzione, del Tribunale civile di Roma, che, rivedendo il suo tradizionale orientamento, ha ritenuto applicabile alla fondazione Teatro dell'Opera l'art. 14 del d.l. 31 dicembre 1996, n. 669 (4), convertito con legge 28 febbraio 1997, n. 30. In altre parole, si è reputato di estendere anche all'ente lirico quelle esigenze, marcatamente pubblicistiche, che sovrintendono alle procedure esecutive nei confronti della P.A.; queste consistono nella salvaguardia delle Amministrazioni dello Stato e degli enti pubblici non economici, garantendo in

(2) Tali centri lirici erano gli stessi già previsti dall'art. 6 della legge 14 agosto 1967, n. 800, come "enti autonomi lirici e istituzioni concertistiche assimilate". A quest'elenco è stata aggiunta la "Fondazione lirico - sinfonica Petruzzelli e Teatri di Bari", costituita con legge 11 novembre 2003, n. 310.

(3) Si segnala in tal senso: Tribunale di Verona, sez. Lavoro, sent. 14 aprile 2011, n. 233.

(4) L'art. 14, comma 1, d.l. 669/1996, con successive modificazioni, recita testualmente: "Le Amministrazioni dello Stato e gli enti pubblici non economici completano le procedure per l'esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali e dei lodi arbitrali aventi efficacia esecutiva e comportanti l'obbligo di pagamento di somme di denaro entro il termine di centoventi giorni dalla notificazione del titolo esecutivo. Prima di tale termine il creditore non ha diritto di procedere ad esecuzione forzata nè alla notifica di atto di precetto".

via principale la vita ordinaria della Amministrazione (per esempio assicurando, come nel caso di specie, sia il pagamento degli stipendi che la produzione artistica).

Infatti, la *ratio* del divieto previsto dalla disposizione in esame deve essere individuata nell'esigenza di accordare ai soggetti destinatari, attraverso il differimento dell'esecuzione, uno *spatium adimplendi* per la preparazione dei mezzi finanziari occorrenti al pagamento dei crediti azionati, al fine di evitare la paralisi dell'attività amministrativa derivante dai ripetuti pignoramenti di fondi, contemperando in tal modo l'interesse del singolo alla realizzazione del suo diritto con quello generale ad una ordinata gestione delle risorse finanziarie pubbliche (5).

2. Gli indici della connotazione pubblicistica al vaglio della Consulta

Con la pronuncia 153/2011 il giudice delle leggi viene investito della supposta illegittimità costituzionale degli articoli 1 e 4 del d.l. 30 aprile 2010, n. 64 (Disposizioni urgenti in materia di spettacolo e attività culturali). Il caso prende le mosse dal ricorso n. 84/2010 con cui la Regione Toscana censura le disposizioni impugnate poichè, a suo dire, lederebbero le attribuzioni regionali in materia di "promozione e organizzazione di attività culturali", come interpretata dalla giurisprudenza costituzionale (6), di cui all'art. 117, co. 3, Cost. La Regione denuncia, altresì, la violazione degli artt. 118 e 120 Cost. poichè il censurato decreto realizzerebbe nei fatti un'attrazione in sussidiarietà, travalicando i limiti sostanziali e procedurali che la Corte ha imposto per tali operazioni, con ciò determinando un grave *vulnus* nel principio di leale collaborazione. Invero l'intervento normativo, sottolinea la difesa erariale, ha come obiettivo primario quello di rimediare urgentemente allo stato di crisi in cui versano molte delle fondazioni lirico - sinfoniche, razionalizzando la spesa e implementando la produttività. Pertanto, l'Avvocatura dello Stato, attesa la natura sostanzialmente pubblicistica delle suddette fondazioni, ha ricondotto le norme censurate nell'alveo della materia "*ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali*", di cui all'art. 117, co. 2, lett. g).

La Corte, aderendo alla tesi da ultimo prospettata, ha ulteriormente approfondito la questione con motivazione apprezzabile per coerenza interna e completezza. La Consulta ha così avuto modo di specificare che "*sulla qualificazione in senso pubblicistico degli enti lirici, ancorché privatizzati, si registra anche una sostanziale convergenza delle parti, nel solco peraltro di una giurisprudenza prevalente (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza n. 2637 del 2006; T.A.R. Liguria, sez. II, sentenza n. 230 del 2009; T.A.R. Sardegna, sez. II, sentenza n. 1051 del 2008). Si ritiene, infatti, concordemente*

(5) Così Corte cost., sent. 23 aprile 1998, n. 142.

(6) Corte cost., sent. 19 luglio 2005, n. 285.

che, nonostante l'acquisizione della veste giuridica formale di «fondazioni di diritto privato», tali soggetti conservino, pur dopo la loro trasformazione, una marcata impronta pubblicistica” (7). Tale affermazione trova peraltro ampio riscontro nei molteplici ed univoci indici della connotazione pubblica che la stessa Corte costituzionale identifica “nei finanziamenti, nel conseguente assoggettamento al controllo della Corte dei conti” e ancora “nel patrocinio dell'Avvocatura dello Stato” (8). La posizione ivi espressa viene altresì corroborata dalla recente normativa comunitaria in materia di appalti pubblici (9), la quale, come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale, “appare molto eloquente, perché riconosce a livello legislativo la compatibilità della nozione di organismo di diritto pubblico con la forma giuridica privata dell'ente («anche in forma societaria»), purché l'ente stesso risulti, come nella specie, istituito per soddisfare esigenze d'interesse generale, dotato di personalità giuridica e finanziato in modo maggioritario dallo Stato o da altri enti pubblici (art. 3, comma 26, del d.lgs. n. 163 del 2006)” (10). Del resto proprio su quest'aspetto si era già espressa la Corte di giustizia dell'Unione europea, con giurisprudenza richiamata anche dalla Suprema Corte di Cassazione (11), ritenendo la natura giuridica pubblicistica di per sé non incompatibile con il carattere di diritto privato di un organismo (12), laddove ricorrano determinati presupposti, da intendersi estensivamente (13) e cumulativamente (14). Questi sono: la personalità giuridica, il finanziamento maggioritario o controllo gestionale da parte dello Stato, la finalità di soddisfare interessi generali aventi carattere non industriale o commerciale. Pertanto, incontestata la personalità giuridica, restano da verificare i requisiti inerenti alla dominanza pubblica e alle finalità perseguite, come in parte si è già detto e meglio si illustrerà in seguito.

A ben vedere la statuizione della Corte è importante forse più per l'auto-revolezza dell'organo che li afferma che per gli specifici profili di rilievo pubblicistico individuati. Infatti, quanto al primo requisito, oltre a quelli citati dalla Consulta, vi sono anche altri indici che attestano la dominanza pubblica e dunque l'appartenenza delle fondazioni in parola al plesso dell'Amministrazione statale. In particolare si tratta delle norme inerenti al potere di vigilanza attribuito al Ministero e alla nomina degli organi decisionali dell'ente. Il presidente del consiglio di amministrazione è per legge il sindaco del comune (15) ove è ubicata la sede della fondazione, anch'essa stabilita *ex lege* ed im-

(7) Così testualmente Corte cost., sent. 21 aprile 2011, n. 153.

(8) Così testualmente Corte cost., sent. 21 aprile 2011, n. 153.

(9) Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, recepite in Italia con d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

(10) Così testualmente Corte cost., sent. 21 aprile 2011, n. 153.

(11) Cass., SS. UU., ord. 8 febbraio 2006, n. 2637.

(12) Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 15 maggio 2003, causa C-214/00.

(13) Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 27 febbraio 2003, causa C-373/00.

(14) Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 15 gennaio 1998, causa C-44/96, e sent. 10 novembre 1998, causa C-360/96.

modificabile dall'autonomia privata (16). Il consiglio di amministrazione è composto, oltre che dal presidente, da due membri di diritto designati, rispettivamente, dal Ministero per i beni e le attività culturali e dalla Regione ove ha sede la fondazione, indipendentemente dalla misura del loro apporto al patrimonio (17). Il presidente del collegio dei revisori dei conti è designato dal Ministero dell'economia e delle finanze (18). Il potere di vigilanza compete al Ministero per i beni e le attività culturali, che può anche disporre ispezioni (19), e l'attività finanziaria è soggetta al controllo della Corte dei Conti (20). Il bilancio della fondazione è trasmesso per legge al Ministero dell'economia e delle finanze (21) e le stesse sono tenute a fornire periodicamente informazioni al Ministero dei beni culturali e al dicastero dell'economia (22).

La disciplina di diritto privato regolante le fondazioni è pertanto affiancata da una serie di previsioni legislative di tipo pubblicistico, considerato che: gli organi di direzione e controllo sono in gran parte nominati dai pubblici poteri; le entrate finanziarie sono per la maggior parte di fonte pubblica; le disposizioni riguardanti lo scioglimento ovvero l'amministrazione straordinaria sono specificatamente previste dalla legge che disciplina il settore (23).

3. Le finalità perseguite dalle fondazioni lirico-sinfoniche: scopi pubblicistici e attuazione del dettato costituzionale

Coerentemente con le succitate affermazioni della Corte di Giustizia, il giudice delle leggi non si ferma all'analisi di specifici profili attestanti l'incidenza dei pubblici poteri sulla vita dell'ente, ma compie anche un'efficace ricognizione della *ratio* della privatizzazione. Non deve stupire allora che la Corte prenda a riferimento gli scopi delle fondazioni, segnalando che non casualmente il d.lgs. 367/1996, pur trasformandone la natura giuridica, assegna loro le medesime finalità già previste dalla legge 800/1967 per quelli che allora erano enti di diritto pubblico (24). La Consulta suggerisce quindi che la con-

(15) Art. 11, comma 1, d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367.

(16) Art. 10, comma 4, d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367.

(17) Art. 12, commi 2 e 3, d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367.

(18) Art. 14, commi 1 e 2, d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367.

(19) Art. 19, commi 1 e 2, d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367.

(20) Art. 15, comma 5, d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367.

(21) Art. 16, comma 5, d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367.

(22) Art. 19, comma 3, d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367.

(23) Art. 21 d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367.

(24) L'art. 5 della l. 800/1967 infatti recitava: "Gli enti autonomi lirici e le istituzioni concertistiche assimilate hanno personalità giuridica di diritto pubblico e sono sottoposti alla vigilanza del Ministero del turismo e dello spettacolo. Essi non perseguono scopi di lucro ed hanno come fine la diffusione dell'arte musicale, la formazione professionale dei quadri artistici e la educazione musicale della collettività". L'art. 3 del d.lgs. 367/1996 ribadisce che le fondazioni "perseguono, senza scopo di lucro, la diffusione dell'arte musicale, per quanto di competenza la formazione professionale dei quadri artistici e l'educazione musicale della collettività".

versione in enti di diritto privato avesse il solo scopo di eliminare certe rigidità organizzative e attrarre finanziamenti privati, con ciò contenendo la spesa pubblica e implementando la produttività, senza però incidere sull'interesse pubblico prestabilito. Seguendo questo ragionamento il carattere nazionale delle fondazioni, anch'esso indispensabile ai fini dell'inquadramento nei termini di cui all'art. 117, co. 2, lett. g), deriva non tanto dalla natura dell'attività svolta quanto dal fatto che i fini perseguiti si estendono a tutto il territorio italiano, senza poter essere rigidamente imbrigliati a livello regionale. Basterebbe già questo a dimostrare l'inidoneità delle regioni a disciplinare la materia e giustificare la forte impronta statualista. Tuttavia, la Consulta non sfugge alle estreme conseguenze del proprio ragionamento, fornendo ampia copertura costituzionale alle finalità precedentemente enucleate, da ricondursi anzitutto alla *“esplicazione dei principi fondamentali dello sviluppo della cultura e della tutela del patrimonio storico e artistico della Nazione, di cui all’art. 9, primo e secondo comma, Cost., che solo una normativa di sistema degli enti strumentali dettata dallo Stato può contribuire a realizzare adeguatamente”* (25). Il principio generale di affidamento alla Repubblica del compito di promuovere lo sviluppo della cultura si concretizza a livello costituzionale nelle previsioni dell'art. 33 Cost. in relazione al *“modello delle istituzioni di alta cultura, che autorizza lo Stato a limitare, con una propria disciplina, l'autonomia ordinamentale ad esse riconosciute (art. 33, sesto comma, Cost.)”*. Tale inquadramento si riverbera nel riparto di competenze tra Stato e Regioni, nel senso che *“lo sviluppo della cultura (art. 9 Cost.) giustifica un intervento dello Stato «anche al di là del riparto di competenze per materia tra Stato e Regioni di cui all’art. 117 Cost.» (sentenza n. 307 del 2004), e che un valore costituzionalmente protetto come la ricerca scientifica (artt. 9 e 33 Cost.), «in quanto tale in grado di rilevare a prescindere da ambiti di competenze rigorosamente delimitati», rende ammissibile un intervento “autonomo” statale, non solo in relazione alla disciplina delle «istituzioni di alta cultura, università ed accademie», ma anche se si riflette, al di fuori di detta sfera, su una materia di competenza concorrente, come, appunto, l’attività di ricerca scientifica (sentenza n. 31 del 2005)”* (26).

La pronuncia in commento offre quindi una ricostruzione chiara dell'intreccio creato dalla problematica qualificazione della natura giuridica e permette di riguardare ora all'intervento normativo che a tutto ciò ha dato inizio con occhi diversi. La trasformazione in fondazioni di diritto privato, infatti, si inserisce in un contesto storico caratterizzato da nuovi schemi di organizzazione amministrativa, conseguenti alla crisi della nozione di ente pubblico, economico e non.

(25) Così testualmente Corte cost., sent. 21 aprile 2011, n. 153.

(26) Così testualmente Corte cost., sent. 21 aprile 2011, n. 153.

La privatizzazione degli enti lirici si inserisce in un quadro di riconsiderazione della personalità di diritto pubblico che è sfociata sempre più nella creazione di figure ibride. Di fronte alla necessità di incasellare rigidamente tali nuove realtà nell'alternativa pubblico/privato la giurisprudenza si è inizialmente mossa nel senso di dare rilievo a privatizzazioni spesso più formali che sostanziali. Più di recente, a fronte del mancato completamento del processo di distacco dall'influenza dei pubblici poteri, la giurisprudenza amministrativa (27), seguita da Cassazione (28) e Consulta (29), ha preferito ribaltare l'orientamento tradizionale, valorizzando le connotazioni pubblicistiche che investono gli elementi cardine della vita dell'ente, a scapito della qualificazione formale come fondazione (30). In questo filone si colloca, rappresentandone un arricchimento, anche la sentenza qui in commento, che, pur riconoscendo l'assoggettamento, per quanto non espressamente previsto, alle regole del codice civile, ne sottolinea il valore residuale. In conclusione, l'anima prevalente sembra essere quella pubblicistica, mentre gli aspetti privatistici si inseriscono come eccezioni.

In termini più generali, può affermarsi che quella che era nata come una fuga dallo Stato ha viceversa prodotto un'evoluzione della nozione classica di "pubblica amministrazione", testimoniata anche dal crescente ruolo delle agenzie (31). Tutto ciò è dovuto alle difficoltà sociali, organizzative e politiche, che lo Stato ha incontrato nel trasferire ai privati alcune delle funzioni che ha continuato ad assumere su di sé per buona parte del XX secolo. L'incremento dei compiti, e l'esigenza di renderlo economicamente sostenibile, ha imposto un continuo adattamento dei principi alle fattispecie nuove tale da fornire un'interpretazione estensiva del concetto di P.A. e dei corrispondenti interessi giuridici sostanziali tutelabili. In quest'ottica le fondazioni qui in esame perseguono la promozione e diffusione della cultura e, indirettamente, il pluralismo, essenziale corollario della libertà di pensiero. Tali competenze, rientranti a pieno titolo tra gli obblighi costituzionali della Repubblica, connotano l'attività svolta come di interesse generale, non avente carattere industriale o commerciale, e perciò soggetta ad influenza dello Stato.

(27) Cons. St., sez. VI, sentenze 28 ottobre 1998, n. 1478; 2 marzo 2001, n. 1206; 17 settembre 2002, n. 4711.

(28) Cass., SS. UU., sent. 3 maggio 2005, n. 9096.

(29) Corte cost., sent. 19 dicembre 2003, n. 363.

(30) L'evoluzione giurisprudenziale di cui al testo, è ben riassunta, seppur con posizioni fortemente critiche, da CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, III ed., Giappichelli, Torino, 2006, pp. 92 ss.

(31) Per un approfondimento relativo alle nuove figure soggettive dell'Amministrazione Pubblica si rinvia a BRUNI A. - PALATIELLO G., *La difesa dello Stato nel processo*, UTET giuridica, 2011, pp. 5 ss..

Corte costituzionale, sentenza del 21 aprile 2011 n. 153 - Pres. De Siervo, Red. Mazzella - Giudizio di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 4 del decreto-legge 30 aprile 2010, n. 64 (Disposizioni urgenti in materia di spettacolo e attività culturali), promosso dalla Regione Toscana (avv. Marcello Cecchetti) (avv. Stato Giuseppe Albenzio per il Presidente del Consiglio dei ministri).

(Omissis)

Ritenuto in fatto

1. – Con ricorso notificato il 28 giugno 2010, depositato il 1° luglio 2010 ed iscritto al n. 84 del ruolo ricorsi dell'anno 2010, la Regione Toscana, rappresentata e difesa dalla propria Avvocatura, ha promosso, in riferimento agli artt. 117, commi terzo e sesto, 118, primo comma, e 120 della Costituzione, nonché al principio di leale collaborazione, questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 4 del decreto-legge 30 aprile 2010, n. 64 (Disposizioni urgenti in materia di spettacolo e attività culturali).

1.1. – In particolare: l'art. 1 stabilisce che, entro dodici mesi dall'entrata in vigore del decreto-legge, il Governo, su proposta del Ministro per i beni e le attività culturali, adotta uno o più regolamenti per la revisione dell'attuale assetto ordinamentale e organizzativo delle fondazioni lirico-sinfoniche di cui al decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367 (Disposizioni per la trasformazione degli enti che operano nel settore musicale in fondazioni di diritto privato), e successive modificazioni, e di cui alla legge 11 novembre 2003, n. 310 (Costituzione della «Fondazione lirico-sinfonica Petruzzelli e Teatri di Bari», con sede in Bari, nonché disposizioni in materia di pubblici spettacoli, fondazioni lirico-sinfoniche e attività culturali), anche modificando le disposizioni legislative vigenti, attenendosi ai criteri ivi prescritti. E', inoltre, previsto che sullo schema di regolamento é acquisito il parere, tra gli altri, della Conferenza unificata di cui all'art. 8 della legge – rectius decreto legislativo – 28 agosto 1997, n. 281 (Definizione ed ampliamento delle attribuzioni della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano ed unificazione, per le materie ed i compiti di interesse comune delle Regioni, delle province e dei comuni, con la Conferenza Stato-città ed autonomie locali), parere che dev'essere espresso entro il termine di trenta giorni dalla ricezione del predetto schema, decorso il quale il regolamento é comunque emanato; l'art. 4 dispone che il Ministro per i beni e le attività culturali ridetermina, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto-legge, i criteri per l'erogazione dei contributi allo spettacolo dal vivo, nonché le modalità per la loro liquidazione e anticipazione, secondo quanto previsto dall'art. 1, comma 3, della legge 15 novembre 2005, n. 239 (Disposizioni in materia di spettacolo), e con effetto a decorrere dal 1° gennaio 2011. I criteri di assegnazione tengono conto dei livelli quantitativi e della importanza culturale della produzione svolta, della regolarità gestionale degli organismi, nonché degli indici di affluenza del pubblico e sono riferiti ad attività già svolte e rendicontate. E', inoltre, previsto che dall'anno 2010 il Ministero per i beni e le attività culturali può liquidare anticipazioni sui contributi ancora da erogare, fino all'ottanta per cento dell'ultimo contributo assegnato, secondo i criteri e le modalità previsti dai decreti ministeriali vigenti in tale ambito.

1.2. – La ricorrente, premesso che le succitate disposizioni contengono norme in materia di spettacolo, richiama, anzitutto, l'orientamento espresso dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 285 del 2005, secondo cui la materia dello spettacolo é sicuramente riconducibile alla «promozione e organizzazione di attività culturali» di cui all'art. 117, terzo comma, Cost., che riguarda «tutte le attività riconducibili alla elaborazione e diffusione della cultura, senza

che vi possa essere spazio per ritagliarne singole partizioni come lo spettacolo» (in tal senso, anche la sentenza n. 255 del 2004). Coticché, trattandosi di materia di competenza legislativa ripartita fra Stato e Regione, «di norma la legislazione statale dovrebbe limitarsi a definire i soli principi fondamentali della materia, mentre le funzioni amministrative dovrebbero essere attribuite normalmente ai livelli di governo sub-statali in base ai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza indicati nell'art. 118 Cost. La disciplina in esame (rectius d.lgs. n. 28 del 2004), invece, appare essenzialmente caratterizzata, sul piano legislativo, da una normativa completa ed autoapplicativa, senza distinzione fra principi e dettagli, e, sul piano amministrativo, da un modello di gestione accentuatamente statalistico ed essenzialmente fondato su poteri ministeriali, con una presenza del tutto marginale di rappresentanti delle autonomie territoriali. Tutto ciò parrebbe contrastante non solo con l'art. 117, terzo comma, Cost. ma anche con il primo comma dell'art. 118 Cost., dal momento che, ove si fosse voluto intervenire in questa particolare materia mediante una "chiamata in sussidiarietà" delle funzioni amministrative da parte dello Stato, ciò avrebbe richiesto, ormai per consolidata giurisprudenza di questa Corte, quanto meno "una disciplina che prefiguri un iter in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovverosia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà" (sentenza n. 303 del 2003; ma analogamente cfr. anche sentenze n. 242 del 2005, n. 255 e n. 6 del 2004)».

Di conseguenza, la Corte costituzionale ha ritenuto indispensabile ricondurre ai moduli della concertazione necessaria e paritaria fra organi statali e Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano (di seguito: Conferenza Stato-Regioni), tutti quei numerosi poteri di tipo normativo o programmatico, caratteristici del nuovo sistema di sostegno ed agevolazione delle attività cinematografiche, che nel decreto legislativo impugnato erano invece riservati solo ad organi statali, così da recuperare alle regioni (in materie che sarebbero di loro competenza) quantomeno un potere di codecisione nelle fasi delle specificazioni normative o programmatiche.

La ricorrente osserva che le norme impuginate non risultano conformi all'orientamento espresso dalla Corte costituzionale con la pronuncia sopra menzionata e sarebbero, quindi, lesive delle competenze regionali.

1.3. – L'art. 1 del decreto-legge n. 64 del 2010 riguarda la disciplina in materia di riordino del settore lirico-sinfonico. In particolare, come visto, la norma prevede l'emanazione di uno o più regolamenti ministeriali per la revisione dell'assetto ordinamentale e organizzativo delle fondazioni lirico-sinfoniche di cui al d.lgs. n. 367 del 1996 e alla legge n. 310 del 2003. Si tratta di quegli enti di prioritario interesse nazionale operanti nel settore musicale per i quali, in base alle su citate normative, è stata prevista la trasformazione in fondazioni di diritto privato. L'art. 1 del decreto-legge in esame prevede che i suddetti regolamenti siano adottati, solo, previa acquisizione del parere della Conferenza unificata.

Inoltre, ai sensi della disposizione in esame, i regolamenti dovranno seguire i criteri ivi stabiliti, ossia: «a) razionalizzazione dell'organizzazione e del funzionamento sulla base dei principi di efficienza, corretta gestione, economicità ed imprenditorialità, anche al fine di favorire l'intervento di soggetti pubblici e privati nelle fondazioni; b) individuazione degli indirizzi ai quali dovranno informarsi le decisioni attribuite alla autonomia statutaria di ciascuna fondazione, con particolare riferimento alla composizione degli organi, alla gestione e al controllo dell'attività, nonché alla partecipazione di privati finanziatori nel rispetto dell'autonomia e delle finalità culturali della fondazione; lo statuto di ciascuna fondazione e le relative modificazioni sono approvati dal Ministro per i beni e le attività culturali, di concerto con il Mini-

stro dell'economia e delle finanze; c) previsione di forme adeguate di vigilanza sulla gestione economico-finanziaria della fondazione; d) incentivazione del miglioramento dei risultati della gestione attraverso la rideterminazione dei criteri di ripartizione del contributo statale; e) disciplina organica del sistema di contrattazione collettiva; f) eventuale previsione di forme organizzative speciali per le fondazioni lirico-sinfoniche in relazione alla loro peculiarità, alla loro assoluta rilevanza internazionale, alle loro eccezionali capacità produttive, per rilevanti ricavi propri o per il significativo e continuativo apporto finanziario di soggetti privati, con attribuzione al Ministro per i beni e le attività culturali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, del potere di approvazione dello statuto e delle relative modifiche. Lo statuto di ciascuna delle predette fondazioni prevede, tra l'altro, che i componenti del consiglio di amministrazione siano, di regola, nominati in proporzione al finanziamento alla gestione e che l'erogazione del contributo statale avvenga sulla base di programmi di attività triennali in ragione di una percentuale minima prestabilita a valere sul Fondo unico dello spettacolo di cui alla legge 30 aprile 1985, n. 163, con verifica successiva dei programmi da parte del Ministero per i beni e le attività culturali. Il Ministero dell'economia e delle finanze è sentito per le materie di sua specifica competenza».

Ad avviso della Regione Toscana, la materia disciplinata dalla disposizione in esame incide prevalentemente sulla materia dello spettacolo, la quale – secondo la richiamata pronuncia della Corte costituzionale n. 285 del 2005 – dev'essere ricondotta alla materia «promozione e organizzazione di attività culturali», oggetto di potestà legislativa concorrente delle regioni ex art. 117, terzo comma, Cost. Per contro, a seguito del d.lgs. n. 367 del 1996, gli enti lirico-sinfonici non potrebbero essere più qualificati come enti nazionali, avendo assunto la veste giuridica formale delle fondazioni di diritto privato e restando così sottratti alla disciplina relativa all'«ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali», di competenza esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, comma 2, lettera g), Cost.

Neppure potrebbe venire in rilievo, ai fini in esame, la competenza esclusiva statale in materia di ordinamento civile, in quanto, alla luce della giurisprudenza amministrativa formatasi in materia, le fondazioni liriche, seppur trasformate in fondazioni di diritto privato, rientrerebbero a pieno titolo fra gli organismi di diritto pubblico, essendo «[...] sottoposti al controllo della Corte dei conti, finanziati in massima parte con risorse pubbliche e quindi assoggettate ad una normativa speciale di gran lunga più penetrante di quella stabilita in via generale dell'art. 25 del codice civile. I fondatori necessari dei teatri, del resto, sono lo Stato, le Regioni ed i comuni e i presidenti degli stessi sono i sindaci delle città ospitanti, tenuti a rimettere anche al Ministero dell'economia e delle finanze le risultanze del proprio operato» (cfr. T.A.R. Liguria, sez. II, 18 febbraio 2009, n. 230; nello stesso senso T.A.R. Sicilia, sez. II, 16 maggio 2002, n. 1281). Inoltre, in merito alla natura e alla collocazione sistematica della Fondazione Teatro Lirico di Cagliari, costituita a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 367 del 1996, il disegno del legislatore sarebbe stato quello di operare una peculiare privatizzazione del settore, trasformando in fondazioni gli enti in precedenza deputati alla cura degli interessi propri della musica, ma senza privarli di tutte le preesistenti funzioni di carattere pubblicistico, tenuto conto delle indubbie ricadute di carattere pubblicistico degli specifici interessi affidati alle loro cure. La scelta del legislatore, insomma, sarebbe stata quella di «modificare i preesistenti moduli operativi, seppur sostituendo ai soggetti gestori di tipo tradizionale (enti pubblici in senso stretto) fondazioni di diritto privato [...] espressione della tendenza, da tempo emersa nella prassi legislativa, ad una spiccata eterogeneità dei moduli organizzativi e di azione della pubblica amministrazione, che in dottrina e giurisprudenza ha persino dato vita ad una nuova

ed aperta nozione di “ente pubblico”, capace di comprendere anche figure soggettive formalmente privatistiche. [...] infatti, la fondazione gestisce interessi pubblici o, comunque, di pubblica rilevanza, se ad essa partecipano necessariamente (anche mediante rilevanti contributi di carattere finanziario) enti pubblici (tra i quali la Regione)» (cfr. T.A.R. Cagliari, sez. II, 23 maggio 2008, n. 1051).

Pertanto, la disciplina dettata dalla norma impugnata esulerebbe dalla materia dell'ordinamento civile, perché le fondazioni in esame, organismi di diritto pubblico con organi gestionali caratterizzati dalla compresenza delle Regioni, opererebbero in una materia – «promozione ed organizzazione di attività culturali» – affidata alla potestà legislativa concorrente, da esercitare nell'ambito dei principi dettati dallo Stato.

Inoltre, la ricorrente denuncia il contrasto dell'art. 1 del decreto-legge n. 64 del 2010 con l'affermazione – contenuta nella sentenza della Corte costituzionale n. 255 del 2004 – secondo cui le attività culturali di cui all'art. 117, terzo comma, Cost. riguardano tutte le attività riconducibili alla elaborazione e diffusione della cultura, in quanto la norma impugnata non si limita a dettare principi al legislatore regionale, ma stabilisce la revisione della normativa in base a precisi criteri direttivi. Il legislatore statale sarebbe, quindi, intervenuto, del tutto illegittimamente, con una normativa puntuale, di dettaglio, esaustiva, senza lasciare alcuno spazio al legislatore regionale, ciò in violazione dell'art. 117, terzo comma, Cost.

Sarebbe leso, altresì, l'art. 117, sesto comma, Cost., ai sensi del quale il regolamento statale è ammesso esclusivamente nelle materie in cui lo Stato ha potestà legislativa esclusiva. Diversamente, nel caso in esame, verrebbe in questione la materia «promozione e organizzazione di attività culturali», affidata alla potestà concorrente regionale. Ne discenderebbe l'inammissibilità del ricorso alla fonte regolamentare statale.

In ogni caso, la norma violerebbe l'art. 118 Cost. ed il principio della leale cooperazione tra Stato e Regione, prevedendo che il regolamento sia adottato solo previo parere della Conferenza unificata e che questo possa essere superato ove non intervenga entro trenta giorni dal ricevimento dello schema di regolamento. Secondo quanto evidenziato dalla Corte costituzionale nella già citata sentenza n. 285 del 2005, l'interferenza della normativa in esame con le competenze regionali in materia di promozione e organizzazione di attività culturali, a potestà legislativa concorrente ex art. 117, terzo comma, Cost., avrebbe, invece, imposto l'intesa con la Conferenza medesima, in luogo del parere da rilasciare, oltre tutto, in un termine palesemente insufficiente.

La norma impugnata, in conclusione, sarebbe illegittima per contrasto con gli artt. 117, commi terzo e sesto, e 118 Cost., nonché per violazione del principio della leale collaborazione tra Stato e Regioni.

1.4. – L'art. 4 del decreto-legge n. 64 del 2010 prevede che il Ministro per i beni e le attività culturali ridetermini i criteri per l'erogazione e la liquidazione dei contributi allo spettacolo dal vivo. A tal fine, la norma richiama le procedure previste dall'art. 1, comma 3, della legge n. 239 del 2005, la quale stabilisce, per quanto qui rileva, che i decreti ministeriali concernenti i criteri e le modalità di erogazione dei contributi alle attività dello spettacolo dal vivo vengano sì adottati d'intesa con la Conferenza unificata, ma che, tuttavia, in caso di mancato raggiungimento dell'intesa (entro sessanta giorni dalla data della loro trasmissione alla Conferenza unificata da parte del Ministro), tali decreti possano essere adottati comunque. Secondo la Regione Toscana, tale intesa non può essere considerata effettiva, in quanto superabile in mancanza di codecisione entro il termine di sessanta giorni, ciò, peraltro, senza neppure distinguere tra inerzia della Conferenza unificata e dissenso espresso. Sarebbe, così,

violato il principio, più volte affermato dalla Corte costituzionale, per cui, quando lo Stato decide di allocare al livello centrale la titolarità di funzioni, dettando quindi anche la relativa disciplina legislativa incidente in ambiti rientranti nella competenza regionale, dev'essere prevista l'intesa con la Conferenza unificata e/o con le Regioni, a salvaguardia delle loro attribuzioni costituzionalmente previste (in tal senso, sentenze n. 303 del 2003, n. 6 del 2004 e n. 383 del 2005). Principio ulteriormente ribadito anche con specifico riferimento alla materia dello spettacolo (sentenza n. 285 del 2005).

Dunque, la norma in esame, con la prevista attivazione del potere sostitutivo al mancato raggiungimento dell'intesa, e così con la conclusione unilaterale del procedimento da parte dello Stato, si porrebbe in netto contrasto con il suddetto orientamento della Corte costituzionale, violando gli artt. 117 e 118 Cost., perché le competenze regionali non troverebbero espressione in quel punto di equilibrio rappresentato dall'intesa forte.

Inoltre, l'attivazione di tale potere sostitutivo, indifferentemente a fronte sia dell'inerzia, sia del mancato raggiungimento dell'intesa per espresso articolato dissenso, declasserebbe l'intesa stessa in un parere non vincolante, non compatibile con l'assetto costituzionale delle competenze e con il principio di leale collaborazione, come chiarito dalla giurisprudenza costituzionale (sentenze n. 303 del 2003 e n. 285 del 2005).

In ultima analisi, la ricorrente stigmatizza che il legislatore statale non abbia previsto criteri direttivi volti a garantire il carattere «forte» dell'intesa, necessario per il rispetto delle competenze costituzionali di tutti gli enti di governo coinvolti. Con specifico riferimento alla rilevata violazione dell'art. 120 Cost., evidenzia ulteriormente doversi escludere che, ai fini del perfezionamento dell'intesa, la volontà della Regione interessata possa essere sostituita da una determinazione dello Stato, il quale diverrebbe in tal modo l'unico attore di una fattispecie che, viceversa, non potrebbe mai strutturalmente ridursi ad esercizio di un potere unilaterale. In definitiva, la disposizione di cui all'art. 4 del decreto-legge n. 64 del 2010 sarebbe illegittima per contrasto con gli artt. 117, terzo comma, 118 e 120 Cost., anche per la lesione del principio della leale collaborazione.

La Regione Toscana confida, quindi, che la Corte costituzionale dichiari l'illegittimità costituzionale degli artt. 1 e 4 del decreto-legge n. 64 del 2010, per violazione degli artt. 117, 118 e 120 Cost., anche sotto il profilo della violazione del principio della leale cooperazione.

2. – Il Presidente del Consiglio dei ministri si è costituito nel giudizio di legittimità costituzionale ed ha chiesto che le questioni promosse con il ricorso della Regione Toscana siano dichiarate inammissibili o infondate.

Premette la difesa dello Stato che con il decreto-legge n. 64 del 2010 il Governo ha avuto come obiettivo primario quello di porre in essere un primo, immediato ed urgente, rimedio all'attuale stato di crisi in cui versano molte delle quattordici fondazioni lirico-sinfoniche del nostro Paese (Teatro Comunale di Bologna, Teatro Maggio Musicale Fiorentino, Teatro Carlo Felice di Genova, Teatro alla Scala di Milano, Teatro San Carlo di Napoli, Teatro Massimo di Palermo, Teatro dell'Opera di Roma, Teatro Regio di Torino, Teatro Lirico G. Verdi di Trieste, Teatro La Fenice di Venezia, Arena di Verona, Accademia Nazionale di Santa Cecilia di Roma, Teatro Lirico di Cagliari ed infine il Teatro Petruzzelli di Bari). Tutto ciò al fine di coniugare, principalmente, due esigenze: da un lato, consentire ai predetti enti lirici, operanti a livello nazionale, di poter realizzare economie di spesa, con una più razionale allocazione delle risorse disponibili; dall'altro, valorizzare la professionalità del personale dipendente, mantenendo elevato il livello delle produzioni offerte al pubblico sia in Italia sia all'estero.

La difficile situazione economico-gestionale dovrebbe essere fatta risalire in gran parte alle

consistenti spese di mantenimento di tali enti e, segnatamente, alle ingenti spese sostenute per il personale dipendente, di valore economico di fatto superiore all'ammontare complessivo del finanziamento statale.

2.1. – Al primo motivo di censura, proposto contro l'art. 1 del decreto-legge n. 64 del 2010 nella parte in cui non prevede che gli atti (regolamentari) ivi indicati siano adottati previa intesa con la Conferenza Stato-Regioni, la difesa dello Stato oppone che le fondazioni lirico-sinfoniche interessate dall'intervento normativo in oggetto derivano dalla trasformazione in soggetti di diritto privato – avvenuta con il decreto-legge 24 novembre 2000, n. 345 (Disposizioni urgenti in tema di fondazioni lirico-sinfoniche), convertito dalla legge 26 gennaio 2001, n. 6 –, degli enti di prioritario interesse nazionale operanti nel settore musicale previsti e disciplinati dalla legge 14 agosto 1967, n. 800 (Nuovo ordinamento degli enti lirici e delle attività musicali); legge tuttora vigente.

Queste fondazioni, nonostante la privatizzazione, sarebbero ancor oggi, a tutti gli effetti, organismi a rilevanza pubblica, come dimostrato dai seguenti indici di pubblicità delle loro funzioni: a) persistente perseguimento di una funzione pubblicistica d'interesse nazionale in campo musicale; b) finanziamento in misura quasi totalitaria da parte dello Stato; c) sottoposizione al controllo sulla gestione finanziaria della Corte dei conti; d) vincolatività nei loro confronti della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici.

In tal senso, la disposizione normativa oggetto di censura, concernente le modalità di adozione dei regolamenti di delegificazione destinati a riformare l'assetto ordinamentale e organizzativo delle fondazioni liriche, troverebbe copertura costituzionale nell'art. 117, secondo comma, lettera g), Cost., che riserva allo Stato la competenza legislativa esclusiva in materia di ordinamento e organizzazione amministrativa degli enti pubblici nazionali, tenuto conto della percorribilità di un'interpretazione adeguata al dettato costituzionale «in relazione anche [...] alla evoluzione subita [...] dalla stessa nozione di ente pubblico» (sentenza della Corte costituzionale n. 466 del 1993) e della natura speciale di tali soggetti desumibile sia dalla costituzione, sia dalla struttura e dalla gestione, con previsione di norme particolari, differenziate da quelle proprie del regime tipico dei soggetti privati (sentenze n. 29 del 2006 e n. 59 del 2000).

Secondo il Presidente del Consiglio dei ministri, il regime giuridico speciale ascrivibile alle fondazioni liriche privatizzate risulta, anzitutto, dal fatto di essere state costituite ex lege, senza alcun atto di disposizione personale; in secondo luogo, dalla loro sottoposizione al controllo della Corte dei conti; infine, dall'equiparazione delle stesse, anche per l'applicazione della normativa in materia di appalti, ai soggetti pubblici, ai sensi del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE).

In subordine, qualora si volesse rimanere alla veste formale di soggetti privati assunta da tali enti, l'ordinamento civile – ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost. – rientrerebbe, in ogni caso, nell'ambito della potestà legislativa esclusiva dello Stato.

Così ricondotta la materia oggetto del decreto-legge in argomento nella sfera della competenza esclusiva dello Stato, la difesa di questo rimarca essere state comunque tenute in considerazione dal legislatore nazionale le istanze di partecipazione, sia regionali che locali (Regioni e Comuni essendo soci fondatori di tali fondazioni), ai fini del procedimento di rideterminazione del quadro normativo di riferimento.

Da un lato, in ragione della disposizione di cui all'art. 1, comma 2, del decreto-legge n. 64 del 2010, che prevede l'acquisizione del parere della Conferenza unificata; dall'altro, in forza della disposizione di cui all'art. 1-bis) del decreto-legge citato, introdotto dalla legge di con-

versione n. 100 del 2010, ove si prevede espressamente che, ai fini della riorganizzazione e della revisione dell'assetto delle fondazioni lirico-sinfoniche, i regolamenti di delegificazione siano adottati solo a seguito dell'attivazione di un percorso «che coinvolga tutti i soggetti interessati, quali le Regioni, i comuni, i sovrintendenti delle fondazioni, le organizzazioni sindacali rappresentative».

In tal modo, il legislatore avrebbe assicurato, in ambito ricadente nella competenza legislativa esclusiva dello Stato e secondo una logica di leale collaborazione, l'adeguata partecipazione delle autonomie regionali e locali alla fase di successiva definizione del quadro normativo di riferimento degli enti lirici.

2.2. – Quanto, poi, all'ulteriore motivo di censura, secondo cui l'art. 4 del decreto-legge n. 64 del 2010 sarebbe lesivo degli artt. 117, commi terzo e sesto, e 118 Cost., come pure del principio di leale collaborazione, osserva la difesa dello Stato che la presunta illegittimità costituzionale lamentata dalla ricorrente non avrebbe più ragion d'essere, in quanto, in sede di conversione in legge, la disposizione contenuta nell'art. 4 del decreto-legge citato sarebbe stata totalmente riformulata. In particolare, la rideterminazione dei criteri di erogazione dei contributi statali da parte del Ministro per i beni e le attività culturali (peraltro d'intesa con la Conferenza unificata) sarebbe stata eliminata, con conseguente sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere da parte della Regione Toscana e, in ogni caso, con cessazione della materia del contendere, «tenuto conto del fatto che i criteri di erogazione dei contributi agli organismi operanti nel settore dello spettacolo dal vivo restano quelli previsti e disciplinati dai decreti ministeriali attualmente vigenti (risalenti al 2007) ed adottati d'intesa con la Conferenza Unificata».

2.3. – Con memoria depositata il 24 febbraio 2011 il Presidente del Consiglio dei ministri ha sottolineato che il ricorso della Regione Toscana era stato proposto prima della conversione in legge del decreto-legge n. 64 del 2010, intervenuta con legge 29 giugno 2010, n. 100, e non ha potuto tenere conto delle modifiche apportate dalla legge, in particolare del comma 1-bis dell'art. 1 e del nuovo art. 4.

Secondo la difesa dello Stato, le nuove disposizioni comportano la cessazione della materia del contendere sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Regione o, comunque, la necessità di una loro riproposizione in termini adeguati alle modifiche apportate all'originario impianto del decreto-legge, ciò che la Regione Toscana non avrebbe fatto.

In particolare, con il comma 1-bis, l'art. 1 del decreto-legge n. 64 del 2010 si è arricchito di una previsione importante in punto di coinvolgimento degli enti locali nell'attuazione della riforma delle fondazioni musicali.

Secondo il predetto comma, gli emanandi regolamenti di riorganizzazione e revisione delle fondazioni dovranno: «a) prevedere l'attivazione di un percorso che coinvolga tutti i soggetti interessati, quali le Regioni, i comuni, i sovrintendenti delle fondazioni, le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative [...]». Ciò manifesterebbe chiaramente l'intento del legislatore statale di coinvolgere realmente gli enti locali interessati nella gestione delle fondazioni musicali, anche al di là delle prescrizioni formali dettate dal successivo comma 2; come pure di escludere che eventuali dissensi degli enti locali rispetto agli indirizzi dettati dal legislatore statale possano essere disattesi, imponendo, piuttosto, che siano affrontati e risolti in sede di confronto fra le parti.

La disposizione del secondo comma dell'art. 1, oggetto della prima censura della Regione Toscana dovrebbe, di conseguenza, essere interpretata nel senso che soltanto l'omessa adozione del parere da parte della Conferenza unificata nel termine previsto possa legittimare l'adozione del regolamento attuativo.

Ad ogni modo, la difesa dello Stato ribadisce che il parametro di costituzionalità evocato dalla Regione in relazione all'art. 117, terzo comma, Cost. non sarebbe pertinente.

Invece che di attività qualificabile come «promozione e organizzazione di attività culturali», verrebbe in rilievo la riforma generale dell'assetto organizzativo e gestionale delle Fondazioni musicali istituite con il d.lgs. n. 367 del 1996.

Con il suddetto decreto legislativo (e con la successiva legge n. 6 del 2001), gli enti lirici di cui alla legge n. 800 del 1967 sono stati trasformati in fondazioni di diritto privato.

Nondimeno, gli enti lirici di prioritario interesse nazionale individuati dalla legge n. 800 del 1967, come integrata dalla legge n. 310 del 2003, avrebbero conservato la loro struttura essenziale e la loro finalità, le fonti di finanziamento pubblico e le caratteristiche dell'attività, pur con la mutata veste privatistica della soggettività formale, tanto da mantenere la qualificazione di organismo di diritto pubblico.

Sicché, la struttura formalmente privata delle fondazioni musicali non varrebbe a spostare il profilo costituzionale di riferimento dall'art. 117, secondo comma, lettera g), all'art. 117, terzo comma, Cost.

Evidenzia, ancora, la difesa dello Stato che il finanziamento statale è attualmente, non solo per il Teatro Maggio Musicale Fiorentino, ma anche per tutte le altre fondazioni lirico-sinfoniche, di gran lunga superiore a quello delle Regioni, e che lo stesso impegno dell'amministrazione comunale, anche in considerazione del suo obbligo di fornire la sede del teatro, è maggiore rispetto a quello della Regione Toscana.

Sarebbe, dunque, illogico il tentativo della Regione di sottrarre al maggior finanziatore delle fondazioni musicali la potestà di organizzarle in modo da conseguire economie di sistema e razionalizzazioni di produzione, come auspicato dal legislatore con l'adozione del decreto-legge n. 64 del 2010 (a partire dall'art. 1).

In buona sostanza, le disposizioni dettate dal decreto-legge n. 64 del 2010 sarebbero volte a realizzare economie nella gestione di enti gravanti sul sistema generale della finanza pubblica (sia per la parte concernente le erogazioni a carico dello Stato, sia per quella relativa alle erogazioni regionali), di guisa che, anche sotto questo profilo, la competenza del legislatore statale non potrebbe essere negata.

Né, d'altro canto, potrebbe contraddittoriamente sostenersi che la materia non sia di esclusiva competenza statale in quanto non di ordinamento civile. Al contrario, se la materia di qua non inerisce all'organizzazione dei soggetti che perseguono pubblici interessi, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera g), Cost., essa non potrebbe che rifluire nella materia dell'ordinamento civile, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost.

In ogni caso, il legislatore statale avrebbe inteso coinvolgere gli enti territoriali e locali nella riorganizzazione delle fondazioni in termini ben più pregnanti di quelli cui sarebbe stato obbligato dalla sua potestà legislativa esclusiva. Lo stesso comma 2 dell'art. 1 (l'unico che potrebbe astrattamente ledere le prerogative regionali invocate) confermerebbe tale intendimento del legislatore, laddove prevede l'acquisizione del parere della Conferenza unificata sugli schemi di regolamento e, solo in caso di silenzio (non già di dissenso formalizzato), l'emanazione, comunque, del regolamento, onde evitare la paralisi di ogni attività di riforma di interesse nazionale.

Peraltro, la denuncia del vizio d'illegittimità costituzionale sollevata in riferimento all'intero art. 1, ma, in realtà, formulata solo con riguardo al suo comma 2 in quanto invasivo della presunta competenza concorrente della Regione, sarebbe inammissibile, sia perché la questione sarebbe stata riferita genericamente all'intero art. 1 e non alla sua parte (comma 2) oggetto,

invero esclusivo, di censura, sia perché la ricorrente non avrebbe formulato motivi specifici d'impugnazione avverso le altre parti dell'articolo, pur avendo chiesto di annullarlo in toto. Il Presidente del Consiglio dei ministri ha dunque insistito perché la questione in oggetto sia dichiarata inammissibile e, comunque, infondata.

Quanto, infine, alle questioni relative all'art. 4, ribadisce la difesa dello Stato che, con la nuova formulazione della predetta disposizione, la determinazione dei criteri per l'erogazione dei contributi allo spettacolo dal vivo, così come originariamente stabilita, è stata espunta dal testo di legge e sostituita da una diversa previsione. Dal diverso contenuto del nuovo testo normativo deriverebbe la sopravvenuta cessazione della materia del contendere sul punto, ovvero la sopravvenuta inammissibilità del ricorso in parte qua, per non avere la Regione riformulato la sua censura.

Considerato in diritto

1. – Con ricorso notificato il 28 giugno 2010 la Regione Toscana ha promosso questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 4 del decreto-legge 30 aprile 2010, n. 64 (Disposizioni urgenti in materia di spettacolo e attività culturali).

1.1. – L'art. 1 dispone, innanzitutto, che con uno o più regolamenti, da adottarsi ai sensi dell'art. 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro per i beni e le attività culturali, il Governo provveda alla revisione dell'attuale assetto ordinamentale e organizzativo delle fondazioni lirico-sinfoniche, di cui al decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367 (Disposizioni per la trasformazione degli enti che operano nel settore musicale in fondazioni di diritto privato), e successive modificazioni, e di cui alla legge 11 novembre 2003, n. 310 (Costituzione della «Fondazione lirico-sinfonica Petruzzelli e Teatri di Bari», con sede in Bari, nonché disposizioni in materia di pubblici spettacoli, fondazioni lirico-sinfoniche e attività culturali), anche con modifiche delle disposizioni legislative vigenti, in conformità ad una serie di precisi criteri direttivi.

La norma impugnata, inoltre, prevede che sullo schema di regolamento di cui al comma 1 sia acquisito il parere della Conferenza unificata di cui all'art. 8 della legge 28 agosto 1997, n. 281 (Definizione ed ampliamento delle attribuzioni della Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano ed unificazione, per le materie ed i compiti di interesse comune delle Regioni, delle province e dei comuni, con la Conferenza Stato-città ed autonomie locali), del Consiglio di Stato e delle competenti commissioni parlamentari; che i pareri siano espressi entro trenta giorni dalla ricezione; che, decorso tale termine, il regolamento sia comunque emanato.

Ad avviso della ricorrente, la disciplina di cui al citato art. 1 ha prevalentemente ad oggetto la materia dello spettacolo, sicché ne denuncia, in primo luogo, il contrasto con l'art. 117, terzo comma, della Costituzione, in quanto con la disposizione impugnata il legislatore statale sarebbe intervenuto, del tutto illegittimamente, con una normativa puntuale, di dettaglio, esaustrativa, senza lasciare alcuno spazio al legislatore regionale.

Sarebbe leso, altresì, l'art. 117, sesto comma, Cost., ai sensi del quale il regolamento statale è ammesso esclusivamente nelle materie in cui lo Stato ha potestà legislativa esclusiva. Diversamente, nel caso in esame verrebbe in questione la materia «promozione e organizzazione di attività culturali», affidata alla potestà concorrente regionale.

In ogni caso, la norma violerebbe l'art. 118 Cost. ed il principio della leale cooperazione tra Stato e Regione, prevedendo che il regolamento sia adottato solo previo parere della Conferenza unificata e che questo possa essere superato ove non intervenga entro trenta giorni dal

ricevimento dello schema di regolamento. Versandosi nella specie in materia di legislazione concorrente, sarebbe occorsa, invece, l'intesa con la Conferenza medesima.

1.2. – Secondo il dettato dell'art. 4 del decreto-legge n. 64 del 2010 il Ministro per i beni e le attività culturali ridetermina con effetto dal 1° gennaio 2011 i criteri per l'erogazione e la liquidazione dei contributi allo spettacolo dal vivo, seguendo le procedure previste dall'art. 1, comma 3, della legge 15 novembre 2005, n. 239 (Disposizioni in materia di spettacolo). Alla stregua di tale ultimo articolo, i decreti ministeriali concernenti i criteri e le modalità di erogazione dei contributi alle attività dello spettacolo dal vivo sono adottati d'intesa con la Conferenza unificata, ma tuttavia, in caso di mancato raggiungimento dell'intesa nel termine prefissato di sessanta giorni, possono essere adottati comunque.

La Regione Toscana sostiene che anche tale disposizione sarebbe in contrasto con gli artt. 117, terzo comma, 118 e 120 Cost., e altresì con il principio della leale collaborazione.

In particolare, l'intesa ivi prefigurata non potrebbe essere considerata effettiva, in quanto superabile in mancanza di codecisione entro il termine di sessanta giorni, cioè, peraltro, senza neppure distinguere tra inerzia della Conferenza unificata e dissenso espresso.

3. – Preliminarmente deve essere dichiarata la cessazione della materia del contendere limitatamente alle questioni relative all'art. 4 del decreto-legge n. 64 del 2010.

Infatti, con la conversione del suddetto decreto nella legge 29 giugno 2010, n. 100, la norma impugnata è stata espunta dal testo dell'art. 4, il quale ora coincide con il secondo periodo di quello originario: «Dall'anno 2010 il Ministero per i beni e le attività culturali può liquidare anticipazioni sui contributi ancora da erogare, fino all'80 per cento dell'ultimo contributo assegnato, secondo i criteri e le modalità previsti dai decreti ministeriali vigenti in tale ambito». Ciò significa che la rideterminazione dei criteri di erogazione dei contributi statali da parte del Ministro per i beni e le attività culturali è stata eliminata e che, come esattamente ha evidenziato la difesa dello Stato, «[...] i criteri di erogazione dei contributi agli organismi operanti nel settore dello spettacolo dal vivo restano quelli previsti e disciplinati dai decreti ministeriali attualmente vigenti (risalenti al 2007) ed adottati d'intesa con la Conferenza Unificata».

La modificazione apportata in sede di conversione, in mancanza di attuazione medio tempore della norma contenuta nel decreto-legge (che avrebbe avuto effetto solamente a decorrere dal 1° gennaio 2011), risulta, dunque, pienamente soddisfattiva delle pretese della ricorrente.

Ne consegue, sul punto, la cessazione della materia del contendere, sulla quale, del resto, la stessa difesa della Regione Toscana ha espressamente concordato in sede di discussione orale.

4. – Non altrettanto può dirsi delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1 del decreto-legge n. 64 del 2010.

Vero è che la legge di conversione n. 100 del 2010 ha emendato significativamente anche il tenore del suddetto articolo. In primo luogo, con l'aggiunta del comma 1-bis, secondo cui gli emanandi regolamenti di riorganizzazione e revisione delle fondazioni dovranno: «a) prevedere l'attivazione di un percorso che coinvolga tutti i soggetti interessati, quali le Regioni, i comuni, i sovrintendenti delle fondazioni, le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative [...]»; in secondo luogo, portando da trenta a sessanta giorni il termine previsto per il rilascio del parere da parte della Conferenza unificata.

Tali modifiche, però, – come rilevato dalla difesa regionale nella discussione orale – non soddisfano integralmente le pretese della ricorrente, atteso che, diversamente da quanto opinato dall'Avvocatura generale dello Stato, la Regione non censura solamente la mancata previsione dell'intesa con la Conferenza unificata, ma anche il carattere di dettaglio della norma impugnata, ascritta ad un ambito di legislazione concorrente («promozione ed organizzazione di

attività culturali)), nonché l'adozione in tale materia di un ampio potere regolamentare del Governo.

Le questioni promosse nei confronti del testo originario dell'art. 1 del decreto-legge n. 64 del 2010, dunque, possono essere agevolmente trasferite sul corrispondente testo risultante dalla legge di conversione (sentenza n. 298 del 2009), senza che la materia del contendere possa ritenersi al riguardo cessata, poiché le innovazioni introdotte sono inidonee a risolvere tutti i punti d'interesse (sentenza n. 430 del 2007).

4.1. – Anche l'eccezione d'inammissibilità proposta dalla difesa dello Stato dev'essere disattesa, poiché la Regione non impugna soltanto il comma 2 dell'art. 1 (che prevede il parere, peraltro non obbligatorio, anziché l'intesa), ma altresì il comma 1, sia perché la revisione dell'assetto ordinamentale ed organizzativo delle fondazioni lirico-sinfoniche non lascerebbe alcuno spazio alla potestà legislativa regionale in una materia di legislazione concorrente, sia perché lo Stato avrebbe "abusato" del potere regolamentare utilizzandolo al di fuori della sfera della sua competenza esclusiva. Sicché, anche ammettendo che la nuova formulazione della disposizione censurata assicura il rispetto delle istanze partecipative fatte valere dalla Regione Toscana, rimarrebbero insoluti i nodi sottesi all'invasione delle competenze regionali, per di più con prescrizioni particolareggiate, denunciata dalla ricorrente.

5. – Nel merito, le questioni non sono fondate.

Occorre, innanzitutto, procedere all'individuazione dell'ambito materiale sul quale è intervenuto l'art. 1 del decreto-legge n. 64 del 2010, nel contesto del riparto di competenze, stabilito dal Titolo V della seconda parte della Costituzione. Secondo la ricorrente, la disciplina, dettata dalla disposizione in esame, avrebbe prevalentemente ad oggetto la materia dello spettacolo e dovrebbe, pertanto, essere ricondotta alla materia «promozione e organizzazione di attività culturali», attribuita alla potestà legislativa concorrente delle Regioni, ex art. 117, terzo comma, Cost. Secondo la difesa dello Stato, invece, la normativa in esame dovrebbe essere ricondotta al titolo di legittimazione della potestà legislativa statale costituito dall'art. 117, secondo comma, lettera g), Cost. («ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali»).

5.1. – Una breve premessa sulla storia della disciplina degli enti autonomi lirici (e istituzioni concertistiche assimilate) è indispensabile.

Tali enti hanno ricevuto una prima regolazione dalla legge 14 agosto 1967, n. 800 (Nuovo ordinamento degli enti lirici e delle attività musicali), che ha attribuito agli stessi, nominativamente individuati sub art. 6, la personalità giuridica di diritto pubblico e li ha sottoposti alla vigilanza dell'autorità di Governo competente (all'epoca, il Ministro del turismo e dello spettacolo). Ha dichiarato, inoltre, «di rilevante interesse generale» l'attività lirica e concertistica, «in quanto intesa a favorire la formazione musicale, culturale e sociale della collettività nazionale» (art. 1). Il conferimento della personalità giuridica di diritto pubblico e la sottoposizione alla vigilanza ministeriale sono stati ritenuti dalla legge istitutiva i necessari presupposti, non solo per la realizzazione di spettacoli di alto livello, ma anche per la diffusione dell'arte musicale, per la cura della formazione professionale degli artisti e per lo sviluppo dell'educazione musicale della collettività (art. 5).

Dalle strutture (di numero chiuso), come sopra individuate, il legislatore del 1967 ha distinto i «teatri di tradizione» e le istituzioni concertistico-orchestrali, incaricati di «promuovere, agevolare e coordinare attività musicali [...] nel territorio delle rispettive Province», nonché di dare impulso alle locali tradizioni artistiche e musicali, con il riconoscimento di un'ampia autonomia organizzativa (art. 28).

In coerenza con la distinzione richiamata, la successiva legislazione statale si è interessata esclusivamente dell'assetto organizzativo e delle regole di funzionamento dei soggetti lirici e concertistici ritenuti "nazionali".

Il decreto legislativo n. 367 del 1996 ha previsto la trasformazione dei medesimi enti, qualificati «di prioritario interesse nazionale [...] nel settore musicale» (art. 2), in fondazioni di diritto privato. E ciò al fine dichiarato di eliminare rigidità organizzative e di attrarre conseguentemente finanziamenti privati. Nel testo risultante dalle numerose novelle via via intervenute, il d.lgs. n. 367 del 1996: a) individua le finalità delle fondazioni nel perseguimento senza scopo di lucro della diffusione dell'arte musicale, della formazione professionale dei quadri artistici e dell'educazione musicale della collettività (art. 3); b) stabilisce che le fondazioni hanno personalità giuridica di diritto privato e sono disciplinate, per quanto non espressamente previsto dallo stesso d.lgs., dal codice civile e dalle relative norme di attuazione (art. 4); c) detta norme generali sul contenuto indispensabile degli statuti, prevedendo in una percentuale minoritaria l'apporto complessivo dei privati al patrimonio e subordinando la possibilità di nomina dei consiglieri di amministrazione, da parte dei privati, all'erogazione di un apporto annuo non inferiore all'8% del totale dei finanziamenti statali (art. 10); d) disciplina gli organi di gestione e le loro funzioni: il presidente-sindaco, il consiglio di amministrazione, il sovrintendente ed il collegio dei revisori, dettando la composizione numerica degli organi collegiali ed imponendo la presenza di membri in rappresentanza dell'autorità di Governo e della Regione interessata, i primi in maggioranza nel collegio dei revisori (artt. 11-14); e) mantiene la sottoposizione delle fondazioni lirico-sinfoniche al controllo della Corte dei conti sulla gestione finanziaria ed alla vigilanza dell'autorità di Governo competente in materia di spettacolo; f) demanda i criteri di riparto della quota del Fondo unico per lo spettacolo da destinare alle medesime fondazioni ad un decreto del Ministro per i beni e le attività culturali in relazione alla quantità e qualità della produzione offerta ed agli interventi posti in essere per la riduzione della spesa (art. 24).

Il procedimento di trasformazione, che era stato soltanto delineato dagli artt. 5 ss. del d.lgs. n. 367 del 1996, è stato realizzato successivamente con il d.lgs. 23 aprile 1998, n. 134 (Trasformazione in fondazione degli enti lirici e delle istituzioni concertistiche assimilate, a norma dell'art. 11, comma 1, lettera b, della legge 15 marzo 1997, n. 59). Con esso il Governo ha abrogato, sul punto, il precedente provvedimento legislativo e ha disposto direttamente per legge la trasformazione in oggetto, ritenendo che la veste giuridica privata consentisse ai suddetti enti di svolgere più proficuamente la propria attività. La Corte costituzionale ha, tuttavia, dichiarato l'illegittimità del d.lgs. da ultimo citato per eccesso di delega (sentenza n. 503 del 2008). In seguito, però, l'art. 1 del decreto-legge 24 novembre 2000, n. 345 (Disposizioni urgenti in tema di fondazioni lirico-sinfoniche), convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1 della legge 26 gennaio 2001, n. 6, ha nuovamente disposto la trasformazione in fondazioni di diritto privato degli enti lirici, con decorrenza dal 23 maggio 1998. E ciò al fine di salvaguardare con effetto ex tunc l'uniformità e la continuità degli assetti istituzionali già riformati dal d.lgs. n. 134 del 1998.

E' in tale contesto che si inserisce il decreto-legge n. 64 del 2010, emanato con l'obiettivo primario di incidere sull'organizzazione e sul funzionamento delle fondazioni lirico-sinfoniche con «un primo, immediato e urgente intervento volto a riformare, negli assetti fondamentali, un settore in profonda crisi come quello [...] lirico-sinfonico [...] al fine di razionalizzare le spese degli enti lirici [per il solo personale di entità superiore al valore economico del finanziamento statale] e nel contempo implementare, oltre alla produttività del settore, i livelli di

qualità delle produzioni offerte» (così la relazione al disegno di legge di conversione presentato al Senato della Repubblica il 30 aprile 2010).

L'art. 1, specificamente impugnato in questa sede, introduce una serie di disposizioni, demandandone al Governo la prescrizione in termini analitici «con uno o più regolamenti», per il sistematico riordino del settore lirico-sinfonico, in ossequio ai principi di efficienza, correttezza, economicità ed imprenditorialità, di autonomia nei limiti stabiliti dagli indirizzi dell'autorità ministeriale, culminanti nel potere di approvazione dello statuto, di adeguata vigilanza sulla gestione economico-finanziaria, di disciplina organica della contrattazione collettiva, di eventuale previsione di forme organizzative speciali per le fondazioni liriche in relazione «alle loro peculiarità, alla loro assoluta rilevanza internazionale, alle loro eccezionali capacità».

5.2. – Così ricostruito il quadro normativo su cui il legislatore statale è ora intervenuto con il decreto-legge censurato, la Corte ritiene che la norma impugnata, diretta a revisionare organicamente il settore lirico-sinfonico, prendendo le mosse dalla riorganizzazione delle fondazioni ad esso preposte, afferisce alla materia «ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali», contemplata nella richiamata lettera g) del secondo comma dell'art. 117 Cost.

Sulla qualificazione in senso pubblicistico degli enti lirici, ancorché privatizzati, si registra anche una sostanziale convergenza delle parti, nel solco peraltro di una giurisprudenza prevalente (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza n. 2637 del 2006; T.A.R. Liguria, sez. II, sentenza n. 230 del 2009; T.A.R. Sardegna, sez. II, sentenza n. 1051 del 2008). Si ritiene, infatti, concordemente che, nonostante l'acquisizione della veste giuridica formale di «fondazioni di diritto privato», tali soggetti conservino, pur dopo la loro trasformazione, una marcata impronta pubblicistica. Anche questa Corte, in un altro caso in cui, analogamente, le attività dell'ente eccedevano la dimensione regionale o locale, ha rilevato – sia pure sotto la vigenza del precedente art. 117 Cost. – che la “Società di cultura La Biennale di Venezia”, dopo la privatizzazione, aveva mantenuto «la funzione di promuovere attività permanenti e di organizzare manifestazioni internazionali inerenti la documentazione nel campo delle arti» e continuava ad assolvere, pur nella nuova forma privata assunta, compiti di interesse nazionale (sentenza n. 59 del 2000).

Gli indici della connotazione pubblica degli enti lirici sono, peraltro, molteplici e ravvisabili nella preminente rilevanza dello Stato nei finanziamenti, nel conseguente assoggettamento al controllo della Corte dei conti, ai sensi dell'art. 15, comma 5, del d.lgs. n. 367 del 1996, nel patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, confermato dall'art. 1, comma 3, del decreto-legge n. 345 del 2000, nell'inclusione nel novero degli organismi di diritto pubblico soggetti al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE). In particolare, il tenore della citata disciplina sugli appalti pubblici, di derivazione comunitaria, appare molto eloquente, perché riconosce a livello legislativo la compatibilità della nozione di organismo di diritto pubblico con la forma giuridica privata dell'ente («anche in forma societaria»), purché l'ente stesso risulti, come nella specie, istituito per soddisfare esigenze d'interesse generale, dotato di personalità giuridica e finanziato in modo maggioritario dallo Stato o da altri enti pubblici (art. 3, comma 26, del d.lgs. n. 163 del 2006).

Alla natura pubblica di tali enti – non controversa – la Corte ritiene che si accompagni il carattere nazionale dei medesimi. E ciò non tanto perché suggerito dall'indicazione del loro rilievo nazionale, costantemente presente in tutta la normativa di riferimento come attributo qualificante di essi, ma soprattutto perché le finalità delle anzidette fondazioni, ossia la dif-

fusione dell'arte musicale, la formazione professionale dei quadri artistici e l'educazione musicale della collettività (art. 3 del d.lgs. n. 367 del 1996, che ripete la formulazione dell'art. 5 della legge n. 800 del 1967), travalicano largamente i confini regionali e si proiettano in una dimensione estesa a tutto il territorio nazionale. Sono significativi, d'altronde, del fatto che non si tratta di attività di spettacolo di interesse locale gli ingenti flussi di denaro con cui lo Stato ha sovvenzionato e continua a sovvenzionare tali soggetti.

Anche il confronto con i teatri di tradizione e le altre istituzioni concertistico-orchestrale, protagonisti – essi sì – della programmazione di attività musicali in ambito ben circoscritto (art. 28 della legge n. 800 del 1967), evidenzia chiaramente la vocazione, per contro, spiccatamente nazionale di quel gruppo di enti lirici di eccellenza (che, non a caso, si è ritenuto di ampliare con legge dello Stato, includendovi la «Fondazione lirico-sinfonica Petruzzelli e Teatri di Bari» costituita ex art. 1 della legge n. 310 del 2003), la rilevanza generale delle finalità perseguite e l'ampiezza delle attività svolte.

Da quanto precede risulta chiaro che interventi di riassetto ordinamentale ed organizzativo del tipo di quello prefigurato dal censurato art. 1 – incidendo profondamente in un settore dominato da soggetti che realizzano finalità dello Stato – devono essere ascritti alla materia «ordinamento e organizzazione amministrativa [...] degli enti pubblici nazionali», di competenza esclusiva statale ex art. 117, secondo comma, lettera g), Cost.

D'altro canto, l'assoggettamento – «per quanto non espressamente previsto dal presente decreto» (art. 4 del d.lgs. n. 367 del 1996) – alla disciplina del codice civile e delle disposizioni di attuazione del medesimo, colloca per questo aspetto residuo le fondazioni in esame, munite di personalità giuridica di diritto privato pur svolgendo funzioni di sicuro rilievo pubblicistico, all'interno dell'ordinamento civile, materia, anche questa, rientrante nella competenza legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost.

5.3. – La legittimazione dello Stato a doppio titolo (art. 117, secondo comma, lettere g e l, Cost.) nel disciplinare il riordino del settore lirico-sinfonico ed il riassetto degli enti pubblici ivi impegnati, è coerente, oltre che con l'esigenza già ricordata di tutelare direttamente ed efficacemente i valori unitari e fondanti della diffusione dell'arte musicale, della formazione degli artisti e dell'educazione musicale della collettività (art. 3 del d.lgs. n. 367 del 1996), segnatamente dei giovani, anche con lo scopo dichiarato dalla legge di trasmettere i valori civili fondamentali tradizionalmente coltivati dalle più nobili istituzioni teatrali e culturali della Nazione (art. 1, comma 1-bis, lettera g, del decreto-legge n. 64 del 2010, aggiunto dalla legge di conversione n. 100 del 2010).

Tali obiettivi costituiscono, infatti, esplicazione dei principi fondamentali dello sviluppo della cultura e della tutela del patrimonio storico e artistico della Nazione, di cui all'art. 9, primo e secondo comma, Cost., che solo una normativa di sistema degli enti strumentali dettata dallo Stato può contribuire a realizzare adeguatamente. Né è un fuor d'opera, da questo punto di vista, richiamare, altresì, il modello delle istituzioni di alta cultura, che autorizza lo Stato a limitare, con una propria disciplina, l'autonomia ordinamentale ad esse riconosciuta (art. 33, sesto comma, Cost.).

In tale ultima prospettiva, questa Corte ha già affermato che lo sviluppo della cultura (art. 9 Cost.) giustifica un intervento dello Stato «anche al di là del riparto di competenze per materia tra Stato e Regioni di cui all'art. 117 Cost.» (sentenza n. 307 del 2004) e che un valore costituzionalmente protetto come la ricerca scientifica (artt. 9 e 33 Cost.), «in quanto tale in grado di rilevare a prescindere da ambiti di competenze rigorosamente delimitati», rende ammissibile un intervento «autonomo» statale, non solo in relazione alla disciplina delle «istituzioni di

alta cultura, università ed accademie», ma anche se si riflette, al di fuori di detta sfera, su una materia di competenza concorrente, come, appunto, l'attività di ricerca scientifica (sentenza n. 31 del 2005).

E ciò a prescindere da ogni richiamo, pure ipotizzabile, all'area della tutela "conservativa" dei beni culturali, anch'essa appannaggio della sola competenza legislativa dello Stato (art. 117, secondo comma, lettera s, Cost.).

5.4. – In conclusione, la dimensione unitaria dell'interesse pubblico perseguito, nonché il riconoscimento della "missione" di tutela dei valori costituzionalmente protetti dello sviluppo della cultura e della salvaguardia del patrimonio storico e artistico italiano, confermano, sul versante operativo, che le attività svolte dalle fondazioni lirico-sinfoniche sono riferibili allo Stato ed impongono, dunque, che sia il legislatore statale, legittimato dalla lettera g) del secondo comma dell'art. 117 Cost., a ridisegnarne il quadro ordinamentale e l'impianto organizzativo. Le condizioni richieste dalla giurisprudenza di questa Corte per l'affermazione di una competenza esclusiva dello Stato ricorrono quindi tutte (sentenze n. 405 e n. 270 del 2005).

5.5. – La riconduzione dell'ambito materiale regolato dalla norma impugnata a sfere di competenza esclusiva dello Stato destituisce di fondamento anche gli ulteriori motivi di censura proposti dalla ricorrente.

Nelle materie di cui all'art. 117, secondo comma, Cost., la potestà regolamentare spetta, salvo delega, proprio allo Stato (art. 117, sesto comma, Cost.).

Neppure ha rilievo la mancata previsione dell'intesa con la Conferenza unificata, perché nei settori di esclusiva competenza statale è sufficiente il parere (sentenze n. 142 e n. 133 del 2008), peraltro ritenuto adeguato persino in ipotesi d'incidenza dell'intervento legislativo dello Stato su plurime competenze correlate (sentenza n. 51 del 2005). E ciò senza tralasciare di osservare che il legislatore statale ha avuto cura di inserire – sub comma 1-bis dell'impugnato art. 1, aggiunto dalla legge di conversione n. 100 del 2010 – l'ulteriore criterio direttivo di «a) prevedere l'attivazione di un percorso che coinvolga tutti i soggetti interessati, quali le Regioni, i comuni, i sovrintendenti delle fondazioni, le organizzazioni sindacali rappresentative», che viene pienamente incontro alle istanze partecipative di tutti i soggetti a vario titolo coinvolti nel processo di riforma del settore lirico-sinfonico, attribuendo anche alle Regioni il potere d'interloquire al riguardo.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara la cessazione della materia del contendere in ordine alle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4 del decreto-legge 30 aprile 2010, n. 64 (Disposizioni urgenti in materia di spettacolo e attività culturali), come convertito, con modificazioni, dalla legge 29 giugno 2010, n. 100, promosse, in riferimento agli artt. 117, terzo comma, 118 e 120 della Costituzione, nonché al principio di leale collaborazione, dalla Regione Toscana con il ricorso indicato in epigrafe;

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1 del decreto-legge n. 64 del 2010, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 100 del 2010, promosse, in riferimento agli artt. 117, terzo e sesto comma, e 118 Cost., nonché al principio di leale collaborazione, dalla Regione Toscana con il ricorso indicato in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 18 aprile 2011.

Problemi di giurisdizione sul fermo amministrativo ex art. 69 Legge di contabilità dello Stato

(Nota a Cassazione civile, Sezioni Unite, sentenza 22 dicembre 2010 n. 25983)

Riccardo Ionta*

SOMMARIO: 1. *Quale giurisdizione sul fermo amministrativo?* - 2. *Le caratteristiche del fermo ex art. 69, sesto comma del R.D. n. 2440/1923 secondo le pronunce della giurisprudenza:* a) *le disposizioni di riferimento;* b) *la funzione del fermo;* c) *gli elementi soggettivi;* d) *gli elementi oggettivi;* e) *il fermo come provvedimento;* f) *il procedimento del fermo;* g) *gli effetti del provvedimento;* h) *il “tempo del fermo”;* i) *l’incidenza del fermo sulle posizioni giuridiche soggettive del privato;* l) *una sintesi* - 3. *La differenza da figure affini: il fermo ex art. 214 Codice della Strada; il fermo ex art. 86 del D.P.R. n. 602/1973; il fermo tributario ex art. 23 D.Lgs. n. 472/1997* - 4. *Le possibili risposte alla questione della giurisdizione:* a) *Le premesse condivise dalle tre ipotesi: Una prima premessa: la questione di legittimità costituzionale e il principio secondo cui il fermo è uno strumento necessario alla protezione del pubblico interesse; Una seconda premessa: il fermo non incide sulla tutela cognitiva ma sulla esecuzione del credito; Una terza premessa: il fermo è un provvedimento discrezionale.* b) *Maggiore coerenza della tesi secondo cui la giurisdizione spetta al Giudice amministrativo.*

ALLEGATI: 1. *Massima sulla sentenza in rassegna dell’avv. Stato che ha curato la trattazione della causa* - 2. *Memoria difensiva dell’Avvocatura.*

1. Quale giurisdizione sul fermo amministrativo?

Con la sentenza n. 25983 del dicembre 2010 la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, è intervenuta nuovamente per rispondere alla domanda: quale giurisdizione sul c.d. fermo amministrativo ex art. 69, comma sesto, del R.D. n. 2440/1923?

Le risposte astrattamente possibili al quesito posto erano tre:

1) La giurisdizione è quella del Giudice mutevolmente chiamato a conoscere della “ragione di credito” legittimante il provvedimento di fermo (Corte dei Conti, Giudice tributario, Giudice ordinario, ecc.).

2) La giurisdizione è sia quella del Giudice amministrativo e sia quella del Giudice del “credito sospeso” o della “ragione del credito” (c.d. “doppia tutela” in senso proprio).

3) La giurisdizione è solo quella del Giudice amministrativo in sede di legittimità.

Diciamo subito che la Corte di Cassazione (ancorché con motivazione non particolarmente esaustiva) sembra avere optato per la seconda opzione.

(*) Dottore in Giurisprudenza, già praticante forense presso l’Avvocatura dello Stato.

2. *Le caratteristiche del fermo ex art. 69, sesto comma del R.D. n. 2440/1923 secondo le pronunce della giurisprudenza:*

a) Le disposizioni di riferimento

L'articolo 69, comma sesto, statuisce: *“Qualora un'amministrazione dello Stato che abbia, a qualsiasi titolo ragione di credito verso aventi diritto a somme dovute da altre amministrazioni, richieda la sospensione del pagamento, questa deve essere eseguita in attesa del provvedimento definitivo”*(1).

La norma è inserita nel Titolo II (“Della contabilità generale dello Stato”), Capo IV (“Delle spese dello Stato”), del R.D. n. 2440/1923 recante “Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato”.

Il successivo art. 70, nei primi due commi, afferma: *“Gli atti considerati nel precedente articolo 69, debbono indicare il titolo e l'oggetto del credito verso lo Stato, che si intende colpire, cedere o delegare.*

Con un solo atto non si possono colpire, cedere o delegare crediti verso amministrazioni diverse”.

b) La funzione del fermo

Inquadrando preliminarmente la misura nel senso della funzione va rammentato come la Corte Costituzionale abbia individuato la ragion d'essere del fermo amministrativo nella protezione del pubblico interesse connesso alle esigenze finanziarie dello Stato (Corte cost., 19 aprile 1972, n. 67).

Nello specifico la Corte ha statuito che il fermo è posto *“a salvaguardia della eventuale compensazione legale”* ed ha lo scopo *“di assicurare la rea-*

(1) A tale norme si affiancano quelle del Regio Decreto n. 827/1924 (Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato). Art. 498: *“Le amministrazioni, enti, uffici o funzionari a cui siano notificati pignoramenti, sequestri od opposizioni relative a somme dovute dallo Stato, sospendono l'ordinazione del pagamento delle somme cui i suddetti atti si riferiscono, dandone notizia alla Corte dei conti. I funzionari, tesorieri o agenti incaricati di eseguire il pagamento degli ordini o di effettuare la consegna degli assegni, quando ricevano la notifica degli atti suddetti, sospendono il pagamento o la consegna, e trasmettono gli atti all'amministrazione centrale o all'ente, ufficio o funzionario ordinatore. In ogni caso gli uffici, enti o funzionari ordinatori danno notizia della ricevuta notifica e della sospensione all'amministrazione centrale. Quando gli atti contengono citazione a comparire davanti l'autorità giudiziaria ne è subito avvertita l'avvocatura erariale, per i provvedimenti di sua competenza, con la comunicazione degli elementi necessari perché eventualmente possa essere resa la dichiarazione delle somme dovute, secondo le norme del Codice di procedura civile”.* Art. 499 *“Ai soli effetti del secondo comma dell'art. 69 della legge, l'ordine di pagamento si considera emesso nella data sotto la quale risulta firmato da chi è autorizzato ad emetterlo indipendentemente dai successivi visti di controllo”.* Art. 502: *“Se gli atti di cui al precedente art. 48 siano nulli o inefficaci per disposizione esplicita di legge o per vizio di forma, l'amministrazione centrale, sentita l'avvocatura erariale, può ordinare che il pagamento abbia corso. In caso contrario, non si dà corso al pagamento fino a che non sia notificata sentenza dell'autorità giudiziaria passata in giudicato sulla validità degli atti o sull'assegnazione delle somme, salvo che il creditore sequestrante pignorante o opponente non rinunci formalmente all'impedimento notificato”.*

lizzazione dei fini cui è rivolto l'iter amministrativo procedimentale, necessariamente complesso e disciplinato da norme inderogabili e preordinate ad assicurare la regolarità contabile e la realizzazione delle entrate dello Stato, quali vengono definite nell'art. 219 del R.D. 23 maggio 1924 n. 827" (sul punto anche Cass. civ. Sez. Unite, Sent., 14 gennaio 2009, n. 555 e Cass. civ. Sez. Unite, 21 maggio 2003, n. 7945).

Lo scopo immediato del provvedimento è rendere possibile l'eventuale successiva compensazione; il fine mediato dello stesso è la regolarità contabile e la realizzazione delle entrate statali.

c) Elementi soggettivi

Il fermo amministrativo può esser adottato esclusivamente dall'amministrazione statale (o ad ordinamento autonomo) considerata, a tal guisa e per l'intera vicenda, unitariamente. Secondo l'ultimo comma dell'art. 69 del R.D. n. 2440 del 1923 (aggiunto dal comma 5-*decies* dell'art. 3, D.L. 9 settembre 2005, n. 182, convertito con la L. 11 novembre 2005, n. 231): "*Tra le amministrazioni dello Stato devono intendersi le Agenzie da esso istituite, anche quando dotate di personalità giuridica. Alle predette amministrazioni devono intendersi equiparate l'Agenzia del demanio e l'Agenzia per le erogazioni in agricoltura, in considerazione sia della natura delle funzioni svolte, di rilevanza statale e riferibili direttamente allo Stato, sia della qualità, relativamente all'Agenzia per le erogazioni in agricoltura, di rappresentante dello Stato italiano nei confronti della Commissione europea ai sensi del decreto legislativo 27 maggio 1999, n. 165, e successive modificazioni*".

In particolare la legittimazione ad emettere il fermo è esclusivamente dell'amministrazione che si afferma creditrice. Il fermo è rivolto dalla stessa all'amministrazione ritenuta come debitrice (anch'essa necessariamente statale o ad ordinamento autonomo).

La misura non può ritenersi legittimamente utilizzabile anche da parte delle Regioni o Province o Comuni, a garanzia dei propri crediti, in mancanza di una espressa ed inequivoca disposizione normativa (Cass. civ. Sez. Unite, 29 luglio 1998, n. 7414 e Cass. civ. Sez. Unite, 4 novembre 2002, n. 15382). Di conseguenza il fermo deliberato da tali enti è emesso in carenza di potere (2).

d) Elementi oggettivi

Nell'ottica strutturale, le condizioni oggettive per l'emanazione dell'atto sono: 1) un credito dovuto dalla p.a. ad un altro soggetto; 2) una "ragione di credito" della p.a., fondata su "qualsiasi titolo" nei confronti del medesimo soggetto.

(2) Per un'ipotesi di fermo emesso nei confronti della Provincia, reputato illegittimo, si veda Cass. civ. Sez. Unite, 25 gennaio 1989, n. 423.

1) Circa la prima condizione si ritiene generalmente che il credito vantato dal soggetto privato debba essere un credito certo, liquido ed esigibile, riferibile ad obbligazioni di esclusivo carattere pecuniario (l'art. 69 del R.D. n. 2440/1923 parla di "sospensione del pagamento").

2) A proposito della seconda condizione, il riferimento a "*qualsiasi titolo*" apre alla possibilità di saldare la "ragione del credito" su un'ampia ed indefinita serie di fattispecie: dall'inizio di un procedimento penale o contabile nei confronti del soggetto creditore che vede l'Amministrazione come parte lesa sino alla presenza di un negozio (3).

Per "*ragione di credito*" in un primo tempo si è inteso parlare di somma certa, liquida, ed esigibile; in seguito, di mera pretesa creditoria (svincolata da consistenza e ragionevolezza).

Ora si può affermare l'impossibilità di definire pienamente ed esaustivamente il concetto di "ragione del credito" in quanto "fluttuante" tra il concetto di pretesa creditoria "pura" e credito certo, liquido ed esigibile. La mera pretesa non è difatti capace di legittimare la misura; il credito certo, liquido ed esigibile

(3) Sul punto è interessante segnalare Cass. civ. Sez. Unite, 20 dicembre 2006, n. 27170 secondo cui in tema di rapporto scaturente da un contratto di fornitura ad evidenza pubblica (nel caso, derivante da licitazione privata), la sospensione del pagamento del corrispettivo disposta in via cautelare dalla P.A. (nella specie, a seguito della instaurazione di un procedimento penale in ordine al delitto di truffa in danno dello Stato a carico del fornitore) va inquadrata nel catalogo dell'autotutela privata, che, in caso di inesatto adempimento, legittima la controparte, "ex" art. 1460 cod. civ., alla sospensione del pagamento del prezzo; con la conseguenza che le contestazioni relative all'esercizio di tale forma di autotutela sono sottratte alla giurisdizione del giudice amministrativo, restando devolute a quella del giudice ordinario (sul punto si veda Corte cost., 19 aprile 1972, n. 67: "*E se è vero che l'autotutela, nella generalità delle sue applicazioni, è connaturata all'attività della pubblica Amministrazione nei rapporti di diritto pubblico, non deve escludersi, in considerazione di quanto testé accennato, che speciali norme di legge ne consentano l'esercizio anche in rapporti di diritto privato, cui la pubblica Amministrazione partecipi per i fini che le sono propri. Né vale obiettare, con riferimento a questi ultimi rapporti e in ispecie a quelli derivanti da contratti di appalto di opere pubbliche, che misure di autotutela, quale il fermo amministrativo, sarebbero incompatibili con il principio, che erroneamente, invece, è stato richiamato nell'ordinanza, della parità delle posizioni delle parti nei contratti di diritto privato, anche se conclusi dalla pubblica Amministrazione. In particolare per i contratti di pubblico appalto (cui la dominante dottrina attribuisce natura privatistica) non può disconoscersi che sulla relativa disciplina incida la normativa di diritto pubblico concernente i procedimenti attraverso i quali, anche nella materia in esame, necessariamente si esplica l'attività della pubblica Amministrazione. Ed è noto che dal regime privatistico dei suddetti contratti si discosta, in special modo, la disciplina del processo formativo della volontà del soggetto pubblico, della scelta del privato contraente, della forma e della perfezione del contratto, dello svolgimento e della estinzione del rapporto che ne deriva. Orbene, nel quadro di tale normativa, evidentemente preordinata ai fini perseguiti dallo Stato (ben diversi da quelli, normalmente di lucro, cui è volto l'interesse della parte privata), la misura cautelare del fermo amministrativo, anche se incidente sull'adempimento di obbligazioni pecuniarie, che derivano da contratti di pubblico appalto, non presenta natura eccezionale o di deroga ai principi fondamentali, ma ad essi si adegua, quale espressione di un potere di supremazia della pubblica Amministrazione. E l'esercizio di questo potere, improntato a valutazioni discrezionali dell'interesse pubblico, non resta, peraltro, sottratto ai controlli che l'ordinamento prevede, anche in sede giurisdizionale, seppure con le modificazioni che conseguono alla dichiarata subordinazione del diritto soggettivo del privato contraente alle esigenze del pubblico interesse"*).

la rende superflua (essendo immediatamente utilizzabile la compensazione).

Ad oggi la giurisprudenza è assestata su una tesi “intermedia” secondo cui la ragione di credito è tale quando vi sia una pretesa ragionevolmente fondata.

La ragionevole fondatezza della pretesa si basa sul *fumus boni juris* (Cass. civ. Sez. I, 4 maggio 2004, n. 8417) e richiede l'esistenza di una prova dimostrativa certa, che determini nell'amministrazione non la certezza nella fondatezza della pretesa (altrimenti verrebbe meno la natura cautelare del provvedimento), ma la ragionevole convinzione che sussiste il suo diritto, che giustifica e legittima la soggezione del debitore all'adempimento (Cons. Stato, VI sez., 26 giugno 2003, n. 3850).

Per tali motivi si afferma costantemente che il credito può esser oggetto di contestazione e si asserisce la non necessarietà e funzionalità del *periculum in mora* la cui presenza legittimerebbe l'uso di strumenti cautelari “ordinari” (Cass. civ. Sez. V, 5 marzo 2004, n. 4567, confermata di recente da Cass. Civ. Sez. V, 5 maggio 2011 n. 9853).

In sintesi la ragione di credito deve aver ad oggetto un “credito” certo (o meglio, probabilmente certo) pur se illiquido ed inesigibile riferibile all'amministrazione che adotta la misura.

I requisiti indicati trovano estrinsecazione formale nell'art. 70 R.D. n. 2440/1923 secondo cui il fermo deve indicare il titolo e l'oggetto del credito verso lo Stato.

e) Il fermo come provvedimento

Assumendo una prospettiva provvedimentale, il fermo amministrativo rappresenta l'estrinsecazione di un potere discrezionale di autotutela riconosciuto alla p.a. (Corte Cost. n. 67/1972; Cass. Sez. Unite. n. 555/2009; Cass. Sez. Unite n. 15832/2002). Esso ha natura cautelare.

L'amministrazione ha la facoltà di adottarlo, non l'obbligo, essendo poi rimesso al suo prudente apprezzamento valutare quale sia il migliore strumento cautelativo da utilizzare nel caso di specie (di natura contrattuale, come ad esempio l'eccezione di inadempimento, di natura pubblica come il fermo).

Espressione di un potere chiaramente autoritativo finalizzato alla protezione del pubblico interesse connesso alle esigenze finanziarie (Corte cost., n. 67/1972) il fermo è qualificato dalla giurisprudenza costituzionale e della Casazione (pur con contrarie voci della dottrina (4)), come misura di autotutela

(4) S. CASSESE, *Il fermo amministrativo: un privilegio della pubblica amministrazione*, in *Giur. Cost.*, 1972: “Se, per definire l'autotutela, si assume il criterio sostanziale per cui è tale ogni attività di risoluzione dei conflitti insorgenti con altri soggetti, in relazione alle pretese dell'amministrazione, va riconosciuto che qui non vi è un conflitto: è piuttosto il fermo, che lo fa sorgere. Se, invece, si adotta il criterio del procedimento, non si può non riconoscere che il fermo non si accompagna ad alcuna forma contenziosa o semicontenziosa. Se, infine, si vuol seguire il criterio relazionale, del rapporto in cui si inserisce, va notato che qui il privato non agisce nell'esercizio di situazioni soggettive sottoposte a funzione”.

(Corte cost., n. 67/1972; Cass. Sez. V, sent. n. 4567/2004).

In quanto emanato in via cautelare è immediatamente efficace (art. 21 *bis* l. 241/1990).

In virtù di questa sua natura non può essere emesso in pendenza del fallimento o di altre procedure concorsuali e, se emesso, è considerato inefficace (Cass. civ. Sez. I, 3 settembre 1996, n. 8053 e Cass. civ. Sez. I, 13 gennaio 2011, n. 711).

f) Il procedimento del fermo (modi, tempi e forme)

Dal punto di vista procedimentale la misura è disposta in via cautelare.

È emanata *inaudita altera parte* e non deve essere preceduta dall'avviso di avvio del procedimento di cui all'art. 7 L. n. 241/1990 (Cons. Stato Sez. IV, Sent., 21 aprile 2010, n. 2271).

Temporalmente essa può esser presa finanche nel corso del giudizio di cognizione avente ad oggetto l'accertamento della pretesa vantata dal soggetto, ma non nel giudizio di ottemperanza alla sentenza favorevole a quest'ultimo. Secondo Cass. civ. Sez. Unite, 23 dicembre 2008, n. 30058 il giudizio di ottemperanza, infatti, non consente al giudice altro accertamento che quello dell'effettiva portata precettiva della sentenza di cui si chiede l'esecuzione, con la conseguenza che è inibito a quel giudice prendere in esame l'applicabilità della compensazione civilistica, alla quale è preordinato l'istituto del fermo amministrativo. Tale conclusione potrebbe esser superata dall'attuale impostazione del "codice del processo amministrativo" che non pare limitare il potere giudiziale al mero accertamento della portata precettiva del provvedimento da ottemperare (5).

Dal punto di vista formale, in quanto indirizzata da un'amministrazione ad un'altra o altre, la misura ha la veste della lettera-circolare.

g) Effetti del provvedimento

Relativamente al piano degli effetti si evince dall'immediatezza del dato normativo come il fermo amministrativo altro non sia che una sospensione del pagamento dovuto (carattere "impeditivo" del fermo).

Il fermo incide sulla legittima pretesa del creditore privato congelandone, temporaneamente, il normale soddisfacimento. Esso quindi non ne limita l'azionabilità (ossia non ostacola la tutela cognitiva del diritto) ma la sua eseguibilità (ossia impedisce la sua realizzazione materiale).

Sul punto la giurisprudenza, pronunciandosi sulla non ricorrenza delle condizioni della sospensione necessaria, ha precisato che «*nel caso in cui il procedimento assunto come pregiudiziale ha ad oggetto l'impugnativa davanti al giudice amministrativo del provvedimento di "fermo amministrativo" adottato*

(5) Art. 112 e ss. del codice del processo amministrativo.

tato ai sensi dell'art. 69 del R.D. 18 novembre 1923 n. 2440, mentre nell'altro si contende, fra le stesse parti, dell'accertamento di un diritto di credito nei confronti della P.A., giacché il provvedimento amministrativo impugnato non incide sull'esistenza del debito dell'Amministrazione, ma riguarda la fase dell'esecuzione che viene sospesa in attesa del recupero del credito» (Cass. civ. Sez. I, 29 marzo 2000, n. 3796); ulteriore derivazione è stata quella secondo cui il fermo «*attiene al momento dell'adempimento non a quello dell'accertamento del debito, il quale, pertanto, appartiene, nonostante l'adozione di una siffatta misura, alla giurisdizione del giudice ordinario*» (Cass. Sez. I, n. 3796/2000).

L'estensione dell'effetto sospensivo oltre il momentaneo congelamento del "pagamento" è stato oggetto di disamina giurisprudenziale.

Legittimare la sospensione dell'adempimento da un lato concretizza la possibilità per la p.a. di non erogare le somme altrimenti dovute in base alle regole dell'ordinamento (scongiurando ogni situazione di mora (6)); dall'altro determina l'impossibilità per il soggetto privato di agire con gli strumenti ordinamentali di soddisfazione del credito liquido ed esigibile.

La giurisprudenza ha precisato che tra gli effetti del provvedimento di fermo non rientra quello di impedire al creditore di agire per l'accertamento negativo del credito vantato dall'Amministrazione (ed alla cui tutela è finalizzata la misura), dinanzi al giudice ordinario (Cass. civ. Sez. Unite, 21 maggio 2003, n. 7945; Cass. civ. Sez. I, 23 luglio 2004, n. 13808).

Ad ugual maniera sempre la Cassazione, nell'ottica di garantire la posizione privata limitando gli effetti del fermo, ha affermato che «*ove la Pubblica Amministrazione che si sia avvalsa del fermo amministrativo "ex" art. 69 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, ometta, una volta convenuta in giudizio per l'adempimento del proprio debito, di chiedere l'accertamento e la liquidazione del credito da essa vantato al fine di effettuarne la compensazione con il credito fatto valere dalla controparte, gli effetti del fermo, destinati ad esplicarsi sul piano della compensazione, devono ritenersi definitivamente elisi sin dall'origine; ne deriva che il credito oggetto di fermo amministrativo, in conseguenza della inefficacia del provvedimento cautelare esercitato dalla P.A., è suscettibile di produrre interessi anche nel periodo di vigenza del fermo stesso, con decorrenza dal momento della costituzione in mora dell'Amministrazione*» (Cass. Sez. I n. 13808/2004 e Cass. Sez. Unite n. 555/2009).

(6) GARRI, *Fermo amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989: «*la sospensione del pagamento di somme dovute dallo Stato che con esso si attua, mentre non è certo idonea a incidere sul rapporto tra Stato e soggetto titolare di un credito, ha effetto sull'adempimento dell'obbligazione del primo, perché elimina ogni situazione di mora e incide sul diritto del destinatario del pagamento, comportandone l'affievolimento ad interesse legittimo*».

h) Il “tempo” del fermo

L’ultima notazione giurisprudenziale affrontata nel paragrafo superiore consente di introdurre il problema relativo alla durata degli effetti del fermo.

Il fermo, in quanto provvedimento cautelare, è necessariamente temporaneo.

A norma dell’art. 69, sesto comma, la sospensione va eseguita “*in attesa del provvedimento definitivo*” ossia, secondo il Giudice costituzionale, sino al “*successivo provvedimento con cui lo si revochi ovvero si disponga che la somma dovuta dallo Stato al creditore venga ritenuta, nei limiti in cui opera la compensazione legale, a soddisfazione del credito erariale*” (sent. n. 67 del 1972).

Il provvedimento deve pertanto esser revocato: 1) per adempimento da parte del privato della “ragione di credito”; 2) per successiva accertata insussistenza della stessa; 3) per incameramento delle somme dovute dallo Stato al privato a soddisfazione del controcredito dello Stato azionato con il fermo. In tale ipotesi si verifica la “compensazione” o il conguaglio (7).

La giurisprudenza ha inoltre rilevato che il provvedimento va generalmente revocato nel caso in cui non ricorrano o non perdurino più esigenze cautelari effettive ed attuali (Cass. civ. Sez. I, 4 maggio 2004, n. 8417).

Può dedursi, dal testo della disposizione così come interpretato dalla giurisprudenza costituzionale, la sussistenza di un onere di revoca espressa e tempestiva del fermo laddove ne ricorrano le condizioni. Allo stesso modo, stante i relativi presupposti, l’amministrazione è onerata nel variare l’importo “congelato”.

In mancanza degli accadimenti sopra elencati e di un provvedimento di revoca il fermo mantiene i suoi effetti.

A tal proposito, in tema di “conservazione” degli effetti del fermo, la Cassazione ha raggiunto approdi maggiormente garantisti allargando la nozione di “*provvedimento definitivo*” ex art. 69 ai provvedimenti giurisdizionali (oltreché amministrativi).

Cons. Stato Sez. IV, 6 luglio 2004, n. 4567 ha affermato che: “*un tale provvedimento [di fermo], inoltre, una volta adottato, produce i suoi effetti se e finché non intervenga un provvedimento definitivo, anche giurisdizionale, di revoca o incameramento delle somme delle quali è stato sospeso il pagamento al privato, senza che rilevi, ove la relativa statuizione sia stata oggetto di impugnazione da parte dell’amministrazione, che in una fase del giudizio il credito dell’amministrazione sia stato ritenuto inesistente*”.

Cass. civ. Sez. Unite, 21 maggio 2003, n. 7945 (nonché da ultimo Cass.

(7) La dottrina ha difatti evidenziato che la compensazione come conosciuta dall’art. 1241 è istituto sconosciuto alla materia contabile, in forza del contrario principio c.d. di integrità operativa di cui all’art. 226 del reg. per l’amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato r.d. 23 maggio 1924 n. 827, per cui “*tutte le entrate, a qualsiasi titolo introitate debbono essere versate nelle casse dello Stato*”.

Sez. Unite. n. 555/2009) “agendo” sul piano dell’inefficacia e in virtù del principio *ex art. 669 novies* cod. proc. civ. (secondo cui per conservare gli effetti di una misura cautelare, la parte che ne profitta ha l’onere di agire in giudizio per far accertare l’esistenza della situazione soggettiva cautelata) ha statuito che: *“l’Amministrazione Pubblica statale, convenuta in giudizio per l’adempimento del proprio debito, ove voglia conservare gli effetti prodotti dall’esercizio del suo potere cautelare, ha l’onere di chiedere l’accertamento e la liquidazione del suo credito in funzione della dichiarazione di estinzione del proprio debito, così affidando alle regole del processo, davanti al giudice cui domanda ed eccezione sono state proposte, l’applicazione della disciplina sostanziale della compensazione, quale risultante dall’avvenuto esercizio del provvedimento di fermo”*.

Cass. civ. Sez. V, 22 settembre 2006, n. 20526, “operando” sul piano dell’illegittimità e contrariamente a Cass. civ. Sez. V, 5 marzo 2004, n. 4567, ha affermato come: *“Il fermo amministrativo previsto dall’art. 69 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 ... non può estendere i propri effetti all’ambito processuale, in pregiudizio della situazione patrimoniale della controparte, qualora la pretesa a garanzia della quale è stato disposto sia stata disattesa dal giudice, anche in via non definitiva, contrastando tale efficacia con il principio della “parità delle armi” sancito dall’art. 111 Cost. Esso, pertanto, ove sia stato disposto a tutela di un credito tributario, diviene illegittimo a seguito della sentenza che, accogliendo il ricorso proposto dal contribuente, annulla l’atto impositivo: tale sentenza, infatti, fa venir meno, indipendentemente dal suo passaggio in giudicato, il titolo sul quale si fonda la pretesa tributaria, privandola del supporto dell’atto amministrativo che la legittima, ed escludendo quindi che essa possa formare ulteriormente oggetto di alcuna forma di riscossione provvisoria”*.

i) L’incidenza del fermo sulle posizioni giuridiche soggettive del privato

Considerate le caratteristiche autoritativo-discrezionali del fermo la giurisprudenza, fin dalle prime pronunce, ha reputato il provvedimento capace di affievolire il diritto soggettivo di credito del privato con consequenziale esclusione della giurisdizione del giudice ordinario (Cass., n. 391 del 1979; Cass. 18 ottobre 1984, n. 5257).

Il filone interpretativo trovava l’autorevole avallo della giurisprudenza costituzionale secondo cui *“l’esercizio di questo potere [del fermo], improntato a valutazioni discrezionali dell’interesse pubblico, non resta, peraltro, sottratto ai controlli che l’ordinamento prevede, anche in sede giurisdizionale, seppure con le modificazioni che conseguono alla dichiarata subordinazione del diritto soggettivo del privato contraente alle esigenze del pubblico interesse”* (Corte Cost. n. 67 del 1972).

Con la pronuncia Cass. civ. Sez. Unite, 25 marzo 1993, n. 3573, in tema

di revisione prezzi negli appalti, le Sezioni Unite hanno affermato come la posizione soggettiva creditoria compressa dall'esercizio del potere autoritativo di revisione dei prezzi esercitato dalla P.A., si riepande successivamente con consistenza di diritto soggettivo non suscettibile di affievolimento da parte del fermo amministrativo, che incide sul solo pagamento del debito ma non sull'accertamento, con la conseguenza che la determinazione del *quantum* spettante al privato creditore rientra nella giurisdizione ordinaria.

A siffatta decisione ne sono seguite altre del medesimo tono che più implicitamente che esplicitamente hanno riaffermato, sulla base dello stesso presupposto, l'identico principio.

Principio espresso ma non saldamente radicato dato che non sono mancate pronunce di segno opposto. Cass. civ. Sez. Unite, 4 novembre 2002, n. 15382 ha affermato che *“L'istituto del fermo amministrativo trova radice in un potere eccezionalmente attribuito alla pubblica amministrazione in considerazione della specifica valenza dell'interesse perseguito, e segnatamente in relazione ad una valutazione di prevalenza delle esigenze erariali rispetto al diritto soggettivo del creditore. A seguito dell'esercizio di detto potere autoritativo, il quale presenta i connotati di un'ampia discrezionalità, la posizione di diritto soggettivo del creditore degrada ad interesse legittimo per tutto il periodo di efficacia del fermo, con riferimento alla esigibilità della prestazione alla scadenza prevista (vedi sul punto, di recente, sezioni unite n. 1733/2002), con la conseguenza che le azioni promosse dal creditore della somma fermata al fine di ottenere l'annullamento del provvedimento in oggetto appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo”*.

l) Una sintesi

In estrema sintesi il fermo amministrativo è un provvedimento amministrativo di sospensione del pagamento relativo a un credito dovuto dalla p.a. ad un soggetto (ad effetto “impeditivo”).

Esso trova giustificazione nella ragione di credito, fondata su qualsiasi titolo, che la p.a. asserisce di avere nei confronti del medesimo soggetto.

È espressione di un potere, autoritativo e discrezionale, manifestazione di autotutela ed esclusivamente appartenente all'Amministrazione statale.

Secondo parte della giurisprudenza la misura è in grado di affievolire il diritto del privato, per altra essa non incide su questo (ma sul punto vedi specificatamente *infra*).

È adottato in via cautelare.

I suoi effetti si estendono perciò fino al provvedimento definitivo di revoca della p.a. (per intervenuto pagamento, per avvenuta compensazione, per accertata insussistenza del credito) o, secondo la recente giurisprudenza, sino alla pronuncia del giudice che accerta direttamente o indirettamente l'inesistenza della ragione del credito (e determina l'inefficacia della misura).

3. *La differenza da figure affini: il fermo ex art. 214 Codice della Strada; il fermo ex art. 86 del D.P.R. n. 602/1973; il fermo tributario ex art. 23 D.Lgs. n. 472/1997*

a) Il fermo ex art. 214 del Codice della strada

Il fermo previsto dall'art. 69 del R.D. n. 2440/1923 si differenzia nettamente dal fermo previsto dall'art. 214 C.d.S (8).

La natura e la funzione sanzionatoria di tal misura, l'oggetto cui si dirige, la rendono irriducibile alla figura esaminata.

b) Il fermo ex art. 86 del D.P.R. n. 602/1973

Il fermo ex art. 86 del D.P.R. n. 602/1973 sui beni mobili registrati (9) è una figura alquanto tormentata.

Esso rappresenta l'estrinsecazione della facoltà dell'Agente della riscossione di procedere al fermo dei beni indicati del debitore e dei coobbligati trascorsi 60 giorni dalla notificazione della cartella.

Estraneo alla logica sanzionatoria, esso si risolve nella imposizione di un vincolo negativo sul diritto di godimento del bene.

(8) Art. 214 c. 1: “*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. Sul veicolo deve essere collocato un sigillo, secondo le modalità e con le caratteristiche fissate con decreto del Ministero dell'interno, che, decorso il periodo di fermo amministrativo, è rimosso a cura dell'ufficio da cui dipende l'organo di polizia che ha accertato la violazione ovvero di uno degli organi di polizia stradale di cui all'articolo 12, comma 1. Il documento di circolazione è trattenuto presso l'organo di polizia, con menzione nel verbale di contestazione. 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. L'organo di polizia che procede al fermo dispone la rimozione del veicolo ed il suo trasporto in un apposito luogo di custodia, individuato ai sensi delle disposizioni dell'articolo 214-bis, secondo le modalità previste dal regolamento. Di ciò è fatta menzione nel verbale di contestazione della violazione. Si applicano, in quanto compatibili, le norme sul sequestro dei veicoli, ivi comprese quelle di cui all'articolo 213, comma 2-*quater*; e quelle per il pagamento ed il recupero delle spese di custodia*”.

(9) Art. 86: “*1. Decorso inutilmente il termine di cui all'articolo 50, comma 1, il concessionario può disporre il fermo dei beni mobili del debitore o dei coobbligati iscritti in pubblici registri, dandone notizia alla direzione regionale delle entrate ed alla regione di residenza. Il fermo si esegue mediante iscrizione del provvedimento che lo dispone nei registri mobiliari a cura del concessionario, che ne dà altresì comunicazione al soggetto nei confronti del quale si procede. 2. Chiunque circola con veicoli, autoscafi o aeromobili sottoposti al fermo è soggetto alla sanzione prevista dall'articolo 214, comma 8, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285. 3. Con decreto del Ministro delle finanze, di concerto con i Ministri dell'interno e dei lavori pubblici, sono stabiliti le modalità, i termini e le procedure per l'attuazione di quanto previsto nel presente articolo*”.

Il fermo *ex art. 86* è da taluni considerato lontano dalla logica delle misure cautelari da altri invece ad essa finitimo.

Cass. civ. Sez. Unite, nell'Ord., 31 gennaio 2006, n. 2053, ha affermato che il fermo amministrativo di beni mobili registrati del debitore d'imposta è preordinato all'espropriazione forzata e, quindi, alla realizzazione del credito.

Parte della dottrina definisce il fermo in esame come una misura cautelare "atipica", provvista di efficacia esecutiva, a contenuto inibitorio provvisorio, intesa a garantire all'Amministrazione interessata la concreta possibilità di soddisfare la pretesa del proprio credito.

Secondo altra parte della dottrina il profilo funzionale che di esso rileva non è quello della strumentalità all'esecuzione forzata ma quello prettamente coercitivo sui beni del debitore, posto che esso è diretto a privare o a limitare il diritto di quest'ultimo al godimento del bene. Di ciò ne sarebbe conferma l'inserimento normativo nel nucleo delle disposizioni del D.P.R. n. 602/1973 sulla riscossione coattiva (Titolo II, intitolato "Riscossione coattiva", Capo III "Disposizioni particolari in materia di espropriazione di beni mobili registrati").

È stato notato come il fermo *ex art. 86* è temporalmente successivo alla notifica della cartella di pagamento (10) e, in quanto rivolto al buon esito dell'eventuale esecuzione forzata, assume una funzione "rafforzativa" dell'obbligo di pagamento già accertato e una funzione "cautelare" rispetto al pignoramento.

La giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato Sez. VI, 18 luglio 2006, n. 4581) ha evidenziato come il fermo *ex art. 86* rappresenti un provvedimento amministrativo di autotutela conservativa del patrimonio del debitore tributario e non uno strumento di autotutela civilistica in un ordinario rapporto di credito-debito (11). Questo in base all'inserimento della misura nell'espropriazione forzata del D.P.R. n. 602/1973 connotata di peculiarità che l'avvicinano ai procedimenti amministrativi ablatori e dunque a strumenti di autotutela pubblicistica, più che al processo di esecuzione forzata; in virtù delle sanzioni amministrative che accompagnano la violazione del fermo; in forza del fatto che il pagamento non estingue direttamente gli effetti del fermo essendo necessario un provvedimento di revoca (12).

(10) Poiché la cartella costituisce il titolo esecutivo, la misura è preordinata alla riscossione.

(11) Cons. Stato Sez. VI n. 4581 del 2006: "Un provvedimento amministrativo di autotutela in funzione dell'interesse pubblico sotteso alla soddisfazione del credito tributario, attribuito al concessionario della riscossione quale esercente privato di una pubblica funzione, e costituisce un provvedimento amministrativo riconducibile allo schema degli atti ablatori, discrezionale nell'"an" e nel "quid", che perciò deve essere congruamente motivato sia in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico prevalente sull'interesse privato alla libera disponibilità del bene sia in relazione alla proporzione tra l'entità del credito tributario da riscuotere ed il sacrificio che viene imposto al privato con la temporanea sottrazione dell'uso e della disponibilità giuridica del bene".

(12) Cons. Stato Sez. V, 13 settembre 2005, n. 4689 ha affermato che suddetto fermo non è espressione di un potere dell'amministrazione autoritativo e discrezionale in vista degli interessi pubblici spe-

Il legislatore, con D.L. 4 luglio 2006, n. 223, ha ampliato la categoria degli atti autonomamente impugnabili davanti alle Commissioni tributarie contenuta nel comma 1 dell'art. 19 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, inserendovi, alla lettera *e-ter*), ed ha quindi stabilito che la giurisdizione sulle controversie relative al fermo dei beni mobili registrati e all'iscrizione di ipoteca sugli immobili spetta alle Commissioni tributarie.

Un'innovazione, comunque limitata, in quanto l'impugnazione del fermo dei beni mobili registrati davanti al giudice tributario è possibile solo a condizione che i crediti garantiti dalla misura del fermo rientrino nella giurisdizione delle Commissioni tributarie così come delimitata dall'art. 2 del D.Lgs. n. 546/1992 (Cass. civ. Sez. Unite Ord. n. 14831 del 5 giugno 2008 (13) e Cass. civ. Sez. Unite Sent., 11 maggio 2009, n. 10672). In conseguenza di ciò il debitore, in caso di provvedimento di fermo che trovi riferimento in una pluralità di crediti di natura diversa, può comunque proporre originariamente separati ricorsi innanzi ai giudici diversamente competenti.

Da quanto sopra esposto emerge come la sovrapposizione piena fra il fermo *ex art. 86* e quello in esame sia estremamente difficile e ciò sia a causa delle differenze che connotano le due figure, sia a causa delle difficoltà ricostruttive proprie della misura *ex art. 86*.

c) Il fermo tributario ex art. 23 D.Lgs. n. 472/1997

L'art. 23 del D.Lgs. n. 472/1997 recita: *“Nei casi in cui l'autore della violazione o i soggetti obbligati in solido vantano un credito nei confronti dell'amministrazione finanziaria, il pagamento può essere sospeso se è stato notificato atto di contestazione o di irrogazione della sanzione, ancorché non definitivo. La sospensione opera nei limiti della somma risultante dall'atto o dalla decisione della commissione tributaria ovvero dalla decisione di altro organo. 2. In presenza di provvedimento definitivo, l'ufficio competente per il rimborso pronuncia la compensazione del debito. 3. I provvedimenti di cui ai commi 1 e 2, che devono essere notificati all'autore della violazione e ai sog-*

cifici affidati alla sua cura, trattandosi piuttosto di «una potestà che si colloca (concettualmente) nel quadro dei diritti potestativi del creditore (ossia quella di promuovere atti conservativi sul patrimonio del debitore in vista della esecuzione forzata) che trovano nel diritto comune la naturale collocazione e nel giudice ordinario quello naturale, in quanto la soggezione del debitore all'esercizio della potestà ha la sua fonte nel debito ... che vincola il debitore alla sua estinzione (con i mezzi ordinari o con l'esecuzione forzata), e nel rapporto obbligatorio la sua intrinseca giustificazione».

(13) *“Perciò il giudice tributario innanzi al quale sia stato impugnato un provvedimento di fermo di beni mobili registrati ai sensi dell'art. 86 del D.P.R. n. 602/1973 deve accertare quale sia la natura tributaria e non tributaria dei crediti posti a fondamento del provvedimento in questione, trattenendo, nel primo caso, la causa presso di sé interamente o parzialmente (se il provvedimento faccia riferimento a crediti in parte di natura tributaria e in parte di natura non tributaria), per la decisione del merito, e rimettendo, nel secondo caso, interamente o parzialmente, la causa innanzi al giudice ordinario, in applicazione del principio della translatio iudicii. Allo stesso modo deve comportarsi il giudice ordinario eventualmente adito”.*

getti obbligati in solido sono impugnabili avanti alla commissione tributaria, che può disporre la sospensione ai sensi dell'articolo 47 del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546. 4. Se non sussiste giurisdizione delle commissioni tributarie, è ammessa azione avanti al tribunale, cui è rimesso il potere di sospensione”.

Parte della dottrina ha identificato nel fermo in esame un'ipotesi di particolare applicazione, in materia tributaria, del fermo *ex art.* 69.

Altri invece, pur accomunando le due figure nella discrezionalità che le connota, ne hanno evidenziato le peculiarità costruendo la misura in modo autonomo. In particolare si è evidenziato come nel fermo in esame l'amministrazione è sempre debitrice che creditrice e che condizione della misura non è una ragione di credito ma una pretesa formalizzata nell'atto di irrogazione della sanzione o in un provvedimento giurisdizionale (presuppone quindi un titolo).

4. Le possibili risposte alla questione della giurisdizione

Si è detto che le risposte ipotizzabili sono tre:

1) La giurisdizione è quella del Giudice mutevolmente chiamato a conoscere della “ragione di credito” legittimante il provvedimento di fermo (Corte dei Conti, Giudice tributario, Giudice ordinario, ecc.). È la conclusione cui giunge la Corte di Cassazione, Sez. Unite, con la sentenza n. 25983/2010.

2) La giurisdizione è sia quella del Giudice amministrativo e sia quella del Giudice del “credito sospeso” o della “ragione del credito” (c.d. “doppia tutela” in senso proprio). È questa la tesi propria di Cassazione, Sez. Unite, sentenza n. 7945/2003 (pronuncia “madre” dell'attuale orientamento giurisprudenziale).

3) La giurisdizione è solo quella del Giudice amministrativo in sede di legittimità. È la tesi sostenuta in questo commento.

a) Le premesse condivise dalle tre ipotesi

Una prima premessa: la questione di legittimità costituzionale e il principio secondo cui il fermo è uno strumento necessario alla protezione del pubblico interesse.

Risale al 1972 il tentativo di espungere la figura dal nostro ordinamento eccependone la illegittimità costituzionale. Questione non fondata secondo il giudizio dalla Corte (sentenza n. 67/1972) che non ha ravvisato nella misura un irrazionale privilegio ma “*uno strumento necessario alla protezione del pubblico interesse connesso alle esigenze finanziarie dello Stato*”.

Una seconda premessa: il fermo non incide sulla tutela cognitiva ma sulla esecuzione del credito.

Come si è evidenziato in sede ricostruttiva della figura del fermo, esso è caratterizzato da un effetto “impeditivo” della realizzazione del credito e mai da un effetto “eliminativo” del credito stesso. In altri termini il fermo

impedisce la realizzazione materiale del credito ma non preclude al cittadino di chiedere l'accertamento dinanzi al giudice sia dell'esistenza del credito stesso, sia dell'inesistenza del credito della p.a.

Tale conclusione, in linea con la giurisprudenza, è conforme all'art. 24 Cost., in quanto non limita la possibilità di agire in giudizio del cittadino per la tutela del suo diritto; non sottrae il potere di accertamento sulla ragione di credito vantata dalla p.a. al giudice; non crea un pregiudizio all'interesse dell'amministrazione poiché la pronuncia del giudice non inficia il fermo che rimane valido ed efficace (agendo, si ribadisce, non sul piano "cognitivo" di accertamento-condanna ma sul piano "esecutivo" di realizzazione).

Una terza premessa: il fermo è un provvedimento discrezionale.

È largamente condivisa dalla giurisprudenza e dalla dottrina la natura provvedimentale ed autoritativo-discrezionale del fermo. È altresì condivisa la sua essenza cautelare e la direzione dei suoi effetti in ordine alla compensazione.

b) Maggiore coerenza della tesi secondo cui la giurisdizione spetta al Giudice amministrativo

L'emissione del fermo amministrativo fa emergere per la parte l'interesse alla sua eliminazione.

Essa, in astratta ipotesi, può raggiungere tale risultato impugnando direttamente il fermo. In alternativa può "contestare" indirettamente la misura.

In altri termini, l'impugnazione mette in esclusiva discussione la legittimità del fermo, ossia la mancanza, al momento della sua emanazione, delle condizioni oggettive e soggettive necessarie (ad es. affermando nella sostanza che la pretesa è mera ed arbitraria e non ragionevole; affermando l'incompetenza; affermando vizi formali come la mancata indicazione del titolo e dell'oggetto).

La seconda contestazione, "incidentale" e in qualche modo a posteriori, non nega la sussistenza delle condizioni di legittimità, ma le sconfessa, dimostrando successivamente e in un secondo momento l'inconsistenza di quella che al momento dell'emanazione del fermo era una pretesa ragionevolmente fondata (ad esempio l'inizio di un processo di responsabilità di danni verso la p.a., ragione di credito, che si conclude con l'esclusione del danno per la p.a.).

Può esemplificarsi la questione paragonandola astrattamente (ferme restando le forti e debite differenze) all'ipotesi di una misura cautelare giudiziale. La parte che subisce la misura può contestare la stessa agendo in revoca ovvero tramite impugnazione. Con il primo strumento farà valere fatti sopravvenuti (o antecedenti purché conosciuti incolpevolmente dopo) all'emissione della misura che "sconfessano" a posteriori i presupposti alla base della prima valutazione giudiziale; con il secondo strumento contesterà esclusivamente la

legittimità del provvedimento a prescindere dai fatti sopravvenuti.

Tali contestazioni possono essere mosse contestualmente dando luogo ad un'ipotesi di doppia tutela in senso improprio (14) in cui il solo giudice legittimato a conoscere della legittimità del fermo è quello amministrativo.

In sintesi, il fermo amministrativo "degrada" ad interesse legittimo il diritto della parte alla realizzazione del credito lasciando intatto il diritto all'accertamento giudiziale del medesimo.

A fronte della "degradazione" del suo diritto, il cittadino può adire direttamente il giudice amministrativo per far valere l'illegittimità della misura e chiederne perciò l'annullamento. Può altresì (art. 30 e 34 c.p.a.) chiedere la condanna della p.a. al pagamento della somma dovuta nonché l'eventuale risarcimento del danno (15).

Nel caso in cui non sussistano ragioni di illegittimità della misura il soggetto deve attendere l'esito della "verifica interna" della p.a. sul suo credito; oppure deve attendere l'esito dell'eventuale giudizio di cognizione, già in corso o da esso introdotto, relativo alla ragione di credito vantata dall'amministrazione.

L'opera del giudice della "ragione di credito" si arresta a questo punto. Può evidenziarsi come egli può "conoscere" del fermo nell'ipotesi in cui il provvedimento sia emesso in "carenza di potere in astratto" e come al medesimo giudice è permesso di conoscere degli effetti del fermo in relazione a quanto dedotto in giudizio. Ciò avviene in primo luogo nel caso in cui si sostenga l'inidoneità dell'atto a provocare la sospensione del credito in quanto, ad esempio, la p.a. ha già vincolato altri crediti fino all'importo massimo previsto dal fermo.

Se all'esito della verifica amministrativa o giudiziale emerge l'inconsistenza della ragione di credito, sull'amministrazione grava un onere di revoca del provvedimento (che il privato può stimolare con un'istanza).

Se l'eliminazione del provvedimento, ormai privo di fondamento, non viene realizzata, il cittadino può agire in giudizio dinanzi al G.A. per contestare

(14) In senso improprio perché le posizioni giuridiche fatte valere sono una di diritto soggettivo, l'altra di interesse legittimo.

(15) Rammentando come per "ragione di credito" s'intenda la "ragionevole fondatezza della pretesa" (fondata su una prova dimostrativa certa, che determini nell'amministrazione non la certezza nella fondatezza della pretesa ma la ragionevole convinzione che sussiste il suo diritto, che giustifica e legittima la soggezione del debitore all'adempimento) e non "credito certo, liquido ed esigibile".

Il limite nel sindacato di legittimità sul provvedimento di fermo si rivolge perciò all'arbitrarietà o la pretestuosità della pretesa dell'amministrazione, che non può essere esclusa per il fatto che semplicemente pendono giudizi in altra sede, civile, penale o tributaria, aventi ad oggetto il credito dell'amministrazione (Cons. Stato, IV, n. 2271/2010; Cons. Stato, IV, n. 123 del 1985). Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sul provvedimento di fermo deve essere fatto inoltre alla luce della verifica del criterio di complessiva proporzionalità del provvedimento (riflesso in un'adeguata e rigorosa motivazione assieme agli altri presupposti; sul punto Cons. Stato, IV, n. 1333/1996).

il rifiuto opposto dalla p.a. e chiedere la contestuale condanna al pagamento delle somme dovute e al risarcimento dei danni patiti.

In conclusione la soluzione più coerente dal punto di vista sistematico appare essere quella della giurisdizione del G.A. sul fermo. *De iure condendo* sarebbe utile la predeterminazione di un tempo di efficacia del provvedimento (laddove esso non sia determinabile in base ad elementi estrinseci come ad esempio la durata del procedimento di danno erariale) in quanto una misura cautelare, proprio perchè tale, deve per sua natura essere contenuta nei limiti di durata strettamente indispensabili per la protezione dell'interesse sotteso e non deve essere tale da gravare eccessivamente sui diritti che essa provvisoriamente comprime.

All. 1)

Un'occasione perduta

Le Sezioni Unite erano chiamate a pronunciarsi sul problema della individuazione del giudice munito di giurisdizione in un caso di impugnazione di fermo amministrativo ex art. 69 della Legge Cont. St. La scarsa motivazione della sentenza, in raffronto alla problematica evidenziata nella memoria difensiva, evidenzia come la Suprema Corte non abbia voluto cimentarsi nel tentativo di una sistemazione organica della (invero complessa) questione.

Gianni De Bellis (*)

All. 2)

Ct. 41704/07 (Avv. Spina)

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE – SEZIONI UNITE CIVILI

MEMORIA DIFENSIVA

nella causa n. 7741/10 (udienza 7 dicembre 2010 n. 17)

per

L'AGENZIA DELLE ENTRATE in persona del Direttore pro-tempore, rappresentata e difesa *ex lege* dall'Avvocatura Generale dello Stato presso i cui uffici è domiciliata in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12

resistente

contro

la **BANCA MONTE DEI PASCHI DI SIENA s.p.a.** in persona del legale rappresentante pro-tempore

ricorrente

per l'annullamento

della **sentenza n. 399/2009/A** emessa *inter partes* dalla Corte dei Conti Sezione I Centrale di appello.

Nel presente giudizio la Corte è chiamata a pronunciarsi in ordine alla corretta indivi-

(*) L'Avvocato dello Stato che si è occupato della trattazione della causa.

duazione del Giudice fornito di giurisdizione, in una controversia nella quale la ricorrente ha impugnato un provvedimento di “fermo amministrativo” emesso ai sensi dell’art. 69 del R.D. n. 2440/1923.

La Corte dei Conti, davanti alla quale l’atto è stato impugnato, ha declinato la sua giurisdizione (sia in primo grado che in appello) in favore del Giudice Amministrativo.

L’Amministrazione ritiene che la pronuncia sia corretta e debba essere confermata per i motivi di seguito indicati.

* * *

In base all’art. 69 comma 6 del R.D. n. 2440/1923 “*Qualora un'amministrazione dello Stato che abbia, a qualsiasi titolo ragione di credito verso aventi diritto a somme dovute da altre amministrazioni, richieda la sospensione del pagamento, questa deve essere eseguita in attesa del provvedimento definitivo*”.

L’ultimo comma, introdotto con l’art. 3 comma 5 *decies* del D.L. n. 182/2005, ha esteso la possibilità del fermo anche alle Agenzie, precisando che “*Tra le amministrazioni dello Stato devono intendersi le Agenzie da esso istituite, anche quando dotate di personalità giuridica. Alle predette amministrazioni devono intendersi equiparate l'Agenzia del demanio e l'Agenzia per le erogazioni in agricoltura, in considerazione sia della natura delle funzioni svolte, di rilevanza statale e riferibili direttamente allo Stato, sia della qualità, relativamente all'Agenzia per le erogazioni in agricoltura, di rappresentante dello Stato italiano nei confronti della Commissione europea ai sensi del decreto legislativo 27 maggio 1999, n. 165, e successive modificazioni*”.

Nell’interpretare la suddetta disposizione, codesta Suprema Corte ha costantemente affermato che “*Il provvedimento di fermo amministrativo di cui al R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, art. 69, u.c., ha lo scopo di legittimare la sospensione, in via cautelare e provvisoria, del pagamento di un debito liquido ed esigibile da parte di un'amministrazione dello Stato, a salvaguardia della eventuale compensazione legale di esso con un credito, anche se non attualmente liquido ed esigibile, che la stessa o altra amministrazione statale pretenda di avere nei confronti del suo creditore (Cass. SS.UU. 7945/03)*” (SS.UU. n. 30058/2008).

Da un punto di vista teorico, sono tre i Giudici che potrebbero essere chiamati a pronunciarsi sulla legittimità di un fermo amministrativo.

- 1) il Giudice Amministrativo, competente in via generale per la tutela degli interessi legittimi;
- 2) Il Giudice competente a conoscere del credito reso “inesigibile” dal fermo. Potrebbe trattarsi anche di più giudici, allorchè il fermo, come di norma, vada a sospendere l’esigibilità di più crediti. Così, ad esempio, sarebbe competente il Giudice del Lavoro per un credito previdenziale o lavoristico; quello Tributario per un rimborso d’imposta; la Corte dei Conti (come sostiene la ricorrente nel caso di specie) per un credito rientrante nel rapporto tra l’Amministrazione e l’Agente della Riscossione.
- 3) Il Giudice competente a conoscere della “ragione di credito” posta a base del provvedimento di fermo. Anche qui potrebbe trattarsi del Giudice Tributario (se il fermo è a garanzia di un credito d’imposta vantato dall’erario), ovvero di quello ordinario (si pensi ad un credito da risarcimento danni) ecc.

Ciò premesso, si può agevolmente escludere l’ipotesi di cui al punto 3). Il Giudice competente per la “ragione di credito” normalmente deve pronunciarsi solo su questa. La sua decisione certo può influire sul fermo, nel senso però di provocarne l’inefficacia al-

lorchè, con pronuncia di merito, abbia ritenuto insussistente la “ragione di credito” che ne era alla base.

In tal senso è la più recente giurisprudenza di codesta Suprema Corte, che ha affermato: *“Il fermo amministrativo previsto dall'art. 69 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, costituendo espressione dei poteri sovraordinati che la legge riconosce alla P.A. nella fase amministrativa dell'accertamento e della riscossione dei propri crediti, non può estendere i propri effetti all'ambito processuale, in pregiudizio della situazione patrimoniale della controparte, qualora la pretesa a garanzia della quale è stato disposto sia stata disattesa dal giudice, anche in via non definitiva, contrastando tale efficacia con il principio della "parità delle armi" sancito dall'art. 111 Cost. Esso, pertanto, ove sia stato disposto a tutela di un credito tributario, diviene illegittimo a seguito della sentenza che, accogliendo il ricorso proposto dal contribuente, annulla l'atto impositivo: tale sentenza, infatti, fa venir meno, indipendentemente dal suo passaggio in giudicato, il titolo sul quale si fonda la pretesa tributaria, privandola del supporto dell'atto amministrativo che la legittima, ed escludendo quindi che essa possa formare ulteriormente oggetto di alcuna forma di riscossione provvisoria”* (Cass. Sez. Trib. 22 settembre 2006 n. 20526).

È stata così superata la precedente, e meno garantista, giurisprudenza, secondo cui *“Il cosiddetto fermo amministrativo, cioè la sospensione - ai sensi dell'articolo 69 del regio decreto n. 2440 del 1923 - del pagamento di somme dovute dall'amministrazione a titolo di rimborso Iva può essere disposto in presenza di una «ragione di credito», a favore dell'amministrazione, «a qualsiasi titolo». È sufficiente, quindi che sussista il fumus boni iuris del credito, anche se non attualmente liquido ed esigibile, reclamato dall'amministrazione senza che sia necessario anche il periculum in mora. Un tale provvedimento, inoltre, una volta adottato, produce i suoi effetti se e finché non intervenga un provvedimento definitivo, anche giurisdizionale, di revoca o di incameramento delle somme delle quali è stato sospeso il pagamento al privato, senza che rilevi, ove la relativa statuizione sia stata oggetto di impugnazione da parte dell'amministrazione, che in una fase del giudizio il credito dell'amministrazione sia stato ritenuto inesistente”* (Cass. Sez. Trib. 5 marzo 2004 n. 4567).

Resta allora da valutare se sussista o meno la giurisdizione generale del Giudice Amministrativo ovvero quella del Giudice (di volta in volta) competente a conoscere del credito “sospeso”.

Occorre a tale riguardo ricordare la definizione che la Corte Costituzionale ha dato del fermo, definito come *“misura di autotutela della Amministrazione statale, avente lo scopo di assicurare la realizzazione dei fini cui è rivolto l'iter amministrativo procedimentale, necessariamente complesso e disciplinato da norme inderogabili e preordinate ad assicurare la regolarità contabile e la realizzazione delle entrate dello Stato, quali vengono definite nell'art. 219 del R.D. 23 maggio 1924 n. 827 (Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato).*

È evidente, quindi, che la norma in esame non configura un irrazionale privilegio, ma uno strumento necessario alla protezione del pubblico interesse connesso alle esigenze finanziarie dello Stato. [...]E l'esercizio di questo potere, improntato a valutazioni discrezionali dell'interesse pubblico, non resta, peraltro, sottratto ai controlli che l'ordinamento prevede, anche in sede giurisdizionale, seppure con le modificazioni che conseguono alla dichiarata subordinazione del diritto soggettivo del privato contraente

alle esigenze del pubblico interesse” (Corte Cost., sentenza 19 aprile 1972 n. 67); non si può pertanto che pervenire alla conclusione che a fronte dell’esercizio di un potere autoritativo e discrezionale della p.a., la posizione giuridica soggettiva del destinatario dell’atto non può che essere di interesse legittimo.

Più in particolare il fermo è idoneo ad affievolire il diritto di credito “*sospeso*” (o anche vari diritti di credito “*sospesi*”) fino all’importo massimo in esso indicato.

La possibilità che il Giudice del credito “*sospeso*” possa conoscere del fermo, è legata soltanto ad una sua eventuale disapplicazione, che potrà essere legittimamente disposta allorché esso sia adito per ottenere il riconoscimento del diritto di credito “*sospeso*” nonché la condanna dell’Amministrazione a pagarlo.

Tale disapplicazione del fermo potrà avvenire soltanto:

a) qualora l’atto sia stato emesso in “*carezza di potere*” come, ad esempio, qualora la p.a. non sia un organo dello Stato. In tal senso si è costantemente pronunciata codesta Suprema Corte, anche a sezioni Unite: “*L’istituto del fermo amministrativo, di cui all’art. 69, comma 6, r.d. 18 novembre 1923 n. 2440 - che consente ad un’amministrazione dello Stato che abbia, a qualsiasi titolo, ragioni di credito verso aventi diritto a somme dovute da essa o da altre amministrazioni, di richiedere ed ottenere la sospensione, in via cautelare e provvisoria, del pagamento - è riferito esclusivamente ad amministrazioni statali, e non può pertanto essere direttamente utilizzato da parte delle province, in quanto la traslazione di tale strumento, suscettibile di importare un eccezionale affievolimento dei diritti di credito dei privati ad opera della stessa amministrazione che è parte del rapporto, al di fuori dell’alveo legislativamente assegnatogli ed il suo inserimento nell’ordinamento contabile di enti diversi dallo Stato possono ammettersi solo in presenza di una espressa ed inequivoca disposizione normativa, non già in via di interpretazione estensiva od analogica; ne consegue, per un verso, che i provvedimenti dispositivi di tale rimedio emessi dalla Provincia, risultando deliberati in totale carezza di potere, sono inidonei ad affievolire la posizione di diritto soggettivo del privato, e, per l’altro verso, che la controversia sulla sussistenza e sulla esigibilità del credito del privato appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario*” (Cass. SS.UU. n. 15382/2002; nello stesso senso, con riferimento alle Regioni, SS.UU. n. 7414/1998, nonché, da ultimo, per gli enti locali Cass. Sez. Trib. n. 6038/2010), ovvero quando il destinatario del fermo sia sottoposto a procedura concorsuale (cfr. Cass. n. 8053/1996, secondo cui “*il giudice ordinario, adito nella specie dalla curatela, non è condizionato nella sua pronuncia dal provvedimento amministrativo cautelare, e può provvedere all’eventuale condanna al pagamento della P.A., se ed in quanto esistano i presupposti di un credito certo ed esigibile del fallito*”, ciò in quanto “*vengono privati di efficacia i provvedimenti cautelari legittimamente ottenuti prima dell’apertura del fallimento e sono ab origine privi di efficacia quelli emessi nel corso della stessa procedura [...] Nell’enunciazione di questi principi di carattere generale, si inserisce, anche quella forma di autotutela con funzione cautelare disciplinata espressamente, per la pubblica amministrazione, dall’art. 69 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, relativo all’amministrazione del patrimonio ed alla contabilità generale dello stato*”;

b) qualora si sostenga l’inidoneità dell’atto a provocare la sospensione del credito in quanto, ad esempio, siano già stati vincolati altri crediti fino all’importo massimo indicato nel fermo.

In realtà in quest’ultimo caso non si tratterebbe tanto di “*disapplicazione*” del fermo,

quanto di esatta individuazione dell'ambito di operatività e della sua eventuale inefficacia (valutazione questa di certo consentita al Giudice del credito sospeso, in quanto si limiterebbe a conoscere degli effetti dell'atto, a norma dell'art. 4, primo comma, L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E).

Al di fuori di tali ipotesi, il Giudice del credito sospeso non potrà che limitarsi ad accertare se il fermo esiste e sia efficace, senza alcuna possibilità di verificarne la sussistenza dei presupposti (ragione di credito e *periculum*), la cui cognizione è demandata necessariamente al Giudice Amministrativo.

La situazione non è dissimile da quella che si verifica in altri casi di autotutela.

Ad esempio in materia di sovvenzioni pubbliche, allorché la p.a. annulli d'ufficio il provvedimento in base al quale il contributo è stato erogato, codesta Suprema Corte ha precisato che *“Nelle controversie relative a sovvenzioni da parte della p.a. per la promozione di determinate attività economiche, il discrimine fondamentale per la individuazione del giudice fornito di giurisdizione va rapportato alle posizioni giuridiche del privato interessato, il quale vanta nei confronti della p.a. una posizione sia di interesse legittimo (se la controversia riguardi una fase procedimentale precedente al provvedimento attuativo del beneficio o rispetto al potere della p.a. di ritirare in via di autotutela il provvedimento concessorio - o anche solo di sospendere l'erogazione delle provvidenze concesse - per vizi di illegittimità o per contrasto sin dall'origine con il pubblico interesse), sia di diritto soggettivo (nei riguardi tanto della concreta erogazione del beneficio oggetto del finanziamento o della sovvenzione quanto della susseguente conservazione della disponibilità delle somme erogate di fronte alla posizione assunta dalla p.a. con provvedimenti variamente definiti - revoca, decadenza, risoluzione - emanati in funzione dell'asserito inadempimento da parte del beneficiario per l'inosservanza della disciplina che regola il rapporto)”* (Cass. SS.UU. n. 225/2001; nello stesso senso SS.UU. n. 29529/2008).

Né può ritenersi che alla giurisdizione del G.A. si possa anche aggiungere quella del Giudice del credito sospeso, in quanto ciò comporterebbe una inammissibile ipotesi di *“doppia tutela”* (che deve ritenersi esclusa: cfr. al riguardo Cass. SS.UU. n. 16359/2006; 11082/2010).

In altri termini non si può ritenere che il fermo amministrativo sia impugnabile davanti al G.A. e nel contempo suscettibile di disapplicazione da parte del Giudice del credito sospeso (se non nei limitati casi di carenza di potere o sopravvenuta inefficacia a cui si è fatto sopra cenno).

Una simile tesi porterebbe a conseguenze paradossali.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi di una sanzione consistente in una dequalificazione di un dipendente pubblico (il cui rapporto di lavoro non sia privatizzato), con atto (autoritativo) non impugnato.

Accedendo alla tesi della doppia tutela si dovrebbe consentire al dipendente di agire in giudizio chiedendo l'accertamento del suo diritto al maggior stipendio derivante dalla qualifica posseduta in precedenza, previa disapplicazione del provvedimento di illegittima dequalificazione.

Ma una tale disapplicazione potrebbe essere chiesta solo se l'atto autoritativo fosse stato emesso in carenza di potere (ad esempio da soggetto totalmente sprovvisto di potere). Di certo non sarebbe possibile in quella sede valutare *incidenter tantum* la legittimità (sotto il profilo della incompetenza relativa, violazione di legge ed eccesso di potere),

del provvedimento autoritativo, demandata dalla legge al Giudice Amministrativo che avrebbe dovuto essere adito entro un tempo perentorio.

D'altro canto, a voler sostenere il contrario, cosa accadrebbe se invece l'impugnazione tempestiva davanti al G.A. fosse respinta? Potrebbe ancora il dipendente invocare la disapplicazione dell'atto o vi osterebbe il giudicato? Se sì, allora per quale motivo non dovrebbe invece avere rilievo anche la definitività dell'atto per mancata impugnazione nei termini?

Come si vede, non appare possibile ipotizzare alcuna ipotesi di doppia tutela, mentre la giurisdizione dovrà essere ripartita con il consueto criterio della competenza del G.A. in presenza di interessi legittimi e della competenza del Giudice dei diritti (ordinario o speciale) in presenza di una carenza di potere (o sopravvenuta inefficacia dell'atto di autotutela) che impedisca qualsiasi "affievolimento" della posizione giuridica di diritto soggettivo in capo al destinatario.

Applicando tali principi al caso di specie non si può che concordare con la decisione impugnata.

Ed invero il ricorso in primo grado davanti alla Corte dei Conti, era diretto proprio a censurare in via principale il fermo amministrativo con il quale l'Agenzia delle Entrate aveva sospeso provvedimenti di rimborso fino alla concorrenza di € 501.237,55.

Correttamente su tale domanda la Corte dei Conti ha dichiarato il suo difetto di giurisdizione rispetto al Giudice Amministrativo.

La ricorrente avrebbe dovuto quindi impugnare tempestivamente l'atto davanti al T.A.R. competente ed in quella sede far valere la mancanza dei presupposti previsti dalla norma posta a base del potere di autotutela (l'art. 69 L.C.S.), tra cui la contestata mancanza della "ragione di credito" posta a base del fermo.

Una eventuale disapplicazione del fermo da parte della Corte dei Conti, sarebbe stata possibile solo qualora tale Giudice, adito a tutela del credito "sospeso", avesse ritenuto il fermo non più inefficace ovvero affetto da vizi talmente gravi da configurare un'ipotesi di carenza di potere.

Di certo non avrebbe potuto invece valutarne la legittimità (sotto i consueti profili di incompetenza relativa, violazione di legge ed eccesso di potere), senza invadere la giurisdizione riservata al Giudice Amministrativo (anche dall'art. 113 comma 1 Cost.).

Ne consegue la totale correttezza della decisione impugnata, laddove ha affermato che *"il fermo amministrativo è un mezzo di autotutela privilegiata, di carattere cautelare, preordinata alla compensazione legale tra crediti e debiti delle varie amministrazioni statali (Corte cost., 19.4.1972 n. 67), non ammissibile fra soggetti amministrativi diversi dallo Stato (Cons. St., sez. VI, 6.4.1976 n. 163), e non utilizzabile da parte di altre amministrazioni pubbliche (Cassaz., 29.7.1998 n. 7414); ha carattere provvisorio per cui, a differenza della compensazione ordinaria, non è richiesto che il credito sia liquido ed esigibile, essendo sufficiente una mera ragione del credito che, però, deve essere certa, probante e ragionevole, sotto il profilo della presumibile fondatezza della domanda (fumus boni juris - Consiglio St., sez. VI, 8.4.2002 n. 1989), mentre la liquidità è richiesta in sede di compensazione definitiva, ai sensi dell'art. 1243 c.c.; è utilizzabile anche per le indebite percezioni di contributi comunitari (TAR Lazio, sez. II-ter, 8.6.2005 n. 4662).*

È disposto con provvedimento amministrativo soggetto alla giurisdizione amministrativa (C. conti, Sez. I centrale 21.1.2004 n. 19), senza pregiudizio della piena cognizione del

giudice ordinario ai fini dell'accertamento e liquidazione del credito vantato dall'amministrazione, se convenuta in giudizio per l'adempimento del proprio debito (Cassaz., SS.UU. 21 maggio 2003 n. 7945, sez. I, 12 luglio 2004 n. 13808, 19 gennaio 1979 n. 391; Cons. St., sez. VI, 8 marzo 1996 n. 375, 7 dicembre 2001 n. 6179).

Pertanto l'appello, sul punto, non merita accoglimento, spettando al giudice amministrativo, segnatamente al T.A.R. Lazio, la giurisdizione al riguardo, al quale compete vagliare la sussistenza delle condizioni dell'azione e pronunciarsi sugli effetti processuali e sostanziali della domanda giudiziale, ivi compresa la sussistenza del credito".

Si confida pertanto nel rigetto del ricorso.

Roma, 30 novembre 2010

per Maria Luisa SPINA
Avvocato dello Stato
Gianni DE BELLIS
Avvocato dello Stato

Cassazione civile, Sez. Un., sentenza del 22 dicembre 2010 n. 25983 - *Primo Pres. f.f. Vittoria, Pres. Sez. Triola, Rel. Massera, P.M. Iannelli (difforme)* - Banca dei Monti dei Paschi di Siena s.p.a. (avv. Capponi) c. Procuratore Generale presso la Corte di Conti e Agenzia delle Entrate (Avv. gen. Stato).

(Omissis)

Svolgimento del processo

Con sentenza in data 18 aprile 2007 la Sezione Giurisdizionale per la Regione Lazio della Corte dei Conti dichiarò inammissibile, per difetto di giurisdizione, il ricorso di Monte dei Paschi di Siena S.p.A., società concessionaria del Servizio per la Riscossione dei Tributi per la Provincia di Roma, avverso il decreto di fermo amministrativo con il quale era stata disposta, da parte della Agenzia delle Entrate, la sospensione del pagamento di alcuni rimborsi dovuti per quote indebitamente restituite ai contribuenti, nonchè per intervenuta decadenza dell'azione avverso i decreti di discarico emessi dalla Agenzia medesima perchè non tempestivamente impugnati.

Con sentenza in data 19 maggio - 12 giugno 2009 la Corte dei Conti - Sezione prima centrale di appello - rigettò il gravame della Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A. confermando la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine al fermo amministrativo e la improponibilità del rapporto sottostante concernente il discarico delle quote inesigibili in quanto non azionato tempestivamente.

Avverso la suddetta sentenza la Banca Monte dei Paschi di Siena ha proposto ricorso per cassazione avanti alle Sezioni Unite affidato ad unico motivo.

Hanno resistito, con separati controricorsi, l'Agenzia delle Entrate e il Procuratore Generale presso la Corte dei Conti.

Monte dei Paschi di Siena e Agenzia delle Entrate hanno presentato memorie.

Motivi della decisione

1 - Il Procuratore Generale presso la Corte dei Conti ha eccepito l'inammissibilità del ricorso perchè notificato al Procuratore Generale della Corte dei Conti per il Lazio e non alla Procura Generale, che ne è venuta a conoscenza solo a seguito di segnalazione interna.

Queste Sezioni Unite hanno ripetutamente affermato (confronta, ex plurimis, la recente Cass. Sez. Un. n. 23681 del 9 novembre 2009 e Cass. Sez. Un. n. 19 del 29 gennaio 2000) che l'ufficio della Procura Generale presso la Corte dei Conti e quello della Procura Regionale presso le sezioni giurisdizionali regionali della Corte, ancorchè collegati, sono processualmente autonomi e pertanto, in sede di impugnazione dinanzi alle Sezioni Unite, di sentenza emessa dalla Sezione giurisdizionale centrale di appello, la legittimazione a resistere alla stessa compete in via esclusiva al P.G. presso la Corte dei Conti.

L'orientamento sopra menzionato si è, però, sanato con riferimento al rispetto dei termini processuali utili ai fini dell'impugnazione, di cui è stata affermata la decorrenza a far data dalla notifica effettuata nei confronti del Procuratore Generale, restando, allo scopo, ininfluenza quella effettuata al Procuratore regionale.

Ma la fattispecie presenta un profilo diverso: la sentenza impugnata, non notificata, risulta depositata il 12 giugno 2009, il ricorso del Monte dei Paschi è stato notificato agli intimati il 16 - 17 marzo 2010 e il controricorso del Procuratore Generale presso la Corte dei Conti, venuto a conoscenza del ricorso, è stato notificato alla ricorrente il 9 aprile 2010, cioè prima della scadenza del termine utile per proporre il ricorso per cassazione e, quindi, ha spiegato effetto sanante della nullità in cui essa era incorsa.

L'eccezione va, dunque, respinta.

2 - Con l'unico motivo, la Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A. denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 37 c.p.c., R.D. n. 1038 del 1933, art. 52 e segg., in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 1; questione di giurisdizione; illegittima alterazione dell'ordine di esame delle questioni tra merito e giurisdizione.

Assume che, stante lo stretto rapporto di strumentalità tra cautela del fermo amministrativo e merito, la giurisdizione competente a conoscere la legittimità del provvedimento cautelare è necessariamente quella competente a conoscere del rapporto nei suoi aspetti di merito.

Gli intimati resistono sottolineando che il fermo contestato, emesso ai sensi del R.D. n. 2440 del 1923, art. 69, è un provvedimento amministrativo di carattere discrezionale, dinanzi all'esercizio del quale il diritto del destinatario è degradato ad interesse legittimo.

Le argomentazioni addotte dai resistenti, sviluppate dall'Agenzia delle Entrate anche con la memoria ex art. 378 c.p.c., non inducono la Corte a mutare la propria giurisprudenza (vedi art. 360 c.p.c., bis, n. 1), in base alla quale la giurisdizione sulle controversie relative al fermo amministrativo spetta al giudice al quale è attribuita la cognizione della controversia.

In tal senso si sono già espresse le Sezioni Unite con la sentenza 14 gennaio 2009, n. 555, la quale ha affermato, appunto, che la giurisdizione su controversie relative al fermo amministrativo di cui al R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, art. 69, comma 6, spetta al giudice al quale è attribuita la cognizione della controversia su diritto che da detto fermo è cautelato, giacchè sussiste uno stretto collegamento tra siffatta misura cautelare e il diritto per la cui provvisoria tutela essa è concessa.

Questo principio ha valenza generale e, infatti, è stato significativamente applicato anche in riferimento alle controversie aventi per oggetto il provvedimento di fermo di beni mobili registrati, di cui al D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, art. 86, e successive modificazioni, dal momento che, pur in presenza di una modifica normativa del D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 19, comma 1, (introdotta dal D.L. n. 248 del 2006, art. 35, comma 26 quinquies, convertito con modificazioni dalla L. n. 296 del 2006) in base alla quale alla serie degli atti impugnabili dinanzi alle Commissioni tributarie è stato aggiunto il suddetto provvedimento di fermo, si è precisato, che ai fini della giurisdizione rileva la natura dei crediti posti a fondamento del

provvedimento di fermo e che, pertanto, essa spetterà al giudice tributario o al giudice ordinario a seconda della natura tributaria o meno dei crediti, ovvero ad entrambi se il provvedimento di fermo si riferisce in parte a crediti tributari e in parte a crediti non tributari.

Spetta, pertanto, alla Corte dei Conti la giurisdizione a conoscere del decreto 30 settembre 2005 dell'Agenzia delle Entrate mediante il quale venne disposta la sospensione del pagamento di provvedimenti di rimborso.

Trattasi, infatti, di provvedimento cautelare strumentale al rapporto di merito esistente tra Amministrazione e Concessionario, pacificamente affidato alla giurisdizione della Corte dei Conti.

Non induce a diversa statuizione la rilevata mancata impugnazione dei provvedimenti che in precedenza (nel 2003) avevano negato il rimborso di quote inesigibili, poichè tale questione può influire non sulla giurisdizione, che è un prius, ma solo sulla decisione nel merito della domanda, che è un posterius. Del resto il tema della illegittimità del provvedimento di fermo era stato proposto dalla ricorrente sotto molteplici profili.

Pertanto, in accoglimento del ricorso, la sentenza va cassata con conseguente affermazione della giurisdizione della Corte dei Conti, avanti alla quale, e in particolare alla Sezione Giurisdizionale regione Lazio, le parti vanno rimesse. L'indicata Sezione provvederà anche a regolamentare le spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

Accoglie il ricorso; cassa la sentenza impugnata e dichiara la giurisdizione della Corte dei Conti; rimette le parti, anche per le spese del giudizio di cassazione, avanti alla Sezione Giurisdizionale Regione Lazio.

Il punto in materia di ricorsi diretti ad accertare la condizione di apolide dopo Cassazione 7614/11

(Nota a Cassazione civile, Sez. I, sentenza 4 aprile 2011 n. 7614)

Stefano Emanuele Pizzorno*

SOMMARIO: 1. Le sentenze della Suprema Corte in tema di apolidia - 2. Rito applicabile alle controversie di accertamento dello stato di apolide - 3. Una questione aperta: la competenza territoriale.

1. Le sentenze della Suprema Corte in tema di apolidia

La Corte di Cassazione con la decisione della prima sezione 4 aprile 2011 n. 7614 è intervenuta sulla dibattuta questione del rito da adottare in tema di domande giudiziali dirette a far accertare lo stato di apolide che è la condizione, secondo la Convenzione di New York del 28 settembre 1954, in cui si trova l'individuo allorchè nessuno Stato, sulla base del proprio ordinamento giuridico, lo considera come suo cittadino (*une personne qu'aucun Etat ne considère comme son ressortissant par application de sa législation*).

Le sentenze della Suprema Corte in tema di apolidia sono rare; comunque è la quarta volta nel giro di pochi anni che la Cassazione pronuncia sulla materia. L'attuale decisione segue infatti le sentenze n. 14918 del 2007, 5212 e 28873 del 2008.

Nella prima decisione n. 14918 (Cass. Sez. I 28 giugno 2007 n. 14918, in *La Nuova Giur. Civ. Comm.* 2008, 267), la Cassazione precisava che ai fini dell'accertamento dello stato di apolidia non occorre un atto formale di sottrazione della cittadinanza originaria potendo invece ricorrersi alla prova indiziaria; la situazione di apolide può infatti essere dedotta da atti di rifiuto delle singole protezioni o prerogative spettanti al cittadino, confermando in tal modo un assunto più volte ribadito dalla giurisprudenza di merito (1).

Ammessa la prova indiziaria la Corte però affermava la validità anche per questa materia del principio di cui all'art. 2697 cod. civ. secondo il quale chi vuol far valere in giudizio un diritto deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. In particolare, investita del motivo di ricorso secondo il quale la Corte d' Appello non avrebbe disposto accertamenti né acquisito informazioni sulla situazione del ricorrente al fine di vedere se nella concreta applicazione della legislazione iraniana il medesimo non fosse da considerarsi come apolide di fatto, osservava che non esiste obbligo per il giudice di ac-

(*) Avvocato dello Stato.

(1) App. Perugia 20 aprile 2004 in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2005, 121; App. Roma 22 aprile 2003 in *Il Corriere giuridico*, 2003, 1483; Trib. Milano 5 marzo 2003 in *Giustizia civile*, I 2004, 265; Trib. Milano 31 maggio 1976 in *Giur. it.*, 1977, I, 2, 595.

quisire informazioni d'ufficio; spetta infatti pur sempre al ricorrente *ex art.* 2697 cod. civ. dimostrare quegli elementi che dimostrino la sostanziale privazione della cittadinanza.

Su questa linea una recente decisione della Corte d'Appello di Firenze (12 aprile 2011) ha ritenuto che non basti dedurre il rifiuto da parte dello Stato di collegamento, nella specie il Montenegro, del rilascio del passaporto a causa della mancata iscrizione nei registri anagrafici e dei passaporti di quello Stato. L'apolidia infatti, osserva la Corte, non può essere conseguenza della disfunzione dei servizi anagrafici di un paese ma di una situazione in cui all'interessato viene negato in radice il diritto alla medesima e la connessa possibilità di conseguirla per via giudiziaria. Il fatto che nel caso di specie l'interessato non abbia ritenuto di rivolgersi al giudice del suo Paese di origine per chiarire la sua situazione in punto di cittadinanza farebbe ritenere, secondo il giudice fiorentino, che il medesimo non si trovi tanto dinanzi a un diritto di nazionalità disconosciuto quanto al desiderio di ottenere un titolo giuridico per continuare a vivere in Italia. Questo indirizzo è stato successivamente confermato (App. Firenze 3 dicembre 2011).

Allo stesso modo si è ritenuto che non basti la dichiarazione da parte dello Stato di collegamento che il soggetto non risulti essere proprio cittadino; infatti un tale documento non comprova affatto che il soggetto abbia richiesto la cittadinanza e che la sua domanda sia stata rigettata (2).

Altre decisioni hanno osservato come non possa ritenersi apolide chi, pur essendo allo stato privo di qualunque cittadinanza, possa in astratto ottenerne una esercitando un'opzione; altrimenti si farebbe dipendere lo stato di apolide non da circostanze oggettive, indipendenti dalla volontà dell'interessato ma da una scelta del soggetto che rifiuta una cittadinanza che potrebbe acquisire (3).

Con la sentenza n. 5212 (Cassazione Sez. I 27 febbraio 2008 n. 5212 in *www.leggiditalia.it*) la Suprema Corte invece affermava che anche nella materia di cui si tratta, relativa all'accertamento dello stato di apolidia, deve essere osservata la regola generale posta dall'art. 11 R.D. 1611/1933, che impone che la domanda giudiziale, nella specie introdotta con ricorso *ex art.* 737 cod. proc. civ., venga notificata, a pena di nullità, presso l'Avvocatura dello Stato; pertanto veniva cassata la decisione della Corte d'Appello che aveva qualificato la notifica effettuata direttamente presso il Ministero dell'Interno anziché presso l'Avvocatura, domiciliataria *ex lege* delle amministrazioni dello Stato, semplicemente irregolare, essendo la domanda comunque venuta a conoscenza dei funzionari dell'amministrazione interessata.

Con la decisione S.U. n. 28873 (Cassazione Sez. Un. 9 dicembre 2008 n. 28873 in *Giur. It.*, 2009, 10, 2186) invece la Corte aveva modo di affermare:

(2) Trib. Torino 2 febbraio 2009 in *www.leggiditalia.it*; Trib. Torino 10 novembre 2008, *ivi*.

(3) Trib. Genova 13 dicembre 2010 in *www.leggiditalia.it*.

- che la legittimazione passiva in tale tipo di contenzioso spetta al Ministero dell'Interno, agendo lo straniero al fine di ottenere in via giudiziale un accertamento che potrebbe avvenire anche in via amministrativa da parte di quell'Amministrazione sulla base dell'art. 17 D.P.R. 572/1993;

- che la giurisdizione sulla materia spetta al giudice ordinario, trattandosi di un diritto soggettivo oltre che di un procedimento sullo stato e capacità delle persone, attribuito in via esclusiva al tribunale *ex art. 9 c.p.c.*, nonché relativo ad un diritto civile e politico, la cui tutela è riservata al giudice ordinario non solo dall'art. 113 Cost. ma anche dalla legge 20 marzo 1865 n. 2248 all. E. Del resto se il giudice amministrativo non può pronunciarsi, per effetto del divieto posto dagli articoli 7 e 8 della l. 1034/1971 (oggi art. 8 comma 2 del codice del processo amministrativo), sulle questioni pregiudiziali di stato, da risolvere in via incidentale, non può neppure conoscere delle medesime in via principale; in tal modo viene superata la tesi marginale ma talvolta riemergente in qualche decisione secondo cui il soggetto che richiede l'accertamento dello stato di apolide farebbe valere un interesse legittimo, essendo la Pubblica amministrazione dotata, nell'attribuire o meno lo *status* richiesto, di un potere discrezionale (4);

- che lo straniero può alternativamente ricorrere all'autorità amministrativa per ottenere il riconoscimento del proprio stato di apolide, sulla base delle prove documentali - il Ministero dell'interno può certificare la condizione di apolidia, su istanza dell'interessato corredata della seguente documentazione: atto di nascita; documentazione relativa alla residenza in Italia; ogni documento idoneo a dimostrare lo stato di apolide. È facoltà del Ministero dell'interno di richiedere, a seconda dei casi, altri documenti (art. 17 D.P.R. 572/1993) - oppure all'autorità giudiziaria, senza limiti di prova; questa del resto era sempre stata la tesi anche della giurisprudenza di merito con l'eccezione di un'isolata pronuncia che aveva ritenuto che l'esistenza della possibilità di ottenere la certificazione dello stato di apolide in via amministrativa determinasse l'inammissibilità del ricorso al giudice per mancanza dell'interesse ad agire (5);

- che contro il decreto relativo allo stato di apolidia emesso al termine di procedimento camerale è ammesso il ricorso in sede di legittimità, avendo il medesimo natura contenziosa. Nel caso concreto peraltro la Corte non affrontava il problema della correttezza del procedimento instaurato, non essendo stata sollevata la relativa questione.

(4) App. Bologna 31 gennaio 2006 in *www.leggiditalia.it*; Trib. Sanremo 2 luglio 1998, in *Arch. Civ.*, 1998, 943.

(5) App. Firenze 12 novembre 2002 in *La Nuova Giur. Civ. Comm.* 2003, 309.

2. Rito applicabile alle controversie di accertamento dello stato di apolide

Con la sentenza 7614/11 la Suprema Corte si è infine pronunciata sul rito applicabile alle controversie di accertamento dello stato di apolide.

Al riguardo la posizione prevalente in dottrina e giurisprudenza è sempre stata quella per cui la domanda deve essere introdotta con rito camerale in luogo del rito contenzioso ordinario.

In particolare in giurisprudenza si è sostenuto che la ragione dell'applicazione del rito camerale andrebbe individuata da una generale applicabilità del medesimo rito a tutti i procedimenti in materia di stato delle persone; tale generale applicabilità si ricaverebbe dalla collocazione del capo VI all'interno del titolo II (dei procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone) del libro IV cod. proc. civ. che non sembrano trovare nel predetto titolo un'elencazione tassativa esplicitamente esclusa dall'art. 742 *bis* cod. proc. civ. (il quale dispone 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) (6).

Questa posizione è stata ampiamente ripresa in dottrina (7).

Da altro punto di vista si è negata la validità di questa impostazione in quanto nell'ordinamento esisterebbero, ad esempio in tema di filiazione, controversie di stato per le quali il rito camerale è inapplicabile mentre d'altro canto scopo dell'art. 742 *bis* cod. proc. civ. sarebbe solo quello di chiarire che le disposizioni concernenti i procedimenti in camera di consiglio, benché contenute in un titolo che regola solo alcuni specifici procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone, riguardano però tutti indistintamente i procedimenti in camera di consiglio, anche attinenti a materie diverse. Il rito da applicare sarebbe peraltro ugualmente quello camerale ma per ragioni diverse; un'azione contenziosa ordinaria presupporrebbe infatti l'esistenza di un controinteressato all'accertamento mentre nel procedimento in esame esso non sarebbe identificabile, considerato che la pretesa si fonda sulla situazione di mancanza della cittadinanza presso qualunque Stato (8).

Infine si è sostenuto che alle controversie in tema di apolidia andrebbe applicato il rito camerale in via analogica, essendo il rito previsto per le cause in materia di immigrazione dal d.lgs. 286 del 1998 (9).

(6) Trib. Milano 13 luglio 2006, in *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2007, 111; Trib. Milano 5 marzo 2003 cit.; Trib. Prato 14 gennaio 1997, in *Giur. Merito*, 1997, 247; Trib. Firenze 29 aprile 1995, in *Dir. Fam. e Pers.*, 1996, 166.

(7) SINAGRA, *Sul preteso diritto soggettivo dello straniero ad ottenere dall' A.G.O. italiana la dichiarazione di apolidia*, in *Dir. Fam. e Pers.*, 1996, 172; FARCI, *Riconoscimento dello stato di apolidia*, in *Giur. Merito*, 1996, III, 517; VITIELLO, *L'accertamento dello status di apolidia*, in *Giur. Merito*, 1997, I, 247.

(8) Trib. Lecce 5 marzo 2010, in www.burocraziaconsolare.it; Trib. Lucca 16 dicembre 2002, in *Giur. Merito*, 2003, 248.

(9) Trib. Perugia 14 luglio 2003; App. Perugia 20 aprile 2004 cit.

Altre decisioni hanno invece fatto riferimento, sempre in via analogica, al rito camerale previsto per i ricorsi avverso le decisioni delle commissioni territoriali per il riconoscimento dello stato di rifugiato previsto dall'art. 35 d.l. 25/2008, non esistendo, secondo questo orientamento, valide ragioni per differenziare l'*iter* procedurale diretto ad accertare lo stato di rifugiato da quello per la condizione di apolide (10).

Si era però osservato, con riferimento alla prima opinione, che non basta l'indicazione della rubrica del titolo II libro IV cod. proc. civ. per trarne le conseguenze che quell'indirizzo ne fa derivare, in quanto per l'applicabilità del rito camerale occorre sempre una specifica previsione normativa (11). E lo stesso si può dire per escludere ogni possibilità di ricorso all'analogia. D'altro canto, con riferimento al secondo orientamento, appare difficile sostenere che l'Amministrazione ed in particolare il Ministero dell'Interno, non possa aver interesse a resistere a una richiesta di accertamento di apolidia, tenendo presenti le conseguenze giuridiche che derivano dalla condizione di apolide (12); basti pensare tra l'altro alla circostanza che la legge prevede per l'apolide una procedura accelerata per la concessione della cittadinanza e come, in deroga al principio dello *ius sanguinis* quale regola fondamentale per l'acquisto della cittadinanza italiana, sia previsto che essa spetti a chi nasca in Italia da genitori apolidi (l. 5 febbraio 1992 n. 91, art. 1, comma 1, lett. b). La stessa Suprema Corte ha al riguardo affermato, come sopra ricordato, che il Ministero dell'Interno è il necessario contraddittore relativamente alle domande di riconoscimento dello stato di apolide (Cass. S.U. 28873/2008 cit.).

La tesi sull'applicabilità del rito contenzioso ordinario trova ora conferma nella sentenza della Cassazione. Secondo la Suprema Corte non è possibile estendere il rito previsto per le controversie indicate nel titolo II del libro IV cod. proc. civ. a tutte quelle riferibili genericamente allo stato della persona. Il rinvio operato dall'art. 742 *bis* cod. proc. civ. deve essere inteso nel senso di completare le regole eventualmente lacunose poste per la disciplina di altri procedimenti in camera di consiglio con le norme generali contenute negli articoli 737 ss. cod. proc. civ. e non nel senso di applicare il rito camerale a fattispecie in cui esso non sia espressamente previsto. Del resto, osserva la Corte, nei casi previsti dal TU sull'immigrazione, come per i ricorsi volti ad accertare lo stato di rifugiato politico, esistono delle ragioni che impongono l'utilizzo di un procedimento accelerato come il rito camerale, che invece non sussistono al fine di verificare la condizione di apolidia.

Anche nella giurisprudenza di merito del resto esiste un orientamento che

(10) App. Firenze 21 ottobre 2011; App. Firenze 6 maggio 2011 n. 685; App. Firenze 8 maggio 2009 n. 138 in www.asgi.it.

(11) v. S.E. PIZZORNO, *Osservazioni in tema di apolidia in La Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008, 265.

(12) v. S.E. PIZZORNO *cit.*, CORBETTA *Osservazioni in tema di accertamento della condizione di apolide in Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, 2005, 28.

nega l'applicabilità del rito camerale alle controversie in tema di accertamento dello stato di apolide (13) .

Si deve infine osservare che la questione resta di attualità anche dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 1 settembre 2011 n. 150 recante “Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009 n. 69” che attribuisce al procedimento sommario di cognizione, introdotto con la legge 69/2009, i procedimenti speciali contrassegnati da una particolare esigenza di velocità di trattazione. In particolare sono state assegnate al rito sommario di cognizione: le controversie in materia di mancato riconoscimento del diritto di soggiorno sul territorio nazionale in favore dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari; le controversie in materia di allontanamento dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea e dei loro familiari; le controversie in materia di espulsione degli extracomunitari; le controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale; l'opposizione avverso i provvedimenti dell'autorità amministrativa in materia di diritto all'unità familiare; le controversie in materia di discriminazione.

Nessun cenno invece alle cause dirette ad accertare lo stato di apolide; ne consegue che a queste dovrà applicarsi il rito ordinario di cognizione così come indicato dalla Suprema Corte.

3. Una questione aperta: la competenza territoriale

Dopo la pronuncia della Cassazione sull'applicabilità del rito ordinario in luogo di quello camerale, resta ancora aperta la questione della competenza territoriale. La questione non si è infatti posta all'attenzione della Suprema Corte né nella sentenza 14918 del 2007 (l'eccezione di competenza era stata sollevata nei primi due gradi di giudizio ma l'amministrazione non si era costituita in sede di legittimità) né nelle pronunce successive.

Al riguardo la maggior parte dei Tribunali aditi hanno ritenuto la propria competenza, sulla base del criterio, ritenuto applicabile con il rito camerale, della residenza o domicilio del ricorrente (14).

In altri casi si è applicato il foro erariale per così dire “locale”, trasferendosi la competenza dal Tribunale adito sulla base della residenza al tribunale della sede della Corte d'Appello (15).

In realtà la questione della competenza non ha nulla a che vedere con il

(13) Trib. Alessandria 19 luglio 2000, in *Giur. Merito*, 2001, 371; App. Firenze 12 novembre 2002 cit.; v. anche Trib. Firenze 16 febbraio 2011; App. Bologna 11 dicembre 2009 in www.leggiditalia.it; App. Firenze 4 giugno 2010.

(14) Così anche Appello Firenze 8 maggio 2009 n. 138 cit.

(15) v. Trib. Bologna 19 febbraio 2010 in www.leggiditalia.it, la cui pronuncia interviene dopo che il tribunale di Reggio Emilia aveva dichiarato la propria incompetenza territoriale.

rito, per cui comunque, anche ritenendosi applicabile il procedimento in camera di consiglio, occorre far riferimento alle regole generali in tema di competenza. Ne consegue che, visto che legittimato passivamente è il Ministero dell'Interno con sede a Roma, senza considerare il fatto che si agisce al fine dell'accertamento di uno stato, quello di apolide, che ha efficacia su tutto il territorio nazionale, la competenza dovrebbe spettare al Tribunale di Roma (art. 25 cod. proc. civ.)(16).

Cassazione civile, Sez. I, sentenza 4 aprile 2011 n. 7614 - Pres. Vitrone, Rel. Macioce, P.G. Apice (difforme) - E.O.M. (avv. Crispi) c. Ministero interno.

(Omissis)

Svolgimento del processo

E.O.M., sull'assunto di appartenere alla etnia (...) e di aver avuto travagliata storia personale, ha chiesto al Tribunale di Trento di riconoscere il proprio stato di apolide. Il Tribunale, con decreto 27.10.2009, ha dichiarato inammissibile l'istanza perchè proposta nelle forme de rito camerale e non in quelle, generali ed obbligatorie, del rito ordinario di cognizione.

La Corte di Appello di Trento, alla quale lo straniero aveva proposto reclamo e contro il quale si era costituita l'Avvocatura dello Stato, ha affermato che l'accertamento dello stato in discorso - in difetto di espressa previsione sul rito camerale (quale quella afferente lo status di rifugiato) e non potendosi applicare il richiamo allo "stato delle persone" di cui all'art. 742 bis c.p.c. (afferente le ipotesi del tit. 2^o del libro 4^o del codice) - doveva essere proposto e trattato con il rito ordinario. Pertanto, con decreto 22.3.2010 ha rigettato il reclamo. Per la cassazione di tale decreto E.G. ha proposto ricorso 18.6.2010 notificato al Ministero dell'Interno ed al P.G. presso la Corte di Trento, che non hanno svolto difese.

Nel ricorso si denuncia la violazione degli artt. 737 e 742 bis c.p.c. perpetrata con il diniego del rito camerale e si invoca ampia giurisprudenza di merito a sostegno.

Motivi della decisione

Ritiene il Collegio non fondate le censure proposte avverso la esatta decisione della Corte territoriale per la quale la controversia sottoposta dovesse essere proposta nelle forme del rito ordinario contenzioso civile. Ed infatti:

1) L'apolidia è status del soggetto, riconosciuto dalla Convenzione di New York del 28.9.1954; la L. 5 febbraio 1992, n. 91 menziona lo status anzidetto equiparandolo a quello del cittadino straniero ai fini dell'acquisizione della cittadinanza e ad esso impone, ove residente, l'osservanza della legge italiana e ad esso attribuisce i diritti civili (art. 16, comma 1). Il riconoscimento dello status promana dalla sussistenza delle situazioni indicate nella Convenzione e viene "attestato" da decreto del Ministro dell'Interno (D.P.R. n. 572 del 1993, art. 17 regolamento di attuazione della L. 91 del 1992). Ed è proprio il Ministro dell'Interno il necessario ed esclusivo contraddittore in ordine alle domanda di riconoscimento dello stato in discorso (S.U. n. 28873 del 2008).

(16) In questo senso Trib. Milano 20 aprile 2011 in *www.leggiditalia.it*; Trib. Milano, *ivi*; Appello Firenze 6 maggio 2011 che dichiara l'incompetenza del tribunale di Firenze che aveva ritenuto inammissibile il ricorso proposto nelle forme del rito camerale, ritenendo che la questione sulla competenza debba precedere quella sul rito.

2) Le controversie sull'acquisto della cittadinanza spettano, come noto, trattandosi di stato della persona, al Tribunale in sede di ordinaria cognizione (art. 9 c.p.c., comma 2) e la previsione di cui all'art. 742 bis c.p.c. non si può intendere come estensiva del rito da quelle controversie sullo stato delle persone nominate al titolo 2^o del libro 4^o c.p.c. a tutte quelle appartenenti ad un indeterminato "genus" di "famiglia e stato". L'art. 742 bis c.p.c., infatti, là dove dispone che "Le disposizioni del presente capo si applicano a tutti i procedimenti in camera di consiglio, ancorchè non regolati dai capi precedenti o che non riguardino materia di famiglia o di stato delle persone" comporta che, quando un procedimento in camera di consiglio sia regolato da una disciplina speciale, le eventuali lacune, in mancanza di norme che lo escludano, debbono essere colmate con il ricorso alla disciplina generale dei procedimenti in camera di consiglio contenuta negli artt. da 737 a 742 bis c.p.c. (Cass. n. 18143 del 2002): la previsione, quindi, non ha alcuna idoneità ad estendere le ipotesi applicative di procedura camerale - sempre "nominate" - ma è diretta solo a completare le regole processuali di quelle esterne al codice di rito con le regole generali di cui all'art. 737 e segg..

3) Il rito camerale contenzioso è espressamente previsto da numerose leggi speciali e, per quel che rileva, tanto dal T.U. sull'immigrazione approvato dal D.Lgs. 286 del 1998 (artt. 13 e 13 bis del T.U. come modificati dal D.Lgs. n. 113 del 1999, artt. 3 e 4 - art. 30, comma 6 del T.U.), quanto, in materia di protezione internazionale, dal D.Lgs. n. 25 del 2008, art. 35 come modificato dalla L. n. 94 del 2009, nelle prime come nella seconda ipotesi in ragione delle esigenze di assoluta celerità nella definizione del procedimento (stante l'urgenza dei concorrenti interessi della sollecita esecuzione della misura espulsiva, nel primo caso, e della immediata risposta alla esigenza di protezione, nel secondo caso): ed appare palese come nell'acquisizione dello status di apolide non si scorge né assoluta urgenza soggettiva né interesse pubblico alla immediatezza di definizione. Né del resto appare casuale che il legislatore, all'atto di optare per la scelta camerale in ordine al procedimento afferente la protezione internazionale, ciò abbia fatto esplicitamente, ripetutamente (da ultimo con il citato D.Lgs. 25 del 2008) ed imponendo la adozione della forma della sentenza per la definizione in ciascuno dei due gradi della controversia (S.U. 27310 de 2008) restando silente invece quanto alla definizione camerale di legittimità, pertanto conclusa con ordinanza (Cass. n. 17576 del 2010).

4) Sulla questione del rito camerale per la controversia che occupa non appare poi corretto richiamare, in favore della tesi del ricorrente, precedenti di questa Corte, dato che la decisione delle S.U. n. 28873 del 2008 si è limitata a ritenere ammissibile il ricorso in sede di legittimità avverso il decreto emesso in sede camerale contenziosa (non essendo stato prospettato alcun problema di legittimità di tale procedimento) e che di contro l'unica decisione assunta in un procedimento nel quale la questione del rito venne posta dall'Amministrazione (Cass. n. 5212 del 2008) ha ritenuto assorbente l'accoglimento del diverso motivo che prospettava la nullità della decisione per essere stata la notifica dell'atto effettuata nei confronti del Ministero e non ai sensi del R.D. n. 1611 del 1933, art. 11.

Sulla base di tali argomenti disattese pertanto le censure mosse alla esatta decisione della Corte di merito, si rigetta il ricorso affermandosi il principio di diritto per il quale, in difetto di diversa esplicita previsione del legislatore, le controversie afferenti lo stato di apolide devono essere proposte e decise, nel contraddittorio del Ministro dell'Interno, nelle forme proprie dell'ordinario giudizio di cognizione. Nulla per le spese.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 9 Marzo 2011.

Risarcimento del danno ambientale: natura giuridica unitaria dell'illecito e normativa applicabile alle condotte lesive ante novella sui criteri di ristoro di cui alla direttiva CEE 2004/35/CE e norme attuative interne

(Nota a Cassazione civile, Sez. III, sentenza 22 marzo 2011 n. 6551)

Michele Gerardo*

SOMMARIO: 1. Evoluzione della lite - 2. Natura unitaria dell'illecito - 3. Normativa applicabile alle condotte lesive dell'ambiente verificatesi in data antecedente l'entrata in vigore della novella dei criteri di ristoro del danno ambientale di cui alla direttiva CEE 2004/35/CE e norme attuative interne - 4. segue: Limiti temporali in ordine alla applicazione della nuova disciplina (direttiva CEE 2004/35/CE e norme attuative interne) delle condotte lesive dell'ambiente.

1. Evoluzione della lite

Con la sentenza in esame è stato definito - con la pronuncia di cassazione con rinvio su ricorso proposto dal Ministero dall'Ambiente - il giudizio di legittimità su fatti causa di danno ambientale sul litorale domizio nel Comune di Castelvoturno.

Il giudizio è cominciato nell'anno 1999 quando l'Amm.ne dello Stato citò presso il Tribunale di Napoli la società individuata quale responsabile del danno ambientale. Alla società veniva ascritta, nella citazione, una condotta di invasione e occupazione arbitraria - fin dal 1981 - di vastissimi terreni ubicati nel Comune di Castelvoturno in provincia di Caserta con la costruzione di numerosi manufatti in zone sottoposte a vari vincoli (edilizi, paesaggistici, ambientali, ecc.). L'Amministrazione, assumendo che la condotta della società convenuta fosse lesiva dell'ambiente, chiese la condanna della società al ripristino dello stato dei luoghi e, in subordine, la condanna al risarcimento per equivalente secondo i criteri di cui all'art. 18 L. 8 luglio 1986 n. 349 (gravità della colpa individuale, costo necessario per il ripristino e profitto conseguito dal trasgressore). In accoglimento della domanda subordinata dell'Amm.ne, il Tribunale di Napoli - con sentenza del 3 novembre 2004 n. 11235, pubblicata in questa *Rass.*, 2004, IV, pp. 1263 ss. - condannò la società convenuta al risarcimento del danno ambientale.

La soccombente propose appello. Nel corso del giudizio di impugnazione venne pronunciata dalla Corte di Appello di Napoli sentenza non definitiva del 24 aprile 2008 n. 1495, con la quale, tra l'altro, si è esclusa la spettanza della voce rappresentata dal costo di ripristino nella quantificazione del danno ambientale e si è ritenuto che lo Stato acquisisca giorno per giorno il diritto al

(*) Avvocato dello Stato.

risarcimento del danno ambientale, per equivalente della perdita, consistente nel fatto che la collettività continua ad essere privata della possibilità di godere dell'ambiente nella situazione in cui si trovava prima del suo deterioramento (sicché, sebbene l'illecito ambientale sia stato qualificato come permanente dalla Corte, i danni conseguenti alle condotte lesive sono stati reputati soggetti a prescrizione quinquennale). Il giudizio di impugnazione si è concluso con la pronuncia della sentenza definitiva 19 gennaio 2011 n. 90 con la quale la Corte di Appello di Napoli, per quanto di interesse nella odierna sede, ha provveduto a quantificare il danno ambientale in applicazione dei criteri fissati con la citata sentenza non definitiva n. 1495. Tanto la sentenza non definitiva 24 aprile 2008 n. 1495, quanto quella definitiva 19 gennaio 2011 n. 90 sono pubblicate in questa *Rass.*, 2011, II, pp.106 ss..

L'Amm.ne ha proposto ricorso per cassazione avverso la sentenza non definitiva 24 aprile 2008 n. 1495. L'impugnazione è stata definita dalla Corte di Cassazione con la sentenza 8 febbraio - 22 marzo 2011 n. 6551, oggetto dell'odierno esame, con accoglimento di date censure e conseguente cassazione con rinvio della sentenza censurata.

2. Natura unitaria dell'illecito

La sentenza in commento presenta almeno due profili di interesse. Il giudice di legittimità, per un primo aspetto analizza la natura dell'illecito ambientale. All'uopo - condivisibilmente - qualifica esso illecito come unitario, rigettando la concezione atomistica del danno ambientale fatta propria dal giudice di secondo grado. Ciò alla luce dei principi generali sull'unitarietà del danno non patrimoniale elaborati dalla giurisprudenza della Suprema Corte e altresì in base al tenore letterale dell'art. 18 L. n. 349/86, per il quale i parametri richiamati - gravità della colpa individuale, costo necessario per il ripristino e profitto conseguito dal trasgressore - non integrano ciascuno un'autonoma voce di danno, ma piuttosto costituiscono dei criteri da tenere presenti per la valutazione equitativa, che rimane complessiva e riferita alla lesione nel suo complesso.

La Corte rileva che il bene giuridico costituito dall'ambiente rimane oggettivamente danneggiato anche se il titolare di quello ritenga impossibile o non conveniente il ripristino, sicché il controvalore di tale diminuzione spetta comunque al danneggiato, in base a principi affatto generali della responsabilità civile. La Corte rileva altresì che *“non integrando il profitto conseguito dall'inquinatore una autonoma voce di danno, ma - appunto - un semplice parametro per la liquidazione eminentemente equitativa che viene richiesta, non può applicarsi meccanicisticamente il concetto di prescrizione elaborato per danni che maturano giorno per giorno dalla protrazione della permanenza della situazione illegittima determinata dall'immutazione dei luoghi. Infatti, per la connotazione latamente punitiva di tale parametro, la riscontrata per-*

manenza dell'illegittimità della situazione comporta che il danno ambientale consistito nel permanente sconvolgimento dei luoghi con praticamente irreversibile illegittima antropizzazione di un vasto sito costiero non si limiti ai soli profitti che giorno per giorno abbia conseguito il danneggiante nel solo periodo dei cinque anni anteriori alla domanda, ma anche alla redditività delle somme percepite dal danneggiante in precedenza per la pregressa condotta illegittima fin dal suo insorgere e, quindi, in sostanza a tutti i profitti già conseguiti”.

3. Normativa applicabile alle condotte lesive dell'ambiente verificatesi in data antecedente l'entrata in vigore della novella dei criteri di ristoro del danno ambientale di cui alla direttiva CEE 2004/35/CE e norme attuative interne

Il Supremo Giudice ha rilevato che nelle more del giudizio di Cassazione è entrato in vigore - al fine dichiarato di adeguare l'ordinamento nazionale alla lettera della direttiva 2004/35/Ce sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale - il D.L. 25 settembre 2009 n. 135, art. 5 *bis*, conv. con mod. in L. 20 novembre 2009 n. 166, il quale ha modificato il D.Lvo 3 aprile 2006 n. 152, artt. 303 e 311. La novella interviene sui criteri di ristoro del danno ambientale.

In specie:

a) si è avuta l'aggiunta al primo comma della lett. f) dell'art. 303 del D.Lgs. n. 152 del 2006 - articolo disciplinante le fattispecie escluse dall'applicazione delle norme in materia di tutela risarcitoria contro i danni all'ambiente, contenute nella parte sesta del Decreto - del seguente periodo: "*i criteri di determinazione dell'obbligazione risarcitoria stabiliti dall'art. 311, commi 2 e 3, si applicano anche alle domande di risarcimento proposte o da proporre ai sensi della L. 18 luglio 1986, n. 349, art. 18, in luogo delle previsioni dei commi 6, 7 e 8 del citato art. 18, o ai sensi del titolo 9 del libro 4 del codice civile o ai sensi di altre disposizioni non aventi natura speciale, con esclusione delle pronunce passate in giudicato; ai predetti giudizi trova, inoltre, applicazione la previsione dell'art. 315 del presente decreto”;*

b) si è avuta altresì l'aggiunta al comma 3, dell'art. 311 del richiamato D.Lgs. n. 152 del 2006 - disciplinante l'azione risarcitoria in forma specifica e per equivalente patrimoniale - del seguente periodo: "*Con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, ai sensi della L. 23 agosto 1988, n. 400, art. 17, comma 3, sono definiti, in conformità a quanto previsto dal punto 1.2.3 dell'Allegato 2^a alla direttiva 2004/35/CE, i criteri di determinazione del risarcimento per equivalente e dell'eccessiva onerosità, avendo riguardo anche al valore monetario stimato delle risorse naturali e dei servizi perduti e ai parametri utilizzati in casi simili o materie analoghe per la liquidazione del risarcimento per equivalente del*

danno ambientale in sentenze passate in giudicato pronunciate in ambito nazionale e comunitario".

L'attuale testo dell'art. 311 è quindi il seguente:

"1. Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare agisce, anche esercitando l'azione civile in sede penale, per il risarcimento del danno ambientale in forma specifica e, se necessario, per equivalente patrimoniale, oppure procede ai sensi delle disposizioni di cui alla parte sesta del presente decreto.

2. Chiunque realizzando un fatto illecito, o omettendo attività o comportamenti doverosi, con violazione di legge, di regolamento, o di provvedimento amministrativo, con negligenza, imperizia, imprudenza o violazione di norme tecniche, arrechi danno all'ambiente, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, è obbligato all'effettivo ripristino a sue spese della precedente situazione e, in mancanza, all'adozione di misure di riparazione complementare e compensativa di cui alla direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, secondo le modalità prescritte dall'Allegato II alla medesima direttiva, da effettuare entro il termine congruo di cui all'articolo 314, comma 2, del presente decreto. Quando l'effettivo ripristino o l'adozione di misure di riparazione complementare o compensativa risultino in tutto o in parte omessi, impossibili o eccessivamente onerosi ai sensi dell'articolo 2058 del codice civile o comunque attuati in modo incompleto o difforme rispetto a quelli prescritti, il danneggiante è obbligato in via sostitutiva al risarcimento per equivalente patrimoniale nei confronti dello Stato, determinato conformemente al comma 3 del presente articolo, per finanziare gli interventi di cui all'articolo 317, comma 5.

3. Alla quantificazione del danno il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare provvede in applicazione dei criteri enunciati negli Allegati 3 e 4 della parte sesta del presente decreto. All'accertamento delle responsabilità risarcitorie ed alla riscossione delle somme dovute per equivalente patrimoniale il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare provvede con le procedure di cui al titolo III della parte sesta del presente decreto. Con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono definiti, in conformità a quanto previsto dal punto 1.2.3 dell'Allegato II alla direttiva 2004/35/CE, i criteri di determinazione del risarcimento per equivalente e dell'eccessiva onerosità, avendo riguardo anche al valore monetario stimato delle risorse naturali e dei servizi perduti e ai parametri utilizzati in casi simili o materie analoghe per la liquidazione del risarcimento per equivalente del danno ambientale in sentenze passate in giudicato pronunciate in ambito nazionale e comunitario. Nei casi di concorso nello stesso evento di danno, ciascuno risponde nei limiti della

propria responsabilità personale. Il relativo debito si trasmette, secondo le leggi vigenti, agli eredi nei limiti del loro effettivo arricchimento. Il presente comma si applica anche nei giudizi di cui ai commi 1 e 2”.

A parere della Suprema Corte la disciplina sopravvenuta (D.L. n. 135 del 2009 e L. n. 166 del 2009) si applica anche alle domande già proposte in giudizi ancora in corso, con il solo limite dei giudizi già definiti con sentenza passata in giudicato, neutralizzando i criteri di determinazione del danno già stabiliti dalla L. n. 349 del 1986, art. 18. La situazione descritta ha comportato, nel giudizio che si sta esaminando, la cassazione con rinvio della sentenza impugnata, avendo il giudice di legittimità ritenuto necessario rivedere ogni determinazione sulla liquidazione.

4. Segue: limiti temporali in ordine alla applicazione della nuova disciplina (direttiva CEE 2004/35/CE e norme attuative interne) delle condotte lesive dell’ambiente

In ordine all’applicazione della disciplina sopravvenuta - D.L. n. 135 del 2009 e L. n. 166 del 2009 - alle domande già proposte in giudizi ancora in corso, con il solo limite dei giudizi già definiti con sentenza passata in giudicato, predicata dalla Suprema Corte nella sentenza in commento, possono nutrirsi dubbi.

Difatti, l’applicazione retroattiva dei precetti di cui al citato art. 303, comma 1 lettera f) del D.L.vo n. 152/06 inseriti con l’art. 5-bis del D.L. n. 135/09 deve tenere conto dei limiti temporali a ritroso fissati dalla direttiva CEE 2004/35/CE, attuata con il citato art. 5-bis del D.L. n. 135.

L’art. 17 della direttiva CEE 2004/35/CE del 21 aprile 2004, recante “*Applicazione nel tempo*” recita: “*La presente direttiva non si applica: - al danno causato da un’emissione, un evento o un incidente verificatosi prima della data di cui all’articolo 19, paragrafo 1; (...)*”.

A sua volta l’art. 19 della direttiva CEE 2004/35/CE, recante “*attuazione*” recita:

“1. Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 30 aprile 2007 (...)”.

La direttiva comunitaria 2004/35/CE e la norma recante il suo recepimento nell’ordinamento nazionale non dovrebbero essere applicabili al danno causato da un evento verificatosi prima del 30 aprile 2007.

L’art. 17 della direttiva CEE 2004/35/CE è norma estremamente dettagliata e, quindi, di immediata applicazione nell’ordinamento italiano, non richiedendo alcuna ulteriore specificazione affidata alla discrezionalità del Legislatore nazionale.

Da ciò consegue che l’art. 303, comma 1 lettera f) del D.L.vo n. 152/06 nel testo risultante dalle modifiche introdotte dall’art. 5-bis del D.L. 25 set-

tembre 2009, n. 135 conv. con mod. in L. 20 novembre 2009 n. 166, nella parte in cui dispone “*i criteri di determinazione dell'obbligazione risarcitoria stabiliti dall'art. 311, commi 2 e 3, si applicano anche alle domande di risarcimento proposte o da proporre ai sensi della L. 18 luglio 1986, n. 349, art. 18, in luogo delle previsioni dei commi 6, 7 e 8 del citato art. 18, o ai sensi del titolo 9 del libro 4 del codice civile o ai sensi di altre disposizioni non aventi natura speciale, con esclusione delle pronunce passate in giudicato*”, va armonizzato con l'art. 17 della direttiva CEE 2004/35/CE, disponente “*La presente direttiva non si applica: - al danno causato da un'emissione, un evento o un incidente verificatosi prima della data di cui all'articolo 19, paragrafo 1; (...)*”, ovvero prima del 30 aprile 2007.

Tale armonizzazione implica che la portata retroattiva dell'art. 303 novellato determina l'applicazione dei criteri ristoratori nello stesso contenuti agli eventi verificatisi tra il 25 novembre 2009 (data di entrata in vigore della L. 20 novembre 2009 n. 166 - di conversione del D.L. 25 settembre 2009 n. 135 - che ha direttamente inserito l'art. 5-*bis*) e il 30 aprile 2007 (limite fissato dalla direttiva CEE). Ove, in via espressa, il D.L. citato avesse statuito che la portata retroattiva dell'applicazione riguardasse anche eventi o incidenti verificatisi prima del 30 aprile 2007, vi sarebbe stato un contrasto tra norma interna e norma comunitaria. In tale ipotesi gli uffici pubblici degli Stati interni tenuti ad applicare il diritto comunitario, nel rispetto del principio di primazia del diritto comunitario, sarebbero tenuti a disapplicare il vigente testo dell'art. 303, comma 1 lettera f), in applicazione della norma *self executing* di cui all'art. 17 della direttiva 2004/35/CE.

Cassazione civile, Sez. III, sentenza 22 marzo 2011 n. 6551 - Pres. Morelli, Rel. De Stefano, P.M. Fedeli - Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (avv. gen. Stato) c. Fontana Bleu s.p.a. (avv. G. Olivieri) ed altri.

(*Omissis*)

Svolgimento del processo

1. Per quanto qui ancora rileva, sulla base della sentenza della Corte di Appello di Napoli del 24 aprile 2008 n. 1495/08, qui impugnata, lo svolgimento del processo può così ricostruirsi: 1.1. il Ministero dell'Ambiente e la Presidenza del Consiglio citarono, con atto notificato il 15 settembre 1999, la Fontana Bleu spa per sentirla condannare al ripristino dello stato dei luoghi ed in subordine al risarcimento dei danni patrimoniali che questa aveva cagionato immutando un'ampia zona del litorale domizio in Comune di Castelvoturno su terreno demaniale, realizzando e gestendo fin dal 1981 una serie di complessi immobiliari fabbricati abusivamente e destinati a civili abitazioni, attività commerciali, alberghiere, scolastiche e di culto, con violazione - tra l'altro - della legge urbanistica e dei vincoli paesaggistici od ambientali ed in definitiva causando l'irrimediabile compromissione dell'ambiente marino e terrestre, danneggiando le specie naturali ivi esistenti, modificando l'habitat preesistente,

artificializzando il paesaggio naturale, aumentando la criticità degli ecosistemi, sconvolgendo l'idrografia superficiale e determinando la produzione di r.s.u.; e chiese di tener conto, per la quantificazione del danno, dei costi di ripristino (indicati in L. 14,7 miliardi), del profitto della convenuta (esposto in L. 30,5 miliardi) e del turbamento dell'ambiente (forfetizzandone il risarcimento in L. 14,7 miliardi), pure invocando il risarcimento dei danni non patrimoniali, di cui invocò l'equitativa valutazione in ulteriori L. 60 miliardi, oltre interessi, rivalutazione monetaria e spese del giudizio;

1.2. costituitasi in giudizio, la Fontana Bleu spa, comunque deducendo di essersi costituita solo nel 1981 e negando le illegittimità prospettate, chiese ed ottenne di chiamare in causa il Comune di Castelvoturno, il Comune di Pozzuoli, il Sindaco di Pozzuoli nella sua veste di Commissario Straordinario del Ministero per la Protezione Civile per l'emergenza del bradisismo, il Ministero per la Protezione Civile, il Ministero dell'Interno ed il Ministero della Marina mercantile, affinché, accertato il loro contributo causale alla determinazione del danno ambientale, fossero condannati, in via solidale o secondo le rispettive singole responsabilità, a rivalerla di quanto fosse stata costretta a pagare alle attrici in ragione almeno del 50%; ed intervenne in causa il WWF Italia;

1.3. il Tribunale di Napoli, intervenuta in separato giudizio una transazione sui soli aspetti dominicali delle contestazioni tra le parti, pronunciò sentenza n. 11235/04, pubbl. il 3 novembre 2004, con la quale accolse la domanda del Ministero dell'Ambiente, limitata in corso di causa a quella sola risarcitoria; e condannò la sola convenuta al pagamento in favore di quello della somma di L. 30 miliardi [*rectius* 30 milioni di euro], respingendo sia la domanda della Presidenza del Consiglio dei Ministri che quelle di garanzia nei confronti dei chiamati in causa; ed in particolare:

1.3.1. ritenne una consentita emendatio la concentrazione della domanda su quella, originariamente subordinata, di risarcimento del danno;

1.3.2. escluse la rilevanza della transazione, siccome da essa andavano esclusi i profili ambientali e paesaggistici del contenzioso in atto;

1.3.3. fondò la responsabilità della Fontana Bleu spa anche per le opere anteriori alla sua stessa costituzione, avendo fruito di quelle per il proprio profitto, conseguito con perpetuazione del danno;

1.3.4. ritenne la corresponsabilità solidale della convenuta per l'intero danno ambientale, in uno alle altre società del gruppo Coppola, che pure avevano edificato in precedenza alla sua costituzione;

1.3.5. riscontrò il danno ambientale nell'installazione di un contesto urbano totalmente antropizzato in un luogo con vegetazione fino al lido del mare e sconvolgimento dell'habitat soggetto a tutela;

1.3.6. ritenne violati l'art. 822 c.c., R.D. n. 1265 del 1934, art. 221, L. n. 283 del 1962, art. 2, la L. n. 10 del 1970, L. n. 47 del 1985, L. n. 1497 del 1939, il D.M. 19 maggio 1965 e D.M. 13 luglio 1977;

1.3.7. qualificò come meramente ricognitiva della tutela risarcitoria dell'ambiente alla L. n. 349 del 1986, art. 18, trattandosi di bene giuridico già protetto dall'ordinamento;

1.3.8. escluse la prescrizione in base al carattere permanente dell'illecito, il quale si protraeva fino a quando non fosse operata la riduzione in pristino dell'ambiente danneggiato;

1.3.9. ancorò la liquidazione ai parametri esposti dalle attrici, escludendo però la rilevanza della L. n. 1497 del 1939, art. 15, in tema di entità delle indennità sanzionatorie, per la diversità della loro funzione;

1.3.10. escluse di poter decurtare il totale di Euro 30 milioni del valore dei beni ceduti allo Stato in virtù del protocollo d'intesa del 18 giugno 2002, attesa l'estraneità da questo del danno ambientale;

1.3.11. stabilì la necessità di una valutazione equitativa del solo danno patrimoniale e non, solo escludendo quello morale, ritenuto non configurabile per una persona giuridica quale lo Stato;

1.3.12. rigettò le domande contro i chiamati, che pure avevano o compiuto interventi legittimi o tentato di reagire avverso le attività illecite di edificazione e sconvolgimento dell'ambiente;

1.4. la Fontana Bleu spa propose appello, con almeno undici motivi, ampiamente contestando le determinazioni del primo giudice; e ad esso resistettero le amministrazioni attrici, dispiegando appello incidentale per la determinazione del danno in conformità a quanto da loro richiesto, oltre gli accessori non dalla data della domanda, ma da quella degli illeciti, nonchè per il riconoscimento del danno non patrimoniale, attesa la natura di quello ambientale; anche gli altri ministeri chiesero il rigetto dell'appello, mentre i chiamati in causa Comune di Castelvolturno e di Pozzuoli proposero appello incidentale condizionato per l'ipotesi di accoglimento del motivo di appello con cui la Fontana Bleu chiedeva riconoscersi la loro corresponsabilità;

1.5. con ampia ed articolata pronuncia, la Corte di Appello di Napoli accolse solo parzialmente il gravame ed in particolare:

1.5.1. escluse il carattere solidale dell'obbligazione di risarcimento del danno ambientale, sia in quanto non prospettato neppure dalle attrici, sia per la peculiarità della disciplina della L. n. 349 del 1986, art. 18, che contiene, nei casi di concorso nello stesso evento di danno, la responsabilità di ciascuno dei danneggianti nei limiti della responsabilità individuale di ciascuno; riformando la sentenza nel senso di considerare esclusivamente l'attività illecita direttamente compiuta dall'appellante e di liquidare solo i danni provocati da tale attività (e quindi se non altro solo quelli a partire dalla data di costituzione, avutasi nel 1981), senza considerare quelli prodotti dalla precedente attività di edificazione da parte di altre società;

1.5.2. in ordine all'eccezione di prescrizione, pur condividendo la qualificazione di illecito permanente data dal Tribunale a quello in esame (il quale illecito si protrae sino all'eliminazione dell'opera o alla cessazione della situazione di abuso), ritenne che lo Stato acquisisse giorno per giorno il diritto al risarcimento per equivalente della perdita (consistente nel fatto che la collettività continui ad essere privata della possibilità di godere dell'ambiente nella situazione in cui si trovava prima del suo deterioramento) ed ammesso che la protrazione dello sfruttamento anzi ne costituiva ulteriore estrinsecazione, ritenne di escludere dalla liquidazione i danni prodottisi prima del quinquennio anteriore alla proposizione della domanda (e cioè prima del 15 settembre 1994);

1.5.3. escluse pure la spettanza della "voce rappresentata dal costo del ripristino", attesa la libera determinazione dello Stato di non procedervi, contenuta nella transazione intercorsa ad altri - e meramente dominicali - fini tra le parti, con conseguente illogicità ed iniquità della duplicazione della sanzione - o della locupletazione dello Stato - che deriverebbe dal riconoscimento di costi per opere che non sarebbero mai poste in essere;

1.5.4. definì quindi la controversia nei rapporti tra chiamante e chiamati in garanzia, ma ritenne di pronunciare sentenza non definitiva solo sull'an debeatur della pretesa risarcitoria, per consentire l'ulteriore istruttoria a mezzo di c.t.u. che individuasse le vendite stipulate dopo il 15 settembre 1994 e di stimarne il profitto tratto dalla Fontana Bleu spa da tali vendite e dalla gestione dell'attività alberghiera per il periodo dal 15 settembre 1994 al 15 settembre 1999

(data alla quale si ritenne limitata la domanda, in difetto di richieste delle amministrazioni attrici per il periodo ulteriore);

1.5.5. ritenne assorbite le ulteriori doglianze dell'appellante sulla quantificazione del danno, reputando peraltro possibile fondare le successive indagini del c.t.u. sui dati di fatto allegati dalle amministrazioni appellate, siccome qualificati non contestati specificamente e persistendo l'onere, per chi contestava l'an debeat, di contestare specificamente anche il quantum; escluse la computabilità del valore degli immobili ceduti allo Stato in forza dell'intervenuta transazione, siccome relativa ad aspetti diversi da quello paesaggistico-ambientale;

1.5.6. escluse la fondatezza delle domande di regresso dispiagate dalla Fontana Bleu spa per il carattere parziario dell'obbligazione risarcitoria del danno ambientale, come pure dell'eccezione fondata sull'art. 1227 c.c.: ritenendo nuove e pertanto inammissibili in secondo grado le doglianze basate sul secondo comma di tale disposizione - che configurava un'eccezione in senso proprio - e comunque infondate quelle articolate sul comma 1;

1.5.7. concluse nel senso del ridimensionamento del risarcimento dovuto dalla Fontana Bleu spa con sua limitazione ai soli profitti da questa tratti dalla gestione del compendio immobiliare e dalla attività alberghiera dal 15 settembre 1994 a 15 settembre 1999, oltre alla voce di danno da determinare in considerazione della gravità della sua condotta individuale nel suddetto periodo;

1.5.8. rilevato il giudicato sul rigetto della domanda proposta dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, compensò le spese nei suoi riguardi e condannò la Fontana Bleu spa alle spese di lite nei confronti dei chiamati in causa, riservando di regolare le spese nei rapporti tra le altre parti all'esito della pronuncia definitiva.

2. Avverso tale sentenza, pubblicata il 24 aprile 2008 con il n. 1495/08, propone ricorso per cassazione il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare, notificandolo, oltre che alla Fontana Bleu spa, anche ai Comuni di Castelvoturno e di Pozzuoli, al W.W.F., alla Presidenza del Consiglio dei Ministri ed ai Ministeri dell'Interno e delle Infrastrutture e Trasporti ed al Dipartimento della Protezione Civile; resiste con controricorso, dispigando ricorso incidentale, la Fontana Bleu spa; resistono con controricorso i Comuni di Castelvoturno e di Pozzuoli, il primo dispigando altresì ricorso incidentale condizionato; e, per la pubblica udienza del 9 febbraio 2011, depositate memorie ai sensi dell'art. 378 c.p.c., da parte dei controricorrenti, il Ministero ricorrente e la Fontana Bleu spa compaiono e discutono oralmente la causa.

Motivi della decisione

3. Il ricorrente principale sviluppa tre motivi:

- 3.1. un primo, di violazione o falsa applicazione dell'art. 2043 c.c., della L. 8 luglio 1986, n. 349, art. 18 e del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 311, in relazione all'art. 2947 c.c., concludendolo con il seguente quesito di diritto: dica la S. Corte se i criteri di liquidazione del danno ambientale specificato nella L. n. 349 del 1996, art. 18 (oggi sostituito dal D.Lgs. n. 152 del 2006, art. 311) tendono a quantificare con riferimento all'attualità l'importo dovuto a titolo risarcitorio per il pregiudizio arrecato ai beni immateriali oggetto di tutela, così da concorrere integralmente alla valutazione in termini economici del predetto pregiudizio, e se pertanto sia errata la sentenza impugnata, che ha ritenuto che il danno risarcibile debba essere diminuito dei profitti realizzati oltre cinque anni prima della proposizione della domanda, nel presupposto che tali profitti esprimano l'ammontare dei pregiudizi arrecati giorno per giorno all'interesse pubblico e costituiscano una voce di danno autonoma, soggetta a prescrizione estintiva;
- 3.2. un secondo, di violazione e falsa applicazione delle medesime norme, ma sotto altro pro-

filo, concludendolo con il seguente quesito di diritto: dica la S. Corte se sia errata l'impugnata sentenza, che - in pretesa applicazione dei principi della prescrizione estintiva - ha ritenuto che nella liquidazione del danno ambientale si debba escludere la rilevanza dei comportamenti tenuti dal danneggiante in periodi anteriori di oltre cinque anni rispetto alla data di proposizione della domanda risarcitoria;

3.3. un terzo, di violazione e falsa applicazione delle medesime norme, ma sotto ulteriore profilo, nonché dell'art. 2058 c.c., concludendolo con il seguente quesito di diritto: dica la S. Corte se il risarcimento del danno ambientale debba comprendere un importo equivalente ai costi occorrenti per il ripristino dello stato originario dei luoghi, anche se tale ripristino si riveli di fatto impossibile o eccessivamente oneroso o se la Pubblica Amministrazione, nell'ambito delle sue sfere di discrezionalità, abbia manifestato la volontà di non procedere concretamente a simili lavori di ripristino.

4. La controricorrente Fontana Bleu spa propone controricorso con cui dispiega ricorso incidentale:

4.1. contestando analiticamente i motivi del ricorso principale, con adesione alle argomentazioni della gravata sentenza;

4.2. dispiegando un motivo di autonoma ed incidentale impugnazione, di nullità della sentenza per violazione degli artt. 112 e 345 c.p.c., per avere dichiarato inammissibile, perchè non sollevata dalla parte, un'eccezione ad essa non riservata (ex art. 1227 c.c., comma 2); e concludendolo con il seguente quesito di diritto: dica la Corte che anche l'eccezione fondata sull'art. 1227 c.c., comma 2 - non riservata alle parti dalla legge, nè costituendo espressione di un potere esercitabile in via d'azione - rientra fra quelle rilevabili di ufficio, così che l'eccezione sollevata dalla spa Fontana Bleu volta all'esclusione dei danni che l'Amministrazione statale avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza deve essere dichiarata ammissibile a norma dell'art. 345 c.p.c..

5. Delle altre parti:

5.1. il Comune di Castelvoturno, oltre a ribadire il proprio difetto di legittimazione passiva, dispiega numerose doglianze, riversandole in nove motivi di ricorso incidentale, i primi tre dei quali formulati in via autonoma anche con riferimento a pretesi vizi di quello principale e gli altri a seguito di una generica intestazione di proposizione di ricorso incidentale condizionato.

5.2. il Comune di Pozzuoli deposita separati controricorsi in replica al ricorso principale ed a quello incidentale della Fontana Bleu, comunque ribadendo l'infondatezza della domanda di regresso dispiegata da quest'ultima, per la carenza di legittimazione passiva di esso Ente territoriale in luogo del suo Sindaco quale articolazione del Dipartimento della Protezione Civile;

5.3. il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare deposita controricorso a confutazione degli argomenti del ricorso incidentale di Fontana Bleu spa.

6. In primo luogo, il ricorso incidentale dispiegato dal Comune di Castelvoturno, proposto - si badi - avverso il ricorso dispiegato dal Ministero dell'Ambiente, va dichiarato inammissibile per radicale carenza di interesse, non avendo alcuna delle controparti impugnato la gravata sentenza sotto il profilo del rigetto delle domande dispiegate contro il detto Comune; e tanto a prescindere dalle carenze formali del primo motivo e dei quesiti dei motivi dal quarto all'ultimo, formulati in maniera generica e senza che da essi possa trarsi la regola iuris valida per una serie potenzialmente indefinita di rapporti o fattispecie similari, in violazione della giurisprudenza di legittimità ormai consolidatasi sul punto. Anche le argomentazioni svolte dal Comune di Pozzuoli nel controricorso seguono la stessa sorte, attesa la mancata impu-

gnazione del capo della sentenza di secondo grado che sancisce l'infondatezza di qualunque pretesa nei confronti anche di detto Comune.

7. Ciò posto, l'ambito dell'impugnazione, come in concreto dispiegata dal ricorrente principale e dalla ricorrente incidentale, riguarda in sostanza l'identificazione dei corretti criteri di liquidazione del danno ambientale e la rilevanza del comportamento del danneggiato che non si sia adoperato per contenere il danno stesso ai sensi dell'art. 1227 c.c., comma 2: tutti gli altri aspetti sono coperti dal giudicato interno ormai formatosi a seguito delle statuizioni della Corte di Appello e della loro mancata impugnazione.

8. Quanto ai motivi del ricorso principale, essi si appuntano sulla ricostruzione stessa della struttura del danno ambientale, come operata dalla Corte di Appello nella qui gravata sentenza con una concezione per così dire atomistica dei parametri di riferimento: è evidente infatti che la Corte territoriale ha inteso applicare la disposizione della L. 8 luglio 1986, n. 349, art. 18, comma 6, secondo la quale "il giudice, ove non sia possibile una precisa quantificazione del danno, ne determina l'ammontare in via equitativa, tenendo comunque conto della gravità della colpa individuale, del costo necessario per il ripristino e del profitto conseguito dal trasgressore in conseguenza del suo comportamento lesivo dei beni ambientali".

E le censure del ricorrente chiedono a questa Corte di precisare, nella sostanza, se tali parametri costituiscano o meno altrettante autonome voci di danno e se poi quelle in modo espresso escluse (costo necessario per il ripristino) o limitate (profitto conseguito dal trasgressore solo per gli ultimi cinque anni) meritassero l'interpretazione riduttiva applicata dalla Corte territoriale.

8.1. Da un punto di vista generale, effettivamente una concezione atomistica del danno ambientale potrebbe dirsi esclusa, alla luce se non altro dei principi generali sull'unitarietà del danno non patrimoniale elaborati dalla recente giurisprudenza di questa Corte di legittimità (per tutte, Cass. sez. un. 11 novembre 2008 n. 26972) e comunque del tenore testuale della norma suddetta, per il quale i parametri richiamati non paiono affatto integrare ciascuno un'autonoma voce di danno, ma piuttosto soltanto i criteri da tenere presente per la valutazione equitativa, che rimane complessiva e riferita alla lesione nel suo complesso.

8.2. Da tale corollario discenderebbe senz'altro l'erroneità dell'esclusione, da tali criteri, dei costi di ripristino allorché questo sia escluso, o per obiettiva impossibilità o per libera determinazione del danneggiato: il bene giuridico costituito dall'ambiente rimane oggettivamente danneggiato anche se il titolare di quello ritenga impossibile o non conveniente il ripristino, sicché il controvalore di tale diminuzione spetta comunque al danneggiato, in base a principi affatto generali della responsabilità civile. Nè sussisterebbe alcuna locupletazione e tanto meno ingiusta: spetta incoercibilmente al danneggiato, che abbia conseguito un risarcimento per equivalente, ogni determinazione sulla sua concreta destinazione al ripristino effettivo della situazione preesistente, ovvero sul trattenimento ed il reimpiego di quella riparazione - attesa appunto l'assoluta fungibilità del denaro in cui essa consiste - mediante sua destinazione al soddisfacimento di fini ritenuti egualmente soddisfatti.

8.3. Ed ancora sarebbe evidente che, non integrando il profitto conseguito dall'inquinatore una autonoma voce di danno, ma - appunto - un semplice parametro per la liquidazione eminentemente equitativa che viene richiesta, non può applicarsi meccanicisticamente il concetto di prescrizione elaborato per danni che maturano giorno per giorno dalla protrazione della permanenza della situazione illegittima determinata dall'immutazione dei luoghi. Infatti, per la connotazione latamente punitiva di tale parametro, la riscontrata permanenza dell'illegittimità della situazione comporta che il danno ambientale consista nel permanente sconvolgimento dei luoghi con praticamente irreversibile illegittima antropizzazione di un vasto sito

costiero non si limiti ai soli profitti che giorno per giorno abbia conseguito il danneggiante nel solo periodo dei cinque anni anteriori alla domanda, ma anche alla redditività delle somme percepite dal danneggiante in precedenza per la pregressa condotta illegittima fin dal suo insorgere e, quindi, in sostanza a tutti i profitti già conseguiti.

8.4. A tutto concedere, sarà ancora una volta il carattere equitativo della liquidazione, che del resto non impone affatto una meccanica corrispondenza tra profitti conseguiti ed entità del risarcimento, a consentire di tenere in considerazione del fattore temporale, ma appunto al fine di valutare se l'intervallo trascorso prima dell'attivazione del Ministero possa avere influito o meno sull'entità del danno in rapporto ai profitti complessivamente conseguiti dalla condotta di irreversibile alterazione e danneggiamento dell'ambiente.

9. Eppure, va rilevato che l'impugnazione, effettuata in questa sede, dei criteri di liquidazione applicati in concreto dalla Corte di Appello consente di qualificare ancora sub iudice la relativa questione nel suo complesso, la quale è ora da valutare globalmente alla luce della normativa sopravvenuta.

9.1. Infatti è, nelle more del giudizio di Cassazione, entrato in vigore il D.L. 25 settembre 2009, n. 135, art. 5 bis, conv. con mod. in L. 20 novembre 2009 n. 166 (in G.U. n. 274 del 24 novembre 2009 - suppl. ord.), il quale ha modificato il D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, artt. 303 e 311 e precisamente:

9.1.1. tentando di adeguare l'ordinamento nazionale alla lettera della direttiva 2004/35/Ce ed all'esito della procedura di infrazione n. 2007/4679 (ai sensi dell'art. 226 del Trattato Ce), relativa all'esclusione, dalla disciplina della responsabilità ambientale, delle situazioni di inquinamento rispetto alle quali fossero già avviate le procedure di bonifica, alla limitazione dell'obbligo di riparazione ai soli danni causati da comportamenti dolosi o colposi ed all'ammissibilità del risarcimento del danno ambientale in forma pecuniaria, mentre la direttiva prevede principalmente misure di ripristino dello stato dei luoghi;

9.1.2. prevedendo, allora e tra l'altro, mediante la disposizione contenuta nell'art. 5 bis, comma 1, lett. b), l'aggiunta al comma 3, dell'art. 311 del richiamato D.Lgs. n. 152 del 2006, del seguente periodo: "Con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, ai sensi della L. 23 agosto 1988, n. 400, art. 17, comma 3, sono definiti, in conformità a quanto previsto dal punto 1.2.3 dell'Allegato 2^a alla direttiva 2004/35/CE, i criteri di determinazione del risarcimento per equivalente e dell'eccessiva onerosità, avendo riguardo anche al valore monetario stimato delle risorse naturali e dei servizi perduti e ai parametri utilizzati in casi simili o materie analoghe per la liquidazione del risarcimento per i equivalente del danno ambientale in sentenze passate in giudicato pronunciate in ambito nazionale e comunitario";

9.1.3. prevedendo, ancora e tra l'altro, mediante la disposizione contenuta nell'art. 5 bis, comma 1, lett. f), l'aggiunta al primo comma della lett. f) dell'art. 303 del richiamato D.Lgs. n. 152 del 2006, del seguente periodo: "i criteri di determinazione dell'obbligazione risarcitoria stabiliti dall'art. 311, commi 2 e 3, si applicano anche alle domande di risarcimento proposte o da proporre ai sensi della L. 18 luglio 1986, n. 349, art. 18, in luogo delle previsioni dei commi 6, 7 e 8 del citato art. 18, o ai sensi del titolo 9 del libro 4 del codice civile o ai sensi di altre disposizioni non aventi natura speciale, con esclusione delle pronunce passate in giudicato; ai predetti giudizi trova, inoltre, applicazione la previsione dell'art. 315 del presente decreto";

9.2. L'intera normativa sulla liquidazione del danno ambientale risulta quindi totalmente riscritta, con un rinvio espresso alle previsioni della direttiva comunitaria, la quale prevede, sul

punto espressamente richiamato, testualmente quanto appresso:

- se non è possibile usare, come prima scelta, i metodi di equivalenza risorsa-risorsa o servizio-servizio, si devono utilizzare tecniche di valutazione alternative. L'autorità competente può prescrivere il metodo, ad esempio la valutazione monetaria, per determinare la portata delle necessarie misure di riparazione complementare e compensativa. Se la valutazione delle risorse e/o dei servizi perduti è praticabile, ma la valutazione delle risorse naturali e/o dei servizi di sostituzione non può essere eseguita in tempi o a costi ragionevoli, l'autorità competente può scegliere misure di riparazione il cui costo sia equivalente al valore monetario stimato delle risorse naturali e/o dei servizi perduti;

- le misure di riparazione complementare e compensativa dovrebbero essere concepite in modo che le risorse naturali e/o i servizi supplementari rispecchino le preferenze e il profilo temporali delle misure di riparazione. Per esempio, a parità delle altre condizioni, più lungo è il periodo prima del raggiungimento delle condizioni originarie, maggiore è il numero delle misure di riparazione compensativa che saranno avviate.

9.3. In particolare, il nuovo testo dei commi 2 e 3 del ricordato art. 311 D.Lgs. cit., va così letto:

"... 2. Chiunque realizzando un fatto illecito, o omettendo attività o comportamenti doverosi, con violazione di legge, di regolamento, o di provvedimento amministrativo, con negligenza, imperizia, imprudenza o violazione di norme tecniche, arrechi danno all'ambiente, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, è obbligato al ripristino della precedente situazione e, in mancanza, al risarcimento per equivalente patrimoniale nei confronti dello Stato.

3. Alla quantificazione del danno il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio provvede in applicazione dei criteri enunciati negli Allegati 3 e 4 della parte sesta del presente decreto. All'accertamento delle responsabilità risarcitorie ed alla riscossione delle somme dovute per equivalente patrimoniale il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio provvede con le procedure di cui al titolo 3 della parte sesta del presente decreto.

Con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, ai sensi della L. 23 agosto 1988, n. 400, art. 17, comma 3, sono definiti, in conformità a quanto previsto dal punto 1.2.3 dell'Allegato 2 alla direttiva 2004/35/CE, i criteri di determinazione del risarcimento per equivalente e dell'eccessiva onerosità, avendo riguardo anche al valore monetario stimato delle risorse naturali e dei servizi perduti e ai parametri utilizzati in casi simili o materie analoghe per la liquidazione del risarcimento per equivalente del danno ambientale in sentenze passate in giudicato pronunciate in ambito nazionale e comunitario".

9.4. La peculiarità della disciplina sopravvenuta sta in ciò, che essa si applica appunto anche alle domande già proposte, con il solo evidente limite, ricavabile dai principi generali, dei giudizi già definiti con sentenza passata in giudicato. Tanto consente di ritenere che con la citata normativa del D.L. n. 135 del 2009 e della L. n. 163 del 2009 siano stati completamente neutralizzati, soprattutto ed anche per i giudizi ancora in corso e cioè non ancora conclusi con sentenza passata in giudicato (qual è appunto il presente), i criteri di determinazione del danno già stabiliti dalla L. n. 349 del 1986, art. 18: e tanto probabilmente, secondo l'opinione dei commentatori, proprio per le difficoltà applicative indotte dalla loro intrinseca contraddittorietà e per il carattere latamente punitivo che pareva discendere dalla previsione legislativa originaria.

9.5. Peraltro, se così è, deve rilevarsi l'imprescindibile necessità di rivedere espressamente

ogni determinazione sulla liquidazione, essendo stati appunto travolti i criteri fissati originariamente dalla L. n. 349 del 1986 e comunque rivisti, con efficacia appunto estesa ai giudizi ancora pendenti, tutti i criteri già applicabili.

E' ben vero che non consta ancora essere stato emanato il decreto attuativo del Ministero, previsto espressamente dalla richiamata nuova norma di cui al D.L. n. 135 del 2009; ma il richiamo, come operato da quest'ultima, ai criteri di una specifica previsione di fonte comunitaria ne ha consacrato, ai fini della concreta applicazione nelle singole liquidazioni, la forza precettiva, quand'anche essa non si potesse già di per sé ricavare dal contenuto intrinseco delle disposizioni. In tal modo, in luogo dei criteri di liquidazione equitativa già finora presi in considerazione dai giudici del merito, del resto in applicazione delle norme al momento vigenti, vanno applicati gli altri, previsti dalla norma sopravvenuta, ovvero anche soltanto va verificato l'impatto, sui primi, di questi ultimi.

9.6. Si impone quindi una globale rivalutazione funditus della sola questione della liquidazione del danno in applicazione dei nuovi criteri, essendo passata in giudicato la gravata pronuncia su ogni altro aspetto (ed anche in ordine al profilo agitato nel ricorso incidentale della Fontana Bleu spa, per quanto si dirà di qui a tra un momento): ed a tanto non può farsi luogo se non mediante la cassazione della pronuncia stessa limitatamente a tale aspetto, per la rinnovazione delle operazioni di liquidazione.

10. Il motivo di ricorso incidentale è invero manifestamente infondato: la fattispecie prevista dal capoverso dell'art. 1227 c.c., (a mente del quale il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza) integra, per costante giurisprudenza di questa Corte, un'eccezione in senso proprio (tra le ultime, v. Cass. 10 novembre 2009 n. 23734, Cass. 19 dicembre 2006 n. 27123, Cass. 26 febbraio 2003 n. 2868, Cass. 2 aprile 2001 n. 4799, Cass. 23 maggio 2001 n. 7025), visto che il dedotto comportamento del creditore costituisce un autonomo dovere giuridico, posto a suo carico dalla legge quale espressione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede. E tale indirizzo è stato confermato anche a seguito della puntualizzazione in tema di contenuto delle eccezioni in senso stretto operata con la pronuncia richiamata dalla ricorrente incidentale (Cass. 12 gennaio 2006 n. 421), con evidente consolidamento dell'originaria impostazione: e senza che, nonostante tale consolidamento, la controricorrente idoneamente sviluppi, nel solo rilevante ricorso incidentale, argomenti nuovi che si facciano carico di tale conferma. Al riguardo, la conformità della presente affermazione ad un consolidato indirizzo impone di rigettare il ricorso incidentale che su quella si fonda.

11. In conclusione:

11.1. la disamina delle questioni agitate con il ricorso principale comporta il rilievo dello ius superveniens e di ufficio - senza quindi potersi esaminare il merito dei motivi di ricorso principale, atteso il travolgimento dei criteri ritenuti applicabili dai giudici dei gradi di merito - la cassazione della gravata sentenza limitatamente alla quantificazione od alla liquidazione del danno, mentre essa trova conferma integrale nel resto, con sostanziale definitiva estromissione dal prosieguo del processo di tutte le parti diverse dal ricorrente Ministero e dalla Fontana Bleu spa;

11.2. alla cassazione per quanto di ragione consegue poi il rinvio della causa alla stessa Corte di Appello di Napoli, ma in diversa composizione, cui va rimessa ogni determinazione sulle spese di lite nei rapporti tra odierno ricorrente principale e la controricorrente Fontana Bleu spa, per la liquidazione del danno secondo quanto sopra indicato ed enunciandosi il seguente principio di diritto: il giudice della domanda di risarcimento del danno ambientale ancora pen-

dente alla data di entrata in vigore della L. 20 novembre 2009, n. 166, deve provvedere alla liquidazione del danno applicando, in luogo di qualunque criterio previsto da norme previgenti, i criteri specifici come risultanti dal nuovo testo del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 311, commi 2 e 3, come modificato dal D.L. 25 settembre 2009, n. 135, art. 5 bis, comma 1, lett. b), conv. con mod. in L. 20 novembre 2009, n. 166: individuandosi detti criteri direttamente quanto meno nelle previsioni del punto 1.2.3. dell'Allegato 2 alla direttiva 2004/35/CE e solo eventualmente, ove sia nelle more intervenuto, come ulteriormente specificati dal decreto ministeriale previsto dall'ultimo periodo dell'art. 311, comma 3 cit.;

11.3. infine, quanto alle spese del giudizio di cassazione tra le altre parti che abbiano in questa sede svolto attività difensiva, esse possono compensarsi, attesa l'ultroneità o l'inammissibilità del ricorso incidentale condizionato del Comune di Castelvoturno e del controricorso del Comune di Pozzuoli.

P.Q.M.

La Corte dichiara inammissibile il ricorso incidentale del Comune di Castelvoturno; rigetta il ricorso incidentale della Fontana Bleu spa; e, pronunciando sul ricorso principale, cassa la gravata sentenza in ordine alla liquidazione del danno e rinvia alla Corte di Appello di Napoli in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di legittimità; compensa le spese di questo giudizio nei rapporti tra le parti diverse dal ricorrente principale e dalla Fontana Bleu spa.

Efficacia preclusiva dell'eccezione di prescrizione ed overruling: le pretese risarcitorie dei medici specializzandi da tardivo recepimento di direttive comunitarie e l'illegittima dilatazione pretoria del relativo termine prescrizione

(Nota a Cass. civ., Sez. III, sentenza 17 maggio 2011, n. 10813)

Palmira Graziano*

Il diritto al risarcimento del danno derivante dall'inadempimento della direttiva 82/76/Cee, insorto a favore dei soggetti che avevano seguito corsi di specializzazione medica negli anni dal 1° gennaio 1983 all'anno accademico 1990-1991, in condizioni tali che se detta direttiva fosse stata adempiuta avrebbero acquisito i diritti da essa previsti, si prescrive nel termine di dieci anni decorrente dal 27 ottobre 1999, allorché era entrato in vigore l'art. 11 l. 370/99.

Il diritto al risarcimento del danno da mancata adeguata remunerazione della frequenza della specializzazione degli specializzandi medici ammessi alle Scuole negli anni 1983-1991 s'intende prescritto solo alla condizione che i medesimi non abbiano agito giudizialmente o non abbiano compiuto atti interruttivi del corso della prescrizione decennale entro il 27 ottobre 2009.

In data 17 maggio 2011, la Terza Sezione civile della Corte di Cassazione con la sentenza n. 10813 (cui risultano sostanzialmente conformi le sent. nn. 10814, 10815 e 10816) ha stabilito (dando continuità alla sentenza delle Sez. Un. n. 9147 del 2009) che è soggetto a termine prescrizione decennale il diritto dei medici specializzandi (frequentanti nel periodo dal 1° gennaio 1983 all'anno accademico 1990/1991) al risarcimento del danno da inadempimento della direttiva n. 82/76/Cee e (dissentendo da un precedente orientamento espresso dalla sentenza n. 5842 del 2010) ne ha individuato il *dies a quo* nel giorno 27 ottobre 1999, data di entrata già in vigore dell'art. 11 della legge n. 370 del 1999.

Ancora dopo o, meglio, ancor più dopo questo arresto, “*La storia dei medici specializzandi, la cui formazione è sostenuta dai contributi europei, non accenna a risolversi*” (1), riconfermandosi quale vera e propria “*never ending story*” (2): la Corte, infatti, rispetto a pronunce precedenti, ha sostanzialmente dilatato di ben tredici anni il termine prescrizione delle pretese

(*) Docente a contratto di diritto civile per l'a.a. 2010/2011 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II e p.a. presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli.

(1) A. DI MAJO, “Contratto e torto nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato”. *Corriere Giur.* (2009): 10: p. 1352.

(2) M. GORGONI, “La difficile costruzione delle regole risarcitorie per violazione statale di obblighi comunitari”. *La responsabilità civile.* VII (2010): 3: pp. 187.

risarcitorie dei medici specializzandi per danni da tardivo recepimento di direttive comunitarie.

In merito a tale dilatazione del termine prescrizionale sarà qui di seguito condotta un'analisi in chiave critica dell'*iter* argomentativo posto a base della pronuncia della S.C..

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Analisi dei principali argomenti posti a fondamento dell'orientamento espresso da Cass., Sez. III, n. 10813/2011, volto a qualificare come contrattuale la responsabilità dello Stato ed a fissare il dies a quo del termine prescrizionale al 27 ottobre 1999 - 2.1 Principi essenziali in tema di prescrizione dei crediti risarcitori di danni da ritardato o omesso recepimento di direttive non self executing - 2.2 Periodo entro il quale l'Italia è stata soggetta al vincolo di recepimento delle direttive e nel quale i medici specializzandi avrebbero potuto maturare crediti risarcitori quale compreso tra il 1° gennaio 1983 ed il 20 ottobre 2007 - 2.3 Responsabilità contrattuale dello Stato italiano (adesione alla Corte di cass., Sez. Un., sent. 2009, n. 9147) e conseguente termine decennale di prescrizione dei crediti risarcitori - 2.4 Esclusione del 1° gennaio 1983 come dies a quo del termine prescrizionale - 2.5 Esclusione quale dies a quo anche delle date di pubblicazione delle sentenze Francovich e Brasserie du Pêcheur, dovendosi qualificare "La situazione di danno" per cui è causa "non come effetto ormai determinato, ma come effetto determinato de die in die" - 2.6 Qualificazione della condotta inadempiente dello Stato italiano quale recepimento soggettivamente parziale delle direttive - 2.7 Il caso dei medici specializzandi rientra nelle ipotesi in cui anche l'inadempimento parziale soggettivo dell'obbligo di recepimento della direttiva si traduce in un illecito istantaneo, dal quale inizia a decorrere il decennale termine di prescrizione: il dies a quo è il 27 ottobre 1999 - 2.8 Sintesi dell'iter argomentativo della Corte - 3. Critica all'orientamento espresso da Cass., Sez. III, n. 10813/2011, qualificante come contrattuale la responsabilità dello Stato e fissante il dies a quo del termine prescrizionale al 27 ottobre 1999 - 3.1 Illogicità della distinzione tra inadempimento parziale oggettivo e soggettivo ai fini della qualificazione come istantaneo o permanente dell'illecito statutale - 3.2 Tutela del legittimo affidamento riposto dallo Stato in precedenti overruled della Corte di cassazione, alla luce dei quali la responsabilità dello Stato da parziale recepimento di una direttiva non self-executing doveva qualificarsi come aquiliana e quale dies a quo del relativo termine prescrizionale doveva individuarsi, al massimo, la data dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 257/1991 - 3.2.1 Rilevanza dei precedenti overruled fissanti il dies a quo della prescrizione al 31 agosto 1991, data di entrata in vigore del D.lgs. n. 257/1991 (primo decreto di recepimento) - 3.2.2 Rilevanza dei precedenti overruled qualificanti come "aquiliana" la responsabilità dello Stato da tardivo/inesatto recepimento di direttive comunitarie non self-executing - 3.2.3 Il giudizio positivo sulla correttezza della condotta statutale ai sensi degli artt. 1175 e 1227, comma 2, c.c. - 3.2.4 Il giudizio positivo sulla correttezza della condotta statutale e l'inescusabilità delle omissioni difensive dei medici alla luce dei precedenti overruled in tema di prescrizione, in ragione della ratio e della natura di preclusione processuale di quest'ultima - 4. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

La Corte di Cassazione, nella pronuncia in commento, afferma il principio secondo cui: in caso di recepimento parziale di una direttiva non *self-execu-*

ting, il *dies a quo* del termine prescrizionale è dato dal giorno in cui i soggetti interessati (al corretto e tempestivo recepimento della direttiva) possono interpretare tale recepimento parziale come inadempimento definitivo del legislatore nazionale, vale a dire quale “*comportamento ragionevolmente (anche se non necessariamente) significativo di una volontà di non provvedere per il residuo*” (cfr. § 6.4.4).

Se tale principio, può ritenersi, in linea generale, condivisibile, non è, al contrario, condivisibile che, ove pure si ritenesse corretta l'interpretazione offerta dalla Corte del d.lgs. n. 257/1991 come atto di adempimento parziale, solo dal giorno 27 ottobre 1999 i soggetti interessati al tempestivo e corretto recepimento delle direttive avrebbero potuto “*ragionevolmente*” supporre che il legislatore non le avrebbe mai recepite in futuro né in modo diverso, né più ampio, di quanto non avesse già disposto con il cit. d.lgs. n. 257/1991.

In altre parole, anche laddove si ritenesse che, come affermato dalla Corte, il d.lgs. n. 257/1991 abbia costituito un mero adempimento parziale soggettivo delle direttive in materia di trattamento dei medici specializzandi, l'accertamento sulla intervenuta o meno prescrizione dei crediti vantati dai medici frequentanti dal 1° gennaio 1983 al 20 ottobre 2007 (periodo in cui l'Italia è stata sottoposta al vincolo di recepimento) va compiuto partendo dalla premessa che il *dies a quo* del termine prescrizionale:

- non può essere posticipato oltre il 31 agosto 1991, data di entrata in vigore del d.lgs. n. 257/1991 (primo d.lgs. di recepimento delle direttive comunitarie operanti in materia, pubblicato nella G.U. del 16 agosto 1991 n. 191 e soggetto alla normale *vacatio*),
- o comunque oltre la data di pubblicazione della sentenza *Francovich* (3) del 19 novembre 1991 (cause riunite C-6/90 e C-9/90), che “per la prima volta, ebbe a configurare l'inadempimento dello Stato membro ad una direttiva sufficientemente specifica nel riconoscere ai singoli un diritto, sia ... l'obbligo risarcitorio, quale situazione sorgente dall'inadempimento

(3) Corte. Giust. CE, 19 novembre 1991, cause C-6/90 e C-9/90, *Francovich*, in *Racc.* I 5357.

Cfr. la nota alla presente pronuncia di A. BARONE, R. PARDOLESI, “Il fatto illecito del legislatore”. *Foro it.* (1992): 4: 145 e di G. PONZANELLI, “L'Europa e la responsabilità civile”. *Foro it.* (1992): 4: 145, il quale evidenzia che <<L'applicazione delle regole di responsabilità civile viene a svolgere in questi casi una chiara funzione deterrente: si vuole che i singoli Stati rispettino con la massima puntualità e diligenza le scadenze a loro poste da atti comunitari. Legittimando i singoli cittadini, ai quali le direttive non trasposte hanno assegnato precisi diritti, a chiedere ai giudici nazionali il risarcimento dei danni, si mira ad aumentare il peso e il controllo sulle autorità statuali preposte all'attuazione delle direttive>>. L'illustre A., pur prendendo atto che nella pronuncia si era inteso riconoscere al risarcimento danni solo una funzione riparatoria, si interroga se, al fine di garantire la funzione deterrente delle regole di responsabilità civile, non sarebbe stato necessario assicurare al risarcimento anche una <<tinta afflittivo-punitiva nei confronti dello Stato, a tutto vantaggio, in prima battuta, del singolo stesso, che verrebbe così a godere di una somma di denaro superiore all'entità del pregiudizio subito e, in seconda battuta, dell'interesse pubblico alla regolare osservanza degli impegni comunitari>>.

della direttiva attributiva di diritti, ma non *self-executing*, in presenza di situazioni concrete dei singoli che avrebbero loro consentito di acquisire i diritti nascenti dalla direttiva” (cfr. Corte di Cass., sez. III, sent. n. 10813/2011),

- e, quindi, non può affatto posticiparsi tale *dies*, addirittura, alla data del 27 ottobre 1999, come sostenuto dalla sez. III della Corte di Cass. nell’appena citata sentenza n. 10813/2011.

Per poter comprendere le ragioni che rendono criticabile, sotto tale profilo, la pronuncia in commento, occorre preliminarmente ripercorrerne, in sintesi, gli argomenti che ne sono posti a fondamento.

2. Analisi dei principali argomenti posti a fondamento dell’orientamento espresso da Cass., Sez. III, n. 10813/2011, volto a qualificare come contrattuale la responsabilità dello Stato ed a fissare il dies a quo del termine prescrizione al 27 ottobre 1999

2.1 Principi essenziali in tema di prescrizione dei crediti risarcitori di danni da ritardato o omesso recepimento di direttive non self executing

Innanzitutto, la sentenza in commento ha ribadito (§ 4.4) i principi essenziali in tema di prescrizione del diritto al risarcimento danni derivanti da una ritardata o omessa attuazione di una direttiva non *self-executing*, quali sono formulati dalla sentenza *Danske*, del 14 marzo 2009 (C-445/06) della Corte di Giustizia:

1) la regolamentazione delle modalità, anche quanto ai termini di decadenza o prescrizione, dell’azione risarcitoria da inadempimento di direttiva attributiva di diritti ai singoli compete agli ordinamenti interni; la disciplina degli Stati membri dev’essere ispirata al principio di equivalenza (che “impone di fissare termini che non siano meno favorevoli di quelli previsti per azioni analoghe”), ed al principio di effettività (che “impone comunque che il termine applicato non sia tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento”);

2) “*in mancanza di apposita disciplina da parte degli Stati membri ... il giudice nazionale può ricercare analogicamente la regolamentazione dell’azione, ivi compresi eventuali termini di decadenza o prescrizione, in discipline di azioni già regolate dall’ordinamento, purché esse rispettino i principi suddetti [equivalenza ed effettività] e, particolarmente, non rendano impossibile o eccessivamente gravosa l’azione*”; e purché “*l’applicazione di un termine di prescrizione che così ne risulti, cioè che derivi dal riferimento che il giudice nazionale fa ad una disciplina interna regolamentante altra azione*” possa considerarsi sufficientemente prevedibile da parte dei soggetti interessati, dovendo, dunque, il giudice nazionale procedere necessariamente a tale apprezzamento;

3) l’eventuale termine di prescrizione può decorrere anche prima della

corretta trasposizione della direttiva nell'ordinamento nazionale [non si applica il principio *Emmott*, reso nella C-208/90 del 25 luglio 1991], se il danno, anche solo in parte (è questo il significato del riferimento ai «*primi effetti lesivi*» contenuto nella sentenza *Danske Slagterier*) per questo soggetto si è verificato anteriormente (cfr. sent., par. 4.4.).

Le direttive della cui attuazione si discute sono le direttive CEE nn. 362/75 e n. 363/75, come trasfuse, coordinate ed integrate nella direttiva n. 82/76.

2.2 Periodo entro il quale l'Italia è stata soggetta al vincolo di recepimento delle direttive e nel quale i medici specializzandi avrebbero potuto maturare crediti risarcitori quale compreso tra il 1° gennaio 1983 ed il 20 ottobre 2007

La corretta trasposizione di quelle direttive, “*doveva avvenire entro il 31 dicembre 1982 (art. 16 della direttiva 82/76/Cee)*”, ma ad avviso della Corte “*la loro integrale applicazione, non si è mai verificata nell'ordinamento italiano ... Lo Stato Italiano non rispettò tale termine, tanto che venne dichiarato inadempiente dalla Corte di Giustizia con sentenza del 7 luglio 1987, C-49/86 (...) Per un adempimento pieno sarebbe occorso che lo Stato Italiano avesse dettato disposizioni intese ad attribuire i diritti previsti dalle direttive a coloro che, se le direttive fossero state adempiute entro il 31 dicembre 1982, si sarebbero trovati nelle condizioni per poterli acquisire e, quindi, ai medici specializzandi che avevano seguito i corsi di specializzazione a partire dal 1° gennaio 1983 e lo avevano fatto con modalità conformi a quanto prevedevano le direttive*”.

Tale obbligo di adempimento delle direttive, secondo la citata sentenza della Cassazione, sussistente a far data dal 1° gennaio 1983, è perdurato fino al 20 ottobre 2007, per il susseguirsi delle seguenti fonti normative: l'art. 44 della direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, n. 93/16/Cee, pur abrogando le direttive 75/362 - 363/Cee, nonché quella 82/76/Cee, che le aveva modificate, stabilì che restassero “*salvi gli obblighi degli Stati membri relativi ai termini per il recepimento*”, che dunque rimaneva quello del 31 dicembre 1982; successivamente, l'art. 62 della direttiva 2005/36/CE (recante - negli artt. 2526 - una nuova disciplina dei medici specializzati) ha previsto l'abrogazione a partire dal 20 ottobre 2007 (cioè dalla data della sua entrata in vigore) della direttiva 93/16/Cee, e con esso anche dell'art. 44 sopra cit.: *ergo* dal 20 ottobre 2007 è cessato l'obbligo dello Stato Italiano di adempiere, sia pure tardivamente, le direttive 75/362/Cee, 75/363/Cee e 82/76/Cee.

Ciò premesso, in punto di diritto, la Corte ha ritenuto:

1) che le direttive avrebbero dovuto essere attuate pienamente entro il 31 dicembre 1982,

2) e che lo Stato Italiano è stato liberato dall'obbligo di attuazione tardiva solo dal 20 ottobre 2007.

Da tali premesse conseguirebbe che solo i medici specializzandi i quali si trovassero nelle situazioni contemplate dalle direttive nel periodo dal 1° gennaio

1983 al 19 ottobre 2007 compreso potrebbero maturare crediti risarcitori per danni conseguenti al tardivo/non corretto recepimento delle direttive in materia.

2.3 Responsabilità contrattuale dello Stato italiano (adesione alla Corte di cass., Sez. Un., sent. 2009, n. 9147) e conseguente termine decennale di prescrizione dei crediti risarcitori

La Corte, inoltre, ha aderito all'orientamento espresso dalla sentenza a Sez. Un. n. 9147/2009, qualificando come contrattuale, da inadempimento di un'obbligazione *ex lege*, la responsabilità dello Stato Italiano da mancato/tardivo recepimento di una direttiva non *self-executing*, riconoscendo consequenzialmente l'operatività del termine decennale di prescrizione.

2.4 Esclusione del 1° gennaio 1983 come *dies a quo* del termine prescrizionale

Ciò premesso, la Corte si è interrogata su quale debba essere il *dies a quo* del termine prescrizionale dell'azione risarcitoria da inattuazione delle direttive in commento.

In primis, la Corte ha escluso che il termine decennale inizi a decorrere dal 1° gennaio 1983 (giorno seguente al termine entro il quale lo Stato era obbligato al recepimento), ciò in quanto solo a seguito della sentenza *Francovich* (del 19 novembre 1991, C-6/90 e C-9/90) è stato configurato (per la prima volta) quale fatto fonte di un'obbligazione risarcitoria di uno Stato l'omesso o tardivo recepimento di una direttiva sufficientemente specifica nel riconoscere ai singoli un diritto: prima di tale data i soggetti danneggiati non avrebbero potuto avere certezza dell'azionabilità di un credito risarcitorio nei confronti dello Stato membro per violazione di una norma comunitaria non *self-executing*, ma preordinata all'attribuzione di diritti nei riguardi dei singoli.

Dunque, il termine prescrizionale (decennale, secondo la Corte) per l'azione risarcitoria esercitabile dai medici specializzandi non potrebbe iniziare a decorrere da una data antecedente a quella della sentenza *Francovich* (ad es., non potrebbe il *dies a quo* essere costituito dalla data in cui i singoli medici abbiano conseguito il proprio diploma (come invece sostenuto da Cass. n. 5842 del 2010), laddove tale data, pur se posteriore al 31 dicembre 1982, sia antecedente alla sentenza *Francovich*).

La Corte ha segnalato come “*Potrebbe addirittura sostenersi che, essendosi la giurisprudenza comunitaria definitivamente assestata, dopo l'irruzione della sentenza Francovich, nei suoi esatti termini soltanto con la sentenza Brasserie du Pêcheur, come non manca di rilevare la dottrina quando deve individuare i caratteri dell'obbligo risarcitorio, addirittura solo dalla data di quella sentenza l'obbligo sia insorto nell'ordinamento italiano, con la conseguenza che ... Il diritto degli specializzandi ... si potrebbe dire sorto addirittura soltanto dall'ottobre del 1996*”.

2.5 *Esclusione quale dies a quo anche delle date di pubblicazione delle sentenze Francovich e Brasserie du Pêcheur, dovendosi qualificare “La situazione di danno” per cui è causa “non come effetto ormai determinato, ma come effetto determinato de die in die”*

La Corte ha precisato, tuttavia, che, il diritto al risarcimento, pur dovendosi ritenere sorto solo dopo la sentenza *Francovich* (o dopo la *Brasserie du Pêcheur* (4)), non iniziò il suo decorso dalla pubblicazione delle sentenze in questione (§ 6.3).

Infatti, secondo la Corte la fattispecie fonte di danno consisterebbe nel “comportamento omissivo del legislatore italiano” ed “avrebbe potuto essere eliminato attraverso la spontanea tenuta da parte dello Stato del comportamento omesso, cioè l’emanazione di una normativa interna che attribuisse il diritto riconosciuto dalla direttiva” (§ 6.4.1); per cui, per tutto il tempo di persistenza di detto inadempimento, la situazione di danno si presenterebbe “non come effetto ormai determinato, ma come effetto determinato de die in die” (§ 6.4.1).

2.6 *Qualificazione della condotta inadempiente dello Stato italiano quale recepimento soggettivamente parziale delle direttive*

La Corte, infine, ha operato una distinzione tra:

- inadempimento parziale “oggettivo”
- inadempimento parziale “soggettivo”

al fine di determinare in modo diverso, secondo il tipo di inadempimento, il *dies a quo* del termine prescrizione del risarcimento danni da ritardata attuazione di una direttiva.

Si avrebbe il parziale recepimento sul piano oggettivo qualora: “la direttiva, dopo un periodo di inadempimento, viene attuata nei confronti di tutti i soggetti riguardo ai quali prevede diritti e, tuttavia, tali diritti vengono riconosciuti solo in parte sul piano oggettivo, cioè o - essendo previsti più diritti - ne vengono riconosciuti alcuni e non altri, o il diritto o i diritti vengono riconosciuti in modo insufficiente” (§ 6.4.4).

La Corte ha ritenuto che: “nell’ipotesi in questione la successione ad una situazione di inadempimento totale, che poneva gli interessati in una condizione di mera attesa, stante l’assoluta incertezza sul se lo Stato avrebbe adempiuto tardivamente oppure no, di una nuova situazione di parziale adempimento e, quindi, di inadempimento parziale, si presta ad essere intesa come comportamento ragionevolmente (anche se non necessariamente) significativo di una volontà di non provvedere per il residuo.

(4) Corte. Giust. CE, 5 marzo 1996, cause riunite C-46/ 93 e C-48/ 93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, in *Racc. I* 1631, nonché cfr. *Foro it.* (1996): 4: pp. 185 ss..

Per tale ragione si giustifica che il soggetto interessato debba agire a tutela del residuo obbligo risarcitorio e, quindi, che inizi la decorrenza del termine di prescrizione decennale. Tale residuo obbligo risarcitorio si presta, cioè, ad essere considerato come effetto ormai consolidato e, quindi, da considerarsi alla stregua degli effetti dannosi istantanei riguardo alla condotta dell'inadempiente e non più permanentemente determinati da detta condotta" (§ 6.4.4).

Al contrario, si avrebbe recepimento parziale soggettivo quando la legge nazionale *"riconosca il diritto, naturalmente sempre per previsioni generali riferite al trovarsi essi in determinate situazioni comuni, soltanto a taluni di quei soggetti (o meglio a talune categorie di essi versanti nelle stesse condizioni fattuali) e non agli altri"* (§ 6.4.5).

Nel caso dei medici specializzandi la Corte ha qualificato la condotta statale quale adempimento soggettivamente parziale delle direttive comunitarie.

Secondo la Corte di Cass., il d.lgs. n. 257 cit., infatti, *"rappresentando un adempimento parziale delle note direttive soltanto per i soggetti specializzandi a partire dall'anno accademico 1991-92, lasciò del tutto immutata la situazione dei soggetti che, successivamente al 31 dicembre 1982 e fino all'anno accademico 1990-1991, si erano venuti a trovare in una condizione la quale, in presenza di una già avvenuta attuazione della direttiva, li avrebbe resi destinatari dei diritti riconosciuti dalle direttive e trasfusi nel provvedimento legislativo interno attuativo"* (§ 6.4.5).

Secondo la Cassazione, di norma, un recepimento parziale soggettivo, a differenza di quello parziale oggettivo, lascerebbe immutata la situazione fonte di danno per i soggetti esclusi, sicché per costoro l'illecito continuerebbe a protrarsi per tutto il tempo di persistenza dell'inadempimento (illecito permanente).

2.7 Il caso di medici specializzandi rientra nelle ipotesi in cui anche l'inadempimento parziale soggettivo dell'obbligo di recepimento della direttiva si traduce in un illecito istantaneo, dal quale inizia a decorrere il decennale termine di prescrizione: il dies a quo è il 27 ottobre 1999

Secondo la Cassazione, vi sarebbe un solo ordine di ipotesi in cui anche un inadempimento parziale soggettivo dell'obbligo di recepimento della direttiva si tradurrebbe in un illecito istantaneo, dal quale inizierebbe, dunque, a decorrere il termine prescrizione di risarcimento danni da ritardato recepimento della direttiva.

Si tratterebbe dell'ipotesi in cui il legislatore nazionale, nel recepire la direttiva, non si limita ad escludere *in toto* una parte dei soggetti considerati dalla stessa, bensì in riferimento a tale parte di soggetti esclude solo coloro i quali pur rientranti nella fattispecie astratta prefigurata dalla direttiva, non rientrino anche in quella ulteriore situazione fattuale richiesta dalla legge na-

zionale non pretesa dalla direttiva.

In tale ipotesi, come in caso di inadempimento parziale oggettivo, i soggetti esclusi potrebbero “*ragionevolmente*” supporre che la loro estromissione è definitiva, nel senso che il legislatore ha inteso escluderli per sempre dal recepimento della direttiva.

Ciò, secondo la Corte, sarebbe, appunto, accaduto nel caso dei medici specializzandi, ove una certa categoria di specializzandi è stata esclusa dal recepimento della direttiva ex d.lgs. 257/1991, ossia quelli immatricolati dopo il 31 dicembre 1982 e fino all’a.a. 1990-1991, ma il successivo art. 11 della l. n. 370/99 ha ammesso parte di tali soggetti al trattamento previsto per gli altri, laddove fosse ricorsa l’ulteriore condizione fattuale (non contemplata dalla direttiva) dell’essere destinatari di talune sentenze passate in giudicato del TAR Lazio.

Secondo la Cassazione, solo a partire da questo momento sarebbe stata chiara la scelta del legislatore italiano di escludere per sempre dal recepimento della direttiva i medici specializzandi immatricolati dall’a.a. 1983/1984 all’a.a. 1990/1991, con la sola eccezione di quelli destinatari delle sentenze suddette.

Ragion per cui, essendo la legge *de qua* entrata in vigore il 27 ottobre 1999, per tutti gli specializzandi esclusi il termine prescrizione decennale per chiedere il risarcimento danni dovrebbe decorrere, secondo la Corte, da tale data, e costoro avrebbero dovuto agire giudizialmente o compiere atti stragiudiziali interruttivi della prescrizione entro il 27 ottobre 2009.

2.8 Sintesi dell’iter argomentativo della Corte

Come si è fin qui esposto, la Corte di Cassazione nella sentenza in commento:

- ha qualificato la responsabilità dello Stato da tardivo o non corretto recepimento di una direttiva quale responsabilità contrattuale da violazione di un’obbligazione *ex lege*, ritenendo consequenzialmente operante un termine di prescrizione decennale;
- ha riconosciuto che possono considerarsi ammessi a tale tutela risarcitoria tutti i medici specializzati che, nel periodo dal 1° gennaio 1983 al 20 ottobre 2007, avrebbero potuto trovarsi nelle condizioni previste dalle direttive;
- ha ritenuto che il *dies a quo* di detto termine di prescrizione non potesse essere costituito né dalla data di entrata in vigore del primo decreto di recepimento (d.lgs. n. 257/1991), né dalla data di pubblicazione delle sentenze della Corte di Giustizia *Francovich* e *Brasserie du Pécheur*;
- per individuare tale *dies a quo* ha formulato un principio secondo il quale nel caso di adempimento parziale di una direttiva il *dies a quo* del termine prescrizione dei crediti risarcitori sia dato dal giorno in cui i sog-

getti interessati (al corretto e tempestivo recepimento di una direttiva) possano interpretare tale recepimento parziale come inadempimento definitivo del legislatore nazionale, vale a dire quale “*comportamento ragionevolmente (anche se non necessariamente) significativo di una volontà di non provvedere per il residuo*”;

- ha poi operato una preliminare distinzione tra inadempimento/adempimento parziale oggettivo e soggettivo, secondo la quale solo l’adempimento parziale oggettivo costituirebbe un “*comportamento ragionevolmente (anche se non necessariamente) significativo di una volontà di non provvedere per il residuo*”, per cui esso solo costituirebbe un illecito istantaneo, al verificarsi del quale inizierebbe immediatamente a decorrere il termine prescrizione; mentre l’adempimento parziale soggettivo, consentendo ai soggetti esclusi di supporre ragionevolmente che il legislatore intenda completare in futuro l’opera di recepimento nei loro confronti, non può che qualificarsi come illecito permanente, che non si esaurisce fino a quando appunto perduri l’inadempimento, vale a dire fino a quando il legislatore non completi il recepimento sul piano soggettivo, con la conseguenza che fino a tale ultimo momento il termine prescrizione non inizierebbe a correre;
- ha ritenuto che vi è un unico caso in cui anche l’inadempimento parziale soggettivo integri un illecito istantaneo, ed è il caso in cui il legislatore nazionale, nel recepire la direttiva, non si limiti ad escludere *in toto* una parte dei soggetti considerati dalla stessa, bensì in riferimento a tale parte di soggetti escluda solo coloro i quali, pur rientranti nella fattispecie astratta prefigurata dalla direttiva, non rientrino anche in quella ulteriore situazione fattuale richiesta dalla legge nazionale non pretesa dalla direttiva;
- ha qualificato il d.lgs. n. 257/1991 quale inadempimento parziale soggettivo ed ha individuato alla data del 27 ottobre 1999 (entrata in vigore della legge n. 370/1999) il momento in cui tale illecito - potendo essere ragionevolmente percepibile dai soggetti interessati come adempimento parziale definitivo -, è divenuto istantaneo, e, dunque, a tale data ha ancorato il *dies a quo* del termine prescrizione dei crediti risarcitori dei medici specializzandi esclusi;
- ha, quindi, dedotto che i medici specializzandi possano azionare crediti maturati in relazione al periodo di frequentazione di corsi di specializzazione compresi dal 1° gennaio 1983 all’a.a. 1990/1991, purché abbiano agito giudizialmente o compiuto atti stragiudiziali interruttivi del termine (decennale) di prescrizione entro il 27 ottobre 2009.

3. Critica all'orientamento espresso da Cass., Sez. III, n. 10813/2011, qualificante come contrattuale la responsabilità dello Stato e fissante il dies a quo del termine prescrizione al 27 ottobre 1999

3.1 Illogicità della distinzione tra inadempimento parziale oggettivo e soggettivo ai fini della qualificazione come istantaneo o permanente dell'illecito statale

Innanzitutto, risulta, fortemente opinabile sul piano logico, prima ancora che giuridico, la distinzione operata dalla Corte di Cassazione tra ipotesi di mancato/tardivo adempimento delle direttive secondo che esse riguardino l'oggetto o i soggetti destinatari delle stesse.

Infatti, come nel caso di un inadempimento parziale sul piano oggettivo, di fronte ad uno Stato che con un primo atto di recepimento riconosca solo alcuni dei diritti contemplati da una direttiva, il soggetto interessato ha ben ragione di preoccuparsi e di ritenere che il legislatore nemmeno in futuro estenderà il recepimento a quei diritti che non ha immediatamente trasposto nell'ordinamento interno, non si vede perché si debba valutare in modo più "ottimistico" un comportamento di inadempimento parziale di tipo "soggettivo".

La Corte avendo qualificato il d.lgs. n. 257/1991 come atto di recepimento parziale delle direttive in commento, ha ritenuto, in modo illogico, che detto d.lgs., in quanto operante solo per gli immatricolati dall'a.a. 1991/1992 a seguire, potesse interpretarsi come un primo atto di recepimento, da completare, in un secondo momento, a favore degli altri immatricolati (quelli dal 1° gennaio 1983 all'a.a. 1990/1991), dapprima esclusi, estendendo loro la stessa normativa o introducendone una analoga.

Ipotizziamo pure che possa dirsi corretta la qualificazione del d.lgs. n. 257/1991 quale atto di recepimento parziale soggettivo (vale a dire recepimento della direttiva non per tutti gli immatricolati dal 1° gennaio 1983, ma solo per gli immatricolati dall'a.a. 1991/1992 a seguire).

Ebbene, secondo la Corte di Cassazione, gli immatricolati *ante* a.a. 1991/1992 avrebbero potuto "*ragionevolmente*" interpretare tale decreto come atto normativo significativo di una volontà di escludere dal recepimento gli immatricolati *ante* a.a. 1991/1992 solo nell'immediato e non come volontà di escluderli definitivamente anche per il futuro, per cui gli immatricolati *ante* a.a. 1991/1992 avrebbero potuto, si ripete, secondo la Corte, "*ragionevolmente*" confidare in un futuro completamento dell'opera di recepimento nei loro confronti.

È evidentissimo il vizio logico dell'*iter* argomentativo della Corte: nella denegata ipotesi in cui il d.lgs. del 1991 fosse da intendersi come recepimento parziale soggettivo, come si può "*ragionevolmente*" supporre che il legislatore avrebbe introdotto in futuro una disciplina che lo stesso avrebbe già deciso di non introdurre nel presente?

L'obiezione appare palesemente calzante in quanto i soggetti esclusi erano quelli immatricolatisi dal 1° gennaio 1983 all'a.a. 1990/1991 e non quelli dall'a.a. 1991/1992 a seguire!

Infatti, premesso che spesso il legislatore nazionale è guidato nelle scelte normative, come è ragionevole e doveroso, anche da ragioni di bilancio, il legislatore, laddove avesse deciso (come supposto dalla Corte) di operare un primo recepimento parziale soggettivo (ossia attuare le direttive prima per una parte della totalità dei medici specializzandi interessati al recepimento e poi, ad es., con successivo decreto, per la restante), avrebbe certamente provveduto ad introdurre una normativa che avesse avuto riguardo, innanzi tutto, agli immatricolati dal 1° gennaio 1983 all'a.a. 1990/1991, le cui poste risarcitorie avrebbero dovuto essere soddisfatte con maggiore urgenza, proprio perché sorte in tempi più risalenti e dunque accompagnate da un cospicuo ammontare di interessi sugli stessi maturatisi negli anni, con aggravio per le finanze dello Stato.

Dunque, nella sconosciuta ipotesi che il d.lgs. n. 257/1991 integri un parziale recepimento delle direttive, gli immatricolati esclusi dalla normativa di recepimento del 1991 non avrebbero potuto avere alcun ragionevole motivo per sperare che il legislatore avrebbe loro esteso in futuro un trattamento economico negato nel presente e che certamente sarebbe lievitato col passare degli anni (ad es. da computarsi per i primissimi immatricolati a far data 1° gennaio 1983!). In altre parole, già dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 257/1991, gli specializzandi esclusi dovevano con certezza aver percepito la definitività della scelta di esclusione operata dal legislatore nazionale e, quindi, facendo buon governo del corretto principio della Corte, è dunque dalla data del 31 agosto 1991 (*dies a quo*) che decorre il termine di prescrizione delle poste risarcitorie (in tal senso si esprime Cass., Sez. Lav., 3 giugno 2009, n. 12814 (5)).

(5) In senso difforme dalla precedente sent. n. 9147/2009 delle SS.UU., la Cass., Sez. Lavoro, con la sent. n. 12814 del 3 giugno 2009, ha affermato la responsabilità aquiliana dello Stato ed individua come *dies a quo* del termine quinquennale di prescrizione la data di entrata in vigore del primo decreto interno di recepimento: «*Trattandosi di azione di risarcimento del danno, la prescrizione è quinquennale ed inizia a decorrere dal momento in cui il diritto può essere fatto valere. Tale momento non coincide con l'emanazione della direttiva, se la stessa non è immediatamente applicabile; né con il termine assegnato agli stati per la trasposizione della fonte comunitaria nel diritto interno, perché anche a quel momento il soggetto privato non è in condizioni di conoscere quale sia il contenuto del diritto che gli viene negato e l'ammontare del relativo risarcimento. Può invece individuarsi nel momento in cui entra in vigore la normativa di attuazione interna della direttiva Europea: è questo il momento in cui il soggetto può far valere il diritto al risarcimento del danno, perché è in quel contesto che egli viene a conoscere il contenuto del diritto attribuito ed i limiti temporali della corresponsione. In altri termini, posto che con il d.lgs. n. 257/1991 il soggetto è in grado di conoscere l'ammontare dei compensi stabiliti, il soggetto tenuto ad erogarli e la non retroattività della corresponsione, a quel momento è in grado di esercitare il diritto al risarcimento del danno. Si veda al riguardo Corte di Giustizia della Comunità Europea 25 luglio 1991 "Emmot": finché una direttiva non è stata correttamente trasposta, non è ipo-*

Quindi, contrariamente a quanto sostenuto dalla Corte, non era necessario attendere l'intervento del 1999 (art. 11 della l. n. 370), che ha esteso la normativa interna del d.lgs. n. 257/1991 agli immatricolati dopo il 31 dicembre 1982 e fino all'a.a. 1990/1991 laddove fosse ricorso l'ulteriore condizione fattuale (non contemplata dalla direttiva) dell'essere destinatari di talune sentenze passate in giudicato del TAR Lazio: tale legge, non solo non ha fatto altro che esplicitare l'ovvio (nel 1991 si era scelto, in via definitiva, di non estendere la nuova normativa agli immatricolati *ante* a.a. 1991/1992), ma, per altro verso, si è limitata a riconoscere la forza propria di un giudicato amministrativo.

*tizzabile alcuna possibilità per i privati di avere piena conoscenza dei loro diritti; tale incertezza perdura anche se nel frattempo la Corte di Giustizia della Comunità Europea dichiara inadempiente lo stato membro; fino al momento della trasposizione della direttiva lo stato non può opporre alcuna eccezione di tardività ed "un termine di ricorso di diritto nazionale può cominciare a decorrere solo da tale momento">> (sent. n. 12814/2009 in *La responsabilità civile*. VII (2010): 3: pp. 186.*

Al riguardo A. Di MAJO, *op. cit.*, p. 1353, secondo il quale nell'appena cit. sentenza <<forse prova troppo l'argomento secondo cui "finché una direttiva non è stata correttamente trasposta non è ipotizzabile alcuna possibilità per i privati di avere piena conoscenza dei loro diritti">>. Infatti, secondo l'A. <<Più appropriato è argomentare nel senso che le direttive non consentivano la quantificazione della prestazione dovuta dallo Stato, onde è sub specie damni che il privato poteva reagire, per la perdita della chance di ottenere i benefici (così Cass. 11 marzo 2008 n. 6427)>>. Cfr. anche la nota di M. GORGONI. *Op. cit.* pp. 186 ss..

Quanto alla stessa giurisprudenza di merito anch'essa si è ampiamente espressa, pure di recente, nel senso che, laddove si configuri un illecito statale da tardivo/inesatto recepimento della direttiva, si debba ritenere integrato un mero illecito "istantaneo". Si segnala, in maniera particolare, Trib. Catanzaro, 20 aprile 2009 (G. BUFFONE (2009). *Inesatta trasposizione di direttiva CE Responsabilità dello Stato - Configurabilità ex art. 2043 c.c. - Presupposti*. *Altalex.it*. www.altalex.com/index.php?idnot=45960. (15/11/2011)). Premesso che <<Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte (ex multis, cfr. Cass. civ., sez. III, sentenza 13 marzo 2007, n. 5831), l'illecito permanente dà luogo ad un diritto al risarcimento, che sorge in modo continuo, e che in modo continuo si prescrive, se non esercitato entro cinque anni dal momento in cui si produce (Cassazione 6512/04)>>, secondo il Trib. Di Catanzaro <<Va distinto dall'illecito permanente, quello ad effetti permanenti, in cui il danno si manifesta nella sfera giuridica del soggetto passivo in modo istantaneo lasciando, tuttavia, in essa, pregiudizi destinati a perdurare nel tempo. Occorre, cioè, verificare la permanenza dell'illecito in relazione alla sua struttura, come noto, scandita dai segmenti proprio del fatto giuridico: "fatto - effetto". Laddove sia il fatto ad essere permanente, l'illecito ha pari natura; laddove, invece, sia l'effetto a perdurare nel tempo, l'illecito avrà natura istantanea. Orbene, nel caso di specie va, innanzitutto, avvertito che non viene in rilievo un illecito omissivo: questo fa capo alla responsabilità per «omessa trasposizione» quando, cioè, il Legislatore non sia intervenuto affatto ad attuare il comando comunitario. Si registra, al contrario, come già segnalato, una responsabilità per «trasposizione inesatta» (o tardiva) che ricorre laddove l'attuazione della direttiva sia intempestiva o si discosti dalle indicazioni del Legislatore europeo: ma sia pur sempre avvenuta>> (nel senso che la qualificazione di illecito permanente sia riscontrabile solo in caso di totale omissione dello Stato nell'attuazione della direttiva cfr. anche Trib. di Messina, ord., Sez. I, 13 settembre 2010).

Secondo il Tribunale cit. <<in questo caso il destinatario del diritto di matrice comunitaria viene «automaticamente» pregiudicato dalla condotta dinamica dello Stato e matura, da subito, l'interesse ad attingere dalla tutela riparatoria per pervenire a quel risultato che il suo apparato statale gli ha impedito di raggiungere. Si vuol dire che il «fatto» generatore di danno, e, cioè, l'esercizio illegittimo della funzione legislativa, è "istantaneo" e non permanente poiché si consuma nel momento stesso in cui viene congedato il testo normativo di cui si lamenta l'illegittimità>>. Cfr. anche la conforme recentissima sent. del Trib. di Nola n. 24284 del 3 novembre 2011, inedita.

3.2 Tutela del legittimo affidamento riposto dallo Stato in precedenti *overruled* della Corte di cassazione, alla luce dei quali la responsabilità dello Stato da parziale recepimento di una direttiva non *self-executing* doveva qualificarsi come aquiliana e quale *dies a quo* del relativo termine prescrizionale doveva individuarsi, al massimo, la data dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 257/1991

3.2.1 Rilevanza dei precedenti *overruled* fissanti il *dies a quo* della prescrizione al 31 agosto 1991, data di entrata in vigore del D.lgs. n. 257/1991 (primo decreto di recepimento)

Pur ritenendosi che le obiezioni logiche fin qui esposte siano di per sé sole già sufficienti a contestare la sentenza in commento, occorre peraltro ridimensionarne la persuasività, ai fini dell'individuazione della corretta *regula iuris* del contenzioso in commento, in quanto la sentenza del 2011 in commento potrebbe avere rilevanza solo per i giudizi introdotti successivamente alla sua pronuncia, in ossequio agli orientamenti giurisprudenziali, che in caso di *overruling*, tutelano il principio di certezza del diritto, nonché il diritto di difesa delle posizioni giuridiche soggettive.

Prima, infatti, di questa sentenza, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione (6) e, quindi, nel diritto vivente, il *dies a quo* della prescrizione di crediti risarcitori quali quelli azionati nella presente controversia era, in linea generale, individuato in una data non successiva a quella di entrata in vigore del primo decreto interno di recepimento, il d.lgs. n. 257/1991 (31 agosto 1991) (7).

Quanto alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, la stessa sentenza in commento, ricorda che “*il termine di prescrizione può decorrere anche prima della corretta trasposizione della direttiva nell'ordinamento nazionale*” (non si applica, dunque, il principio *Emmott* (8)), “*se il danno, anche solo in parte*

(6) Come si è già evidenziato nella precedente nota n. 5, in senso difforme dalla precedente sent. n. 9147/2009 delle SS.UU., si è posta la Cass., Sez. Lavoro, con la sent. n. 12814 del 3 giugno 2009 (individuante come *dies a quo* del termine quinquennale di prescrizione la data di entrata in vigore del primo decreto interno di recepimento) e la più recente Cass. 10 marzo 2010 n. 5842 (cfr. *Foro It.* (2011): 3: I: p. 862), la quale, anche se in un *obiter dictum*, individua il *dies a quo* del termine prescrizionale (decennale) e lo fa coincidere con la data del “*conseguimento del diploma di specializzazione non conforme alle prescrizioni comunitarie*”.

(7) Quanto alla giurisprudenza di merito si segnala, in maniera particolare, Trib. Catanzaro, 20 aprile 2009 (cfr. nota 5). Secondo il Trib. di Catanzaro <<*la responsabilità in cui incorre lo Stato per il fatto del Legislatore, che attui in modo inesatto la direttiva comunitaria scaduta, non configura un illecito permanente e, pertanto, la prescrizione decorre dall'entrata in vigore della normativa interna che traspone, in maniera infedele, il comando comunitario. Da quel momento in poi, il cittadino comunitario può far valere il suo diritto risarcitorio e, conseguentemente, decorre il termine di prescrizione di cui all'art. 2947 c.c. (v. Tribunale Roma, 2 aprile 2005)*>>.

(8) Corte di Giust., C-208/90, sent. 25 luglio 1991, *Emmott*, in *Racc.*, I 4269. Cfr. L. BAIRATI “La riparazione spettante al soggetto danneggiato a seguito di mancato recepimento, nel termine prescritto, di direttiva comunitaria. Questioni teoriche ed implicazioni pratiche della sua corretta qualificazione” *Giur. it.* (2010): 3: p. 695, nota 9 ss. il quale ricorda che: <<*a proposito dello specifico caso del mancato o tardivo recepimento di direttiva Comunitaria, la Corte di Giustizia si è espressa in termini estremamente contraddittori*>>. In realtà, proprio attraverso il <<*breve excursus delle sentenze del giudice co-*

(è questo il significato del riferimento ai «primi effetti lesivi» contenuto nella sentenza *Danske Slagterier*) per questo soggetto si è verificato anteriormente” (§ 4.4.).

Ebbene, ove nel caso in commento si ritenesse configurabile un recepimento soggettivamente parziale (come, appunto, si è ritenuto dalla sentenza che qui si annota), l'evento lesivo sarebbe rappresentato (non “dall'impossibilità di esercitare il diritto riconosciuto dal legislatore comunitario, a causa dell'inadempimento dello Stato membro” (9), bensì), dal provvedimento di rece-

munitario relative a tale questione>> operato, dall'A., si evidenzia come tale contraddizione sia stata solo apparente e comunque, ben presto, superata da successive pronunce della stessa Corte di Giustizia: <<Nella celebre sentenza *Emmott* la Corte ha dichiarato che un termine di ricorso di diritto nazionale può cominciare a decorrere solo dal momento della trasposizione corretta della direttiva e che lo Stato membro inadempiente non può eccepire la tardività di un'azione giudiziaria avviata nei suoi confronti prima di tale momento ... Tale sentenza ... è rimasta un caso isolato, poiché la Corte, spinta probabilmente da considerazioni di opportunità, ha affermato che quanto ivi stabilito era giustificato dalle circostanze tipiche considerate in detta causa>>.

Tale ultimo rilievo dell'A. merita una particolare sottolineatura, sotto un duplice profilo.

Da un lato, la Corte, con le sue successive pronunce (in particolare, la sentenza del 27 ottobre 1993, *SteenhorstNeerings*, C-338/ 91 in *Racc.*, I 5497, la sent. del 6 dicembre 1994, *Johnson*, C-41092, in *Racc.*, I 5501, restrittive della reale portata della sentenza *Emmott*, ha inteso evitare che <<un'esposizione meccanica>> al principio ivi espresso sottoponesse gli Stati membri <<a gravi conseguenze economiche derivanti da un numero potenzialmente elevatissimo di azioni giudiziarie a tutela delle posizioni giuridiche violate a seguito delle violazioni ad esse imputabili>>. Ebbene, la sentenza che qui si annota non tiene conto proprio di tali “gravi conseguenze economiche”, né della stessa *ratio* dell'istituto della prescrizione, ove opera l'illogica distinzione, di cui si è detto, tra inadempimento parziale oggettivo e soggettivo ai fini dell'individuazione del *dies a quo* del termine prescrizione (arrivando ad affermare che nel secondo caso, di regola, l'illecito, configurandosi quale permanente, cesserebbe solo al momento del corretto recepimento della direttiva, così sostanzialmente dando spazio ad un principio, quello espresso dalla sentenza *Emmott*, del quale perfino la Corte di Giustizia ha inteso ridimensionare la portata e dal quale, quindi, solo apparentemente - cfr. § 4.1, 4° cpv -, la nostra S.C. ha preso le distanze).

Dall'altro lato, volendo, da ultima citare testualmente la sent. del 14 marzo 2009, *Danske Slagterier*, C-445/06 (in GU C-326 del 30 dicembre 2006) risulta chiarito che, secondo la Corte di Giustizia, come confermato dalle citate sentenze *Johnson* e *SteenhorstNeerings* <<deriva che la soluzione elaborata nella menzionata sentenza *Emmott* era giustificata dalle circostanze proprie di detta causa, dove la decadenza dai termini arrivava a privare totalmente la ricorrente nella causa principale della possibilità di far valere il suo diritto alla parità di trattamento in virtù di una direttiva comunitaria>> e si precisa che nella causa di cui alla sentenza *Emmott* l'esistenza del termine controverso aveva condotto <<a privare totalmente i soggetti lesi della possibilità di far valere i loro diritti dinanzi ai giudici nazionali>>.

(9) D. SATULLO, “La prescrizione dell'azione di risarcimento nei confronti dello Stato per tardiva attuazione di una direttiva comunitaria”. *La Resp. Civ.* 8 (2011): 4: pp. 2589.

L'A., reputando che <<la conoscenza effettiva o conoscibilità dell'evento lesivo dipende dalla conoscenza effettiva o conoscibilità del diritto e, quindi, della direttiva, quale fonte del diritto medesimo>>, e ritenendo non predicabile una conoscibilità legale di una direttiva non attuata da parte del privato (<<non tanto e non solo perché non vi è un adeguato sistema pubblicitario, ma perché il singolo non è destinatario dell'atto normativo>>), conclude che <<ove l'effettiva conoscenza della direttiva non sia avvenuta anteriormente all'atto di recepimento ovvero della stessa il convenuto non riesca a darne prova, il termine di prescrizione decorre dall'attuazione, in quanto solo da tale momento è garantita la conoscibilità legale del diritto attribuito>>.

In realtà, si può osservare, in senso critico, che se, come sostenuto dall'A., un parziale recepimento delle direttive non sarebbe idoneo a garantire la conoscibilità legale della fonte (direttiva comunitaria) del di-

pimento soggettivamente parziale, che (per le ragioni ampiamente esposte al par. 3.1. della presente nota), usando l'ordinaria diligenza, e certamente secondo "ragionevolezza", non poteva non intendersi quale chiara ed inequivocabile volontà del legislatore nazionale di non estendere la neointrodotta normativa ad una parte dei medici specializzandi (ossia quelli frequentanti nel periodo dal 1° gennaio 1983 all'anno accademico 1990/1991).

Peraltro, questa opzione ermeneutica trova conforto negli stessi principi generali espressi dalla giurisprudenza consolidata della Corte di Cassazione (10), secondo cui la prescrizione decorre ai sensi dell'art. 2947 c.c. non dal momento in cui il terzo (nel caso che ci occupa, lo Stato) determina la modificazione che produce danno all'altrui diritto o dal momento in cui l'evento dannoso si manifesta all'esterno, bensì da quando il danno viene percepito (usando l'ordinaria diligenza) quale ingiusta conseguenza di un comportamento doloso o colposo del detto terzo: "solo da questo momento il danneggiato è nelle condizioni di esercitare il diritto con conseguente decorso della prescrizione" (11).

Se è consolidata l'opinione giurisprudenziale per la quale, in caso di danno rimasto occulto, il termine di prescrizione inizia a decorrere solo dal momento dell'esteriorizzazione di esso, del pari non deve omettersi di considerare come, "non di meno, ex art. 2935 c.c. la prescrizione inizi a decorrere dal giorno in cui il diritto può esser fatto valere e tale decorrenza non possa essere ostacolata da un mero impedimento di fatto, quali sono l'ignoranza del titolare circa l'esistenza del diritto o l'incuria dello stesso nell'accertarsene" (12).

Si deve, quindi, fare salvo l'affidamento riposto dallo Stato italiano circa la fissazione al 31 agosto 1991 del *dies a quo* del termine prescrizionale dei crediti risarcitori vantati nei suoi confronti, dovendosi tutelare detto affidamento in nome del rango costituzionale del diritto di difesa e della certezza del diritto, invocabili tanto dai creditori, quanto dai debitori, tanto in veste di attori o di convenuti, siano essi soggetti pubblici o privati.

L'orientamento espresso dalla cit. sent. n. 10813, rifiutando di fissare il *dies a quo* al 31 agosto 1991, infatti, precluderebbe allo Stato, nella denegata

ritto, non si vede come tale conoscibilità potrebbe dirsi assicurata in caso di corretto e completo recepimento.

Infatti, anche in questa seconda, auspicata, ipotesi, permarrrebbe un rapporto di alterità tra la fonte dall'obbligo statale di recepimento (la direttiva) e lo strumento di adempimento di tale obbligo (l'atto normativo interno), alterità rafforzata dalla libertà dei modi in cui la direttiva può essere recepita dallo Stato nazionale, ossia dei modi in cui se ne possono attuare i fini, la qual cosa non è senza conseguenza nell'enucleazione della fisionomia del riconosciuto diritto.

Ragion per cui, anche dinanzi ad un recepimento parziale, sul piano oggettivo o soggettivo, il privato ha la possibilità di operare un raffronto, per così dire, tra mezzo e fine, apprezzare l'idoneità del provvedimento normativo interno ad operare un pieno e corretto recepimento e, laddove tale giudizio abbia esito negativo, percepire l'"ingiustizia" del pregiudizio sofferto a cagione della condotta statale.

(10) In particolare, cfr. Cass., SS.UU. n. 576/2008 in *Foro It.* (2008): I: pp. 453 ss..

(11) D. SATULLO, *op.cit.*, p. 257.

(12) Cass., Sez. II, sent. n. 1547 del 28 gennaio 2004 in *Danno e resp.* (2004): pp. 389 ss..

ipotesi in cui fosse accertato inadempiente, di opporre l'eccezione di prescrizione, preclusione derivante da un mero mutamento della giurisprudenza di legittimità, peraltro verificatosi in tempi di gran lunga successivi a quelli in cui si svolgevano le condotte controverse, sottoposte allora ad opposte interpretazioni giurisprudenziali in termini di prescrizione, precisamente individuanti alla data del 31 agosto 1991 il *dies a quo* del termine di prescrizione.

3.2.2 Rilevanza dei precedenti overruled qualificanti come "aquiliana" la responsabilità dello Stato da tardivo/inesatto recepimento di direttive comunitarie non self-executing

Premesso, dunque, che il *dies a quo* va ancorato saldamente al 31 agosto 1991, si deve ora sottolineare che, all'epoca dei fatti per cui è causa (ed in generale per tutto il periodo dal 1° gennaio 1983 al 20 ottobre 2007), il diritto vivente (13) qualificava come "aquiliana" la responsabilità dello Stato inadempiente all'obbligo di recepimento delle direttive non *self-executing*. Che lo stato del diritto vivente dell'epoca (periodo dal 1° gennaio 1983 all'a.a. 1990-1991) fosse favorevole (14) alla qualificazione della responsabilità dello Stato come aquiliana è testimoniato proprio dalla stessa sentenza delle Sez. Un. del 2009 n. 9147 (15), che, con un "*inatteso revirement*" (16) ha sposato la teoria

(13) Cfr. L. BAIRATI, *op. cit.*, p. 695, nota 9 ss., ad avviso del quale <<La prima implicita applicazione dell'articolo 2043 c.c. a tale fattispecie risale a Cass., Sez. Un., 10 aprile 2002, n. 5125>> (per la qual ultima cfr. nota di CIPRIANI, "Sui ricorsi per Cassazione decisi con due sentenze". *Foro it.* (2002): I: pp. 2394 ss.). Quali rilevanti pronunce favorevoli alla qualificazione della responsabilità in termini aquiliani cfr. Cass. 16 maggio 2003, n. 7630 in R. CONTI, "Azione di responsabilità contro lo Stato per violazione del diritto comunitario. rimedio concorrente o alternativo all'azione diretta?". *Danno e resp.* (2003): 8/9: 836 ss.; Cass., 12 febbraio 2008, n. 3283 (cfr. nota di C. PASQUINELLI "Illecito comunitario del legislatore e art. 2043 c.c.: la Cassazione interviene ancora". *Responsabilità civile e previdenza*. LXXIII (2008): 7/8: pp. 1576 ss.; Cass., 11 marzo 2008, n. 6427 in *Mass. Foro It.* (2008): pp. 397 ss..

(14) Nel senso che la tardiva trasposizione della direttiva riguardante l'adeguata remunerazione dei medici specializzandi espone lo Stato ad un'azione risarcitoria per il danno aquiliano prodotto al beneficiario, si esprime, sulla scia dell'indirizzo prevalente fino alle SS.UU. del 2009, la sentenza Cass. 3 giugno 2009, n. 12814, in *Foro it.*, Rep. 2009, voce *Responsabilità civile*, n. 412 (annotata da M. GORGONI, *op. cit.*, pp. 185 ss., nonché da A. DI MAJO, "Contratto e torto nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato". *Corriere Giur.* (2009): 10: p. 1351 ss.).

(15) Per alcune note a Cass., SS.UU., sent. n. 9147/2009 cfr. L. BAIRATI, *op.cit.*, pp. 693 ss., A. RICCIO, "Responsabilità dello Stato per omessa o tardiva o anomala attuazione di direttive comunitarie". *La responsabilità civile*. VII (2010): 5: pp. 346, E. SCODITTI, "La violazione comunitaria dello Stato tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale". *Foro Italiano*. (2010): I: pp. 168 ss., A. GIANNELLI, "La responsabilità del legislatore per tardivo recepimento della direttiva, modelli a confronto". *Foro amm. Cons. Stato*, 2009: 10: pp. 2280 ss. (analisi che giunge ad inquadrare la pronuncia come una "generalizzazione" della c.d. "*sineddoche dell'obbligazione indennitaria*", mediante un attento esame della sentenza nella sua "*pars destruens*" "*rifiuto del pardigma aquiliano*" e della successiva "*pars costruens*" "*il debito dello Stato per mancata trasposizione della direttiva come obbligazione indennitaria*"), A. DI MAJO. "Contratto e torto nelle violazioni comunitarie ad opera dello Stato". *Corriere Giur.*. (2009): 10: p. 1352 ss., C. PASQUINELLI. "Le sezioni unite e la responsabilità dello Stato legislatore per violazione del diritto comunitario. Un inatteso revirement". *Nuova*

della qualificazione della responsabilità contrattuale: “*la giurisprudenza della Corte, nelle numerose decisioni rese sulla questione, riconduce con assoluta prevalenza (17) il c.d. illecito del legislatore alla fattispecie di cui all’art. 2043 c.c.*” (cfr. sent. n. 9147/2009, § 4.4.) (18).

Dunque, gli immatricolati esclusi, date le norme sulla prescrizione dei crediti risarcitori come interpretate ed applicate all’epoca della loro frequentazione dei corsi di specializzazione, non potevano confidare in alcun termine decennale di prescrizione.

Essi avrebbero, quindi, dovuto prontamente agire o compiere atti stragiudiziali interruttivi della prescrizione dal 31 agosto 1991 al 31 agosto 1996.

Aderire all’orientamento espresso di recente dalla Sez. III della Corte di Cassazione, significherebbe spostare dal 31 agosto 1991 al 27 ottobre 1999 il *dies a quo* del termine prescrizionale; - per effetto della diversa qualificazione, contrattuale, della responsabilità - prolungare da cinque a dieci anni il termine prescrizionale; spostare, di conseguenza, il termine finale della prescrizione dal 31 agosto 1996 al 27 ottobre 2009!

In altre parole, in virtù di un’adesione a due sopraggiunti mutamenti giurisprudenziali espressi dalla S.C., l’uno, risalente al 2009, relativo alla natura della responsabilità, l’altro, del 2011, riguardante il *dies a quo* del relativo termine prescrizionale, i medici specializzandi esclusi dal d.lgs. del 2001 sarebbero rimessi in termini di ben tredici anni (!).

Una tale rimessione in termini è inaccettabile, in quanto il ritardo nell’azione giudiziale o nel compimento di atti stragiudiziali di interruzione della prescrizione non può imputarsi in alcun modo, né a scusabili omissioni dei me-

giur. civ. comm. (2009): I: pp. 1018 ss., G. RAPISARDA, “La responsabilità dello Stato per omessa o tardiva attuazione di direttiva comunitaria: l’ultimo approdo delle sezioni unite”. *Dir. Comm. Internaz.* (2009): pp. 716, R. CONTI, “La natura <<non illecita>> dell’illecito comunitario”. *Danno e resp.* (2010): I: pp. 19 ss..

(16) C. PASQUINELLI, *op.cit.*

(17) La medesima “*assoluta prevalenza*” dell’orientamento favorevole alla qualificazione “*aquiliana*” della responsabilità in commento, riconosciuta nella giurisprudenza di legittimità dalle stesse SS.UU. del 2009 (cfr., *ex plurimis*, D. SATULLO, “La prescrizione dell’azione di risarcimento nei confronti dello Stato per tardiva attuazione di una direttiva comunitaria”. *La responsabilità civile*. VIII (2011): 4: p. 254), è evidenziata nelle ricostruzioni dottrinali anche con riguardo alla giurisprudenza di merito antecedente l’arresto delle SS.UU. (cfr. L. FALTONI, “Lo Stato che viola gli obblighi comunitari risarcisce i cittadini in via extracontrattuale: ingiustizia comunitariamente qualificata?”. *Responsabilità civile e previdenza*. (2010): 9: pp. 1871 ss.). Si pensi, *ex ceteris*, a, Trib. Roma, 17 maggio 2010 (in *Responsabilità civile e previdenza*. (2010): 9: pp. 1859 ss, cfr. nota L. FALTONI, *op. cit.*, pp. 1864 ss.), Trib. Catanzaro, 20 aprile 2009 (cfr. nota n. 5), Trib. Roma, 14 giugno 2004 e Trib. Catania 28 febbraio 2004, entrambe annotate da D. DALFINO. *Foro It.*. (2004): I: p. 2512.

(18) Le SS.UU. erano intervenute già in passato, in ordine al presente contenzioso, con la sent. n. 2203 del 4 febbraio 2005 (cfr. R. CONTI, “Medici specializzandi e vademecum delle S.U. sull’applicazione del diritto comunitario”. *Danno e resp.* (2005): 10: pp. 961 ss.), con la quale si è affermata la giurisdizione ordinaria al riguardo, sostenuta, ancora precedentemente, con la sent. n. 5125 del 10 aprile 2002 (in *Giur. it.* (2002): 12, nonché con nota di CIPRIANI. *op. cit.*).

dici che si dichiarino illegittimamente esclusi dal recepimento, né ad un comportamento scorretto dello Stato.

3.2.3 *Il giudizio positivo sulla correttezza della condotta statale ai sensi degli artt. 1175 e 1227, comma 2, c.c.*

Si è evidenziato come i medici specializzandi immatricolatisi prima dell'a.a. 1991/1992 di certo avevano contezza del diritto vivente *ratione temporis* applicabile (vale a dire delle norme sulla prescrizione - rimaste ad oggi testualmente immutate - come interpretate ed applicate dalla prevalente giurisprudenza dell'epoca cui risalgono le condotte controverse): dunque, avrebbero dovuto compiere atti giudiziali o stragiudiziali di interruzione della prescrizione entro cinque anni (resp. aquiliana) dal 31 agosto 1991 (entrata in vigore del d.lgs. n. 257/1991).

Ebbene, la condotta dei medici specializzati rimasti inerti per anni risulta non scusabile, *in primis*, ex art. 1175 c.c., in virtù del quale entrambe le parti di un rapporto obbligatorio (quindi anche di quello nascente dalla violazione di un'obbligazione *ex lege* e che veda come debitore/responsabile lo Stato) sono obbligate ad un comportamento improntato al canone della correttezza e buona fede, espressione del principio solidaristico di cui all'art. 2 Cost..

Com'è pacifico la clausola generale impone un comportamento corretto e in buona fede ed esige, quanto al creditore, che egli tenga tutte le condotte idonee ad impedire che il debitore possa protrarre comportamenti idonei a causare nuovi danni od ad aggravare quelli già in precedenza arrecati al creditore.

Infine, l'art. 1227 c.c., disciplinante il “*concorso del fatto colposo del creditore*”, dispone, al comma 2°, che “*il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza*”.

Se quanto meno i medici esclusi avessero interrotto la prescrizione entro il 31 agosto 1996, agendo giudizialmente sia pure in tempi relativamente recenti, in tal caso, sì, sarebbe stata imputabile solo al comportamento scorretto dello Stato l'eventuale maturazione di interessi sulla somma capitale dovuta quale risarcimento danni o borsa di studio, giacché sarebbe stata una scelta dello Stato lasciare in uno stato di incertezza il rapporto controverso e rischiare, in caso di futura sentenza di condanna, di dover ristorare anche gli interessi *medio tempore* maturatisi sulla somma originariamente dovuta a titolo di risarcimento danni o di borsa di studio.

Quindi, solo laddove i medici esclusi, entro il 31 agosto 1996, avessero interrotto il decorso della prescrizione con atto stragiudiziale, o agito processualmente contro lo Stato-debitore, avrebbero potuto pretendere tutti gli ulteriori danni lamentati per non aver disposto delle somme previste dal decreto del '91, in altre parole, tutti gli interessi sulla somma richiesta a titolo di risarcimento danni o di borsa di studio.

3.2.4 Il giudizio positivo sulla correttezza della condotta statutale e l'inescusabilità delle omissioni difensive dei medici alla luce dei precedenti overruled in tema di prescrizione, in ragione della ratio e della natura di preclusione processuale di quest'ultima

Infine, va sottolineato che la prescrizione vale a tutelare la certezza delle situazioni giuridiche soggettive (che sarebbe violata laddove si consentisse, dopo un silenzio protrattosi per anni, se non per decenni, di avanzare antiche pretese ormai sopite) e/o comunque a sanzionare la negligenza insita nel comportamento del creditore che non abbia esercitato il proprio diritto entro il preciso termine previsto dalla legge (19): qualora, pertanto, i medici specializzati non abbiano agito nei tempi suddetti, non può essere impedito allo Stato supposto debitore di avanzare un'eccezione di prescrizione, in virtù di un mutato orientamento interpretativo sulla durata del termine prescrizionale e sul *dies a quo* dello stesso, a meno di non voler tradire le citate molteplici *rationes* per le quali l'istituto della prescrizione è previsto e regolato nel nostro ordinamento giuridico.

Quale "*difesa del presente di fronte al passato*" (20), la prescrizione, peraltro, opera non sul merito della pretesa esercitata, da cui prescinde, bensì opera, sia pure *ex post*, sul piano meramente processuale, determinando un effetto preclusivo (21), più che estintivo (22), della pretesa.

(19) Cfr. G. AZZARITI e G. SCARPELLO. "Della prescrizione e della decadenza". In: A. SCIALOJA, G. BRANCA (cur.). *Commentario del Codice Civile*. Bologna, 1977, p. 203: "*Molteplici sono stati i motivi addotti a fondamento razionale dell'istituto: una tacita rinuncia del titolare, una sanzione inflitta per il mancato esercizio del diritto, la difficoltà di ristabilire a notevole distanza di tempo la verità giuridica, la presunzione di legittimità dello stato di fatto attuale, la tutela della buona fede, il carattere temporaneo dei rapporti giuridici ed altri ancora. Ma è da ritenere, in conformità della più accreditata dottrina, che il fondamento dell'istituto debba ricercarsi nella insopprimibile esigenza sociale di assicurare la certezza nei rapporti giuridici, motivo questo che assorbe in sé parecchi degli altri che sono stati invocati*". Detta *ratio* dell'istituto (certezza dei rapporti giuridici) esprime una finalità di ordine pubblico (v. Cassazione civile, sez. III, 18 gennaio 2005, n. 900, *Vita not.* (2005): pp. 979 ss.), resa palese dall'inderogabilità della disciplina legale della prescrizione di cui all'art. 2936 c.c. (che vieta, dunque, non solo le clausole pattizie dirette a prolungare i termini di prescrizione, ma anche quelle che siano dirette ad abbreviarli), cfr. G. AZZARITI e G. SCARPELLO, *op. cit.*, pag. 232.

Ai fini della soluzione delle questioni poste dal contenzioso in esame, tutto quanto premesso "*vuol dire che l'illecito comunitario va coordinato con le esigenze di ordine pubblico dello Stato membro e siffatte esigenze legittimano l'applicazione di norme comuni (applicate, cioè, agli altri illeciti interni) che ragionevolmente e razionalmente impongano, ai fini di tutela, da parte del singolo, il rispetto di specifici e chiari oneri quali quello di ricorrere al Giudice entro cinque anni dal manifestarsi del nocumento*", così Trib. di Catanzaro (cfr. nota n. 5).

In conclusione la prescrizione risulta finalizzata a <<troncare le incertezze che rendono sterili o fiacche le energie del lavoro>> (Cfr. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, IV, Milano 1929, p. 644).

(20) DENBURG, PANDETTE, trad. it. *Cicala*, I, 1, Torino, 1906, p. 443.

(21) <<... la nota caratteristica dell'efficacia preclusiva deve ravvisarsi in ciò, che l'esenzione del debitore dalla pretesa della controparte>> trova nella prescrizione <<la loro causa esclusiva>>

Ebbene, secondo autorevole dottrina (23) “*non appare corretto ... attribuire alla prescrizione un’efficacia semplicemente estintiva*”, dovendosi piuttosto “*attribuire all’istituto un’efficacia preclusiva*”: in qualsiasi ipotesi in cui si eccepisca la prescrizione, infatti, scopo di quest’ultima è sempre quello di “*troncare con semplicità le controversie tardivamente instaurate, prescindendo da ogni giudizio sulla fondatezza della pretesa fatta valere*”, ed “*il giudice che accoglie l’eccezione di prescrizione non deve compiere alcun accertamento anteriore: deve limitarsi a respingere la domanda*”. Ciò non vuol dire che non sia rimasta “*teoricamente aperta*” la questione della reale esistenza del diritto controverso, ma significa solo che tale questione è “*praticamente del tutto sterile*”, in quanto, in concreto, “*superata*”.

Infatti, anche se ex art. 2934 c.c. è disposto che ogni diritto si “*estingue*” per la prescrizione quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge, il successivo art. 2940 c.c. non ammette la ripetizione del paga-

sia nel caso che la pretesa creditoria sia sorta efficacemente o meno, che sia intervenuta una causa di estinzione dell’obbligazione o meno, così P. VITUCCI, “La Prescrizione. Tomo primo. Artt. 2934, 2940”. In: Cur. P. SCHLESINGER. Il Codice Civile – Commentario. Milano, 1990, pp. 37.

(22) Nelle c.d. “*prescrizioni presuntive*” (artt. 2954 2956), invece, <<*il decorso del tempo agisce sui diritti ivi menzionati con efficacia puramente estintiva, così che della prescrizione quelle ipotesi “non hanno che il nome”*>>, così P. VITUCCI. *op. cit.*, pp. 267 ss.. L’A. usa le <<*parole degli antichi commentatori*>>, MORTARA e AZZARITI, *L’esercizio delle azioni commerciali e la loro durata*, nel *Codice di commercio commentato*, a cura di BOLAFFIO, ROCCO e VIVANTE, Torino 1933, p. 307. Le norme del codice civile disciplinanti le c.d. p.p. hanno riguardo a rapporti la cui attuazione sovente non è accompagnata da quietanza, per cui è la legge a presumere che, decorso un certo lasso temporale, piuttosto breve, il pagamento sia stato eseguito. Trattandosi, tuttavia, di una mera presunzione di avvenuto pagamento, chi la eccepisce, vedrà rigettata detta eccezione, non solo laddove ammettesse in giudizio che l’obbligazione non si è estinta, ma anche qualora contesti, sempre in giudizio, che il debito sia sorto o il relativo valore pecuniario. Le stesse circostanze, ove fossero introdotte da chi ha proposto una prescrizione vera e propria, non pregiudicherebbero minimamente l’accoglimento della relativa eccezione, giacché lo stesso si fonda sul mero decorso del tempo. A contrario, <<*Non tutto il fardello del tempo passato può gettarsi dietro le spalle chi viceversa invochi la cosiddetta prescrizione presuntiva: ed invero l’ammissione incompatibile con la presunzione di pagamento restituisce rilevanza a quanto è avvenuto prima che trascorresse il periodo di tempo richiesto dalla presunzione*>>: <<*nel primo caso resta confermata ... l’efficacia preclusiva*>>, <<*nel secondo [vale a dire, le p.p.] l’effetto è semplicemente estintivo, collegandosi ad una presunzione di pagamento che viene meno con la rievocazione del tempo trascorso*>>.

(23) Cfr. P. VITUCCI. *op. cit.*, pp. 267 ss.. In particolare, l’A. analizza quale effetto possa avere la prescrizione nelle tre ipotesi in cui la stessa può essere opposta: <<*a) se l’attore esercita un diritto che non è mai sorto: b) se l’attore esercita un diritto che è sorto e non si è estinto, ma lo esercita tardivamente; c) se l’attore esercita un diritto che è sorto, ma si è già estinto, ad es., per adempimento. Si vede subito che un’efficacia estintiva potrebbe essere assegnata correttamente alla prescrizione soltanto nel secondo caso, ove è proprio l’eccezione del convenuto a rimuovere gli effetti della situazione giuridica fatta valere. Nel primo caso, infatti, non potrebbe ravvisarsi alcun fenomeno estintivo, non essendo mai sorta la situazione da estinguere, mentre nel terzo l’estinzione andrebbe ascritta semmai ad una causa diversa dall’invocata prescrizione*>>. Tuttavia, nota l’A. che <<*nemmeno nel secondo caso, deve però indagarsi ... se il diritto esercitato fosse sorto o se si fosse estinto*>>: la <<*completa ... identità delle tre ipotesi*>> sarebbe dimostrata dal fatto che <<*un’efficacia semplicemente estintiva ... presupporrebbe in ogni caso l’operatività di una precedente situazione, mentre è proprio il giudizio su tale operatività che perde rilievo davanti all’eccepita prescrizione*>>.

mento spontaneo di un debito prescritto, ripetizione, invece, ammessa per il pagamento dell'indebito. Ciò dimostra che il diritto prescritto (più che estinguersi) perde la propria forza, in quanto la prescrizione consente al debitore di bloccare l'*iniziativa processuale* del creditore (24).

Peraltro, "*uniche cause per le quali il potere d'invocare la prescrizione può consumarsi sono: la rinuncia espressa o tacita ... e la cosa giudicata, quando l'interessato subisce l'accertamento giudiziale del diritto colpito da prescrizione senza invocarla*" (25).

Quindi, il debitore può scegliere di non avvalersi della prescrizione (il che accade quando non avanza tempestivamente la relativa eccezione in giudizio o qualora ex art. 2937 c.c. vi rinunci), ma non è consentito al giudice sostituirsi al debitore in questa scelta, di fatto sottraendogli in modo indiretto la possibilità di avvalersi della (ormai perfezionatasi) prescrizione, mediante un mutamento giurisprudenziale (operante la detta traslazione del termine finale della prescrizione di ben tredici anni), per giunta intervenuto a distanza di anni ed anni dal momento in cui risultava già compiutamente esauritasi e consolidatasi l'intervenuta prescrizione.

Tutto quanto premesso, di certo, non si ignora il carattere non vincolante dei precedenti giurisprudenziali, rientrando l'ordinamento giuridico italiano tra quelli c.d. di *civil law*: i caratteri propri dell'attività giudiziaria, vale a dire la soggezione del giudice solo alla legge (art. 101 Cost.) e l'obbligo di motivazione (art. 111 Cost.), comportano il carattere non vincolante delle decisioni giudiziali e la conseguente piena discrezionalità del giudice di mutare la propria giurisprudenza.

Tuttavia, le decisioni giurisprudenziali, pur non annoverate tra le fonti del diritto, sono dotate di una persuasività, che può reputarsi un valore normativamente posto, discendendo da una serie di disposizioni ordinarie, tese a garantire, a loro volta, principi e diritti costituzionali (si pensi, ad es., al prin-

(24) Così F. GAZZONI. *Manuale di diritto privato*. XIII Ed.. Napoli, 2007. pp.110-111. Dunque, mentre i modi di estinzione dell'obbligazione (quali, ad es., l'adempimento, la compensazione, la confusione) impediscono il verificarsi di un ulteriore fatto estintivo (uno stesso debito, come non può essere acquistato due volte, così non può estinguersi due volte), la prescrizione non estingue il diritto, in quanto ad essa il diritto sopravvive, al punto che può essere soddisfatto spontaneamente dall'obbligato: ciò che il creditore perde qualora si sia compiuta la prescrizione è la possibilità di far valere utilmente in giudizio quel credito.

Contra, per un'analisi degli argomenti favorevoli all'effetto estintivo della prescrizione cfr. P. VITUCCI. *op. cit.*. pp. 25 ss.. In particolare, dai sostenitori della teoria dell'efficacia estintiva si evidenzia che presupposto per la prescrizione di un diritto sia la stessa esistenza del diritto *de quo*, senza la quale non potrebbe apprezzarsi alcuna inerzia del titolare. Gli AA., aderendo all'orientamento espresso dal Carnelutti (CARNELUTTI. "Appunti sulla prescrizione". *Riv. dir. proc. Civ.*. (1933): I: pp. 3249 e "Tutela civile dei diritti". *Riv. dir. proc. Civ.*. (1943): I: pp. 1012), obiettano che la prescrizione, per essere eccepita, necessita del mero esercizio di una pretesa, a prescindere che detta pretesa possa dirsi <<fondata o non fondata>>, cfr. *Ibidem*, p. 29.

(25) Cfr. G. AZZARITI e G. Scarpello, *op. cit.*, pag. 240.

cipio di solidarietà sociale ex art. 2 Cost., a quello di uguaglianza ex art. 3 Cost., al diritto di difesa ex art. 24 Cost., al principio del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.).

In particolare, per quanto è di interesse nel caso di specie, la persuasività delle decisioni della Corte di Cassazione, titolare della funzione nomofilattica, discende dalla essenzialità del proprio ruolo nella costruzione del c.d. “*diritto vivente*”: “*nel sistema costituzionale delle fonti la disposizione è considerata parte di un testo non ancora conformato dal lavoro interpretativo, mentre la norma, in un’accezione più ristretta di quella comunemente adoperata, è un testo già sottoposto ad elaborazione interpretativa rilevante*” (cfr. Cass., Sez. Un., sent. n. 7194/1994 (26)).

Spetta, quindi, al giudice trarre una “norma” da una “disposizione”, cioè, peraltro, mediante un’attività interpretativa “*adeguatrice*” della stessa non solo alla Costituzione, ma anche, in ambito sovranazionale, al diritto comunitario ed alla disciplina della CEDU.

Non mancano norme che consentono di supportare la teoria sulla persuasività “forte” del precedente, quali:

- l’art. 65 ord. giud. (r.d. 30 gennaio 1941, n. 12), sul quale si sono raccordati l’art. 363 cod. proc. civ., da cui la possibilità di una pronuncia della Cassazione “*nell’interesse della legge*” al solo fine di rimuovere l’efficacia di precedente alle sentenze, e l’art. 384 cod. proc. civ., sull’enunciazione del “punto di diritto”, al quale il giudice del rinvio deve uniformarsi;
- gli artt. 374 cod. proc. civ. e 618 cod. proc. pen., sulla pronuncia a Sezioni Unite per l’eliminazione, preventiva o successiva, di contrasti giurisprudenziali;
- l’art. 393 cod. proc. civ., sull’estinzione del giudizio con conservazione degli effetti della sentenza della cassazione;
- l’art. 118, comma terzo, disp. att. cod. proc. civ., sul divieto di citare la dottrina, ma non già i precedenti.

Tutte queste disposizioni, nel loro complesso, mirano a garantire una stabilità delle norme giuridiche e una prevedibilità degli effetti della decisione sulla sfera individuale, la c.d. certezza del diritto, che si ricollega ai principi di solidarietà sociale ex art. 2 Cost., ai principi ex art. 3 Cost. di imparzialità ed eguaglianza (che impongono di trattare situazioni analoghe in modo analogo), al diritto di difesa ex art. 24 Cost. (che perderebbe di effettività laddove si esponesse la parte processuale a mutamenti giurisprudenziali repentini ed imprevedibili, tali da determinare decisioni, per così dire, “*a sorpresa*”), allo stesso principio del “giusto processo” ex art. 111 Cost..

In altre parole, tutte queste norme ed il valore della certezza del diritto di

(26) Cass., SS.UU., sent. n. 7194 del 2 agosto 1994 in *Foro It.* (1994): I: pp. 3410.

cui sono espressione, lungi dal costituire un argomento a sostegno della vincolatività del precedente, certamente obbligano il giudice quanto meno a prenderlo in considerazione, anche al fine, che è qui di interesse, della qualificazione, come corretta o meno, delle condotte delle parti rispetto alla situazione controversa.

4. Considerazioni conclusive

Anche alla stregua delle suddette disposizioni, oltre che di quelle sostanziali già richiamate, può dirsi tutelabile l'affidamento che lo Stato possa aver riposto nella consolidata interpretazione delle norme sulla prescrizione applicabili al caso di specie, quale è stata enucleata nel diritto vivente coevo alle condotte dibattute? Una giurisprudenza decennale e consolidata nel fissare una certa responsabilità come "aquiliana" ed un dato giorno come *dies a quo* del relativo termine prescrizione possono condizionare un debitore nel fargli ritenere prescritto il proprio debito? Può una giurisprudenza consolidata in un certo periodo storico considerarsi uno dei parametri di riferimento cui il giudice debba aver riguardo per apprezzare se ragionevole e corretto sia stato l'affidamento di un debitore nella prescrizione del proprio debito?

La risposta positiva a questi quesiti trova conferma nella giurisprudenza che non esita a ritenere che, in ipotesi di *overruling* in materia di disposizioni processuali, non possa darsi seguito retroattivamente ad un precedente che abbia come effetto di precludere un'attività difensiva, ammessa alla stregua del precedente orientamento.

In caso di *overruling* tra gli strumenti immediati individuati dalla giurisprudenza di legittimità e di merito per rendere effettiva la tutela della parte processuale - suscettibile di essere pregiudicata dal nuovo orientamento - vi sono quelli della rimessione in termini (ove si tratti ricompiere o di rinnovare l'attività processuale omessa o viziata) e quello di ritenere tempestivo e corretto l'originario comportamento tenuto dalla parte.

Nel caso di specie non può che ritenersi corretto il comportamento dello Stato italiano, che legittimamente ha confidato nella prescrizione del proprio debito ed al quale non può precludersi la proposizione dell'eccezione di prescrizione, mediante una, ingiustificabile, rimessione in termini di quei medici specializzandi che non sono stati diligenti nell'azionare tempestivamente le proprie pretese.

Pertanto, aderendo all'orientamento del 2011 in commento, si darebbe ingresso ad un vero e proprio abuso dell'azione processuale, consentendo a coloro i quali non hanno agito diligentemente a tempo debito, ma abbiano fortunatamente compiuto atti interruttivi della prescrizione entro il 27 ottobre 2009 di avanzare poste creditorie, rimaste a lungo tempo sopite.

Di conseguenza, si ammetterebbe, inoltre, un ingiustificato arricchimento ai danni dello Stato: costoro sarebbero ammessi a lucrare tutti gli interessi sulla

somma capitale domandata maturatisi nell'ulteriore lasso di tempo concesso loro quale ingiustificata e immeritata rimessione in termini.

Di questo lungo tempo trascorso dall'immatricolazione al soddisfo gli unici responsabili sarebbero i medici rimasti silenti quando avrebbero potuto agire, non certo lo Stato, che a prescindere dalla convinzione dell'infondatezza delle pretese, ha potuto in tutti questi anni legittimamente e ragionevolmente confidare, per *dictum* giurisprudenziale della Corte di legittimità, sull'intervenuta prescrizione delle stesse.

Il *revirement* introdurrebbe, in sintesi, una preclusione difensiva ai danni dello Stato, che quest'ultimo non poteva prevedere, rispetto alla quale, quindi, non ha potuto orientare e conformare a tempo debito le proprie condotte, per sottrarle ad eventuali addebiti.

Non si comprende, quindi, come la decisione in commento possa essere stata considerata da alcuni dei primi commentatori quale “*un passo in avanti*”, addirittura, “*verso la definitiva sistemazione delle problematiche relative al risarcimento dei medici specializzandi che avevano frequentato i relativi corsi tra il 1982 ed il 1991 senza ottenere alcuna forma di remunerazione e, quindi, lamentavano il pregiudizio conseguente alla mancata trasposizione, da parte dello Stato italiano, delle disposizioni dettate dalla direttiva 82/76/Cee che tale beneficio prevedeva*” (27).

Piuttosto, con riferimento a tale pronuncia, parafrasandosi la frase di una celebre canzone di musica leggera, potrebbe dirsi che, non solo “*certi amori*”, ma anche *certi contenziosi* “*non finiscono ... fanno dei giri immensi e, poi, ritornano ...*”.

Peraltro, rappresenta un dato di fatto, non una mera opinione, che l'incertezza sull'applicabilità o sulla portata di regole giuridiche causi un incremento delle controversie dinanzi ai giudici e, a valle, inefficienze di funzionamento dei sistemi giurisdizionali ed allungamento dei tempi di definizione delle cause (28).

A ciò si aggiunga che pronunce come quelle in commento, dilatanti di più

(27) A. DIANA, A. PALMIERI, Corte di Cassazione. “Sezione III Civile, sent. 17 maggio 2011, n.10813”. *Foro It.* (2011): 6: I: p. 1676.

(28) Cfr. F. ZACCARIA (2003). “La perdita della certezza del diritto: riflessi sugli equilibri dell'economia e della finanza pubblica” in *Diritti, regole, mercato Economia pubblica ed analisi economica del diritto*. XV Conferenza SIEP Pavia, Università, 3-4 ottobre 2003. <http://www3.unipv.it/websiep/wp/211.pdf>. (15/11/2011): «Una recente indagine in chiave economica delle modalità di funzionamento della giustizia civile in Italia ha rilevato che il tempo per la definizione di cause civili è in media di 8 mesi in Germania, di 12 in Francia, 14 in Gran Bretagna e 36 mesi nel nostro paese. Questo avviene, si noti, in una situazione di sostanziale parità del rapporto numerico fra magistrati in servizio e cittadini e in una situazione di sostanziale eguaglianza delle spese per la giustizia. La lunghezza dei processi in Italia è spiegabile, oltre che con motivi “aziendali” ed organizzativi dell'operatore giudiziario, anche con la rilevazione della persistente incertezza del diritto che rende necessaria la proposizione di un numero elevato di azioni anche di difficile e complessa analisi e decisione».

di un decennio i termini prescrizionali di poste risarcitorie, quali quelle dei medici specializzatisi *ante* a.a. 1990/1991, che dovrebbero considerarsi morte e sepolte, hanno, per di più, l'effetto di alimentare ulteriormente questo contenzioso (29).

In conclusione, per le ragioni ampiamente esposte, si può fondatamente affermare che con questa decisione la Corte non solo ha compiuto più di un passo indietro, ma ha, per giunta, dato nuova linfa ad un contenzioso che, in ragione delle maturate prescrizioni, sembrava avviarsi ad un fisiologico esaurimento. Tanto la Corte ha fatto in virtù di una motivazione che, lungi dal fornire una definitiva sistemazione alle problematiche sussistenti *in subiecta materia*, ne ha generate di nuove, risultando, peraltro, doppiamente criticabile: da un lato, in quanto ingiustificatamente lesiva del legittimo affidamento riposto dallo Stato nel precedente diritto vivente *overruled*, dall'altro, in quanto si è rivelata, sin dai primi mesi dalla sua pronuncia una pericolosa e pregiudizievole fonte di diseconomie, anche per il sistema giudiziario.

Cassazione civ., Sez. III, sentenza 17 maggio 2011 n. 10813 - Pres. Morelli, Rel. Frasca, P.M. Patrone (difforme) - Min. economia e finanze, Min. salute, Università degli Studi di Genova, Min. istruzione, università e ricerca (avv. gen. Stato) c. Q.A. ed altri (avv.ti Contaldi e Gammarota).

(*Omissis*)

Svolgimento del processo

p. 1. Nell'aprile del 2001 Q.A. e gli altri resistenti indicati in epigrafe (ad eccezione di V.E.

(29) Cfr. S. DE LILLO. Disegno di legge d'iniziativa del senatore De Lillo. Corresponsione di borse di studio ai medici specializzandi ammessi alle scuole di specializzazione universitarie negli anni dal 1983 al 1991. <http://consulcesihealth.it/allegati/ddldelillo.pdf> (15/11/2011). Leggendo l'intervento del Sen. De Lillo emergono con chiarezza le motivazioni dallo stesso addotte a sostegno del proprio ddl, che evidenziano l'incidenza che pronunce giurisprudenziali possano avere nel creare o aggravare contenziosi e conseguenti diseconomie anche per il sistema processuale: "*Secondo le più recenti decisioni della Suprema Corte di Cassazione la prescrizione è decennale (Sezioni Unite, n. 9147 del 17 aprile 2009) e non inizia a decorrere sino a quando il legislatore non adotta un provvedimento legislativo in favore dei predetti medici, esclusi dalle precedenti norme attuative (Terza Sezione, nn. 10813, 10814, 10815 e 10816 del 17 maggio 2011). In base a tale ultima evoluzione giurisprudenziale, alla quale le Corti di merito si stanno già adeguando, poiché è prevedibile il sorgere di un imponente carico finanziario per lo Stato, da un lato, appare opportuno riconoscere i diritti ai medici che si sono iscritti al corso di specializzazione dal 1983 al 1991 e, dall'altro lato, ridurre il più possibile l'aggravarsi dell' "emorragia" di denaro pubblico dovuta al susseguirsi delle sentenze che decideranno i giudizi pendenti. Il presente disegno di legge è volto, quindi, a risolvere definitivamente la questione esposta, adeguandosi completamente alle indicazioni provenienti dalle direttive comunitarie e dalle sentenze richiamate*". Va precisato che nemmeno la sentenza in commento ha fissato il *dies a quo* della prescrizione al momento in cui il legislatore adotti un provvedimento di recepimento dei medici supposti esclusi, avendolo piuttosto ancorato, nel caso di specie, al momento in cui i medici abbiano "ragionevolmente" potuto percepire di essere stati definitivamente esclusi dal recepimento delle direttive a loro favore, momento fissato al 27 ottobre 1999.

e C. V.L., che intervenivano nel giudizio), nonchè altri soggetti che poi non prendevano parte al successivo giudizio di appello, tutti laureati in medicina e chirurgia, convenivano in giudizio, davanti al Tribunale di Genova gli allora Ministeri della Sanità, del Tesoro, Bilancio e Programmazione Economica, dell'Università e della Ricerca Scientifica, e della Pubblica Istruzione, nonchè l'Università degli Studi di Genova, e, adducendo di avere frequentato le scuole di specializzazione presso detta Università negli anni accademici 1982-1983 e seguenti fino a quello 1990-1991 (nei termini per ciascuno indicati), conseguendo le specializzazioni riconosciute dalle direttive CEE n. 362/75 e n. 363/75, come trasfuse, coordinate ed integrate nella direttiva n. 82/76, senza ricevere alcuna remunerazione per l'attività prestata, chiedevano: a) che fosse dichiarato che per i corsi di specializzazione seguiti avevano diritto a percepire un'adeguata remunerazione; b) e che, in conseguenza, i convenuti fossero condannati, solidalmente o alternativamente, al pagamento delle somme non percepite per gli anni di formazione in base alla L. n. 257 del 1991, interpretata alla luce delle dette direttive, disapplicandola nella parte in cui riservava l'applicazione del beneficio riconosciuto dalla normativa comunitaria soltanto ai medici perfezionandi ammessi nell'anno accademico 1991-1992, con quantificazione del dovuto nella misura adeguata alla stregua dei principi affermati dalle sentenze della corte di Giustizia della Comunità Economica Europea del 25 febbraio 1999 (in causa C-131-97) e del 3 ottobre 2000 (in causa C-371-97) e comunque in misura non inferiore a L. 21.500.000 per ciascun anno di specializzazione, oltre interessi e rivalutazione monetaria in conformità al citato D.Lgs. n. 257 del 1991, art. 6. p. 1.1. Le amministrazioni convenute, costituendosi eccepivano, oltre al difetto di giurisdizione dell'A.G.O., il loro difetto di legittimazione passiva, la prescrizione sia sotto il profilo della responsabilità contrattuale che extracontrattuale, l'infondatezza delle avverse pretese per la non immediata esecutività delle direttive comunitarie invocate e, quindi, per l'insussistenza di diritti soggettivi anteriormente al loro recepimento nell'ordinamento nazionale, la non equiparabilità di coloro che avevano frequentato le scuole di specializzazione anteriormente al 1991 a coloro che le avevano frequentate successivamente.

In sede di precisazione delle conclusioni gli attori e gli intervenienti formulavano anche richiesta di condanna dei convenuti al risarcimento di tutti gli ulteriori danni patiti e patienti da ciascuno per l'omesso ed incompleto recepimento della direttive de quibus.

p. 2. Con sentenza del maggio del 2004 il Tribunale di Roma, per quanto ancora interessa, qualificava la causa petendi fatta valere dagli attori e dagli intervenienti come avente titolo in un'obbligazione di natura contrattuale basata sull'invocata diretta applicazione della normativa comunitaria e sulla correlativa disapplicazione della normativa interna confliggente e non già in una responsabilità da fatto illecito per mancato recepimento della disciplina comunitaria nell'ordinamento interno, ma escludeva sia che il pur manifesto contrasto tra il D.Lgs. n. 257 del 1991, art. 8 e la direttiva CEE n. 76 del 1982 potesse risolversi mediante l'invocata disapplicazione della normativa interna, per non essere presente nel diritto comunitario il riconoscimento del diritto in modo chiaro ed incondizionato, sia che ricorressero le condizioni per un'interpretazione comunitariamente orientata, sia che si prospettasse una questione di costituzionalità. In via subordinata affermava inoltre che il diritto fatto valere dagli attori e dagli intervenienti si sarebbe comunque dovuto reputare prescritto ai sensi dell'art. 2948 c.c., n. 4, così rigettando le relative domande.

p. 3. La sentenza veniva appellata dai resistenti indicati in epigrafe davanti alla Corte d'Appello di Genova, la quale, nella costituzione delle amministrazioni, con sentenza non definitiva del 4 giugno 2008, in riforma della sentenza di primo grado, ha rigettato le eccezioni pregiu-

diziali e preliminari delle convenute ed ha dichiarato che agli appellanti "compete il riconoscimento, in conformità alle direttive comunitarie di cui in motivazione, del diritto a percepire una adeguata remunerazione per la frequenza dei corsi di specializzazione presso l'Università di Genova, alle condizioni da verificarsi, e nella misura da determinarsi, nell'ulteriore corso del procedimento, riguardo al quale ha provveduto con separata ordinanza".

Tale dichiarazione è stata fatta previa qualificazione della domanda degli attori e degli intervenienti nel senso di "azione diretta a conseguire il soddisfacimento diretto di un diritto soggettivo nei confronti della pubblica amministrazione piuttosto che il risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento dell'obbligazione a quel diritto correlato" e ciò previa applicazione della disciplina del D.Lgs. n. 257 del 1991, con espunzione del limite temporale da esso posto all'applicazione della disciplina comunitaria.

p. 4. Contro questa sentenza hanno proposto congiunto ricorso per cassazione affidato a due motivi i Ministeri della Salute, dell'Economia e delle Finanze, e dell'Istruzione Università e Ricerca, nonché l'Università degli Studi di Genova.

Hanno resistito gli intimati con congiunto controricorso.

Sono intervenute nel giudizio di cassazione il Codacons (Coordinamento di associazioni per la tutela dell'ambiente e dei diritti dei consumatori) e l'Articolo 32 - Associazione Italiana per i Diritti del Malato - Aidma.

p. 5. Le intervenienti hanno depositato memoria.

Successivamente alle conclusioni del Procuratore Generale hanno, altresì, depositato asserite note di udienza.

Motivi della decisione

p. 1. Preliminarmente va rilevata l'inammissibilità dei due interventi, spiegati in questa sede dal Codancons e dalla Aidma, atteso che "Non è consentito nel giudizio di legittimità l'intervento volontario del terzo, mancando una espressa previsione normativa, indispensabile nella disciplina di una fase processuale autonoma, e riferendosi l'art. 105 cod. proc. civ., esclusivamente al giudizio di cognizione di primo grado, senza che, peraltro, possa configurarsi una questione di legittimità costituzionale della norma disciplinante l'intervento volontario, come sopra interpretata, con riferimento all'art. 24 Cost., giacchè la legittimità della norma limitativa di tale mezzo di tutela giurisdizionale discende dalla particolare natura strutturale e funzionale del giudizio dinanzi alla Corte di cassazione. Nè risulta possibile la conversione in ricorso incidentale dell'atto, inammissibile, con il quale il terzo pretenda di intervenire nel giudizio di legittimità, attesa la necessaria coincidenza fra legittimazione, attiva e passiva, all'impugnazione ed assunzione della qualità di parte nel giudizio conclusosi con la sentenza impugnata" (Cass. sez. un. n. 1245 del 2004; in senso sostanzialmente conforme, Cass. sez. un. n. 8882 del 2005).

Oscillazioni, sulle quali, però non è qui la sede per indugiare, si sono manifestate sull'intervento del successore a titolo particolare, ai sensi dell'art. 111 c.p.c., figura alla quale le Sezioni Unite, però, non intesero riferirsi, essendosi occupate dell'intervento ai sensi dell'art. 105 c.p.c.. Il principio affermato dalle Sezioni Unite, data la sua assorbente in tema di intervento volontario ai sensi dell'art. 105 c.p.c., esclude la necessità di soffermarsi su come e se, in ipotesi, l'intervento in discorso fosse riconducibile ad una delle fattispecie di cui a tale norma.

1.1. Con il primo motivo di ricorso si lamenta "violazione e falsa applicazione del D.L. (sic) n. 257 del 1991; Direttiva CE 362/75, 82/76; L. n. 370 del 1999; artt. 2946 e 2948 cod. civ.; art. 360 c.p.c., n. 3".

Vi si critica la sentenza impugnata, là dove ha disatteso l'eccezione di prescrizione quinquen-

nale ai sensi dell'art. 2948 c.p.c., n. 4, prospettata dai ricorrenti ed ha negato che una qualunque ipotesi di prescrizione fosse potuta decorrere con riferimento alla domanda per come qualificata, affermando che fino a quando nel diritto italiano non fosse stata introdotta una norma giuridica specifica di riconoscimento di una remunerazione a coloro che avevano frequentato le scuole di specializzazione nel periodo fra il 1982 ed il 1991, doveva farsi riferimento al principio, emergente dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo cui, finché una direttiva sufficientemente specifica nell'individuare un diritto a favore dei singoli ma non considerabile come self-executing e, quindi, bisognosa comunque di attuazione da parte degli ordinamenti interni, non sia correttamente trasposta nell'ordinamento nazionale, i singoli non sono in grado di acquisire piena conoscenza dei loro diritti, onde, fino al momento in cui abbia luogo l'esatta trasposizione della direttiva, lo Stato inadempiente non può eccepire la tardività di un'azione giudiziaria avviata nei suoi confronti, a tutela dei diritti che le disposizioni di tale direttiva riconoscono, e solo da tale momento può decorrere un termine incidente sulla proponibilità di una domanda nell'ambito dell'ordinamento statale.

Con il secondo motivo si deduce "violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 257 del 1991; Direttive CEE 75/363, 82/76; artt. 1223 e 2043 cod. civ.. Difetto di motivazione - art. 360 c.p.c., nn. 3, 4, 5".

Il motivo di violazione di norme di diritto censura la sentenza impugnata per avere essa ritenuto possibile che l'azione dei ricorrenti fosse da qualificare come azione diretta a conseguire il soddisfacimento diretto di un diritto soggettivo nei confronti della pubblica amministrazione piuttosto che il risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento dell'obbligazione a quel diritto correlata e ciò previa applicazione della disciplina del D.Lgs. n. 257 del 1991, con espunzione del limite temporale da esso posto all'applicazione della disciplina comunitaria.

Viceversa, secondo la giurisprudenza di questa Corte (viene citata Cass. n. 3283 del 2008) la pretesa dei ricorrenti non avrebbe potuto essere così qualificata, bensì ricollegata ad un illecito da violazione da parte dello Stato Italiano degli obblighi derivanti dal Trattato CE. Il "difetto di motivazione" si risolve, in realtà, in una censura in iure, tant'è che è conclusa da un quesito di diritto: essa, infatti, imputa alla sentenza impugnata di non avere provveduto, nel riconoscere l'applicabilità della disciplina di cui al citato D.Lgs., alla necessaria verifica dell'esistenza nella frequentazione dei corsi da parte dei ricorrenti di "caratteristiche analoghe a quelle previste dalla normativa comunitaria".

p. 2. L'esame del primo motivo e della prima censura del secondo motivo può procedere congiuntamente.

Quest'ultima, anzi, denunciando un errore di qualificazione della domanda in cui sarebbe incorsa la Corte d'Appello, si profila logicamente preliminare, sia perché l'esito del suo scrutinio assume rilievo, ancorché nella prospettazione dei ricorrenti, ai fini della stessa individuazione del regime prescrizione di diritto interno e della sua compatibilità con la giurisprudenza comunitaria, sia perché, trattandosi di un problema di qualificazione in iure della domanda giudiziale è esaminabile da questa Corte, quale quaestio iuris, senza il limite della prospettazione della censura, alla condizione che restino immutati i fatti che della censura sono oggetto e che individuano la domanda.

La prima censura del secondo motivo è fondata, perché la qualificazione della domanda dei ricorrenti ritenuta corretta dalla sentenza impugnata, a preferenza peraltro dell'altra prospettata dai medesimi, è erronea non meno di quanto la stessa Corte territoriale ha ritenuto la prospettiva dell'azione di risarcimento danni. La domanda proposta dai ricorrenti in relazione alle

loro varie posizioni è, infatti, da qualificarsi secondo una terza opzione, la quale, tuttavia, non potrà comportare la cassazione della sentenza.

Tale terza opzione di qualificazione della domanda è quella che in relazione a domande simili le Sezioni Unite della Corte, nella sentenza n. 9147 del 2009 hanno ritenuto di offrire sulla base dell'apprezzamento della vicenda della inattuazione statale delle direttive invocate dai resistenti in modo diverso sia dalla prospettiva della diretta applicazione del D.Lgs. n. 257 del 1991, ritenuta dalla sentenza impugnata, sia dalla prospettiva della individuazione di una responsabilità statale da fatto illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c..

La sostituzione della qualificazione in iure corretta a quella fra le due postulate dagli attori all'atto della proposizione della domanda giudiziale, che è stata condivisa dalla Corte genovese, nonchè all'altra che essa ha disatteso e con la censura in esame si vorrebbe riconosciuta da giudice di merito alla stregua dell'art. 2043 c.c., è possibile in questa sede perchè i fatti storici posti a base della domanda ed il *petitum* di essa e, dunque, il bisogno di tutela giurisdizionale che ha determinato la controversia, non mutano in alcun modo, ma sono soltanto ricondotti da questa Corte al loro corretto referente normativo astratto, nell'esercizio della mera attività di qualificazione in diritto della vicenda e segnatamente della domanda. Nella stessa sentenza n. 9147 del 2009 le Sezioni Unite hanno proceduto proprio in questo senso.

p. 3. Ciò premesso, il Collegio intende in primo luogo dare continuità all'insegnamento delle Sezioni Unite sulla qualificazione della pretesa degli specializzandi relativa alla mancata remunerazione per l'attività prestata nell'ambito dei corsi di specializzazione. Insegnamento che si è espresso con il principio di diritto, secondo cui "In caso di omessa o tardiva trasposizione da parte del legislatore italiano nel termine prescritto delle direttive comunitarie (nella specie, le direttive n. 75/362/CEE e n. 82/76/CEE, non auto esecutive, in tema di retribuzione della formazione dei medici specializzandi) sorge, conformemente ai principi più volte affermati dalla Corte di Giustizia, il diritto degli interessati al risarcimento dei danni che va ricondotto - anche a prescindere dall'esistenza di uno specifico intervento legislativo accompagnato da una previsione risarcitoria - allo schema della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione ex lege dello Stato, di natura indennitaria per attività non antiggiuridica, dovendosi ritenere che la condotta dello Stato inadempiente sia suscettibile di essere qualificata come antiggiuridica nell'ordinamento comunitario ma non anche alla stregua dell'ordinamento interno. Ne consegue che il relativo risarcimento, avente natura di credito di valore, non è subordinato alla sussistenza del dolo o della colpa e deve essere determinato, con i mezzi offerti dall'ordinamento interno, in modo da assicurare al danneggiato un'idonea compensazione della perdita subita in ragione del ritardo oggettivamente apprezzabile, restando assoggettata la pretesa risarcitoria, in quanto diretta all'adempimento di una obbligazione ex lege riconducibile all'area della responsabilità contrattuale, all'ordinario termine decennale di prescrizione".

Il Collegio non ignora che l'arresto delle Sezioni Unite è stato da parte della dottrina criticato con riferimento all'affermazione del non potersi collocare il comportamento dello Stato, di inadempimento dell'obbligo di attuazione di una direttiva, sul piano dell'illecito aquiliano ai sensi dell'art. 2043 c.c., per non essere qualificabile come comportamento antiggiuridico nell'ambito dell'ordinamento interno, ma solo in quello comunitario.

La critica, peraltro, sembra avere frainteso l'affermazione della non illiceità ed antiggiuridicità di tale comportamento, perchè le ha attribuito un carattere assoluto, invece che relativo alla sola fattispecie di cui all'art. 2043 c.c., e segg..

Viceversa, l'intento delle Sezioni Unite, là dove hanno fatto quella affermazione sembra da relativizzare, cioè si deve intendere parametrato esclusivamente alla qualificazione di illiceità

ed antigiridicità alla stregua di quelle norme e secondo le note identificative delle fattispecie da esse previste. Infatti, avendo le stesse Sezioni Unite qualificato il comportamento de quo come determinativo di un'obbligazione di natura "contrattuale", cioè direttamente originante dall'inadempimento di un obbligo, quello di attuare la direttiva comunitaria ed avendo Esse, in ossequio a quanto imposto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, considerato tale inadempimento come determinativo di un diritto al risarcimento del danno a favore del singolo, è palese che Esse non hanno affatto inteso escludere in assoluto il carattere antigiridico ed illecito (nel senso di contro, ius) del detto comportamento sul piano dell'ordinamento interno. Le Sezioni Unite, cioè, venendo in considerazione la pretesa degli specializzandi di un risarcimento per mancata consecuzione di un'adeguata remunerazione (ma non diversamente è a dire per la pretesa al risarcimento per la mancata attribuzione al titolo di studio a suo tempo conseguito di un valore idoneo a consentirne l'utilizzazione in ambito comunitario, che costituisce l'altro possibile pregiudizio derivante dall'inattuazione delle direttive in discorso), cioè di un diritto che le note direttive imponevano fosse loro riconosciuto dall'ordinamento interno, hanno considerato tale pretesa come riconducibile al concetto generale dell'obbligazione e, dovendo individuare sul piano dell'ordinamento interno la fonte di quest'ultima e la sua collocazione alla stregua dell'art. 1173 c.c., hanno considerato il comportamento dello Stato di inadempimento della direttiva come un fatto idoneo a produrre sul piano interno, nei confronti dei soggetti cui in base alla direttiva si sarebbe dovuto riconoscere un certo diritto, un'obbligazione risarcitoria. L'insorgenza di tale obbligazione quale conseguenza del fatto è stata giustificata sulla base dei vincoli che dall'ordinamento comunitario derivano all'ordinamento interno per effetto dell'inadempimento di una direttiva riconoscente in modo sufficientemente specifico un diritto ai soggetti dell'ordinamento interno, ma non avente carattere self-executing. La fonte normativa della idoneità del fatto a produrre l'obbligazione in questione discende direttamente dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, manifestatasi per la prima volta con la nota sentenza 19 novembre 1991, Francovich, cause C-6/90 e C-9/90 e, quindi, precisata - come ricordato dalle Sezioni Unite - dalla sentenza 5 marzo 1996, Brasserie du Pêcheur e Factortama 3, cause C-46/93 e C-48/93.

In forza della necessità di riconoscere sul piano dell'ordinamento interno i dicta della Corte di Giustizia, l'inadempimento del legislatore italiano all'attuazione di una direttiva riconoscente in modo specifico determinati diritti ai singoli, ma non self-executing, è venuta a connotarsi sul piano dell'ordinamento interno come fatto generatore di un'obbligazione risarcitoria, cioè come fonte di un'obbligazione di ristoro, ed è evidente che, se da luogo ad un'obbligazione di questo tipo, cioè che impone una prestazione a ristoro dell'inadempimento, tale comportamento si caratterizza necessariamente come antigiridico anche sul piano dell'ordinamento interno, dato che è da considerare nel suo ambito come "fatto" produttivo della nascita di un'obbligazione e, quindi, di una conseguenza negativa per lo Stato.

p. 3.1. La scelta delle Sezioni Unite, d'altro canto, si può ritenere in qualche modo obbligata, per il fatto che la giurisprudenza della Corte di Giustizia cui si è appena sopra fatto riferimento esige che l'obbligazione risarcitoria dello Stato non sia condizionata a requisito della colpa, il che di regola è, invece, necessario nell'illecito ex art. 2043 c.c.. E' vero che nel sistema delle norme ad esso successive ve ne sono alcune che fondano la responsabilità almeno in parte su presupposti oggettivi, che prescindono cioè dalla colpa, ma non si comprende come la responsabilità in questione potrebbe essere ricondotta ad alcune di esse, attesa la loro specificità. Solo la norma generale dell'art. 2043 c.c., quale norma identificatrice della figura del fatto illecito, si presterebbe, infatti, a ricevere come figura particolare detta responsabilità, perchè

se questa si volesse considerare come fatto illecito non potrebbe che evocarsi la norma de qua, giacchè essa prevede una fattispecie com'è noto atipica, che, dunque, sarebbe la sola che si presterebbe a contenere la figura in questione.

p. 3.2. Nè, d'altro, canto si può ritenere, come pure è stato adombrato, che al requisito della colpa di cui all'art. 2043 c.c., sostanzialmente sia riconducibile il carattere dell'inadempimento, siccome individuato come rilevante, ai fini dell'insorgenza dell'obbligo risarcitorio, dalla citata giurisprudenza comunitaria, cioè quello dell'essere la violazione sufficientemente qualificata, id est grave e manifesta. Non si comprende, infatti, come tali connotazioni, in quanto relative al mero dato oggettivo del grado di scostamento della legislazione nazionale da quanto imponeva la direttiva, possa trasformarsi in un requisito soggettivo come la colpa. D'altro canto, nei casi di inadempimento totale, si sarebbe per definizione in un'ipotesi di violazione grave e manifesta.

Sicchè l'argomentazione, ferma la sua non divisibilità, sarebbe pertinente al solo caso di inadempimento parziale, salvo a stabilire come si debba intendere la parzialità dell'adempimento e, particolarmente, se essa possa essere soggettiva, cioè concernere determinati soggetti che secondo la direttiva dovevano essere considerati.

p. 3.3. In fine, deve anche escludersi che, alla qualificazione dell'obbligazione risarcitoria verso i singoli per inadempimento della direttiva, la giurisprudenza della Corte di Giustizia abbia dato una caratteristica tale da imporre di ricondurla necessariamente nell'ordinamento italiano sotto la disciplina della lex aquilia. Non si può, cioè ritenere che, avendo quella giurisprudenza identificato il diritto del singolo come diritto al risarcimento del danno, il rinvio alla legislazione degli stati membri e, quindi, a quella dello Stato Italiano per l'individuazione della disciplina di tale risarcimento comporti che nel nostro ordinamento tale disciplina si debba identificare con quella di cui agli artt. 2043 c.c..

E' sufficiente osservare che l'espressione risarcimento del danno nell'ordinamento giuridico italiano non è, com'è noto, coesistente al sistema della sola responsabilità da illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c., ma è categoria, cioè tecnica di tutela, ben più ampia.

Dunque, l'identificazione nell'ordinamento italiano della disciplina della responsabilità nel caso di specie non poteva dirsi in alcun modo veicolata verso la disciplina degli artt. 2043 c.c., per cui l'operazione di sistemazione fatta dalle Sezioni Unite nel senso di collocare la responsabilità nell'ambito della norma generale dell'art. 1176 c.c., fra gli altri fatti idonei a produrre l'obbligazione e specificamente un'obbligazione risarcitoria, ravvisandone la fonte nel carattere cogente ai fini della nascita di un obbligo risarcitorio, della citata giurisprudenza comunitaria, appare pienamente legittima ed anzi, se si considerano le peculiarità fissate dalla stessa giurisprudenza per l'operare dell'inadempimento quale fonte dell'obbligazione risarcitoria, appare viepiù giustificata. Ciò, per non essere tale fonte riconducibile ad un fatto o ad atto produttivo dell'obbligazione già previsto da disposizioni del diritto interno, bensì per essere qualificabile soltanto come uno specifico fatto emergente direttamente dall'ordinamento comunitario, nella specie attraverso la legittima manifestazione della sua forza cogente attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia.

p. 3.4. Ribadito, dunque, che la responsabilità dello Stato per l'inadempimento di una direttiva comunitaria che riconosca in modo sufficientemente specifico un diritto, ma non sia self-executing, da luogo ad una fattispecie di responsabilità "contrattuale", v'è da rilevare che le Sezioni Unite, con la qualificazione "contrattuale", hanno chiaramente inteso riferirsi al concetto di "responsabilità contrattuale" non già nel senso di una responsabilità da contratto, il che sarebbe nella specie fuor di luogo, ma nel senso in cui di una responsabilità "contrattuale" si è

sempre parlato tradizionalmente per significare che l'obbligazione risarcitoria non nasce da un fatto illecito alla stregua dell'art. 2043 c.c., e segg., ma è dall'ordinamento ricollegata direttamente alla violazione di un obbligo precedente, che ne costituisce direttamente la fonte. Si vuoi dire, cioè che il concetto di responsabilità contrattuale è stato usato dalle Sezioni Unite palesemente nel senso non già di responsabilità che suppone un contratto, ma nel senso - comune alla dottrina in contrapposizione all'obbligazione da illecito extracontrattuale - di responsabilità che nasce dall'inadempimento di un rapporto obbligatorio preesistente, considerato dall'ordinamento interno, per come esso deve atteggiarsi secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, come fonte dell'obbligo risarcitorio, secondo la prospettiva scritta nell'art. 1173 c.c..

p. 3.5. La qualificazione della responsabilità di cui si discorre come "contrattuale" ha come conseguenza, per come ritenuto dalle Sezioni Unite, che la disciplina della prescrizione secondo l'ordinamento interno è quella decennale.

p. 3.6. Alla luce dei principi affermati dalle Sezioni Unite e ribaditi nei termini qui indicati, la prima censura del secondo motivo è, dunque, accolta, ma la sovrapposizione della qualificazione dell'azione alla stregua di quanto affermato dalle Sezioni Unite a quella erroneamente ritenuta dalla Corte territoriale non potrà comportare, come s'è già anticipato ed emergerà dall'esito dello scrutinio del primo motivo, la cassazione della sentenza impugnata.

p. 4. Anche lo scrutinio del primo motivo, infatti, evidenzia la sua fondatezza, ma non l'erroneità del dispositivo della sentenza impugnata, perchè, se quest'ultima deve ritenersi erronea, là dove - pur sulla falsariga dell'ulteriore già acclarato errore di qualificazione della domanda - ha disatteso l'eccezione di prescrizione sull'assunto che nella specie non sia decorso alcun termine di prescrizione, non è erroneo, ma conforme a diritto il suo dispositivo, là dove ha negato che all'atto della domanda il diritto degli attori e qui resistenti non si fosse prescritto. Queste le ragioni.

Ritiene il Collegio che la tesi seguita dalla Corte territoriale per giustificare l'affermazione che nessun termine di prescrizione sia mai decorso non sia condivisibile, perchè la giurisprudenza comunitaria da essa implicitamente richiamata non la conforta.

Inoltre, poichè lo stato della giurisprudenza comunitaria appare oggi sufficientemente certo in questo senso, si deve escludere che ricorra una situazione di dubbio sull'interpretazione dell'incidenza del diritto comunitario sul punto, si che si imponga un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, che davanti a questa Corte rivestirebbe carattere obbligatorio.

E' noto, infatti, che "Il giudice nazionale di ultima istanza non è soggetto all'obbligo di rimettere alla Corte di giustizia delle Comunità europee la questione di interpretazione di una norma comunitaria quando non la ritenga rilevante ai fini della decisione o quando ritenga di essere in presenza di un acte claire che, in ragione dell'esistenza di precedenti pronunce della Corte ovvero dell'evidenza dell'interpretazione, rende inutile (o non obbligato) il rinvio pregiudiziale (cfr. Corte di Giustizia CEE 6 ottobre 1982, C-283/81, Cilfit)" (Cass. (ord. interloc.) n. 22103 del 2007).

p. 4.1. La giurisprudenza comunitaria cui la sentenza impugnata ha inteso riferirsi, pur senza individuata, ma, peraltro, riportandone la motivazione (trasfusa anche nella massima ufficiale) è quella di cui alla nota sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee 25 luglio 1991, Emmot, resa nella C-208/90, secondo la quale "Finchè una direttiva non è stata correttamente trasposta nel diritto nazionale, i singoli non sono in grado di avere piena conoscenza dei loro diritti. Tale situazione d'incertezza per i singoli sussiste anche dopo una sentenza con cui la Corte ha dichiarato che lo Stato membro di cui trattasi non ha soddisfatto gli obblighi

che ad esso incombono ai sensi della direttiva, e anche se la Corte ha riconosciuto che l'una o l'altra delle disposizioni della direttiva è sufficientemente precisa ed incondizionata per essere fatta valere dinanzi ad un giudice nazionale. Solo la corretta trasposizione della direttiva porrà fine a tale stato d'incertezza e solo al momento di tale trasposizione si è creata la certezza giuridica necessaria per pretendere dai singoli che essi facciano valere i loro diritti. Ne deriva che, fino al momento dell'esatta trasposizione della direttiva, lo Stato membro inadempiente non può eccepire la tardività di un'azione giudiziaria avviata nei suoi confronti da un singolo al fine della tutela dei diritti che ad esso riconoscono le disposizioni di tale direttiva, e che un termine di ricorso di diritto nazionale può cominciare a decorrere solo da tale momento".

Questa decisione, va notato, si colloca in un momento, sia pure di poco anteriore, alla già citata sentenza sul caso Francovich, con la quale la Corte di Giustizia affermò che l'inadempimento di una direttiva sufficientemente specifica nell'attribuire un certo diritto, ma non tanto da essere self-executing, dà luogo ad un obbligo di risarcimento del danno a favore del singolo. Ed infatti, come emerge dalla lettura della vicenda giudiziale davanti al giudice nazionale (irlandese) nella specie la parte (la signora Emmot) non faceva valere una pretesa risarcitoria, ma rivendicava dallo Stato Irlandese i diritti riconosciuti dalla direttiva.

Inoltre, la decisione non si riferiva espressamente all'istituto della prescrizione, ma alla più ampia fattispecie dell'imposizione di termini di ricorso nell'ordinamento nazionale.

Successivamente, la giurisprudenza della Corte di Giustizia si è mossa, però, espressamente nel senso di ridimensionare la portata dell'affermazione della sentenza Emmot. Ciò, soprattutto con riferimento a vicende che non riguardavano pretese risarcitorie da inadempimento di direttiva, bensì pretese verso lo Stato nazionale di carattere restitutorio di vantaggi conseguiti indebitamente in quanto l'ordinamento nazionale non si era conformato a direttive che imponevano l'esclusione di divieti. La ragione per cui non si trattava di pretese di risarcimento danni va ravvisata, verosimilmente, nella circostanza che nel momento in cui le pretese erano state introdotte davanti al giudice nazionale la sentenza Francovich non era stata ancora pronunciata. D'altro canto, solo con la già citata sentenza *Brasserie du Pecheur*, che è del 1996, l'arresto di cui alla Francovich venne precisato. Tuttavia, talvolta, specie da ultimo, la giurisprudenza di ridimensionamento della sentenza Emmott si è manifestata espressamente con riguardo a casi nei quali il soggetto dello Stato membro faceva valere proprio la pretesa al risarcimento da inadempimento della direttiva, piuttosto che il diritto stabilito da essa.

p. 4.2. L'esame della giurisprudenza successiva alla sentenza Emmott evidenzia, in particolare, quanto segue:

a) già la sentenza 27 ottobre 1993, *Steenhorst-Neerings*, C-338/91, essendo stata invocata, la sentenza Emmott nella controversia (e l'invocazione l'aveva fatta la stessa Commissione), ne restrinse sostanzialmente la portata, sia pure dicendo che l'applicazione del principio da essa stabilito non era pertinente nella specie, perchè non si trattava di norma di diritto interno diretta a stabilire, prima dell'attuazione della direttiva che veniva in rilievo, un termine per agire, bensì di norma che limitava l'effetto retroattivo di una domanda intesa ad ottenere una prestazione riconosciuta dalla direttiva: la massima affermata fu la seguente: "Il diritto comunitario non si oppone all'applicazione di una disposizione di legge nazionale in forza della quale una prestazione di inabilità al lavoro sia retroattiva a non oltre un anno prima della data di presentazione della domanda, qualora un singolo faccia valere i diritti direttamente attribuitigli, a decorrere dal 23 dicembre 1984, dall'art. 4, n. 1, della direttiva 79/7 in tema di divieto di discriminazioni fondate sul sesso in materia di previdenza sociale e, alla data di presentazione della domanda, lo Stato membro interessato non abbia ancora provveduto alla corretta attua-

zione di tale norma della direttiva nell'ordinamento giuridico interno". E' innegabile, però, che ritenendo legittima l'applicazione di un limite alla retroattività dell'azione diretta ad ottenere il diritto riconosciuto dalla direttiva che veniva in rilievo, sostanzialmente si esclude che la situazione di inattuazione della stessa potesse giustificare l'attribuzione di tutto ciò che in base ad essa il soggetto avrebbe potuto conseguire. Onde la specificità del caso giudicato rispetto al principio della Emmott diventa difficilmente comprensibile;

b) ad un caso assolutamente simile - per espressa affermazione della stessa Corte di Giustizia - a quello sub a) si riferisce la sentenza 6 dicembre 1994, Johnson, C-410-92, nella quale, però, il giudice comunitario, prima di ribadire l'identica ratio decidendi di quel caso (cioè, trattarsi di limitazione dell'effetto retroattivo: punto 28), richiamandosi alla sentenza citata sub a) (punto 26) espressamente afferma, per giustificare l'irrelevanza del principio della Emmott, che "dalla menzionata sentenza Steenhorst-Neerings deriva che la soluzione sviluppata nella sentenza Emmott era giustificata dalle circostanze tipiche di detta causa, nelle quali la decadenza dai termini arrivava a privare totalmente la ricorrente nella causa principale della possibilità di far valere il suo diritto alla parità di trattamento in virtù della direttiva". Affermazione questa che parrebbe significare che il principio della Emmott può essere derogato a condizione che la disciplina interna non elimini tutti i benefici che il singolo avrebbe potuto conseguire in caso di totale attuazione della direttiva, ma li precluda solo in parte;

c) irrilevante è Corte di Giustizia 10 luglio 1997, Palmisani, C-261-95, poichè riguardò un caso in cui, nell'attuare tardivamente la direttiva, lo Stato Italiano aveva espressamente regolato l'azione risarcitoria da inadempimento e l'aveva assoggettata ad un termine decadenziale: si trattava, quindi, di diritto del singolo fatto valere sulla base della disciplina di adempimento della direttiva che veniva in questione;

d) parimenti irrilevanti sono Corte di Giustizia 17 luglio 1997, Haahr Petroleum Ltd, C-90-94 e 17 luglio 1997, Texaco, C-114-95 e C-115-95, poichè si riferiscono a casi nei quali la sentenza Emmott era stata invocata in ipotesi di assoggettamento a termine di un'azione direttamente basata su una norma del Trattato e non su una direttiva: la Corte comunitaria ebbe a rilevare che la sentenza Emmott non era pertinente, perchè riguardava solo il caso del diritto fondato sulla direttiva;

e) di particolare importanza, viceversa, perchè riguardò un caso nel quale veniva in rilievo un termine di prescrizione, è Corte di Giustizia 2 dicembre 1997, Fantask, C-188-95, la quale affermò che "il diritto comunitario non vieta ad uno Stato membro, che non ha attuato correttamente la direttiva 69/335, come modificata, di opporre alle azioni dirette al rimborso di tributi riscossi in violazione di tale direttiva un termine di prescrizione nazionale che decorra dalla data di esigibilità dei tributi di cui trattasi, qualora tale termine non sia meno favorevole per i ricorsi basati sul diritto comunitario di quello dei ricorsi basati sul diritto interno e non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario": in questo caso, la direttiva non adempiuta correttamente avrebbe comportato, se lo fosse stata, l'esclusione della debenza di determinati tributi e la parte privata, invocando la direttiva, aveva esercitato un'azione di rimborso di somme versate in eccedenza rispetto a quanto dovuto in presenza di costretta attuazione della direttiva. La Corte di Giustizia nuovamente ribadì che la soluzione sviluppata nella sentenza Emmott era giustificata dalle circostanze tipiche di detta causa, nelle quali la decadenza dai termini arrivava a privare totalmente la ricorrente nella causa principale della possibilità di far valere il suo diritto alla parità di trattamento in virtù di una direttiva comunitaria" (punto 51). Peraltro, in questo caso - riguardo al quale va nuovamente ribadito la rilevanza della impostazione data

alla controversia sul piano del diritto interno - la pretesa di restituzione di somme indebitamente pagate nella sostanza si poteva considerare, anche se nel dibattito processuale non lo fu, come risarcitoria secondo le coordinate della Francovich;

f) la stessa soluzione e le stesse motivazioni della sentenza sub e) si trovano ribadite da Corte di Giustizia 15 settembre 1998, Ansaldo Energia s.p.a., C-279-96, C-280-96 e C-281-96, da Corte di Giustizia 15 settembre 1998, Spac s.p.a., C-260-96, e da Corte di Giustizia 15 settembre 1998, Edis, C-231-96, tutte relative a controversie con lo Stato Italiano, concernenti questioni similari, nella specie concernenti la c.d. tassa sulle società italiana, nonché da Corte di Giustizia 17 novembre 1998, Aprile, C-228-96, concernente termine di decadenza di azione di rimborso di tassa doganale, e da Corte di Giustizia 28 novembre 2000, Roquette Freres SA, C-88-99, relativa sempre ad azione di ripetizione di imposta nazionale indebitamente riscossa; g) da ultimo, assume invece particolare rilevanza Corte di Giustizia (Grande Sezione) 14 marzo 2009, Danske Slagterier, C-445-06, la quale, intervenendo su un caso in cui la questione pregiudiziale era stata posta proprio circa l'applicazione di un termine di prescrizione previsto dall'ordinamento interno - quello tedesco - all'azione di risarcimento danni da carente trasposizione di una direttiva, ha statuito che "Il diritto comunitario non osta a che il termine di prescrizione di un'azione di risarcimento nei confronti dello Stato, basata sulla carente trasposizione di una direttiva, inizi a decorrere dalla data in cui i primi effetti lesivi di detta scorretta trasposizione si siano verificati e ne siano prevedibili altri, anche qualora tale data sia antecedente alla corretta trasposizione della direttiva in parola".

Il caso concreto riguardava una pretesa risarcitoria fatta valere da una società danese contro lo Stato tedesco per il fatto che Esso non aveva attuato correttamente una direttiva comunitaria prevedente l'obbligo di consentire l'importazione di carni suine aventi certe caratteristiche, di modo che quella società, essendo stata costretta ad importare carni di caratteristiche diverse, aveva subito perdite da minori ricavi.

La Corte di Giustizia ha motivato il principio sopra riportato in questi termini: "(47) Con la quarta questione il giudice del rinvio chiede se il termine di prescrizione di un'azione di risarcimento nei confronti dello Stato, basata sulla carente trasposizione di una direttiva, inizi a decorrere, a prescindere dal diritto nazionale applicabile, unicamente a partire dalla completa trasposizione di tale direttiva, o se il termine in parola cominci a decorrere, conformemente al diritto nazionale, dalla data in cui i primi effetti lesivi di detta scorretta trasposizione si siano verificati e ne siano prevedibili altri. Qualora la completa trasposizione incida sul decorso del termine di prescrizione di cui trattasi, il giudice a quo chiede se ciò valga in generale o soltanto quando la direttiva attribuisca un diritto ai soggetti dell'ordinamento. (48) In proposito giova ricordare che, come menzionato ai punti 31 e 32 della presente sentenza, in mancanza di una normativa comunitaria, spetta agli Stati membri disciplinare le modalità procedurali dei ricorsi diretti a garantire la piena tutela dei diritti conferiti ai soggetti dal diritto comunitario, norme sulla prescrizione incluse, purchè tali modalità rispettino i principi di equivalenza e di effettività. Occorre inoltre ricordare che la fissazione di termini di ricorso ragionevoli, a pena di decadenza, rispetta siffatti principi e, in particolare, non si può ritenere che renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico comunitario. (49) Nemmeno la circostanza che il termine di prescrizione previsto dal diritto nazionale inizi a decorrere dal momento in cui si sono verificati i primi effetti lesivi, e che siano prevedibili ulteriori effetti analoghi, è tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico comunitario. (50) La sentenza 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04,

Manfredi e a. (Racc. pag. 1-6619), cui fa riferimento la *Danske Slagterier*, non è tale da inficiare detta conclusione. (51) Ai punti 78 e 79 della citata sentenza, la Corte ha considerato che non è da escludersi che un termine di prescrizione breve per la proposizione di un ricorso per risarcimento danni, decorrente dal giorno in cui un'intesa o una pratica concordata è stata posta in essere, possa rendere praticamente impossibile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno causato da tale intesa o pratica vietata. In caso di infrazioni continuate o ripetute, non è quindi impossibile che il termine di prescrizione si estingua addirittura prima che sia cessata l'infrazione e, in tal caso, chiunque abbia subito danni dopo la scadenza del termine di prescrizione si troverebbe nell'impossibilità di presentare un ricorso. (52) Orbene, ciò non si verifica nella fattispecie della causa principale. Dalla decisione di rinvio, infatti, risulta che il termine di prescrizione di cui trattasi nella presente controversia non può cominciare a decorrere prima che il soggetto leso abbia avuto conoscenza del danno e dell'identità della persona tenuta al risarcimento. In siffatte circostanze è quindi impossibile che un soggetto che ha subito un danno si trovi in una situazione nella quale il termine di prescrizione inizi a decorrere, e addirittura si estingua, senza che detto soggetto nemmeno sappia di essere stato leso, caso che invece si sarebbe potuto verificare nel contesto della controversia all'origine della citata sentenza Manfredi e a., ove il termine di prescrizione cominciava a decorrere dal momento in cui veniva posta in essere l'intesa o la pratica concordata, e di cui taluni interessati potevano avere conoscenza unicamente in un momento decisamente successivo. (53) Quanto alla possibilità di stabilire il momento iniziale del termine di prescrizione prima della completa trasposizione della direttiva in parola, è vero che, al punto 23 della sentenza 25 luglio 1991, causa C-208/90, Emmott (Racc. pag. 1- 4269), la Corte ha dichiarato che, al momento della trasposizione corretta della direttiva, lo Stato membro inadempiente non può eccepire la tardività di un'azione giudiziaria avviata nei suoi confronti da un soggetto al fine di tutelare i diritti che ad esso riconoscono le disposizioni della direttiva, e che un termine di ricorso di diritto nazionale può cominciare a decorrere solo da tale momento. (54) Tuttavia, come confermato dalla sentenza 6 dicembre 1994, causa C-410/92, Johnson (Racc. pag. 1-5483, punto 26), dalla sentenza 27 ottobre 1993, causa C-338/91, Steenhorst-Neerings (Racc. pag. 1-5475), deriva che la soluzione elaborata nella menzionata sentenza Emmott era giustificata dalle circostanze proprie di detta causa, dove la decadenza dai termini arrivava a privare totalmente la ricorrente nella causa principale della possibilità di far valere il suo diritto alla parità di trattamento in virtù di una direttiva comunitaria (v., altresì, sentenze 17 luglio 1997, causa C-90/94, Haahr Petroleum, Racc. pag. 1-4085, punto 52, e cause riunite C-114/95 e C-115/95, Texaco e Oliegesellschaft Danmark, Racc. pag. 1-4263, punto 48, nonché 15 settembre 1998, cause riunite da C-279/96 a C-281/96, Ansaldo Energia e a., Racc. pag. 1-5025, punto 20). (55) Orbene, nella causa principale, né dal fascicolo né dai dibattimenti nel corso della fase orale risulta che l'esistenza del termine controverso abbia condotto, come nella causa all'origine della citata sentenza Emmott, a privare totalmente i soggetti lesi della possibilità di far valere i loro diritti dinanzi ai giudici nazionali. (56) La quarta questione va pertanto risolta dichiarando che il diritto comunitario non osta a che il termine di prescrizione di un'azione di risarcimento nei confronti dello Stato, basata sulla carente trasposizione di una direttiva, inizi a decorrere dalla data in cui i primi effetti lesivi di detta scorretta trasposizione si siano verificati e ne siano prevedibili altri, anche qualora tale data sia antecedente alla corretta trasposizione della direttiva in parola".

p. 4.3. Ora, l'analisi della giurisprudenza comunitaria succeduta alla sentenza Emmott e particolarmente dell'ultima decisione di cui si è riferito, la quale, a differenza di quelle precedenti,

concerne direttamente il caso della pretesa di risarcimento danni da inadempimento di una direttiva (e non pretese di rimborso per pagamenti che non sarebbero stati dovuti se la direttiva fosse stata attuata), suggerisce la seguente considerazione: se anteriormente alla sentenza da ultimo ricordata, poteva nutrirsi qualche dubbio sulla applicabilità del ridimensionamento a quel caso (l'azione risarcitoria da inadempimento di direttiva sufficientemente specifica da attribuire diritti, ma non self-executing), dopo detta sentenza ogni dubbio è venuto meno.

Queste le ragioni.

Prima della sentenza *Danske Slagterier* la circostanza che la giurisprudenza espressamente ridimensionatrice dell'ambito del principio stabilito dalla sentenza *Emmott* si fosse formata in riferimento a casi nei quali il soggetto dell'ordinamento interno non aveva esercitato almeno formalmente un'azione risarcitoria (verosimilmente perchè aveva agito prima della *Francovich*, o perchè la portata di essa non era ancora stata percepita), bensì, o un'azione tendente a rivendicare il riconoscimento dei diritti previsti dalla direttiva o una pretesa alla restituzione di quanto pagato a titolo di imposta o tassa non dovuta secondo la direttiva non adempiuta, poteva effettivamente suggerire (in disparte la valutazione del se le azioni esercitate sul piano dell'ordinamento interno, al di là del *petitum*, fossero nella sostanza dirette ad ottenere un risarcimento, il che, se poteva apparire eventualmente ipotizzabile nel secondo caso, posto che si trattava di direttive impositive di un divieto di tassazione o di imposta e l'aver pagato una tassa o un'imposta che non si sarebbe dovuto pagare integrava in ultima analisi un danno, lo era forse meno, ma lo era pur sempre anche nel caso dell'azione diretta a postulare il diritto riconosciuto dalla direttiva, posto che tale riconoscimento aveva valore sostanzialmente risarcitorio) il dubbio che un'azione esercitata sul piano del diritto interno con espressa invocazione del risarcimento del danno derivante dall'inadempimento di una direttiva, specie se attributiva di un diritto di contenuto positivo (e non negativo, come nel caso del divieto di tassazione o imposizione), fosse rimasta ancora sotto la copertura integrale del principio della *Emmott*. O almeno, se non quel dubbio, la mancanza di un'espressa risposta sul punto della Corte di Giustizia.

L'esistenza del dubbio o quantomeno della mancanza di un precedente specifico poteva giustificare la prospettazione di una questione di rinvio pregiudiziale alla Corte comunitaria, per ottenere una decisione sull'estensione o meno al caso dell'azione risarcitoria dell'oggettivo ridimensionamento del principio della sentenza *Emmott*.

Tanto più in considerazione del fatto che esso era stata affermato in riferimento all'invocazione diretta di un diritto basato sulla direttiva ed in un momento nel quale non era stata pronunciata ancora la sentenza sul caso *Francovich*.

p. 4.4. Una volta sopravvenuta la sentenza sul caso *Danske Slogterier*, il dubbio è, però, venuto meno e, pertanto, sussiste una situazione di un *acte claire* che esclude la possibilità e, in questa sede di ultima istanza, la necessità di un rinvio pregiudiziale.

Questa Corte è consapevole che, peraltro, un rinvio pregiudiziale risulta effettuato da un giudice di merito italiano (Corte d'Appello di Firenze 18 novembre 2009, C-452-09, in *Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea*, C 24/32, 30.1.2010), il quale ha posto alla Corte di Giustizia i seguenti quesiti: "se sia compatibile con l'ordinamento comunitario che lo Stato italiano possa legittimamente eccepire la prescrizione quinquennale o decennale ordinaria di un diritto nascente dalla direttiva CE n. 76/1982 per il periodo antecedente la prima legge attuativa italiana, senza con ciò impedire definitivamente l'esercizio del suddetto diritto avente natura retributiva/alimentare, o in subordine l'esercizio di una azione risarcitoria/indennitaria. Se viceversa, sia compatibile con l'ordinamento comunitario che ogni eccezione di prescrizione

sia preclusa perchè definitivamente ostativa all'esercizio del suddetto diritto. Oppure se sia compatibile con l'ordinamento comunitario che ogni eccezione di prescrizione sia preclusa fino all'accertamento della violazione comunitaria da parte della CdG (nella specie fino al 1999). Oppure se sia compatibile con l'ordinamento comunitario che ogni eccezione di prescrizione sia comunque preclusa fino alla corretta e compiuta trasposizione della direttiva che ha riconosciuto il diritto, nella legislazione nazionale (nella specie mai intervenuto) come previsto dalla sentenza Emmott".

L'ora citata ordinanza di rinvio pregiudiziale, nel motivare l'elevazione della questione pregiudiziale richiama parte della giurisprudenza della Corte di Giustizia anteriore alla sentenza *Danske Slagterier*, ma non considera quest'ultima (forse perchè essa, di qualche mese anteriore, era ignota al giudice fiorentino). La motivazione del rinvio, basata sul fatto che non sarebbe chiaro il significato della ratio del ridimensionamento della sentenza Emmott espressa dal concetto di mancanza della privazione totale della possibilità di far valere il diritto basato sulla direttiva comunitaria, che vi sarebbe stata nel caso deciso da quella sentenza, non è indivisibile dopo la sentenza *Danske Slagterier*.

Infatti, questo concetto, che nelle prime pronunce successive alla Emmott era stato ancorato al fatto che davanti ai giudici nazionali veniva in rilievo non tanto una questione di decadenza o prescrizione dal diritto di far valere l'inadempimento ed ottenere la tutela dell'interesse da esso sacrificato nella sua totalità, bensì relativa alla limitazione del periodo per il quale tale interesse era riconosciuto, trova spiegazione nella sentenza *Danske Slagterier*, là dove essa, al punto (33), dopo avere ribadito che compete agli ordinamenti interni disciplinare l'azione risarcitoria diretta a far valere l'inadempimento di una direttiva attributiva di un diritto, nel rispetto dei principi di equivalenza (che impone di fissare termini che non siano meno favorevoli di quelli previsti per azioni analoghe) e di effettività (che impone comunque che il termine applicato non sia tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento), osserva, richiamando la sentenza *Marks & Specner* sul punto che il termine di prescrizione dev'essere stabilito previamente, per adempiere alla sua funzione di garantire la certezza del diritto, che: "una situazione caratterizzata da un'incertezza normativa significativa può costituire una violazione del principio di effettività, poichè il risarcimento dei danni causati alle persone da violazioni del diritto comunitario imputabili ad un Stato membro potrebbe essere reso eccessivamente gravoso nella pratica, se detti soggetti non potessero determinare il termine di prescrizione applicabile con un ragionevole grado di certezza. (34). Spetta al giudice nazionale, tenuto conto del complesso degli elementi che caratterizzano la situazione di fatto e di diritto all'epoca dei fatti di cui alla causa principale, verificare, alla luce del principio d'effettività, se l'applicazione per analogia ...di un certo termine: nel caso di specie si trattava del termine ex art. 852, n. 1, del BGB tedesco alle domande di risarcimento dei danni provocati a seguito della violazione del diritto comunitario da parte dello Stato membro interessato fosse sufficientemente prevedibile dai soggetti". In sostanza, il mandato al giudice nazionale di accertare se l'applicazione di un certo termine di prescrizione sia compatibile con il principio di effettività, valutato anche con il filtro della prevedibilità da parte dei soggetti, risulta idoneo a spiegare il senso di quel concetto.

Deve, poi, rilevarsi che il terzo quesito prospettato dalla Corte fiorentina ha trovato già una definitiva risposta negativa proprio nella stessa sentenza *Danske Slagterier*, che ha espressamente affermato che non si può subordinare il risarcimento del danno al presupposto di una previa constatazione, da parte della Corte di Giustizia, di un inadempimento del diritto comunitario imputabile allo Stato (punto (38), dove si richiama l'affermazione già fatta dalla già

citata sentenza *Brasserie du pecheur e Factortame* e da quella 8 ottobre 1996, cause riunite C-178/94, C-179/94 e da C-188/94 a C-190/94, *Dillenkqfer*).

4.5. Questa Corte, dunque, sulla base delle complessive considerazioni svolte (che si è ritenuto di articolare diffusamente quanto all'esame della giurisprudenza comunitaria proprio per escludere che vi sia situazione di obbligo di rinvio) e di quanto appena evidenziato reputa che non ricorra una situazione di incertezza sull'interpretazione del diritto comunitario, tale da imporre un rinvio pregiudiziale, perchè la giurisprudenza della Corte di Giustizia, in tema di azione risarcitoria di diritto interno, da inadempimento di direttiva sufficientemente specifica nell'attribuire ai singoli diritti, ma non self-executing, evidenzia conclusioni certe nel senso:

a) la regolamentazione delle modalità, anche quoad termini di decadenza o prescrizione, dell'azione risarcitoria da inadempimento di direttiva attributiva di diritti ai singoli compete agli ordinamenti interni;

b) in mancanza di apposita disciplina da parte degli Stati membri, che dev'essere ispirata ai principi di equivalenza ed effettività, il giudice nazionale può ricercare analogicamente la regolamentazione detrazione, ivi compresi eventuali termini di decadenza o prescrizione, in discipline di azioni già regolate dall'ordinamento, purchè esse rispettino i principi suddetti e, particolarmente, non rendano impossibile o eccessivamente gravosa l'azione;

c) l'applicazione di un termine di prescrizione che così ne risulti, cioè che derivi dal riferimento che il giudice nazionale fa ad una disciplina interna regolamentante altra azione, è possibile comunque solo se essa può considerarsi sufficientemente prevedibile da parte dei soggetti interessati, dovendo, dunque, il giudice nazionale procedere necessariamente a tale apprezzamento;

d) l'eventuale termine di prescrizione può decorrere anche prima della corretta trasposizione della direttiva nell'ordinamento nazionale, se il danno, anche solo in parte (è questo il significato del riferimento ai "primi effetti lesivi" contenuto nella sentenza *Danske Slagterier*) per questo soggetto si è verificato anteriormente.

p. 5. Questi principi debbono ora essere applicati all'interno del nostro ordinamento nazionale con riguardo alla vicenda di cui è causa.

p. 5.1. Deve subito rilevarsi che essi legittimano pienamente l'operazione di qualificazione dell'azione di risarcimento fatta dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 9147 del 2009, posto che la Corte di Giustizia demanda all'ordinamento interno e, quindi, al legislatore nazionale di disciplinare detta azione e, subordinatamente, in caso di omessa legislazione, al giudice nazionale, di individuarla analogicamente. Le Sezioni Unite, sull'implicita contemplazione che l'ordinamento italiano prevede che obbligazioni possano sorgere genericamente da fatti idonei a produrle in conformità all'ordinamento giuridico, hanno considerato la giurisprudenza comunitaria come fatto idoneo a costituire tale fonte.

L'applicazione del termine di prescrizione decennale, della quale sopra si è data giustificazione, ove sia apprezzata sotto il profilo della prevedibilità da parte dei soggetti interessati, appare prevedibile, tenuto conto che il termine di prescrizione decennale (di cui all'art. 2946 c.c.) è quello generale e certamente più favorevole rispetto ai termini speciali, più brevi. Risponde, quindi, al principio comunitario di effettività.

Sarebbe, d'altro canto, consentito dall'ordinamento comunitario che tale termine decorresse prima della corretta trasposizione nell'ordinamento interno delle note direttive, qualora un danno anche solo iniziale si fosse verificato prima di tale trasposizione.

Occorre valutare se - in assenza di una specifica regolamentazione dell'azione risarcitoria da parte dello Stato Italiano in relazione al caso di specie - i principi generali propri dell'ordina-

mento italiano in tema di prescrizione consentano questo effetto, oppure non lo consentano, oppure lo consentano a partire da un certo momento.

p. 5.2. Il dato di partenza al riguardo è che la corretta trasposizione di quelle direttive, cioè la loro integrale applicazione, non si è mai verificata nell'ordinamento italiano.

Essa, com'è noto, doveva avvenire entro il 31 dicembre 1982 (art. 16 della direttiva 82/76/CEE).

Lo Stato Italiano non rispettò tale termine, tanto che venne dichiarato inadempiente dalla Corte di Giustizia con sentenza del 7 luglio 1987, C-49-86.

La situazione di inadempienza verificatasi al 31 dicembre 1982 non fece cessare l'obbligo comunitario dello Stato Italiano di adempiere comunque le direttive sia pure in ritardo. Tale obbligo avrebbe potuto essere adempiuto integralmente soltanto se lo Stato Italiano, nell'introdurre una disciplina attuativa della direttiva e conforme ad essa, avesse disposto non solo per l'avvenire, cioè in relazione alle situazioni dei singoli riconducibili ad essa dopo la sua entrata in vigore, ma anche prevedendo la retroattività di detta disciplina.

Per un adempimento pieno sarebbe occorso che lo Stato Italiano avesse dettato disposizioni intese ad attribuire i diritti previsti dalle direttive a coloro che, se le direttive fossero state adempiute entro il 31 dicembre 1982, si sarebbero trovati nelle condizioni per poterli acquisire e, quindi, ai medici specializzandi che avevano seguito i corsi di specializzazione a partire dal 1 gennaio 1983 e lo avevano fatto con modalità conformi a quanto prevedevano le direttive.

La previsione da parte della giurisprudenza comunitaria, a partire dalla sentenza Francovich, che l'inadempimento di una direttiva attributiva di diritti ai singoli, ma non self-executing, dia luogo ad un obbligo risarcitorio, infatti, non toglie allo Stato membro la possibilità di adempiere tardivamente la direttiva provvedendo cioè non solo per il futuro, ma anche riguardo alle situazioni dei singoli successive alla scadenza del termine, sì da soddisfarle. Sicché l'obbligo risarcitorio, dal punto di vista dello Stato membro si pone sostanzialmente come alternativo e ciò non solo sul piano dell'ordinamento comunitario, ma anche sul piano dell'ordinamento interno, fermo restando che la pretesa azionabile dal singolo in questo ambito è solo quella risarcitoria.

Il che, naturalmente, lo si osserva in generale, non significa che, in presenza di una situazione in cui sussista un dubbio sul se la direttiva sia stata recepita completamente, sia preclusa al giudice nazionale la possibilità di valutare, svolgendo la normale attività esegetica, se, in ragione del vincolo di conformazione dell'ordinamento interno a quello comunitario (ed anzi della necessità sul piano costituzionale - ai sensi dell'art. 117 Cost., comma 1 - che la stessa attività esegetica si svolga tendenzialmente nel senso di dare espansione alle norme interne in modo che quel vincolo risulti rispettato e sia assicurato l'integrale recepimento), sia possibile estendere l'ambito della legge nazionale ai diritti o ai soggetti riguardo ai quali sussista il dubbio ch'essa li abbia considerati.

Per altro verso e ritornando alla vicenda di cui si discorre, conforme alla sentenza Francovich, l'inadempimento determinò una situazione per cui de die in die, a favore di ogni soggetto che, nel caso di adempimento della direttiva al 31 dicembre 1982, si fosse venuto a trovare successivamente nella condizione di fatto per vedersi attribuire un diritto previsto dalla direttiva, nasceva l'obbligo dello Stato di risarcimento del danno a cagione della sua inadempienza.

Lo Stato Italiano, dunque, dopo il 31 dicembre 1982 si venne a trovare nella duplice condizione di obbligato sul piano comunitario ad un adempimento tardivo delle direttive e, mano a mano che per i medici maturavano le condizioni che in presenza di un'attuazione delle di-

rettive avrebbero dato luogo a loro favore ai diritti previsti dalla direttiva e segnatamente quello all'adeguata remunerazione e quello a vedersi riconoscere l'idoneità del titolo di specializzazione negli altri paesi comunitari, di obbligato - in conseguenza al risarcimento dei danni verso tali soggetti per la mancata consecuzione da parte loro di tali benefici. Tale obbligo, peraltro, sarebbe potuto venir meno se lo Stato avesse adempiuto le direttive con la previsione degli effetti retroattivi idonei ad attribuire a detti soggetti quei benefici, nonché a coprire eventuali danni da ritardo. In tal caso, infatti, la fonte dell'obbligo risarcitorio, cioè il comportamento di inadempimento delle direttive, sarebbe venuta meno. Peraltro, se l'adempimento tardivo non avesse coperto i danni da ritardo o avesse coperto i danni solo in parte, l'obbligo risarcitorio si sarebbe astrattamente concentrato solo sul residuo. In disparte, però, ogni valutazione sul se l'ordinamento comunitario e, quindi, di riflesso quello costituzionale, in virtù del vincolo di conformazione, possano tollerare una sorta di risarcimento tardivo solo parziale (come quello che si è avuto per certi soggetti ai sensi della L. n. 370 del 1999, art. 11): questione questa che non è da discutere in questa sede.

5.3. E' da rilevare che la situazione di obbligo dello Stato Italiano di adempiere le direttive dopo la scadenza del termine del 31 dicembre 1982 perdurò a livello dell'ordinamento comunitario e, quindi, di riflesso con riguardo all'ordinamento interno fino al 20 ottobre 2007.

Queste le ragioni.

Le direttive 75/362/CEE e 75/363/CEE, nonché quella 82/76/CEE che le modificò vennero abrogate dall'art. 44 della direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, n. 93/16/CEE, la quale, però, oltre a confermare la loro disciplina (per come risultante dalla direttiva di modifica) a regime per i medici specializzandi a tempo pieno e parziale (all. 1, artt. 1 e 2, in relazione agli artt. 24 e 25), stabilì nello stesso art. 44 che, nonostante l'abrogazione, restassero "salvi gli obblighi degli Stati membri relativi ai termini per il recepimento", come da indicazione nell'allegato 3, parte B, nella quale, in riferimento alla direttiva 82/6/CE trovasi richiamato il termine del 31 dicembre 1982. Questa previsione comportava che gli Stati totalmente o parzialmente inadempienti alle direttive de quibus e, quindi, lo Stato Italiano, dovessero comunque considerarsi obbligati a livello comunitario all'adempimento tardivo.

La più recente direttiva 2005/36/CE a sua volta, oltre a dettare negli artt. 25-26 una nuova disciplina dei medici specializzati, nell'art. 62 ha previsto, però, l'abrogazione a partire dal 20 ottobre 2007 (cioè dalla data della sua entrata in vigore) della direttiva 93/16/CEE. Ne consegue che, per effetto dell'abrogazione anche dell'art. 44 sopra citato, a quella data è cessato l'obbligo dello Stato Italiano di adempiere, sia pure tardivamente, le direttive 75/362/CEE, 75/363/CEE e 82/76/CEE e ciò anche per gli effetti della sentenza che ne aveva accertato l'inadempimento.

Peraltro, non essendo immaginabile che l'ultima direttiva abbia inteso sacrificare i diritti risarcitori dei singoli ove già insorti e ancora esistenti, non è possibile ritenere che l'abrogazione li abbia fatto venire meno. Al riguardo, sarebbe stata necessaria una previsione espressa in tal senso oppure la previsione della sua retroattività, cioè della sua estensione ai diritti risarcitori già sorti. Ciò che è venuto meno, dunque, è solo l'obbligo comunitario dello Stato membro e, quindi, di quello Italiano, di adempiere la direttiva.

p. 6. Ciò premesso, si può passare ad esaminare la questione che a questo punto diventa decisiva ai fini dello scrutinio di entrambi i motivi, cioè quella della decorrenza del termine di prescrizione dell'azione risarcitoria sorta a carico dei soggetti che, a far tempo dal 31 dicembre 1982 si sono venuti a trovare nelle condizioni che, in presenza di un tempestivo adempimento a quella data delle dette direttive (e, per quello che qui interessa, della direttiva 82/76/CEE là

dove si riferiva ai medici specializzandi che avessero frequentato corsi di specializzazione in condizioni ragguagliabili a quelle del c.d. tempo pieno).

p. 6.1. E' da rilevare che questa questione non risulta pregiudicata da Cass. sez. un. n. 9147 del 2009, perchè essa - come emerge dal punto 4.10. della sua motivazione - dopo aver fatto un generico riferimento al "momento in cui il pregiudizio si è verificato", come momento in cui la pretesa risarcitoria è "insorta", non si è preoccupata in alcun modo di definire tale momento, perchè non era investita della questione e, con riferimento al caso di specie, ha rilevato che la prescrizione decennale non era decorsa, espressamente avvertendo che la sentenza di merito aveva affermato che la prescrizione decorreva dal conseguimento dell'attestato di specializzazione e che tale affermazione non aveva formato oggetto di impugnazione: le Sezioni Unite, dunque, si sono trovate a dover applicare il termine di prescrizione decennale in una situazione di esistenza di un giudicato interno sul dies a quo della sua decorrenza.

Nemmeno Cass. sez. un. n. 4547 del 2010 ha avuto modo di occuparsi del problema del dies a quo, perchè - come emerge dal secondo motivo - la sentenza di merito impugnata aveva ritenuto applicabile la prescrizione decennale facendola decorrere dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 257 del 1991 e l'impugnazione postulava solo l'applicabilità della prescrizione quinquennale di cui all'art. 2948 c.c., n. 4, sicchè le Sezioni Unite si sono limitate a ribadire l'applicabilità della prescrizione decennale riecheggando la sentenza n. 9147 del 2009.

Dopo Cass. sez. un. n. 9147 del 2009 due decisioni di sezioni semplici si sono, invece, occupate del problema del dies a quo. Ma solo una lo ha fatto sulla base della qualificazione dell'azione risarcitoria nei termini indicati dalle Sezioni Unite.

Si tratta di Cass. n. 5842 del 2010 che - di fronte ad una censura mossa alla sentenza di merito sul punto in cui aveva identificato l'inizio della decorrenza della prescrizione nella data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 257 del 1991, di attuazione della direttiva comunitaria n. 82/76, censura prospettata dai ricorrenti sotto il profilo che la direttiva non era stata ancora attuata, l'ha espressamente ritenuta assorbita per effetto della cassazione della sentenza in punto di natura dell'azione indennitaria esperibile (che era stata qualificata alla stregua dell'art. 2043 dal giudice di merito e la decisione ha qualificato, invece, secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite), ma ha anche osservato che "la data di attuazione della direttiva comunitaria nell'ordinamento interno è irrilevante, giacchè il fondamento della risarcibilità del danno postula solo che quest'ultimo si sia verificato dopo la scadenza del termine ultimo prescritto dalla norma comunitaria per il recepimento della direttiva nell'ordinamento interno; data che era, per le direttive nn. 362 e 362/195 del Consiglio il 20 dicembre 1976, e per la direttiva 82/76/CEE il 31 dicembre 1982, secondo quanto ribadito nell'allegato 3, parte B, della direttiva 5 aprile 1993 n. 93/16/CEE. Nella concreta fattispecie di causa, il danno di cui si discute, maturato con il conseguimento di un diploma di specializzazione non conforme alle prescrizioni comunitarie, era posteriore a quelle date, sicchè è con esclusivo riferimento alla data del danno che deve essere riconsiderata la questione del dies a quo di decorrenza della prescrizione".

In tal modo, si è identificato il dies a quo nella data del conseguimento del diploma di specializzazione successivamente alle date di entrata in vigore delle direttive (in realtà il riferimento avrebbe dovuto farsi solo alla data del 31 dicembre 1982, posto che l'art. 16 della direttiva 82/76 fissò a quella data il termine per l'adempimento delle previsioni da essa introdotte che modificarono o sostituirono alcune delle altre due direttive).

L'altra decisione che si è occupata della questione è Cass. n. 12814 del 2009, che, però, ignora la qualificazione dell'azione fatta dalle Sezioni Unite e, pur ammettendo (senza, però, alcuna rassegna della giurisprudenza della corte di Giustizia) che il principio della sentenza Emmott

sarebbe rimasto vigente, nell'applicare la prescrizione quinquennale all'azione qualificata come da illecito extracontrattuale, fa decorrere il termine di prescrizione, in asserita applicazione di quel principio, dall'entrata in vigore del citato D.Lgs., che considera espressamente, in modo assertorio e senza alcuna dimostrazione, come attuativo dell'esatta trasposizione del diritto comunitario.

Considerazione che il Collegio ritiene assolutamente non condivisibile, giusta i rilievi in precedenza svolti.

p. 6.2. Ritiene necessario il Collegio, a questo punto, di dover prendere posizione sulla tesi di Cass. n. 5842 del 2010.

p. 6.2.1. Essa non può essere condivisa, in primo luogo perchè non considera la particolare struttura dell'obbligo risarcitorio nascente a carico dello Stato per l'inadempimento di una direttiva che se attuata avrebbe comportato l'attribuzione di un diritto.

Questo obbligo si riferisce al danno che è originato alla situazione di inadempimento della direttiva.

Si tratta, tuttavia, di un obbligo i cui fatti costitutivi non si evidenziano necessariamente immediatamente per il fatto che si è verificata una situazione di inadempimento della direttiva, cioè per il fatto che lo Stato nazionale doveva adeguarsi alla direttiva entro una certa data e non lo ha fatto.

Può accadere, infatti, che immediatamente dopo tale scadenza si verifichi una situazione fattuale in presenza della quale un soggetto di un ordinamento interno, se lo Stato nazionale avesse adempiuto la direttiva, avrebbe acquisito il diritto previsto dalla direttiva (o come acquisizione di una situazione avente come contenuto una pretesa a conseguire un vantaggio o come pretesa a non sopportare uno svantaggio in presenza di certe condotte), ma può anche accadere che detta situazione fattuale si verifichi soltanto ben dopo la scadenza del termine di adempimento.

Può accadere, dunque, che, verificatasi l'inadempienza alla direttiva sorga subito dopo l'obbligo risarcitorio dello Stato nazionale, perchè la situazione fattuale de qua verso uno o più soggetti si verifica immediatamente, ma può benissimo accadere che, invece, dopo l'inadempienza quella situazione fattuale si verifichi solo a distanza di tempo (perdurando, naturalmente, l'inadempimento).

Questa considerazione evidenzia che fra la verifica dell'inadempimento dello Stato all'obbligo comunitario di adempiere una direttiva sufficientemente specifica nel riconoscere diritti ai singoli e l'insorgenza dell'obbligo dello Stato membro di risarcire il danno derivante dalla situazione di inadempienza non v'è affatto necessaria coincidenza, ma anzi di norma una discrasia.

Nel caso degli specializzandi, poichè le situazioni fattuali che, in presenza di adempimento delle note direttive avrebbero potuto far loro acquisire il diritto all'adeguata remunerazione ed alla idoneità del loro diploma (secondo che si trattasse di situazioni equivalenti al tempo pieno o al tempo parziale: le considerazioni che si vengono svolgendo valgono anche per questa situazione) si possono essere verificate solo successivamente al conseguimento del diploma, purchè a seguito di uno svolgimento sostanzialmente conforme a quanto previsto dalla direttive, è palese che l'operare del comportamento di inadempienza dello Stato italiano alle direttive e segnatamente l'aver lasciato decorrere la scadenza del 31 dicembre 1982 ha potuto assumere rilevanza quale fatto costitutivo in astratto dell'obbligo risarcitorio solo quando ciascuno dei soggetti interessati ha conseguito il diploma dopo quella data.

p. 6.2.2. Si è detto in astratto, perchè in concreto l'obbligo risarcitorio de quo ha potuto na-

scere, in realtà, come situazione giuridica soggettiva sul piano dell'ordinamento italiano soltanto quando il comportamento di inadempienza dello Stato Italiano, quale comportamento di inadempienza ad una direttiva, ha potuto svolgere il carattere di fatto normativo, cioè di fonte di produzione in detto ordinamento dell'obbligo risarcitorio verso i singoli.

Tale carattere non si può dire sussistente fin dal 1 gennaio 1983.

Esso si è evidenziato, in effetti, solo a seguito della già citata sentenza della Corte di Giustizia sul c.d. caso Francovich, la quale per la prima volta, ebbe a configurare l'inadempimento dello Stato membro ad una direttiva sufficientemente specifica nel riconoscere ai singoli un diritto, sia pure per il tramite dell'attività di adeguamento dello Stato membro, sostanzialmente operando come fonte di produzione nell'ordinamento interno dell'obbligo risarcitorio, quale situazione sorgente dall'inadempimento della direttiva attributiva di diritti, ma non self-executing, in presenza di situazioni concrete dei singoli che avrebbero loro consentito di acquisire i diritti nascenti dalla direttiva.

S'è già detto che il dictum della sentenza (poi ribadito qualche anno dopo dalla sentenza *Brasserie du Pecheur*), attesa l'efficacia vincolante nell'ordinamento interno della decisioni della Corte di Giustizia in guisa sostanziale di una vera e propria fonte del diritto oggettivo, ha avuto l'efficacia di introdurre nell'ordinamento italiano (come in buona sostanza hanno affermato le Sezioni Unite) una particolare fonte di obbligazioni risarcitorie, il cui fatto costitutivo è l'inadempienza ad una direttiva di quel contenuto.

Ne deriva che solo dalla pubblicazione della sentenza Francovich le situazioni fattuali degli specializzandi che avevano conseguito il diploma dopo il 31 dicembre 1982 a seguito di un corso che, in base alle note direttive avrebbe giustificato l'attribuzione dei diritti da esse previste, sono state giuridificate nel nostro ordinamento come idonee a giustificare l'obbligo risarcitorio.

L'assunto, naturalmente, vale per qualsiasi ipotesi di inadempienza a direttive di contenuto sufficientemente specifico nell'attribuzione di diritti da giustificare l'obbligo risarcitorio, verificatasi anteriormente alla sentenza Francovich.

Da tanto discende che, se l'obbligo risarcitorio verso gli specializzandi è sorto solo dopo la sentenza Francovich e, quindi, non era configurabile nell'ambito dell'ordinamento italiano anteriormente, la prescrizione del relativo diritto non può in alcun modo essere decorsa prima di quella sentenza, dato che non può iniziare il corso di una prescrizione di un diritto non ancora venuto ad esistenza (può notarsi che non a caso, prima della Francovich gli adempimenti inesatti di direttive venivano censurati dai singoli postulandosi, come se veduto esaminando la giurisprudenza successiva al caso Emmott, postulandosi l'applicazione delle direttive).

Conseguentemente, l'ipotesi che il corso della prescrizione del diritto risarcitorio di cui è processo sia iniziata dalla data, anteriore alla citata sentenza, in cui i singoli perfezionandi avevano conseguito il diploma non è in alcun modo sostenibile. E per tale assorbente ragione (in disparte quanto si dirà di seguito) si dissente da Cass. n. 5842 del 2010.

Potrebbe addirittura sostenersi che, essendosi la giurisprudenza comunitaria definitivamente assestata, dopo l'irruzione della sentenza Francovich nei suoi esatti termini soltanto con la sentenza *Brasserie du Pecheur*, come non manca di rilevare la dottrina quando deve individuare i caratteri dell'obbligo risarcitorio, addirittura solo dalla data di quella sentenza l'obbligo sia insorto nell'ordinamento italiano, con la conseguenza che a maggior ragione l'opinione da cui si dissente appare non condivisibile. Il diritto degli specializzandi, infatti, si potrebbe dire sorto addirittura soltanto dall'ottobre del 1996.

Non è, del resto, del tutto infondato, ma è prospettiva che non è necessario approfondire in

questa sede, dati i successivi svolgimenti di questa motivazione, che il riferimento alla sentenza *Brasserie du Pecheur* potrebbe addirittura essere necessitato sul piano comunitario, giustifica il rilievo sopra riportato, svolto nel punto (33) dalla sentenza sul caso *Danske Slagterier*, posto che la situazione di incertezza cui essa allude sul piano dell'ordinamento interno non può che essere riferita anche al grado di incertezza dei caratteri e delle regole poste dalla stessa giurisprudenza comunitaria, fino alla sua sistemazione precisa, sul piano dell'ordinamento interno, alla stregua del principio di effettività.

p. 6.3. Nessun rilievo, per le stesse ragioni, può essere riconosciuto all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 257 del 1991 (pubblicato nella G.U. del 16 agosto 1991, n. 191 e soggetto alla normale vacatio), che, com'è noto, pur dichiarando nella sua intestazione, di attuare la direttiva n. 82/76/CEE in concreto la attuò soltanto a decorrere dall'anno accademico 1991-1992 (art. 8 del D.Lgs.) e, quindi, de futuro, lasciando intatta la situazione di inadempienza dal 1 gennaio 1983 alla fine dell'anno accademico 1990-1991: poichè la sentenza *Francovich* è successiva all'entrata in vigore del D.Lgs. citato (31 agosto 1997, dato l'operare della normale vacatio dalla pubblicazione sulla G.U., avvenuta il 16 agosto precedente), quest'ultima non può avere fatto sorgere, quale atto evidenziatore di un soltanto parziale adempimento della direttiva, un diritto al risarcimento per l'inadempimento residuo.

6.4. Altra questione che a questo punto dev'essere esaminata è se una simile idoneità la vigenza del D.Lgs., possa averla acquisita a partire dal momento in cui sopravvenne la sentenza *Francovich* (o, secondo l'altra prospettiva adombrata dalla sentenza *Brasserie du Pecheur*). Ritiene il Collegio che la situazione determinatasi all'atto di tale sopravvenienza in ragione della vigenza del D.Lgs. n. 257, pur essendo di insorgenza del diritto al risarcimento del danno a favore dei medici specializzati che avevano conseguito il diploma di specializzazione fra il 1 gennaio 1982 e la chiusura dell'anno accademico 1990-1991, cioè in pratica di quelli non considerati dal D.Lgs., non si possa in alcun modo considerare idonea ad aver provocato a loro carico, a partire dalla pubblicazione della sentenza *Francovich* (o dalla *Brasserie du Pecheur*), il decorso della prescrizione decennale.

In particolare, il diritto al risarcimento sorse dopo la sentenza *Francovich* (ma analogo ragionamento varrebbe se si facesse riferimento alla *Brasserie du Pecheur*), ma il suo termine di prescrizione non iniziò il suo decorso. E questa costituisce comunque ulteriore ragione di dissenso dalla filosofia esegetica seguita da Cass. n. 5842 del 2010.

Queste le ragioni.

p. 6.4.1. Deve certamente ritenersi che, una volta sopravvenuta quella sentenza (o nell'altra prospettiva la *Brasserie du Pecheur*, ma, ripetesì, non rileva che si accolga l'una o l'altra), con i suoi effetti nell'ordinamento italiano nel senso precisato, tutte le situazioni fattuali relative ai medici specializzati comprese nell'indicato periodo, divennero giuridicamente qualificabili come individuatrici dell'obbligo di risarcimento danni alla stregua della sentenza stessa, per il fatto che esse, pur dovendo, secondo le note direttive, dare luogo ai diritti da esse riconosciute, non risultavano dall'ordinamento italiano così regolate per non essersi verificata l'attuazione delle direttive con riferimento ad esse. Si evidenziava, infatti, per i medici de quibus un danno rappresentato dalla perdita del beneficio che dal riconoscimento del diritto di cui alle direttive sarebbe stato conseguito e ciò sia per la mancata consecuzione dell'adeguata remunerazione prevista a favore dello specializzando, sia per la mancata attribuzione (ricorrendone le condizioni) di idoneità del diploma di specializzazione sul piano comunitario.

Tale situazione di danno, tuttavia, in tanto si configurava, in quanto perdurava il comportamento omissivo del legislatore interno di inattuazione delle direttive.

Il danno in questione, peraltro, non poteva dirsi prodotto dall'esistenza di tale comportamento in via definitiva, cioè una volta per tutte, sì che potesse considerarsi quale effetto ormai prodotto e ristorabile solo attraverso un'attività diversa dalla tenuta del comportamento, cioè dall'adempimento tardivo (e soddisfacente) della direttiva. Si trattava, invece, di un danno che, correlandosi ad un comportamento omissivo del legislatore italiano avrebbe potuto essere eliminato attraverso la spontanea tenuta da parte dello Stato del comportamento omesso, cioè l'emanazione di una normativa interna che attribuisse il diritto riconosciuto dalla direttiva. Emanazione cui del resto il legislatore italiano continuava ad essere tenuto.

E' vero che l'intervento legislativo si sarebbe potuto estrinsecare rimuovendo soltanto la situazione dannosa quanto al riconoscimento del diritto, cioè nella specie attribuendo una remunerazione e l'idoneità al diploma, e non anche con il riconoscimento dell'eventuale risarcimento del danno da ritardo nella consecuzione del diritto (ad esempio, a parte gli interessi e l'eventuale maggior danno sulla remunerazione, la perdita di occasioni di lavoro per la inidoneità del diploma). Nulla esclude, però, che l'intervento legislativo si sarebbe potuto estrinsecare in modo tale da prevedere anche l'eventuale ristoro del danno da ritardo. La possibilità di un intervento non soddisfacente del danno da ritardo, proprio perchè solo potenziale lasciava intatta la struttura della fattispecie nel senso che il danno nella sua interezza continuasse ad essere prodotto de die in die dalla permanenza dell'inadempimento.

Poichè la posizione dei soggetti interessati, era, dunque, tale che non poteva trovare soddisfazione soltanto attraverso la pretesa risarcitoria, ma poteva essere soddisfatta attraverso il comportamento unilaterale dello Stato Italiano di adempimento soddisfacente della direttiva, comportamento che, del resto, lo Stato Italiano continuava a dover tenere secondo l'ordinamento comunitario, la situazione di danno si presentava non come effetto ormai determinato, ma come effetto determinato de die in die.

Il primo modo di soddisfazione, d'altro canto, era nell'esclusiva disponibilità dello Stato Italiano, trattandosi di attività legislativa ed i soggetti interessati non avevano alcun potere di provocarlo. Tale non era - in disparte proprio il carattere di denuncia e non di modo per ottenere tutela diretta - l'eventuale denuncia dell'inadempimento delle direttive (o meglio la persistenza dell'inadempimento) alla Corte di Giustizia, posto che quella Corte l'aveva già dichiarata fin dal 1987.

La Corte di Giustizia, del resto, sulla vicenda è intervenuta con le sentenze 25 febbraio 1999, Carbonari, C-131-97 (per gli specializzandi a tempo pieno) e 3 ottobre 2000, Gozza, C-371-97 (per gli specializzandi a tempo parziale), ma per dichiarare che le note direttive riconoscevano in modo sufficientemente specifico diritti agli specializzandi a tempo pieno ed a tempo parziale e, quindi, per chiarire che la vicenda ricadeva sotto la giurisprudenza inaugurata dalla sentenza Francovich.

La permanenza della condotta dello Stato italiano di omissione dell'adempimento delle direttive era tale, in sostanza, da determinare continuativamente la permanenza dell'obbligo risarcitorio e, quindi, in definitiva del danno. L'obbligo risarcitorio e, quindi, il danno vedevano continuamente rinnovata la loro fonte de die in die da tale permanenza. La situazione di danno non era qualificabile come un effetto ormai prodotto, ma come un effetto continuativamente determinato dalla condotta statale.

In definitiva, il danno sorto a far tempo dalla sentenza Francovich ed il relativo diritto risarcitorio sono configurabili come determinati dalla permanenza della condotta di inadempimento del diritto comunitario in non diversa guisa da come lo è, per semplificare, il danno da persistenza di una situazione dannosa relativa ad un immobile di proprietà di alcuno, la quale ca-

gioni danno alla proprietà di altri: in questo caso il danno da permanenza di quella situazione sulla proprietà altrui da luogo (oltre che al diritto al risarcimento dei danni verificatisi sulla propria proprietà) al diritto all'eliminazione della situazione dannosa esistente sulla proprietà altrui e ciò come diritto ad una prestazione specifica, cioè all'attività necessaria per rimuovere la situazione dannosa originante il danno. Si tratta di un diritto risarcitorio in forma specifica che, in quanto la situazione dannosa permane per effetto della condotta lesiva dell'altro proprietario (che non procede all'eliminazione della situazione dannosa), non vede correre il corso della prescrizione fintanto che detta condotta permanga, giacché il diritto si ricollega de die in die a tale permanente condotta (si veda, per riferimento, Cass. n. 5831 del 2007).

Poichè, di fronte all'inadempimento della direttiva da parte dello Stato ed alla permanenza della condotta di inadempimento, il diritto all'eliminazione della situazione dannosa dal punto di vista del singolo è soltanto quello al risarcimento del danno per equivalente originato dalla situazione di inadempimento e non quello all'adempimento specifico della direttiva (che, comunque, continua, a connotare la situazione statutale come di obbligo), in questo caso il diritto al risarcimento del danno per equivalente si ricollega de die in die alla permanenza della condotta di inadempimento. I soggetti interessati legittimamente si trovano in una situazione di attesa e conservano il loro diritto risarcitorio.

p. 6.4.2. Parte della dottrina e della giurisprudenza di merito ha sostenuto, sia pure nella prospettiva di attribuire rilievo all'emanazione del D.Lgs. n. 257 del 1991, sul presupposto erroneo che l'obbligo risarcitorio fosse configurabile prima della sentenza Francovich (ma il discorso potrebbe valere a far tempo da detta sentenza e dev'essere esaminato in questa prospettiva), che esso, quale atto costituente adempimento parziale delle direttive, avrebbe avuto l'effetto di far cessare la situazione di permanenza dell'inadempimento, come giustificativa dell'obbligo risarcitorio, sì da fare acquisire a tale obbligo ed al danno correlato la natura di effetti ormai indipendenti dalla condotta del legislatore. Il significato di questo assunto è che un qualsiasi adempimento parziale (e nella specie parziale sotto il profilo soggettivo, essendosi contemplati nel D.Lgs. solo i soggetti specializzati a partire dall'anno accademico 1991-1992), o trasposizione inesatta, di una direttiva sufficientemente idonea al riconoscimento di diritti ai singoli, pur con obbligo di attuazione da parte degli Stati membri, trasformi l'obbligo risarcitorio insorto (se la vicenda si colloca dopo la Francovich) a far tempo dal verificarsi delle situazioni fattuali in presenza delle quali la disciplina interna avrebbe dovuto attribuire il diritto previsto dalla direttiva, in una situazione definitiva, cioè ormai indipendente dal comportamento statutale di inadempimento, anche se non è chiaro se tale definitività si configuri anche sotto il profilo di una indifferenza ad atti successivi dello Stato membro di adempimento delle direttive. Si che il danno derivatone sia da considerare come un effetto ormai indifferente e non retto dalla condotta del legislatore.

Questa ricostruzione, non lo si dice, parrebbe avere come necessaria implicazione che lo Stato membro non possa più adempiere la direttiva, ma solo risarcire il danno. Senonchè, non è dato comprendere su base comunitaria come ciò sia sostenibile e nel caso di specie l'obbligo di adeguarsi alle note direttive è stato confermato fino al 20 ottobre 2007. Non è ipotizzabile, dunque, che l'adempimento parziale di una direttiva possa mutare la situazione dello Stato membro rispetto alla parte inadempita. La condotta totalitaria di inadempimento viene, infatti, soltanto sostituita da una condotta minore, cioè parziaria.

In realtà, un adempimento parziale della direttiva è fenomeno che si presta a queste considerazioni.

p. 6.4.3. In primo luogo, appare necessaria una riflessione preliminare: l'adempimento alla

direttiva da parte del legislatore nazionale suppone un atto normativo e, quindi, un atto che si concreta in una manifestazione astratta, posto che la normativa di adempimento si deve correlare alle previsioni della direttiva che riconosce il diritto e lo riconosce necessariamente riferendolo a categoria astratte di soggetti in presenza di determinate condizioni.

Fatta questa premessa, occorre distinguere due casi.

p. 6.4.4. Il primo è quello in cui la direttiva, dopo un periodo di inadempimento, viene attuata nei confronti di tutti i soggetti riguardo ai quali prevede diritti e, tuttavia, tali diritti vengono riconosciuti solo in parte sul piano oggettivo, cioè o - essendo previsti più diritti - ne vengono riconosciuti alcuni e non altri, o il diritto o i diritti vengono riconosciuti in modo insufficiente. In questo caso la legge interna di adempimento è una legge che si presenta come atto legislativo che contempla tutta la platea dei soggetti che doveva considerare secondo la direttiva. Qualora, anteriormente alla legge interna, si fossero verificate situazioni di fatto che, se la direttiva fosse stata attuata, avrebbero dato origine ai diritti previsti da essa, e che, quindi, in ossequio alla giurisprudenza Francovich hanno dato luogo al sorgere dell'obbligo risarcitorio a favore di detti soggetti, la situazione di permanenza della condotta di inadempimento dello Stato interno che determinava de die in die l'obbligo risarcitorio, risulta oggettivamente mutata e sostituita da una situazione nella quale l'adempimento parziale sul piano oggettivo (o sotto il profilo del riconoscimento di taluni diritti o sotto il profilo del riconoscimento parziale del o dei diritti) si presta ad essere apprezzato da parte dei soggetti de quibus, che sono considerati dalla normativa interna e, quindi, sulla base di essa si vedono attribuiti solo taluni diritti o un diritto parziale, come situazione che determina il soddisfacimento parziale e proporzionale dell'interesse sotteso antecedentemente all'obbligo risarcitorio derivato dalla precedente situazione di inadempimento totale.

Non solo: la nuova situazione si presta ad essere interpretata sia come significativa della volontà dello Stato membro di non procedere più all'ulteriore adempimento della direttiva, sia in senso opposto, cioè come riserva di procedervi.

L'adempimento parziale, dal punto di vista dei soggetti interessati, ha, tuttavia, anche il significato di incidere pro parte sull'obbligo risarcitorio in precedenza sussistente. Mentre prima la situazione dei soggetti in discorso era di mera attesa e la protrazione dell'attesa determinava l'esistenza dell'obbligo risarcitorio in modo permanente, la nuova situazione è, invece, tale che quest'obbligo è in parte venuto meno per il carattere satisfattivo dell'intervento statale. Al comportamento statale di totale inadempimento si è sostituito un nuovo comportamento, di adempimento parziale, il quale ha anche inciso direttamente sulla situazione concreta dei soggetti in discorso soddisfacendola.

Ebbene, mentre la (precedente) condotta di totale inattuazione della direttiva, stante l'obbligo comunitario di adempiere anche dopo la scadenza del termine, è condotta che, in quanto meramente negativa, si prestava ad essere apprezzata solo come comportamento che poteva durare nel tempo o poteva cessare e che perciò valeva a sorreggere l'obbligo risarcitorio de die in die e che, dunque, finché la scelta non fosse stata esercitata, lasciava il soggetto interessato in una situazione di attesa, si da giustificare che la prescrizione del relativo diritto secondo il diritto interno non corresse, per essere tale obbligo permanentemente determinato da detta condotta, viceversa la condotta di attuazione tardiva parziale della direttiva, determinando il parziale soddisfacimento in via specifica del diritto o della parte di diritto previsto dalla direttiva e, quindi, di riflesso ed in proporzione incidendo sulla pretesa risarcitoria (salvo che per l'eventuale danno da ritardo) dell'interessato, mutandone il contenuto quantitativo, è condotta che si presta ad essere diversamente apprezzata. E ciò, proprio perché incide direttamente

su detta pretesa, si concreta in un effetto positivo, che perchè tale si presta ad essere apprezzata come manifestazione potenzialmente significativa dell'intento di non adempiere il residuo. Un adempimento parziale, in sostanza, determina una situazione nella quale per il residuo è ragionevole pensare che lo Stato membro non procederà a successivi atti di adempimento.

Ne deriva che i soggetti interessati che vantavano l'obbligo risarcitorio in precedenza commisurato alla situazione di totale inadempienza della direttiva debbono ragionevolmente considerare che l'azionamento di tale obbligo residuo sia ormai una prospettiva di tutela necessaria. Ne consegue che nell'ordinamento italiano l'obbligo risarcitorio residuo non è più apprezzabile dai soggetti interessati come determinato de die in die da una condotta di inadempimento dello Stato, che potrebbe trasformarsi in adempimento, bensì è apprezzabile come un effetto tendenzialmente determinato ormai una volta per tutte, perchè è credibile che lo Stato non procederà all'adempimento residuo. Da tanto discende che rispetto al residuo obbligo risarcitorio si deve ritenere che inizi a decorrere il termine di prescrizione ordinario decennale, che prima dell'adempimento parziale non era decorso, atteso che è ragionevole che i soggetti interessati possano fondatamente dubitare che la nuova situazione di inadempimento parziale sia una situazione che lo Stato potrebbe provvedere a risolvere con un adempimento pieno.

In sostanza, nell'ipotesi in questione la successione ad una situazione di inadempimento totale, che poneva gli interessati in una condizione di mera attesa, stante l'assoluta incertezza sul se lo Stato avrebbe adempiuto tardivamente oppure no, di una nuova situazione di parziale adempimento e, quindi, di inadempimento parziale, si presta ad essere intesa come comportamento ragionevolmente (anche se non necessariamente) significativo di una volontà di non provvedere per il residuo.

Per tale ragione si giustifica che il soggetto interessato debba agire a tutela del residuo obbligo risarcitorio e, quindi, che inizi la decorrenza del termine di prescrizione decennale. Tale residuo obbligo risarcitorio si presta, cioè, ad essere considerato come effetto ormai consolidato e, quindi, da considerarsi alla stregua degli effetti dannosi istantanei riguardo alla condotta dell'inadempiente e non più permanentemente determinati da detta condotta.

p. 6.4.5. L'altro caso da considerare è quello in cui la direttiva riconosca il diritto in modo sufficientemente specifico ad una certa platea di potenziali soggetti e - successivamente alla scadenza del termine per il suo adempimento ed in una situazione nella quale vari soggetti rientranti in quella platea si siano venuti a trovare nella condizione in cui, se la direttiva fosse stata già attuata, avrebbero acquisito il diritto riconosciuto dalla legislazione statale di attuazione, di modo che, quindi, sia sorto a loro favore l'obbligo risarcitorio dello Stato determinato dalla (permanente) condotta di inadempimento della direttiva - lo Stato adotti un atto legislativo di attuazione della direttiva parziale non più sotto il profilo oggettivo, bensì sotto il profilo soggettivo, nel senso che riconosca il diritto, naturalmente sempre per previsioni generali riferite al trovarsi essi in determinate condizioni comuni, soltanto a taluni di quei soggetti (o meglio a talune categorie di essi versanti nelle stesse condizioni fattuali) e non agli altri.

A questa situazione può essere equiparata quella in cui il riconoscimento venga fatto solo per il futuro, cioè soltanto in favore dei soggetti che si vengano a trovare nella condizione prevista dalla direttiva successivamente all'entrata in vigore dell'atto legislativo, in modo tale, dunque, che si abbia un adempimento della direttiva de futuro, cioè a partire dalla data dell'entrata in vigore dell'atto legislativo.

Questa seconda è la situazione determinatasi per effetto dell'emanazione del D.Lgs. n. 257 del 1991 a far tempo, secondo quanto sopra si è osservato, dalla sopravvenienza della sentenza Francovich.

Ebbene questa situazione, rappresentando un adempimento parziale delle note direttive soltanto per i soggetti specializzandi a partire dall'anno accademico 1991-92, lasciò del tutto immutata la situazione dei soggetti che, successivamente al 31 dicembre 1982 e fino all'anno accademico 1990-1991, si erano venuti a trovare in una condizione la quale, in presenza di una già avvenuta attuazione della direttiva, li avrebbe resi destinatari dei diritti riconosciuti dalle direttive e trasfusi nel provvedimento legislativo interno attuativo. Il D.Lgs. n. 257, infatti, non riguardò in alcun modo tali soggetti, naturalmente considerati non nominati, ma come categorie accomunate dall'aver frequentato corsi di specializzazione negli stessi anni. Ora, ed il discorso vale in generale per il caso che si sta considerando, l'adozione di una direttiva di adempimento parziale sotto il profilo soggettivo, a differenza di quella parziale sul piano soltanto oggettivo è un comportamento che si presenta del tutto ininfluenza sulla situazione di quei soggetti che - per essersi trovati dopo la scadenza del termine per l'adozione, nelle condizioni fattuali che, se la direttiva fosse stata adempiuta tempestivamente, avrebbero fatto loro acquisire i relativi diritti - hanno acquisito il diritto al risarcimento del danno, sono diventati cioè titolare attivi del relativo obbligo risarcitorio. Poiché la direttiva di adempimento parziale sul piano soggettivo non li contempla, perchè la situazione in relazione alla quale realizza l'adempimento parziale non è ad essi riferibile e non lo è al livello della previsione astratta della legge di adempimento, la loro condizione resta assolutamente immutata dopo l'adozione dell'atto legislativo de quo.

In particolare, l'obbligo risarcitorio che li riguarda non è in alcun modo inciso e, quindi, deve ritenersi che la nuova situazione determinatasi non sia idonea a provocare nei loro confronti la cessazione dell'attitudine dell'inadempimento statutale a svolgere i suoi effetti in modo permanente. Il carattere permanente dell'inadempimento quale fonte dell'obbligo risarcitorio non viene in alcun modo meno cioè, perchè tale obbligo non è in alcun modo toccato. Così come la prescrizione non correva prima non può correre dopo, perchè la situazione non è dei soggetti in questione è rimasta immutata.

Da questo caso dev'essere distinta una sottopotesi, che è quella nella quale l'intervento tardivo di adempimento della direttiva si riferisca anche alle situazioni astratte nelle quali versavano i soggetti nei cui confronti si erano verificati i presupposti di fatto che in presenza di attuazione della direttiva avrebbero fatto loro acquisire il diritto, e, tuttavia, in relazione ad esse riconosca il diritto soltanto a quei soggetti che nel loro ambito si trovino in particolari condizioni fattuali. In questo caso la legge di adempimento tardivo interviene con riferimento alla situazione di inadempimento di una certa categoria di soggetti aventi posizione comune riguardo alla direttiva comunitaria anche sul piano fattuale, ma, all'interno questa posizione comune attribuisce il diritto dando rilievo a determinate circostanze di fatto ulteriori, per cui, con riguardo alla stessa situazione astratta, il diritto viene riconosciuto anzichè a tutti solo ad alcuni, quelli che versino in tali circostanze ulteriori, del tutto estranee alla classe di situazioni contemplate dalla direttiva.

E' vero che in tali casi l'obbligo risarcitorio dei soggetti esclusi non viene inciso, perchè non risulta soddisfatto l'interesse inattuato in relazione al quale era sorto. Tuttavia, l'atteggiamento statutale di discriminazione legislativa fra i soggetti che rientrano nella stessa categoria astratta, si presta ad essere apprezzata da parte dei soggetti esclusi come ragionevolmente significativo, ancorchè a livello probabilistico, della volontà statutale di non adempiere successivamente per gli esclusi.

Ne discende che appare ragionevole esigere che la situazione di costoro non benefici più dell'incidenza di una permanente condotta di inadempimento statutale, bensì si connoti in via pro-

babilistica come dipendente da una scelta definitiva di non provvedere all'adempimento. Si che la situazione dannosa in cui i soggetti appartenenti alla stessa categoria rimasti esclusi versano, si profila ormai apprezzabile tendenzialmente come un effetto ormai definitivo della condotta di inadempimento.

In tale situazione, che non appare ragionevolmente riconducibile in modo certo alla permanenza di una condotta di inadempimento che può cessare da un momento all'altro, bensì verosimilmente ad una condotta definitiva, è giustificato ritenere che l'obbligo risarcitorio debba ormai essere considerato dai soggetti in discorso come l'unica prospettiva di tutela, in quanto la situazione non è più apprezzabile sub specie come determinata dalla permanenza di una condotta di inadempimento cagionante l'obbligo risarcitorio de die in die.

p. 6.4.6. Ora, con riferimento alla vicenda degli specializzandi non contemplati dal D.Lgs. n. 257 del 1991, lo Stato Italiano, successivamente alla citata sentenza della Corte di Giustizia sul caso Carbonari, ha ritenuto - con la L. 19 ottobre 1999, n. 370, art. 11 - di procedere ad un sostanziale atto di adempimento parziale soggettivo nei confronti di tutte le categorie astratte in relazione alle quali dopo il 31 dicembre 1982 si erano potute verificare le condizioni fattuali idonee a dare luogo all'acquisizione dei diritti previsti dalle note direttive e che non risultavano considerate dal detto D.Lgs. (cioè quelle degli ammessi alle specializzazioni per gli anni accademici dal 1983-1984 al 1990-1991), ma lo ha fatto considerando all'interno di tali categorie soltanto i soggetti destinatari di talune sentenze passate in giudicato del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio. Quindi, dando rilievo a particolarità fattuali del tutto estranee all'astrattezza del dovere di adempimento, sia pure riferito a categorie di soggetti in identica condizione: l'esistenza dei detti giudicati, infatti, era una circostanza di fatto del tutto estranea alle fattispecie astratte riguardo alle quali era mancato l'adempimento.

Ebbene, in base alle considerazioni che si sono venute svolgendo, si deve ritenere che l'entrata in vigore della suddetta norma, avvenuta il giorno successivo alla sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (giusta l'art. 13), cioè il 27 ottobre 1999, abbia determinato una situazione nella quale la condotta di inadempimento dello Stato verso i soggetti esclusi, cioè quelli dei corsi di specializzazione per gli indicati anni accademici estranei ai giudicati richiamati dalla norma, fino a quel momento determinante con efficacia permanente l'obbligo risarcitorio, ha cessato di poter essere ragionevolmente intesa come tale. Con la conseguenza che, essendo divenuto l'obbligo risarcitorio apprezzabile come un effetto della condotta di inadempimento ormai definitivo, si deve ritenere che da tale pubblicazione sia iniziato il decorso della prescrizione ordinaria decennale ai sensi dell'art. 2046 c.c., della pretesa risarcitoria, dapprima invece non iniziato perchè la condotta di inadempimento era apprezzabile come condotta permanente.

Ne discende che il diritto al risarcimento del danno da mancata adeguata remunerazione della frequenza della specializzazione degli specializzandi medici ammessi alle scuole negli anni 1983-1991 si intende prescritto solo alla condizione che i medesimi non abbiano agito giudizialmente o non abbiano compiuto atti interruttivi del corso della prescrizione decennale entro il 27 ottobre 2009.

Naturalmente, lo si precisa per competenza, ove taluno avesse, anteriormente a quella data, manifestato la sua pretesa anteriormente in via stragiudiziale senza darvi ulteriore corso oppure attraverso un'azione giudiziale poi lasciata estinguere, poichè tali manifestazioni rivestono valore di atti di esercizio del diritto, si dovrà ritenere che in tali casi la prescrizione decennale sia decorsa da tali manifestazioni di esercizio del diritto, posto che la reazione contro la permanenza della condotta inattuativa rende irrilevante la sua permanenza siccome giustificativa del fatto che la prescrizione non debba correre.

p. 6.4.7. Come già adombrato in precedenza la circostanza che il 20 ottobre 2007 sia cessato l'obbligo dello Stato Italiano di adempiere le note direttive, non ha, invece, determinato alcun effetto sull'obbligo risarcitorio verso i soggetti versanti in situazioni fattuali pregiudicate dall'inadempimento. Di modo che eventuali azioni giudiziali o atti di interruzione del corso della prescrizione verificatisi fra detta data ed il 27 ottobre 2009 hanno comunque riguardato diritti risarcitori (già sorti) in alcun modo pregiudicati dalla cessazione di quell'obbligo.

p. 7. Dalle considerazioni svolte consegue che la sentenza impugnata, pur essendo erronea nella motivazione con cui ha attribuito il significato qui disconosciuto alla nota sentenza Emmott, appare corretta nel dispositivo, là dove ha concluso che il diritto al risarcimento del danno per la mancata percezione dell'adeguata remunerazione non risulta prescritto: avendo gli attori agito in giudizio nell'aprile del 2001 e gli intervenienti comunque nel decennio dal 27 ottobre 2009, la prescrizione non era ancora decorsa al momento dell'azione, onde bene la Corte territoriale ha ritenuto le loro pretese non prescritte.

p. 8. La seconda censura del secondo motivo è inammissibile, perchè non è pertinente alla motivazione della sentenza impugnata, la quale, nel decidere le sole questioni preliminari e, particolarmente e per quanto qui rileva, oltre che quella di qualificazione dell'azione, quella di prescrizione, ha espressamente demandato all'attività istruttoria che gli stessi appellanti ed ora qui resistenti avevano sollecitato, l'accertamento in capo ad ognuno (e, naturalmente, secondo la tipologia dell'impegno nel corso di specializzazione) "dei requisiti occorrenti per avere diritto alla remunerazione richiesta".

Sarà l'istruzione che la Corte territoriale si è riservata ad accertare se la frequenza del corso di specializzazione da parte di ognuno dei resistenti richiesti è avvenuta con modalità tali da integrare una situazione fattuale che avrebbe giustificato, ove la direttiva fosse stata attuata al momento della frequenza, il riconoscimento di un'adeguata remunerazione o per essere detta frequenza rifondibile al cd. tempo pieno o al tempo parziale per come definiti dalla normativa comunitaria stessa.

p. 9. Il ricorso è, conclusivamente, rigettato con la correzione della motivazione nei termini indicati sia quanto alla qualificazione dell'azione, sia quanto alla prescrizione ed al suo dies a quo.

La correzione della motivazione su questo secondo punto si giustifica sulla base dei seguenti principi di diritto:

a) nel caso di direttiva comunitaria sufficientemente specifica nell'attribuire diritti ai singoli, ma non self-executing, l'inadempimento statale alla direttiva determina una condotta idonea a cagionare in modo permanente un obbligo di risarcimento danni a favore dei soggetti che successivamente si vengano a trovare in condizioni di fatto tali che, se la direttiva fosse stata adempiuta, avrebbero acquisito il o i diritti da essa riconosciuti, con la conseguenza che la prescrizione decennale del relativo diritto risarcitorio non corre, perchè la condotta di inadempimento statale cagiona l'obbligo risarcitorio de die in die;

b) qualora, nel caso sub a), intervenga un atto legislativo di adempimento parziale della direttiva sotto il profilo oggettivo verso tutti i soggetti da essa contemplati, dall'entrata in vigore di detto atto inizia il decorso della prescrizione decennale dell'azione di risarcimento danni di tali soggetti per la parte di direttiva non adempiuta;

c) qualora, nel caso sub a), intervenga invece un atto legislativo di adempimento della direttiva che sia parziale sotto il profilo soggettivo, nel senso che, o provveda solo per il futuro, o provveda riguardo a determinate categorie di soggetti fra quelle cui la direttiva era applicabile, accomunate esclusivamente dal mero dato temporale della verifica delle situazioni di fatto

giustificative dell'acquisto del diritto o dei diritti per il caso che la direttiva fosse stata attuata tempestivamente, il corso della prescrizione per i soggetti esclusi non inizia, perchè la residua condotta di inadempimento sul piano soggettivo continua a cagionare in modo permanente il danno e, quindi, a giustificare l'obbligo risarcitorio;

d) qualora, sempre nel caso sub a), l'atto di adempimento parziale sul piano soggettivo concerna invece alcuni dei soggetti riguardo ai quali si erano verificate situazioni di fatto giustificative dell'acquisto del diritto o dei diritti per il caso che la direttiva fosse stata attuata tempestivamente, scelti, però, sulla base di circostanze fattuali diverse dal mero dato temporale che li accomuna, la condotta di inadempimento per i soggetti esclusi non può più dirsi cagionare in modo permanente la situazione dannosa nei loro confronti, con la conseguenza che riguardo ad essi inizia il corso della prescrizione decennale del diritto al risarcimento;

e) il diritto al risarcimento del danno da inadempimento della direttiva n. 82/76/CEE, riasuntiva delle direttive n. 75/362/CEE e n. 75/363/CEE, insorto a favore dei soggetti che avevano seguito corsi di specializzazione medica negli anni dal 1 gennaio 1983 all'anno accademico 1990-1991 in condizioni tali che se detta direttiva fosse stata adempiuta avrebbero acquisito i diritti da essa previsti, si prescrive nel termine di dieci anni decorrente dal 27 ottobre 1999, data di entrata in vigore della L. n. 370 del 1999, art. 11.

p. 10. La consapevolezza da parte del Collegio della estrema delicatezza delle questioni esaminate e l'innovatività della soluzione prospettata, nonchè il carattere notoriamente diffuso ed ormai annoso delle controversie in subiecta materia, suggerisce, a fini di nomofilachia ed allo scopo di evitare la possibile insorgenza di ulteriori questioni, l'enunciazione di un'ulteriore considerazione aggiuntiva che porterebbe alla stessa conclusione raggiunta sopra, pur nell'ottica di una ipotesi di decorrenza del dies a quo del corso della prescrizione decennale dalla sentenza Francovich (o, più correttamente dalla sentenza Brasserie du Pêcheur, siccome imporrebbe il punto (33) della sentenza Danske Slagterier), motivata dal rifiuto di considerare la permanenza della condotta di inadempimento dello Stato come rinnovante de die in die il diritto al risarcimento del danno.

p. 10.1. Queste le ragioni.

Il decorso del termine decennale, iniziato dalla citata sentenza, cioè dal momento dell'insorgenza del diritto al risarcimento del danno, dovrebbe, infatti, reputarsi interrotto alla data di entrata in vigore della L. 19 ottobre 1999, n. 370, art. 11, poichè la manifestazione statale con tale atto legislativo della volontà di adempiere, sia pure per taluni soggetti, le note direttive dovrebbe considerarsi equivalente ad un riconoscimento del diritto di tutti i soggetti rimasti esclusi fino a quel momento dall'adempimento parziale soggettivo de futuro verificatosi con il D.Lgs. n. 257 del 1991. Non varrebbe ad escludere la configurabilità di tale efficacia nell'atto legislativo del 1999 la circostanza che esso contemplava solo alcuni soggetti, quelli di cui ai noti giudicati: è sufficiente osservare che nella specie il diritto riguardo al quale lo Stato era inadempiente era quello che la direttiva riconosceva a tutti i soggetti rimasti esclusi e che la manifestazione legislativa appare come un atto che necessariamente, prima di provvedere - quasi con legge c.d. provvedimento - riguardo ad essi soltanto, fu oggettivamente ricognitivo di questa situazione di tutti i soggetti (perchè l'inadempimento della direttiva era riferibile a tutti) e solo gradatamente nella sua concreta specificazione riguardò esclusivamente taluni. Si vuoi dire, cioè, che con l'art. 11 citato lo Stato Italiano ha necessariamente riconosciuto la sua situazione di inadempienza alla direttiva e, poichè in riferimento all'ordinamento comunitario su tale situazione non poteva disporre se non con riferimento alla sua interezza e, quindi, solo come tale poteva riconoscerla, il valore sotteso all'esercizio dell'attività legislativa

sarebbe, sotto il profilo dell'art. 2944 c.c., necessariamente riferibile alle situazioni di tutti i soggetti cui l'inadempienza si riferiva. Onde il riconoscimento dell'inadempienza e, quindi, del diritto avrebbe operato e sarebbe riferibile a tutti.

Questa interpretazione si imporrebbe, del resto, come l'unica valida sul piano costituzionale, sia in ossequio al principio generale di eguaglianza, sia sulla base dell'art. 117 Cost., comma 1, perchè un comportamento statuale di riconoscimento della propria inadempienza attraverso un atto legislativo di tardivo adempimento necessariamente dovrebbe estrinsecarsi nei riguardi di tutti i soggetti cui la direttiva non self-executing attribuisce diritti e non solo nei confronti di alcuni. E ciò perchè sarebbe contrario all'ordinamento comunitario un riconoscimento nei confronti di taluni e non di altri.

Dovendo privilegiarsi l'interpretazione costituzionale, la soluzione ipotizzata nel senso del riconoscimento valido nei confronti di tutti avrebbe allora comportato l'interruzione del corso della prescrizione decennale iniziato dalla sentenza Francovich (o più verosimilmente da quella Brasserie du Pêcheur, giusta le considerazioni in precedenza svolte) e non ancora maturato per alcuno degli interessati e il decorso di un nuovo termine di prescrizione decennale che sarebbe venuto a scadere soltanto (e nuovamente) il 27 ottobre 2009.

p. 10.2. Non è senza fondamento, in fine, rilevare che, nell'ottica delle considerazioni del punto (33) della sentenza Danske Slagterier, la ricostruzione appena ipotizzata si giustificerebbe anche per evitare che la Corte di Giustizia - attesa la travagliatissima vicenda di cui si è discusso nell'ordinamento interno, sia sotto il profilo delle incertezze sulla giurisdizione (terminate solo nel 2005 ed in situazione ante l'introduzione del noto principio della translatio), sia sotto il profilo della individuazione dell'azione esperibile e del suo termine di prescrizione (terminate solo con la sentenza delle SS.UU. n. 9147 del 2009) - ove investita di un'esegesi dell'ordinamento interno che non riconoscesse o la soluzione qui sostenuta o quella subordinata appena indicata, possa dirla non conforme al diritto comunitario adducendo giustificatamente l'oggettiva incertezza della situazione interna al nostro ordinamento.

p. 11. Un'ultima notazione il Collegio ritiene di fare.

Le considerazioni che si sono svolte a proposito della possibilità di un adempimento tardivo della direttiva e della possibile incidenza esaustiva o meno sull'obbligo di risarcimento del danno non vogliono in alcun modo escludere che eventuali atti legislativi di adempimento non esaustivi possano, al lume della giurisprudenza comunitaria essere considerati come eventualmente elidenti l'obbligo risarcitorio pur non soddisfatto integralmente. Ipotesi questa che - come in precedenza s'è già adombrato - occorrerà verificare alla luce di detta giurisprudenza.

p. 12. L'oggettiva incertezza delle questioni esaminate induce a compensare le spese del giudizio di cassazione.

P.Q.M.

La Corte dichiara inammissibile l'intervento. Rigetta il ricorso.

Compensa le spese del giudizio di cassazione fra tutte le parti.

Trattamenti economici e contributi previdenziali dei lavoratori negli appalti pubblici: l'estensione soggettiva del regime di solidarietà di cui al comma 2 dell'art. 29 D.Lgs. 276/2003

(Nota a Corte d'appello di Torino, Sezione lavoro, sentenza 1 agosto 2011 n. 896)

Adolfo Mutarelli*

Con la decisione in rassegna la Corte di Appello di Torino, mutando il proprio consolidato orientamento, si è apertamente schierata per la inapplicabilità alla pubblica amministrazione (quale stazione appaltante) dell'art. 29 d.lgs. 20 settembre 2003, n. 276 (nel testo come modificato ad opera dell'art. 6 d.lgs. 6 ottobre 2004, 251 e dell'art. 1, comma 911 della l. 27 dicembre 2006, n. 296) secondo cui «in caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti e i contributi previdenziali dovuti».

La sentenza, pur non segnalandosi per una particolare ricchezza di spunti ricostruttivi, si connota tuttavia per la decisa presa di posizione nei confronti dell'orientamento, invero più nutrito, favorevole all'estensione del regime di solidarietà previsto dal ricordato art. 29 nel settore degli appalti pubblici.

È agevole osservare l'enorme rilievo che riveste la sollevata problematica dell'estensione soggettiva del regime di solidarietà in esame. Mentre infatti per l'art. 1676 c.c. il committente risponde nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore nei limiti e «fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore nel tempo in cui essi propongono la domanda», per l'art. 29 d.lgs. 276/2003 tale limite non sussiste.

Il nodo interpretativo da dipanare è costituito dall'interpretazione dell'art. 1, 2° comma, del d.lgs. n. 276/2003, che lapidariamente prevede: «il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale». Sicché, alla luce del tenore letterale della disposizione, sembrerebbe indubitabile che la «pubblica amministrazione» (quale stazione appaltante) resti immune dal particolare regime di solidarietà disciplinato dall'art. 29 citato.

Non contenendo l'art. 29 deroga al principio scolpito nel 2° comma dell'art. 1 del d.lgs. n. 276/2003, dovrebbe infatti giocoforza ritenersi che il particolare regime di solidarietà in esso previsto è circoscritto ai soli c.d. appalti privati (1).

(*) Avvocato dello Stato.

(1) In tal senso Trib. Milano 27 ottobre 2008, n. 4601, inedita; Trib. Bergamo 4 novembre 2010, inedita; in dottrina R. BORLÈ GIOPPI, *La responsabilità solidale nell'appalto*, in *LPO*, 2008, 1625; L. IMBERTI, *Responsabilità solidale negli appalti e subappalti dopo il d.l. n. 97/2008: una disciplina in continuo movimento*, in *LG*, 2008, 659; P. CHIECO, *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge*

Ad onta del dato letterale si è sin qui registrato nel tempo, il significativo rafforzamento dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui, depotenziato il rilievo desumibile dal dato testuale delle riferite previsioni, il settore degli appalti pubblici dovrebbe ritenersi compreso a pieno titolo nell'ambito di operatività dell'art. 29 citato (2). Alle predette conclusioni si perviene attraverso un interessante *iter* argomentativo che da un lato configura l'incostituzionalità dell'art. 29 per eccesso di delega rispetto all'art. 6, l. 14 febbraio 2003, n. 30 e, dall'altro, propone una lettura del 2° comma dell'art. 1 del d.lgs. n. 276/2003 dissonante rispetto al tenore letterale dello stesso.

Sotto il primo profilo viene rilevato che l'art. 6 della legge di delega prevede che «le disposizioni da 1 a 5 non si applicano al personale delle pubbliche amministrazioni ove non siano espressamente richiamate». Pertanto - secondo tale orientamento - dovrebbe ritenersi esclusa dal campo di applicazione del d.lgs. n. 276/2003 la pubblica amministrazione quale datrice di lavoro (e quindi i rapporti di lavoro alle dipendenze della stessa) ma non anche nella qualità di parte-committente di appalti pubblici.

Sotto altro convergente profilo si avverte che l'opzione tendente ad escludere le pubbliche amministrazioni dall'applicazione del nuovo regime di responsabilità solidale di cui all'art. 29, comma 2, comporterebbe - onde evitare un vuoto di tutela - l'inaccettabile conseguenza di dover ritenere ancora operante per le pubbliche amministrazioni la legge 23 ottobre 1960, n. 1369, espressamente abrogata ex artt. 85, 1° comma, lett. c, d.lgs. n. 276/2003.

Da tali premesse si trae la conclusione che l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 29, 2° comma, non potrebbe che condurre a ritenere che il particolare regime di responsabilità solidale in essa previsto operi anche nei confronti della pubblica amministrazione committente di opere o di servizi (3).

Bersani alla Finanziaria 2007, *ivi*, 2007, 471. Così pure l'orientamento espresso dal Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali con parere 25/1/0007173 del 15 maggio 2009 e, più di recente, con Circolare n. 5 dell'11 febbraio 2011 e, seppur in via del tutto implicita, dalla Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture con Deliberazione n. 57 del 27 febbraio 2007.

(2) App. Torino 22 settembre 2009, in *D&L*, 2009, 495; App. Milano 7 novembre 2008, n. 1208, *ivi*; Tribunale Milano 22 gennaio 2010, n. 317, in *RIDL*, 2010, 888, con nota di S. VARVA, *La responsabilità solidale del committente pubblico ex art. 29 D.Lgs. 276/2003*; Trib. Bolzano 6 novembre 2009, in *RGL*, 2010, II, 140, con nota di C. LANZINGER, *La responsabilità solidale della pubblica amministrazione quale committente con l'appaltatore inadempiente*; Trib. Milano 27 maggio 2009, in *D&L*, 2009, 483; Trib. Milano 18 novembre 2008, n. 4859, in *D&L*, 2009, 226; Trib. Milano 23 ottobre 2008, inedita; Trib. Milano 12 febbraio 2008, inedita; Trib. Ancona 13 giugno 2006, inedita; Trib. Pavia 29 aprile 2006, in *D&L*, 2006, 539, con nota adesiva di F. CAPURRO, *Garanzie relative ai trattamenti economici spettanti ai lavoratori impiegati in appalti conferiti dalla pubblica amministrazione*. In dottrina, I. ALVINO, *Il regime delle responsabilità negli appalti*, in *DLRI*, 2007, 534; A. PIOVESANA e G. SPOLVERATO, *Disciplina degli appalti nella P.A.*, in *DPL*, 2007, 1998; D. MEZZACAPO, *sub Art. 1 - Finalità e campo di applicazione*, in R. DE LUCA TAMAJO e G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al D.Lgs 10 settembre 2003, n. 276 («Riforma Biagi»)*, Cedam, 2007, 17.

(3) Cfr. la ricostruzione di S. VARVA, *La responsabilità solidale del committente pubblico...*, *cit.*, spec. 894-896.

La prospettata opzione interpretativa, tuttavia, sembra confliggere sia con il dato normativo sia con il tenore letterale degli artt. 1, 2° comma, e 29, 2° comma, del d.lgs. 20 settembre 2003, n. 276.

L'orientamento favorevole a ricondurre la P.A. nell'alveo della particolare disciplina del 2° comma dell'art. 29 citato postula che l'espressione (di cui all'art. 1, 2° comma, d.lgs. n. 276/2003) «la pubblica amministrazione ed il loro personale» costituisca in realtà una endiadi: starebbe cioè per «personale delle pubbliche amministrazioni» (4).

In proposito è agevole ed immediato il rilievo che la figura retorica dell'endiadi ricorre solo allorché «uno stesso concetto viene espresso con due termini coordinati, di solito due sostantivi al posto di un sostantivo determinato da aggettivo o complemento di specificazione» (5). Nel caso di specie le espressioni «pubblica amministrazione» e «il loro personale» mettono capo a nozioni del tutto autonome e non sovrapponibili nel sistema giuridico di riferimento.

Pertanto, non riferendosi a un'unica entità concettuale, i termini non possono essere letti a mo' di endiadi.

In realtà l'opzione interpretativa in esame finisce per avvitarci in una *interpretatio abrogans* della previsione normativa di cui offre una lettura in dissonanza rispetto all'ermeneusi letterale della stessa, canone privilegiato ai sensi dell'art. 12 disp. prel. c.c.

Né può ritenersi che il superamento del dato letterale da parte del giudice ordinario possa essere consentito in virtù della sola ritenuta necessità di fornire una lettura costituzionalmente orientata della previsione.

Risulta evidente che, nel caso di specie, non può esservi spazio per una interpretazione adeguatrice del giudice ordinario tenuto conto, da un lato, che il tenore letterale della disposizione appare obiettivamente univoco e, dall'altro, che viene configurato a carico della stessa una questione di legittimità costituzionale per eccesso di delega (artt. 76 e 77 Cost.) il cui esame deve ritenersi riservato al sindacato "accentrato" da parte della Corte Costituzionale con efficacia *erga omnes* (art. 136 Cost.) piuttosto che al sindacato "diffuso" da parte del giudice ordinario (6).

(4) Esplicitamente in tal senso Trib. Milano 22 gennaio 2010, n. 317, cit.

(5) *Vocabolario della lingua italiana*, Treccani, vol. II, 262, *sub* lett. e).

(6) In ordine all'esame del c.d. eccesso di delega la Corte costituzionale (sentenza 26 gennaio 1957, n. 3, in www.giurcost.org) ha osservato «Le controversie di legittimità costituzionale hanno appunto per oggetto l'accertamento della conformità o divergenza della legge o dell'atto avente forza di legge da un precetto costituzionale. Il giudizio sulla conformità o divergenza porta a considerare l'eccesso di delega, come figura comprensiva della mancanza, anche parziale, di delegazione, nonché l'uso del potere normativo da parte del Governo oltre il termine fissato, ovvero in contrasto con i predeterminati criteri direttivi o per uno scopo estraneo a quello per cui la funzione legislativa fu delegata. Lo stesso giudizio ricorre anche quando, fuori dei casi su indicati, trattasi di coordinare la legge delegata a quella delegante, ricercandone i caratteri sistematici che le collegano e che valgano a ricondurre, nei giusti

Aggiungasi che ad analoga conclusione si perviene anche nell'ipotesi in cui, ritenuta "ambigua" la lettera della disposizione, si faccia ricorso «al criterio ermeneutico sussidiario costituito dalla ricerca, nell'esame complessivo del testo, della *mens legis*» (7). Militano infatti nel senso dell'esclusione degli appalti pubblici dall'ambito di applicabilità dell'art. 29, 2° comma, d.lgs. n. 276/2003, anche altre disposizioni contenute nel *corpus* normativo in esame. Così la rubrica dell'art. 1 della legge di delega contiene il riferimento alla materia della «intermediazione e interposizione privata nella somministrazione del lavoro», e lo stesso art. 29, 2° comma, circoscrive l'ambito del regime di responsabilità al «committente imprenditore». Il 1° comma dell'art. 29, d.lgs. n. 276/2003, riferisce, infine, la disciplina al «contratto di appalto stipulato e regolamentato dall'art. 1655 c.c.».

Il tenore letterale di tale ultima disposizione appare chiaramente preordinato a circoscrivere l'efficacia della stessa ai soli appalti c.d. privati.

La circostanza che il procedimento di evidenza pubblica che presiede negli appalti c.d. pubblici alla scelta dell'aggiudicatario-appaltatore dia comunque vita ad un rapporto contrattuale riconducibile, in quanto tale, alla nozione di cui all'art. 1655 c.c. non può far ritenere che lo stesso sia «stipulato e regolamentato» (come testualmente recita l'art. 29, 1° comma, d.lgs. n. 276/2003) dalla predetta disposizione.

Al riguardo deve in primo luogo evidenziarsi che il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. codice degli appalti pubblici) costituisce un *corpus* normativo speciale che ha regolamentato l'intera materia (a partire dalla selezione dei partecipanti alla gara fino ai poteri autoritativi di scioglimento del rapporto contrattuale sorto a seguito della stessa) con conseguente abrogazione implicita di disposizioni con esso incompatibili. Del resto nella riferita prospettiva assume significativo rilievo che tale *corpus* normativo è qualificato espressamente «codice» dall'art. 1 del d.lgs. 163/2006 (8). Anche a prescindere da quanto precede appare significativo inoltre osservare che l'art. 4 del predetto d.lgs. 276/2003 prevede che «per quanto non espressamente previsto nel presente codice l'attività contrattuale dei soggetti di cui all'art. 1 si svolge, altresì, nel rispetto delle disposizioni stabilite nel codice civile». Tale disposizione stabilisce che la disciplina del codice civile costituisce, in virtù del rinvio,

limiti della norma delegante, il contenuto della legge delegata. In questa ipotesi non sorge una normale questione d'interpretazione devoluta al giudice ordinario, bensì, venendo in contestazione il profilo costituzionale della norma impugnata, si pone sempre una questione di legittimità costituzionale». In ordine ai rapporti tra sindacato "accentrato" e sindacato "diffuso" di costituzionalità v. A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2001, 296 e ss.

(7) Da ultimo, *ex plurimis*, Cass. 3 dicembre 2010, n. 24630, inedita.

(8) Da ultimo T.A.R. Cagliari, I, 19 agosto 2009, in *TAR*, 2009, 2314, secondo cui l'abrogazione tacita è configurabile a seguito di «nuova regolamentazione della materia (che trova il suo presupposto nel sopravvenire di un nuovo sistema normativo come nel caso di un codice)»; ed ancora Cass., 21 settembre 2005, n. 18602, in *CS*, 2006, 756.

fonte suppletiva applicabile esclusivamente in ipotesi di lacuna del codice degli appalti.

Deve pertanto convenirsi che gli appalti pubblici non siano stipulati e regolamentati dall'art. 1655 (come testualmente recita l'art. 29 d.lgs. 276/2003).

Aggiungasi che, in ordine al tema in esame, il rapporto di sussidiarietà si potrebbe configurare solo rispetto all'art. 1676 c.c. e non già nei confronti dell'art. 29, 2° comma, d.lgs. n. 276/2003, in quanto tale ultima previsione stabilisce un regime di responsabilità solidale tra committente e appaltatore extravagante rispetto al codice civile (cui solo rinvia, peraltro in via suppletiva, il codice degli appalti pubblici) e comunque diverso per presupposti ed estensione rispetto a quello dell'art. 1676 c.c. (9).

La coerenza degli elencati dati letterali di tutte le previsioni coinvolte nell'interpretazione sistematica del 2° comma dell'art. 29 citato depongono nel senso di escludere che la pubblica amministrazione possa parificarsi, ai fini della disposizione in esame, alla figura del «committente-imprenditore» e confermano, sotto altro profilo, l'impossibilità di offrire una interpretazione letterale e sistematica della previsione che possa sorreggere l'ermeneusi adeguatrice secondo cui la pubblica amministrazione (quale stazione appaltante) dovrebbe ritenersi compresa nel raggio di azione della citata disposizione.

Deve altresì valutarsi che il regime di responsabilità solidale disciplinato dall'art. 29 2° comma non era compreso negli artt. 1 - 5 della legge di delega n. 30/2003 che, per quanto concerne la disciplina degli appalti, si limitava a dettare fra i principi e i criteri direttivi l'abrogazione della l. 23 ottobre 1960, n. 1360 (art. 1, n. 2, lett. *m*), la chiarificazione dei criteri discretivi tra appalto e interposizione (art. 1, n. 2, lett. *m*, punto n. 3), la previsione (art. 1, n. 2, lett. *p*, punto n. 3) di un particolare regime di solidarietà tra appaltante e appaltatore, nei limiti di cui all'art. 1676 c.c., per l'ipotesi in cui il contratto di appalto sia connesso a cessione di azienda (10).

Ne consegue che l'eccesso di delega configurato dall'orientamento prevalente a carico del 2° comma dell'art. 29 citato dovrebbe ritenersi non superabile, tanto meno mediante una interpretazione che ne estende i confini al di là del suo tenore letterale nel solo obiettivo di includere anche gli appalti pubblici.

Al tal ultimo proposito sembra opportuno evidenziare che il vigente testo del 2° comma dell'art. 29 costituisce il risultato di intervento normativo operato attraverso legge ordinaria (art. 1, comma 911, l. 27 dicembre 2006, n.

(9) Per l'analisi dei diversi regimi dell'art. 1676 c.c. e dell'art. 29 d.lgs. 276/2003 v. I. ALVINO, *Il regime delle responsabilità negli appalti*, cit., 507 ss.; L. IMBERTI, *Responsabilità solidale negli appalti e subappalti dopo il d.l. n. 97/2008: una disciplina in continuo movimento*, cit., 659 ss.

(10) In tal senso: v. I. ALVINO, *Il regime delle responsabilità negli appalti*, cit. 509; A. MARESCA, *Modifica dell'art. 2112, 5° comma del c.c.*, in M. PEDRAZZOLI (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, 2004, 386 ss.

296) e, quindi, non può soffrire il limite costituito dai criteri e principi posti dalla legge di delega n. 30/2003 né, a suo carico, può ritenersi configurabile un eccesso di delega. Aggiungasi altresì che la medesima legge 296/2006 quando (art. 1, comma 909) ha ritenuto di dover apportare modifiche alla disciplina degli appalti pubblici è intervenuta direttamente sul dettato normativo della disposizione interessata contenuta nel codice degli appalti (11).

Né può peraltro ricavarsi dalla legge di delega (che come illustrato non contempla la solidarietà in tema di appalto) un principio solidaristico così marcato quale sarebbe indispensabile per sorreggere l'interpretazione inclusiva della pubblica amministrazione nell'alveo dell'art. 29, 2° comma, d.lgs. n. 276/2003, se si considera che, per la stessa significativa ipotesi di appalto connesso a cessione di azienda, il regime di solidarietà tra appaltante e appaltatore veniva circoscritto «nei limiti di cui all'art. 1676 c.c.» (art. 1, comma 2, lett. p, n. 3, l. n. 30/2003, e art. 32, d.lgs. n. 276/2003) e solo in seguito modificato dall'art. 9, d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251, che ha ricondotto tale solidarietà nell'alveo del 2° comma dell'art. 29 del d.lgs. 276/2003.

Né, da ultimo, può ritenersi che l'esclusione della pubblica amministrazione dal regime di solidarietà di cui all'art. 29 d.lgs. n. 276/2003 possa configurare una ingiustificata disparità di trattamento tra dipendenti dell'appaltatore "privato" rispetto ai dipendenti dell'appaltatore "pubblico" (art. 3 Cost.). Anche a voler prescindere dalla significativa diversità di tutela complessiva apprestata nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore dal Codice degli appalti, deve osservarsi come lo stesso art. 29, al 6° comma (introdotto dall'art. 6, d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251) preveda che il particolare regime di responsabilità di cui al precedente 2° comma «non trova applicazione quando il committente sia una persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale».

Non sembra peraltro neanche potersi ritenere che la disposta abrogazione della l. 3 ottobre 1960, n. 1369 (ex art. 85 d.lgs. n. 276/2003) imponga una interpretazione dell'art. 29, 2° comma, che coinvolga la pubblica amministrazione in veste di istituzione (*rectius*: stazione appaltante) in quanto in tal senso non si attestava il diritto "vivente" (12). Infatti, per consolidata giurisprudenza,

(11) I. ALVINO, *Il regime delle responsabilità negli appalti*, cit., 509, secondo cui «si deve ritenere comunque che i dubbi di legittimità costituzionale della norma in rapporto con i principi fissati dalla legge delega siano superati dalle modifiche introdotte dalla legge finanziaria per il 2007, per gli appalti stipulati successivamente alla promulgazione di quest'ultima. Il nuovo testo dell'art. 29 cit., essendo prodotto dell'esercizio del potere legislativo che spetta originariamente al Parlamento, non ha infatti più alcun legame con la L. 30/2003».

(12) Del resto costituisce orientamento pacifico della Corte costituzionale quello secondo cui «alorché la delega abbia ad oggetto, come nel caso di specie, la revisione, il riordino ed il riassetto di norme preesistenti, queste finalità giustificano un adeguamento della disciplina al nuovo quadro normativo complessivo» tuttavia «l'introduzione di soluzioni sostanzialmente innovative rispetto al sistema legislativo previdente è ammissibile soltanto nel caso in cui siano stabiliti i principi e i criteri idonei a

l'art. 3, l. n. 1369/1960, secondo cui gli imprenditori sono tenuti in solido con l'appaltatore «a corrispondere ai lavoratori da esso dipendenti un trattamento minimo inderogabile retributivo», non è stato mai ritenuto applicabile alla pubblica amministrazione. In proposito la Cassazione a suo tempo osservò come fosse erroneo «snatura[re] la qualificazione giuridica del termine imprenditore fino a ricomprendervi gli enti pubblici» (13) non a carattere imprenditoriale (14), rilevando altresì come tale opzione ricostruttiva fosse «in armonia con lo spirito informatore della legge, volta a reprimere il fenomeno del *marchandage du travail* nel mercato del lavoro (cfr. Cass. 9 dicembre 1971, n. 3568; Corte Costituzionale 9 luglio 1963, n. 120), mercato al quale lo Stato attinge con mezzi in buona parte diversi da quelli dei privati imprenditori, cosicché non può ritenersi destinatario di una disciplina posta per impedire l'escamotage di non assumere direttamente personale, cui imprenditori poco scrupolosi ricorrono per alleggerire il costo della manodopera» (15).

A ciò aggiungasi l'ulteriore rilievo che la pur pacifica applicabilità dell'art. 1676 c.c. agli appalti pubblici (già prima della specifica disciplina introdotta con il Codice degli appalti pubblici) veniva giustificata in giurisprudenza non solo in virtù del mero consentito richiamo suppletivo al codice civile ma anche dalla ulteriore considerazione che tale disposizione era essa stessa espressiva del principio già accolto per gli appalti pubblici dall'art. 357, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F (16), secondo cui «potrà l'amministrazione, previo diffidamento per iscritto dell'impresario, pagare direttamente la mercede giornaliera degli operai che risultasse essere dall'impresario rifiutata senza giusto motivo o, non corrisposta nel termine consueto per i pagamenti di tali mercedi. Le somme pagate a questo titolo saranno dall'amministrazione ritenute sul prezzo dei lavori» (17).

circoscrivere la discrezionalità del legislatore delegato» (Corte cost. 8 ottobre 2010, n. 293, in *FI*, 2010, I, 3237, nonché in www.ildirittoamministrativo.it, con nota di E. NAPOLITANO, *Corte Costituzionale, sentenza 8/10/2010 n. 293: dichiara l'illegittimità costituzionale dell'istituto dell'acquisizione sanante ex art. 43 Dpr 327/2001*; Corte cost. 17 maggio 2007, n. 170, in www.judicium.it, con nota di A. BARLETTA, *Illegittimità del processo societario in materia industriale. Problemi di «diritto transitorio»*; Corte cost. 15 luglio 2003, n. 239, in www.giurcost.org).

(13) Cass. 24 agosto 1991, n. 9107, in *RGL*, 1992, II, 499, con nota di M. BARTESAGHI.

(14) L'art. 3, l. n. 1369/1960, veniva ritenuto applicabile anche alla pubblica amministrazione solo in presenza di attività sostanzialmente imprenditoriale della stessa, v. Cass. 5 marzo 2002, n. 3172, in *MGC*, 2002, 395; Cass. S.U. 19 ottobre 1990, n. 10183, in *FI*, 1992, I, c. 528, con nota di F. SCARPELLI.

(15) Cass. 24 agosto 1991, n. 9107, cit.; più di recente Cass. 10 gennaio 2003, n. 243, in *ArchC*, 2003, 1238.

(16) Cass., 9 agosto 2004, n. 15359, in *Giur. Bollettino Legisl. Tecnica*, 2005, 158; Cass. 10 marzo 2001, n. 2559, in *RIDL*, 2002, II, 44, con nota di V. MATTO, *I diritti dei dipendenti dell'appaltatore fallito verso la parte committente: finalità e campo di applicazione dell'azione diretta ex art. 1676 c.c.*; Cass., 10 luglio 1984, n. 4051, in *MGC*, 1984, 1364. In dottrina M. TATARELLI, *L'azione diretta degli ausiliari dell'appaltatore contro il committente: fallimento del datore di lavoro ed altre questioni*, in *MGL*, 1999, 546.

(17) Il ricordato art. 357, l. n. 2248/1865, all. F, anticipava, seppur di qualche giorno, l'art. 1645

Deve inoltre evidenziarsi che con il d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113 (successivo al testo dell'art. 29, 2° comma, d.lgs. n. 276/2003 come modificato dalla l. n. 296/2006) il Governo è intervenuto sull'art. 5 del Codice degli appalti pubblici inserendo previsioni con cui ha rimesso al regolamento di attuazione ed esecuzione la disciplina di interventi sostitutivi della stazione appaltante sia in materia retributiva e contributiva (art. 5, n. 5, lett. *r*) sia per la più ampia tutela dei diritti dei lavoratori (art. 5, n. 5, lett. *s-bis*). In attuazione delle riferite previsioni, con D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 è stato emanato il regolamento attuativo ed esecutivo del codice degli appalti che dedica l'intero titolo II alla tutela dei lavoratori e alla regolarità contributiva (disciplina il cui ampio ambito soggettivo di applicazione è delineato nell'art. 1, comma 2 e 3). Così mentre l'art. 4 del regolamento n. 207/2010 prevede che in ipotesi di inadempimenti contributivi desunti dal DURC la stazione appaltante deve disporre il pagamento delle «inadempienze accertate» direttamente agli «enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile», l'art. 5 dello stesso regolamento stabilisce che, in ipotesi di inadempimento nel pagamento delle retribuzioni dovute da parte dell'esecutore, la stazione appaltante inviti l'esecutore a provvedere a corrispondere quanto dovuto entro quindici giorni. Scaduto tale termine senza che sia stata contestata «formalmente e motivatamente» la fondatezza della richiesta «i soggetti di cui all'art. 3 punto 1, lett. B, possono pagare anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate».

Le richiamate norme regolamentari sono altresì presidiate anche da significative sanzioni indirette di carattere amministrativo: così l'art. 38 n. 1 alle lettere lett. *e*) e *i*), del d.lgs. n. 163/2006, stabilisce che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento di contratti di appalto di lavori, forniture e servizi i soggetti che hanno commesso gravi infrazioni in materia di sicurezza e ad ogni altro obbligo derivante dal rapporto di lavoro ed alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali (18).

Merita altresì di essere evidenziato come la tutela dei lavoratori sia nel Codice degli appalti pubblici addirittura prodromica alla aggiudicazione dell'appalto, in quanto la stazione appaltante non è libera di scegliere l'offerta economicamente più vantaggiosa essendo tenuta ad effettuare controlli pre-

del codice civile emanato il 2 aprile 1865, secondo cui gli «artefici, impiegati alla costruzione di un edificio o di altra opera data in appalto, non hanno azione contro il committente dei lavori, se non fino alla concorrente del debito che egli ha verso l'imprenditore, nel tempo in cui promuovono la loro azione». Per una disamina di presupposti e contenuti dell'azione sotto il predetto codice v. L. BARASSI, *Natura dell'azione contro il committente concessa dall'art. 1645 c.c.*, in *FI*, 1914, I, c. 118.

(18) Alle problematiche del subappalto il codice degli appalti dedica l'art. 118, il cui 6° comma prevede che «l'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore nel settore e per la zona in cui si eseguono le prestazioni; è altresì responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni nell'ambito del subappalto».

ventivi di natura soggettiva ed oggettiva (19). Essa è infatti obbligata *ex lege* ad accertare, sul piano soggettivo, la capacità economica e finanziaria dei concorrenti nonché la specifica qualificazione e, sul piano oggettivo, che l'offerta non sia anormalmente bassa.

A tale ultimo riguardo l'art. 86 del Codice degli appalti pubblici stabilisce che gli enti aggiudicatori nella predisposizione delle gare di appalto sono tenuti a valutare che il valore economico dell'offerta sia adeguato e sufficiente rispetto al costo relativo alla sicurezza e al costo del lavoro (quest'ultimo da determinarsi secondo i criteri di cui al n. 3-*bis* della disposizione con riferimento ai contratti collettivi dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali). Il successivo art. 87, n. 3 del Codice degli appalti pubblici prevede inoltre che la stazione appaltante non può giustificare offerte anomale lesive di «trattamenti minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge».

Dall'illustrato breve *excursus* appare di solare evidenza che il legislatore dal 2006 in poi ha costruito un sistema autonomo di garanzie negli appalti pubblici in favore dei lavoratori dell'appaltatore. Sotto diverso convergente profilo deve evidenziarsi che il codice degli appalti prevede altresì vincoli di progettazione e di costi per singola opera con sistemi di garanzia a presidio della stabilità dell'importo oggetto di appalto (si pensi all'esclusione della revisione prezzi in tema di appalto di opere stabilita dall'art. 133, n. 2, del Codice degli appalti pubblici) al fine di evitare, per quanto possibile, scostamenti dai costi programmati e previsti in bilancio (20).

Alla luce di quanto precede deve ragionevolmente ritenersi che mentre l'art. 29 2° comma d.lgs. n. 276/2003 persegue negli appalti privati l'obiettivo di sensibilizzare gli operatori economici a privilegiare operatori che presentino maggiori garanzie di professionalità, di solvibilità e solidità al fine di evitare il rischio di vedersi esposti a corrispondere ai loro dipendenti gli emolumenti non corrisposti (senza peraltro alcun limite rispetto al prezzo di appalto), analoga funzione per gli appalti pubblici è già ampiamente assicurata dallo speciale *corpus* normativo esaminato (21).

(19) In tema di cessione di azienda il codice degli appalti prevede all'art. 116 che la stazione appaltante, in presenza di determinati presupposti, possa entro 60 giorni opporsi alla cessione di azienda da parte dell'impresa esecutrice.

(20) In tal senso A. MUTARELLI, *Per l'inapplicabilità dell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 alla pubblica amministrazione quale stazione appaltante*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2010, III, 215 e ss.

(21) In proposito è stato prontamente osservato come la questione dell'applicabilità al settore pubblico dell'art. 29, d.lgs. n. 276/2003 «appare davvero irrilevante in ragione della storica e diffusa presenza di discipline speciali degli appalti della p.a. (non solo di servizi) di clausole sociali dirette a garantire un adeguato trattamento ai dipendenti dell'appaltatore ed il rispetto della normativa sulla sicurezza dei lavoratori», così S. MAINARDI, *D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 e riforma del mercato del lavoro: l'esclusione del pubblico impiego*, in *LPA*, 2003, 6, 1069.

Sicché l'orientamento che milita per l'applicabilità dell'art. 29 citato alla pubblica amministrazione destinataria del codice degli appalti dà vita ad una interpretazione estensiva della previsione non solo contraria al dato letterale e alla *ratio* delle disposizioni poste a tutela della stabilità del prezzo di appalto e del principio della copertura finanziaria, ma anche lesiva dei principi costituzionali di economicità e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.).

Da ultimo appare significativo osservare come la tesi qui proposta trova ineludibile conferma nel comma 3 *bis* del medesimo art. 29 d.lgs. 276/2003 secondo cui «Quando il contratto di appalto sia stipulato in violazione di quanto disposto dal comma 1, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo. In tale ipotesi si applica il disposto dell'articolo 27, comma 2».

È infatti evidente che tale disposizione, il cui ambito operativo - per espresso rinvio al primo comma -, corrisponde a quella di cui all'intero art. 29 è inapplicabile alla pubblica amministrazione. Sicché sul piano ermeneutico non appare esservi spazio per l'interpretazione favorevole all'applicabilità del secondo comma dell'art. 29 citato alla pubblica amministrazione.

In conclusione, per tutti i profili sopra illustrati, può fondatamente ritenersi che in tema di appalti pubblici ai dipendenti dell'appaltatore possa essere riconosciuta nei confronti della pubblica amministrazione esclusivamente l'azione dell'art. 1676 c.c. nei limiti della concorrenza di quanto da essa dovuto all'appaltatore e non anche la tutela scaturente dall'art. 29 d.lgs. n. 276/2003.

Corte di appello di Torino, Sezione lavoro, sentenza 1 agosto 2011 n. 896 - Pres. Girolami, Rel. Mancuso - Agenzia del demanio (avv. distr. Stato) c. A.S. (avv. ti Nicola e avv. Pellitteri).

(Omissis)

Svolgimento del processo

Con ricorso depositato il 30 luglio 2009 diretto al Tribunale di Torino A.S. conveniva in giudizio l'Agenzia del Demanio, la soc. Cooperativa C.S. esponendo di avere lavorato in qualità di socia lavoratrice della Cooperativa dall'1 maggio 2004 al 31 dicembre 2007, con inquadramento da ultimo come operaria di 3° livello del CCNL Imprese di Pulizia, di avere la Cooperativa acquisito in appalto i servizi di pulizia dei locali degli uffici di Torino dell'Agenzia del Demanio, di avere ella prestato attività di addetta alle pulizie dei predetti locali per tutta la durata del rapporto di lavoro e di essere rimasta in credito dell'importo di euro 9.066,68 a titolo di retribuzione arretrate e TFR.

La ricorrente, invocando l'art. 29, 2° co., del d.lgs. n. 276/2003 e l'art. 1676 c.c., chiedeva in

conclusione la condanna in solido dell’Agenzia committente e della Cooperativa al pagamento della predetta somma, con accessori e col favore delle spese.

Si costituiva l’Agenzia del demanio eccependo il proprio difetto di legittimazione passiva relativamente alla domanda ex art. 29 cit. (disposizione di cui sosteneva l’inapplicabilità alle pubbliche amministrazioni) e chiedendo la reiezione comunque anche della domanda della ricorrente ai sensi dell’art. 1676 c.c.

In corso di causa la signora rinunciava alla domanda nei confronti della Cooperativa convenuta ed il Tribunale, all’esito dell’interpello libero della stessa ricorrente, acquisito un nuovo conteggio, con sentenza in data 7 gennaio 2010, depositata il 9 aprile 2010, accoglieva il ricorso condannando l’Agenzia del demanio al pagamento dell’importo di euro 4.675,56 oltre rivalutazione ed interessi, ed a rifondere alla A. i 2/3 delle spese processuali.

Avverso detta sentenza interponeva appello l’Agenzia del demanio con ricorso depositato il 9 ottobre 2010, chiedendone la riforma con l’accoglimento delle originarie conclusioni sopra trascritte.

L’appellata, costituitasi resistette al gravame.

All’udienza del 14 luglio 2011 la causa veniva discussa oralmente e decisa come da dispositivo.

Motivi della decisione

Il Tribunale ha disatteso la tesi dell’Agenzia di inapplicabilità della disposizione dell’art. 29, co. 2, d.lgs. n. 276/2003 alle pubbliche amministrazioni, ed accolto perciò sotto questo profilo la domanda della ricorrente (peraltro nel importo richiesto in corso di causa: v. verb. ud. 7 gennaio 2010, in quanto ha ritenuto:

- a) che l’art. 1, co. 2, d.lgs. n. 276 cit., invocato dall’Agenzia (e secondo cui “*il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale*”), dovesse interpretarsi come riferito unicamente alle parti del decreto concernenti le tipologie di lavoro “flessibile” e non invece all’art. 29 cit.;
- b) che una diversa interpretazione sarebbe stata in contrasto con l’art. 3 Cost. attribuendo infatti una posizione di ingiustificato privilegio alle pp.aa. committenti rispetto ai committenti privati;
- c) che, in presenza di diverse ed opposte interpretazioni possibili, doveva privilegiarsi quella conforme a Costituzione.

Nell’appello tale motivazione viene censurata deducendosi in sintesi:

- a) che la formulazione letterale dell’art. 1, co. 2, d.lgs. n. 276 cit., che non opera distinzione alcuna tra norme del decreto applicabili o no alla P.A., non consente di ritenere che l’esclusione operi solo in relazione alle tipologie contrattuali previste dal decreto, autorizzando invero a ritenere che tutto il decreto non trova applicazione né per le pp.aa. né per i loro dipendenti;
- b) che la *ratio* della disposizione dell’art. 29, co. 2, cit. – di indurre gli imprenditori committenti ad una maggiore ponderazione nella scelta della impresa cui affidare l’esecuzione di lavori o servizi – non ha ragione d’essere per le pp.aa. le quali, ai sensi del d.lgs. n. 163/2006 (Codice degli appalti pubblici), debbono sottostare a precise e rigorose regole nell’affidamento degli appalti;
- c) che l’interpretazione del primo giudice e, quindi la ritenuta applicabilità dell’art. 29, co. 2, cit. alle pp.aa. porta alla inaccettabile conseguenza, non potendosi distinguere fra disposizioni dell’art. 29 applicabili o meno, che ai sensi del co. 3 bis (secondo cui in caso

di appalto stipulato in violazione del co. 1, i dipendenti dell'appaltatore possono chiedere, con ricorso giudiziale, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del soggetto che ha usufruito delle prestazioni) che i lavoratori dipendenti dell'appaltatore potrebbero chiedere la costituzione *iussu iudicis* di un rapporto di lavoro con la p.a., in palese violazione dell'art. 97 Cost.;

- d) che l'art. 29, co. 2, cit. risulta inapplicabile alle pp.aa. anche in considerazione che queste non stipulano contratti di appalto ex art. 1655 c.c. – cui l'art. 29, 1° co., fa riferimento – ma contratti disciplinati e regolamentati dal cd. Codice degli Appalti di cui al d.lgs. n. 163/2006.

L'appello è fondato.

L'art. 29 del D.Lgs. n. 276 cit. recita testualmente:

“1. Ai fini della applicazione del norme contenute nel presente titolo, il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione di mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa.

2. In caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e contributi previdenziali dovuti.

3. L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto di appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda.

3 bis. Quando il contratto di appalto sia stipulato in violazione di quanto disposto dal comma 1, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'art. 414 del codice di procedura civile, notificato anche al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo. In tale ipotesi si applica il disposto dell'articolo 27, comma 2.

3 ter. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 18 e 19, le disposizioni di cui al comma 2 non trovano applicazione qualora il committente sia una persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale”.

L'art. 1 del medesimo D.Lgs. prevede poi, al 2° co., che *“Il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale”.*

In altre controversie in cui, come oggi, si trattava di stabilire se la disposizione del 2° co., dell'art. 29 fosse applicabile o no alle pp.aa., la Corte è pervenuta ad una risposta affermativa così testualmente motivando (v. sent. n. 949/09 in causa rgl n. 1272/08 vertente tra Comune di Borgaro T.se e Grosso, rel. ed est. Grillo P.):

“... secondo il Comune la norma citata non troverebbe applicazione ai contratti pubblici per l'acquisizione di servizi (soggetti alla disciplina speciale del D.Lgs. 163/2006), l'applicazione dell'intero D.Lgs. 276/2003 alle pubbliche Amministrazioni sarebbe espressamente esclusa dall'art. 1, 2° comma, dello stesso D.Lgs. e, comunque, il Comune non potrebbe essere considerato “committente imprenditore o datore di lavoro”, come vuole l'art. 29, 2° comma, cit.. Il motivo è infondato

L'art. 29, 2° comma, del D.Lgs. 276/2003 (come modificato prima dal D.Lgs. 251/2004 e

poi dalla L. 296/2006) dispone testualmente: “In caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti”.

Contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, la norma non ha alcuna distinzione tra committente pubblico e committente privato, né tra contratto pubblico di appalto e servizi (disciplinato dal D.Lgs. 163/2006) e contratto di appalto di diritto comune (disciplinato dagli artt. 1655 e ss. c.c.).

È vero, invece, che l'art. 1, 2° comma, del D.Lgs. 276/2003 dispone espressamente che “Il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale”.

Tale disposizione, a prima lettura, sembrerebbe escludere l'applicazione dell'intero D.Lgs. 276/2003 non solo al personale delle pubbliche amministrazioni, ma anche alle pubbliche Amministrazioni tout court.

Il decreto legislativo delegato, tuttavia, deve sempre essere interpretato alla luce della legge delega, al fine di salvaguardare una interpretazione conforme al disposto dell'art. 76 Cost. L'art. 6 della legge delega n. 30/2003 stabiliva che “le disposizioni degli articoli da 1 a 5 non si applicano al personale delle pubbliche amministrazioni ove non siano espressamente richiamate”. Le disposizioni degli artt. da 1 a 5 riguardavano: delega al Governo per la revisione della disciplina dei servizi pubblici e privati per l'impiego, nonché in materia di intermediazione e interposizione privata nella somministrazione di lavoro (art. 1), delega al Governo in materia di riordino dei contratti a contenuto formativo e di tirocinio (art. 2), delega al Governo in materia di riforma della disciplina del lavoro a tempo parziale (art. 3), delega al Governo in materia di disciplina delle tipologie di lavoro a chiamata, temporaneo, coordinato e continuativo, occasionale, accessorio e a prestazioni ripartite (art. 4) delega al Governo in materia di certificazione dei rapporti di lavoro (art. 5).

L'art. 6 della legge delega si poneva, dunque, come deroga espressa alla previsione dell'art. 2, 2° comma, del D.Lgs. 165/2001 che prevede, in via generale, che i rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni sono disciplinati dalle disposizioni del codice civile e delle leggi sul lavoro subordinato nell'impresa; il legislatore delegato è stato quindi autorizzato ad escludere l'applicazione dei decreti delegati “al personale delle pubbliche amministrazioni” (art. 6 L. 30/2003), cioè ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Interpretando le disposizioni del decreto delegato, e in particolare l'art. 1, 2° comma, del D.Lgs. 276/2003, alla luce della legge delega, deve ritenersi che la corretta interpretazione è quella che considera l'espressione “le pubbliche amministrazioni e... il loro personale” come una endiadi, che sta per l'espressione “il personale delle pubbliche amministrazioni”, in conformità al dettato dell'art. 6 della legge delega.

Pertanto, il riferimento dell'art. 1, 2° comma, D.Lgs. 276/2003 alle pubbliche Amministrazioni non può che essere riferito alle stesse in qualità di datori di lavoro pubblico, proprio per esplicitare con chiarezza l'impossibilità, per le Amministrazioni, di utilizzare le nuove forme contrattuali flessibili introdotte dallo stesso D.Lgs. (lavoro a chiamata, temporaneo, coordinato e continuativo, occasionale, accessorio, a prestazioni ripartite, ecc.), se non espressamente richiamate (come accade, ad es., nell'art. 86, 9° comma, in materia di somministrazione di lavoro a tempo determinato).

La locuzione dell'art. 1, 2° comma, cit., invece, non può ritenersi riferita alle pubbliche Amministrazioni nel loro ruolo istituzionale (in questo senso, v. Trib. Pavia 29 aprile 2006, in Riv. critica dir. lav. 2006, 539 e Trib. Ancona 13 giugno 2006 in causa IACP/C., a quanto consta inedita) che non possono ritenersi escludere tout court dall'applicazione dell'intero D.Lgs. 276/2003, come vorrebbe l'appellante: così non può essere, anche perché è lo stesso decreto delegato che individua nelle pubbliche Amministrazioni il soggetto attivo di importanti discipline dallo stesso regolate (v. ad es., l'art. 6, che autorizza le Università pubbliche, i Comuni, le Camere di Commercio e gli Istituti di scuola secondaria statale a svolgere attività di intermediazione del personale, e l'art. 76, che abilita le Direzioni provinciale del lavoro, le Province e le Università pubbliche alla certificazione dei contratti di lavoro).

Quanto, poi, all'art. 29, 2° comma, del D.Lgs. 276/2003, esso si applica al "committente imprenditore o datore di lavoro": la norma fa riferimento al committente che è anche datore di lavoro o imprenditore, il che significa che la responsabilità solidale non si pone in capo al committente di opere o di servizi che non sia imprenditore o datore di lavoro (si pensi al committente privato, senza dipendenti, che stipula un appalto per la costruzione di una casa sul suo terreno); certamente, la norma non richiede che il committente sia datore di lavoro dei lavoratori che invocano la sua responsabilità solidale, perché in questo caso si profilerebbe la sua responsabilità diretta per le obbligazioni retributive verso i propri dipendenti. Se è ovvio che il Comune di Borgaro Torinese non è un imprenditore, è altrettanto incontestabile che sia datore di lavoro del personale assunto nelle forme del rapporto di pubblico impiego: tanto basta per affermare la responsabilità dell'appellante, in solido con la C. a r.l. per i trattamenti retributivi svolti da questa ai suoi dipendenti impegnati nell'appalto dei servizi di pulizia dei locali del Comune di Borgaro Torinese; entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, ai sensi dell'art. 29, 2° comma, D.Lgs. 276/2003".

Orbene, ritiene questo Collegio di doversi discostare da tale precedente e ciò per i seguenti motivi.

Il 2° comma dell'art. 1 del D.Lgs. n. 276 cit. è chiarissimo, nella sua formulazione letterale, nell'escludere dal campo di operatività del decreto stesso "*le pubbliche amministrazioni e il loro personale*" e se nell'interpretazione della legge valore prioritario dev'esser dato, ex art 12 preleggi, al dato letterale (v. ad es. Cass., 5 giugno 2009 n. 13083) non v'è dubbio che la disposizione non può essere letta nel senso che viene escluso dall'applicabilità del decreto unicamente "*il personale delle pubbliche amministrazioni*", come se la norma non distinguesse tra tale personale e le pp.aa. in sé considerate, ma nel senso che l'esclusione riguarda sia detto personale sia le pubbliche amministrazioni.

Vero è che la legge delega (v. art. 6 l. 14 febbraio 2003 n. 30) escludeva in linea di massima l'applicazione "*al personale delle pubbliche amministrazioni*" delle disposizioni dettate dagli artt. 1-5, ma tutto l'impianto della legge delega riguardava l'occupazione nel settore privato e non involgeva la P.A. né quale datore di lavoro né quale destinatario in ogni caso delle emanande disposizioni normative.

La circostanza, vieppiù evidenziata nel precedente di questa Corte, che alcune norme del decreto riguardassero le pp.aa. non nella loro qualità di datori di lavoro (v. artt. 6 e 76 del d.lgs.), lungi dal confermare la tesi colà sostenuta, in realtà confermano in linea di massima la inapplicabilità del d.lgs. alle pubbliche amministrazioni in sé considerate, tant'è che il legislatore ha dovuto dettare specifiche disposizioni per autorizzare le Università pubbliche, i Comuni, le Camere di Commercio e gli Istituti di scuola secondaria statale a svolgere attività di intermediazione del personale (art. 6) e per abilitare le Direzioni provinciali del lavoro, le Province

e le Università pubbliche alla certificazione dei contratti di lavoro (art. 76 del d.lgs).

Ma, soprattutto, rileva la Corte che è proprio l'impianto dell'art. 29 del D.Lgs. ad evidenziare che la stessa disposizione non è applicabile alle pp.aa.

Il Titolo III del d.lgs. (intitolato "*Sommministrazione di lavoro appalto di servizi, distacco*") si compone di due "*Capi*", il primo concernente la "*somministrazione di lavoro*" ed il secondo "*l'appalto ed il distacco*".

Dopo la disciplina del contratto di somministrazione (artt. 20-28 D.Lgs.), l'art. 29 ha anzitutto, al 1° comma, dettato il criterio distintivo del contratto di appalto "stipulato e disciplinato dall'art. 1655 c.c." dalla somministrazione di lavoro, individuandolo nella organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore e nella assunzione, da parte dello stesso, del rischio d'impresa.

La prima considerazione che s'impone è che la distinzione fra le due fattispecie non può che riguardare anzitutto quei soggetti che possano stipulare sia contratti di somministrazione che contratti d'appalto e che la norma, a tale proposito, ha avuto unicamente riguardo all'appalto "*privato*" disciplinato dal codice civile, univoco in tale senso essendo il richiamo all'art. 1655 c.c. da parte della disposizione, la quale, si noti, nessun riferimento fa agli appalti "pubblici" disciplinati dal successivo d.lgs. n. 163/2006 ma, prima ancora, fra le altre, dalla legge quadro n. 109/1994.

Poiché poi il 2° comma dell'art. 29 prevede la solidarietà del "committente imprenditore o datore di lavoro" con l'appaltatore per i crediti dei lavoratori "in caso di appalto di opere o servizi", non può dunque non ritenersi, per ragioni di coerenza sistematica, che detta solidarietà sia unicamente prevista quando si sia in presenza del contratto di appalto di cui al 1° comma: ritenere diversamente, e cioè – come nel precedente di questa Corte – che la norma riguardi tutti indistintamente gli appalti, quindi sia gli appalti di diritto comune ex artt. 1655 e sgg. c.c. sia gli appalti pubblici di servizi disciplinati dalla normativa speciale equivale ad interpretare la disposizione in maniera atomistica senza considerare il naturale, organico e consequenziale collegamento fra il 1° ed il 2° comma dell'art. 29.

La solidarietà prevista riguarda "il committente imprenditore o datore di lavoro" e se certo la P.A. non può considerarsi rivestire la qualità di "committente imprenditore" (come peraltro già rientra nel precedente cit. di questa Corte), neppure può ritenersi, ad avviso di questo Collegio, un "*committente datore di lavoro*" per il fatto di essere datore di lavoro del proprio personale assunto nelle forme del rapporto di pubblico impiego, perché l'espressione, in relazione al contesto in cui è inserita, non può che aver fatto riferimento al committente imprenditore o datore di lavoro (privato) che ha stipulato un contratto di appalto di diritto comune.

Il comma 3 bis dell'art. 29, introdotto dall'art. 6, co. 2, D.Lgs. n. 251/2004, ha poi previsto (v. sopra) che ove l'appalto non sia "genuino", il lavoratore interessato possa chiedere al giudice la sostituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del soggetto che ne ha utilizzato la prestazione.

Orbene, tale disposizione, ove si seguisse l'opzione interpretativa di cui al precedente di questa Corte, non potrebbe non trovare applicazione anche nei confronti della P.A.: se infatti la disposizione di cui al 2° comma dell'art. 29 riguarda anche gli appalti "pubblici in cui committente è una pubblica amministrazione, anche la previsione del co. 3 bis dovrebbe riguardare i medesimi appalti, stante l'assenza nel comma in discorso di esplicite esclusioni delle pp.aa. dall'ambito della sua operatività.

Ma siffatta conclusione come si afferma nell'appello, è certamente inaccettabile ove si consideri che, ai sensi dell'art. 97 Cost., all'impiego nella pp.aa. si accede mediante concorso e che in-

vece, ritenendo che l'art. 29 abbia come destinatarie anche le pp.aa. nella loro qualità di appaltanti, il lavoratore (formalmente) dipendente dell'appaltatore potrebbe chiedere la costituzione ex lege di un rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione.

Ed è in definitiva per tutta questa serie di ragioni che la Corte non ritiene che l'art. 29, invocato dalla A., possa trovare applicazione quando, come nel caso, venga in considerazione un appalto "pubblico" conferito da una P.A. sicchè l'appello dell'Agenzia dev'essere accolto, con conseguente reiezione della relativa domanda proposta dalla signora (che in questo grado non ha più proposto la domanda sotto il diverso profilo dell'art. 1676 c.c.).

Considerata la qualità delle parti ma soprattutto il contrasto venuto in essere presso questa Sezione sulla questione controversa, reputa il Collegio opportuna la compensazione integrale tra le parti delle spese processuali di entrambi i gradi.

P.Q.M.

Visto l'art. 437 c.p.c

in accoglimento dell'appello,

respinge la domanda proposta col ricorso introduttivo;

compensa le spese di entrambi i gradi.

Così deciso all'udienza del 14 luglio 2011.

Ammissibilità del ricorso per Cassazione: tecniche di ricerca e di conoscenza del precedente sulle questioni di diritto

(Nota a Tribunale di Napoli, Sez. feriale civ., ordinanza del 30 settembre 2011)

Michele Gerardo*

SOMMARIO: 1. Oggetto peculiare del ricorso introduttivo del procedimento ex art. 700 c.p.c. - 2. Difesa dell'Amministrazione - 3. Decisione del giudice - 4. Ricerca e conoscenza della "giurisprudenza della Corte".

1. Oggetto peculiare del ricorso introduttivo del procedimento ex art. 700 c.p.c.

Due società hanno proposto ricorso ai sensi dell'art. 700 c.p.c. dinanzi al Tribunale di Napoli, sezione distaccata di Pozzuoli (poi trasferito al Tribunale di Napoli), chiedendo ordinarsi alla Presidenza del Consiglio dei Ministri ed al Ministero della Giustizia di fornire loro, in riferimento al ricorso per cassazione che intendono proporre avverso la sentenza del 15 aprile 2011, n. 372 del Tribunale di Napoli, sezione distaccata di Pozzuoli, copia autentica di tutti i precedenti giurisprudenziali in materia della Suprema Corte e/o di quelli rilevanti ai fini della decisione e di porre in essere, in ogni caso, tutte quelle attività necessarie ad evitare che, durante il tempo occorrente per la decisione, esse ricorrenti subiscano il pregiudizio irreparabile della soppressione del loro diritto di ricorrere per cassazione.

A fondamento della domanda, hanno precisato di voler impugnare con ricorso per cassazione la sentenza del 15 aprile 2011, n. 372, con cui il Tribunale di Napoli, Sezione distaccata di Pozzuoli, ha dichiarato cessata la materia del contendere in ordine all'opposizione agli atti esecutivi proposta da esse ricorrenti avverso l'ordinanza emessa il 10 ottobre 2010, avente ad oggetto la dichiarazione d'improcedibilità, ai sensi dell'art. 11, secondo comma, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, dell'azione esecutiva da esse intrapresa nei confronti dell'Azienda Sanitaria Locale Napoli 2 Nord. Premesso che la dichiarazione di cessazione della materia del contendere è stata giustificata con la sopravvenienza dell'art. 1, comma 51, della legge 13 dicembre 2010, n. 220, che ha introdotto il divieto di agire esecutivamente nei confronti delle Asl sino al 31 dicembre 2011, le ricorrenti sostengono che nella sentenza indicata il Tribunale di Napoli ha espressamente dato atto della fondatezza dei motivi di opposizione, ed in particolare dell'eccezione di illegittimità costituzionale delle norme applicate. Ciò, a loro avviso, avrebbe imposto la rimessione degli atti alla Corte costituzionale, con l'adozione di provvedimenti idonei a consentire successivamente la riassunzione del processo esecutivo.

Ciò posto, le ricorrenti hanno osservato che l'art. 360-bis n. 1 cod. proc.

(*) Avvocato dello Stato.

civ., introdotto dalla legge 18 giugno 2009, n. 69, prevedendo l'inammissibilità del ricorso per cassazione ove il provvedimento impugnato abbia deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Suprema Corte e l'esame dei motivi non offra elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa, subordina l'ammissibilità dell'impugnazione al richiamo di precedenti difformi della stessa Corte, la cui conoscenza assume ulteriore rilevanza per effetto dell'orientamento di quest'ultima, secondo cui le domande giudiziali e le stesse pronunce dell'Autorità giudiziaria devono trovare fondamento nella giurisprudenza di legittimità vigente. La costruzione della "*regola giurisprudenziale*" come "*regola di diritto*" non risulterebbe tuttavia assistita da un appropriato sistema di informazione giuridica, non risultando sufficienti, a tal fine, le informazioni incomplete e talvolta inattendibili o addirittura errate reperibili attraverso le banche dati gestite da privati o attraverso quella dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione, la cui inadeguatezza si traduce in un evidente limite all'accesso alla giustizia, protetto sia dalle norme costituzionali e da quelle di legge ordinaria, sia dalle norme sovranazionali, e segnatamente dall'art. 6 della Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'uomo. L'effettività di tale diritto, ad avviso delle ricorrenti, impone agli Stati non solo un dovere di non ingerenza, ma anche un obbligo positivo di prestazione, cui corrisponde per il cittadino non solo il diritto ad ottenere dall'Autorità giudiziaria un provvedimento, ma anche la possibilità di ottenere in concreto tutela giuridica.

2. Difesa dell'Amministrazione

L'Amm.ne costituitasi in giudizio ha eccepito l'inesigibilità delle domande alla luce della infungibilità della prestazione pretesa.

Come detto, l'oggetto dell'ordine auspicato dalle ricorrenti è la copia autentica di tutti i precedenti giurisprudenziali in materia della S.C. e/o di quelle rilevanti ai fini della decisione del ricorso per cassazione che le ricorrenti intendono assumere avverso la sentenza nr. 372/11 del Tribunale di Napoli – sezione distaccata di Pozzuoli – dichiarativa della cessazione della materia del contendere in tema di opposizione agli atti esecutivi.

L'oggetto del proponendo ricorso, nella prospettiva impugnatoria delle ricorrenti, necessita l'esame dei precedenti che abbiano – come testualmente indicato nel ricorso - affrontato questioni:

“a) sulla mancata rimessione, da parte del giudice dell'opposizione ex art. 617 c.p.c. e della sentenza citata n. 373/2011, degli atti alla Corte Costituzionale, pur avendo espressamente riconosciuto la non manifesta infondatezza di tutti i sospetti di illegittimità costituzionale dell'art. 11, II comma del D.L. 78/2010 (così come questi erano stati dedotti dalle ricorrenti);

b) sull'errata adozione della formula decisionale di rito della "cessazione della materia del contendere", seppur accompagnata da un espresso giudizio

di condivisione di tutti i motivi sostanziali dell'opposizione proposta; formula del tutto preclusiva della possibilità (per le ricorrenti) di riassumere il processo esecutivo (ex art. 627 c.p.c.) e, sotto tale profilo, in grado di produrre gli stessi effetti che si sarebbero collegati ad una pronunzia di rigetto;

c) sulla necessità che il giudice dell'opposizione revocasse, comunque, l'ordinanza opposta ed assegnasse, in ogni caso, i termini per la riassunzione del processo esecutivo, così devolvendo al solo giudice dell'esecuzione - unico competente (per funzione) - il compito di valutare e decidere;

d) in definitiva, sull'errata adozione della formula decisionale della "cessazione della materia del contendere", in quanto nessun fatto o atto giuridico era intervenuto in pendenza del giudizio oppositorio, tale da poter indurre a ritenere che fosse venuta meno la materia del contendere e, dunque, in grado di incidere sull'azione oppositoria sperimentata" (pp. 9 e 10 del ricorso).

A giudizio della difesa dell'Amm.ne le pretese azionate sono inaccoglibili.

Le ricorrenti non hanno chiesto le copie conformi di ben individuate sentenze (es. la sentenza di tale numero, di tale anno, o tutte le sentenze del 2006, etc.); in tal caso la prestazione - al di là della fondatezza nel merito - sarebbe astrattamente esigibile.

Esse hanno chiesto una prestazione di interpretazione da parte delle Amm.ni convenute.

Nel caso di specie - ove accolto l'ordine - l'Amm.ne dovrebbe interpretare l'oggetto delle questioni coinvolte (*rectius* giuridiche implicate) nel dichiarato proponendo ricorso per cassazione, al fine di individuare le sentenze che hanno affrontato le indicate questioni. Ciò è inesigibile.

È nota, in teoria generale del diritto dell'interpretazione, la differenza tra disposizione e norma. La disposizione è il testo documentale (contenente) che contiene il precetto. La norma è il precetto (contenuto) ricavato dalla disposizione in via di interpretazione. Parimenti noto - e le sentenze interpretative della Corte Costituzionale lo stanno a dimostrare - è che da una unica disposizione spesso è possibile estrarre più di una norma, a seconda del criterio ermeneutico seguito.

Orbene, atteso che l'individuazione di questioni e, quindi, delle norme coinvolte muta a seconda della prospettazione dell'interprete, è palese che la pretesa delle ricorrenti è inaccoglibile per l'impossibilità dell'individuazione dell'oggetto. Nel caso di specie l'Amm.ne dovrebbe ricostruire il quesito di diritto che le ricorrenti intendono sottoporre alla Cassazione e dovrebbe individuare la norma e/o norme coinvolte; in tale attività interpretativa è logicamente possibile che l'oggetto individuato dalle ricorrenti sia diverso da quello individuato dalle Amm.ni.

La difesa Erariale ha evidenziato altresì l'infondatezza nel merito delle pretese delle ricorrenti.

Nell'ambito del diritto di difesa non vi è una norma giuridica che legittima

la richiesta fatta dalle ricorrenti, avente ad oggetto l'ordine alle Amm.ni convenute di fornire copia conforme di tutti i precedenti giurisprudenziali in date individuate materie. Esiste il diritto di copia di dati individuati atti, il diritto di accesso, ma non il diritto azionato nella odierna lite dalle resistenti.

Come statuito dalla Suprema Corte (Corte di Cassazione, Sez. Un., sentenza n. 1629 del 27 gennaio 2010), l'accesso agli atti giudiziari dei soggetti diversi dalle parti coinvolte nei procedimenti cui gli stessi si riferiscano è disciplinato dall'art. 744 cod. proc. civ., in forza del quale *«i cancellieri e i depositari di pubblici registri sono tenuti, eccettuati i casi determinati dalla legge, a spedire a chiunque ne faccia istanza le copie e gli estratti degli atti giudiziari da essi detenuti, sotto pena dei danni e delle spese»*.

Nel richiamare tale disposizione, le Sezioni Unite hanno precisato che *«la richiesta diretta a conoscere la giurisprudenza [...] per ragioni di studio e pubblicazione non può essere riferita al paradigma di cui all'art. 22 della legge n. 241/1990, che è inteso a garantire invece la trasparenza e l'imparzialità dell'azione amministrativa rispetto ai soggetti che siano interessati alla tutela di specifiche situazioni giuridiche»*. In tale prospettiva, esse hanno richiamato la distinzione, già puntualizzata in alcune risalenti pronunce (Corte di Cassazione, Sez. Un., sentenza n. 456 del 3 marzo 1961), tra *"pubblici depositari"*, individuati in coloro ai quali la legge attribuisce la funzione fondamentale di tenere gli atti a disposizione del pubblico (notai, conservatori dei registri immobiliari, cancellieri ecc.), e *"pubblici funzionari"* che abbiano a disposizione gli atti dell'ente pubblico per motivo del loro ufficio, osservando che per ottenere il rilascio di copia dai primi non è necessario attivare una procedura di accesso, ma è sufficiente una semplice richiesta in base alla quale il richiedente ha diritto ad ottenere copia dell'atto richiesto.

Sulla base di tali precisazioni, e con specifico riguardo ad una domanda di rilascio di copia di provvedimenti giudiziari a fini di studio e pubblicazione, le Sezioni Unite hanno concluso che *«in definitiva, ogni cittadino ha diritto di ottenere copia degli atti detenuti per lui da un soggetto (notai, cancellieri, conservatori di registri, ecc.) cui la legge attribuisce la qualifica di pubblico depositario, nel senso che detiene non (soltanto) per sé (per l'esercizio di una pubblica funzione) ma (anche) per il pubblico, salvo che sussistano impedimenti previsti dalla legge»*.

Alla stregua di tali conclusioni, non potrebbe seriamente essere negato il diritto delle ricorrenti di accedere, tramite la Cancelleria, all'archivio dei provvedimenti della Suprema Corte e ad estrarne copia, anche solo per motivi di studio degli orientamenti giurisprudenziali rilevanti per il ricorso che intendono proporre, con le sole limitazioni necessarie a salvaguardare il diritto alla riservatezza delle parti coinvolte nei relativi procedimenti ed a proteggere i loro dati sensibili, limitazioni che, conformemente alle disposizioni interne impartite dal Primo Presidente, si riducono all'oscuramento dei nomi delle

parti, assolutamente irrilevanti ai fini che interessano le ricorrenti. Ciò in quanto il diritto di accesso ha ad oggetto atti ben individuati e non anche informazioni e/o valutazioni.

L'accoglimento del ricorso *de quo* sarebbe stato possibile solo mediante una - attualmente inesistente - novella dell'art. 360 *bis* cpc. In specie dopo le parole (il ricorso è inammissibile) "*quando il provvedimento impugnato ha deciso questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte*" occorrerebbe aggiungere un precetto del seguente tenore: la giurisprudenza è pubblicata in un luogo ufficiale di agevole accessibilità (es. sito internet) per tipologia di questioni di diritto.

Non esistendo allo stato una tale regola la pretesa delle ricorrenti non è accoglibile.

3. *Decisione del giudice*

L'adito giudice, con l'ordinanza in rassegna ha rigettato il ricorso.

Il Tribunale di Napoli ha rilevato il difetto del cd. *periculum in mora*.

Inoltre, in adesione alle argomentazioni dell'Amm.ne, ha acclarato l'inesigibilità della prestazione invocata atteso che "*viene richiesta un'attività implicante l'interpretazione dei precedenti attinenti ai probabili motivi di ricorso*".

Il giudicante, infine, evidenziato che le ricorrenti sollevano un problema reale - quello della ricerca e della conoscenza della "*giurisprudenza della Corte*" - ritiene che l'attuale sistema di pubblicità delle sentenze del giudice di legittimità (CED della Cassazione) garantisce la conoscibilità dei precedenti.

4. *Ricerca e conoscenza della "giurisprudenza della Corte"*

Come lumeggiato anche dal giudicante con l'ordinanza in rassegna, la lite coinvolge la portata dell'art. 360-*bis* n.1 c.p.c. sotto il particolare profilo della ricerca e della conoscenza della "*giurisprudenza della Corte*".

L'art. 360-*bis* n.1 c.p.c. recita:

"*Il ricorso [per cassazione] è inammissibile:*

1) *quando il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa;*

2) *quando è manifestamente infondata la censura relativa alla violazione dei principi regolatori del giusto processo*".

Viene in rilievo - con il n. 1 dell'articolo citato - il cd. "*filtro precedente*", al fine di trattare con procedure snelle, ricorsi per Cassazione *prima facie* infondati, con l'obiettivo di ridurre il carico di lavoro che grava sul giudice di legittimità.

Nel nostro ordinamento giuridico il giudice non è in alcun modo tenuto ad uniformare la sua interpretazione a quella di precedenti pronunce (ancorché

al più alto livello, quali quelle della Corte di Cassazione). Se è pacifico che il precedente giurisprudenziale non rientra in quanto tale tra le fonti del diritto è tuttavia intuitivo che, alla luce del contenuto normativo dell'art. 360 *bis* n. 1 c.p.c., al precedente (nella situazione ipotizzata dalla norma da ultimo citata) finisce per essere riconosciuta la funzione di costituire premessa maggiore del sillogismo giudiziario.

Sicché, ove presente un orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione al quale si è conformato il provvedimento impugnato, non è più sufficiente denunciare la “*violazione o falsa applicazione di norme di diritto o dei contratti collettivi nazionali di lavoro*” (art. 360 n. 3 c.p.c.), ma è necessario offrire elementi critici a contrasto dell'orientamento giurisprudenziale oggetto di censura. Il precedente, recepito conformemente nel provvedimento impugnato, nella complessiva struttura del n. 1 dell'art. 360 *bis* c.p.c. diviene, in tal modo, un segmento sostanziale della norma di riferimento. Il carattere normativo dell'orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione (al quale, nelle questioni di diritto, si è conformato il provvedimento del giudice *a quo*) emerge altresì - come evidenziato sopra al punto 2 - dalla attività intellettuale diretta a ricostruire il “precedente”. Ossia: il “precedente”, disposizione contenente una regola di diritto occasionata da un caso concreto, viene applicato ad un *diverso* (evidentemente simile od analogo) caso concreto; nel fare ciò, il giudice autore del provvedimento impugnato ha effettuato una attività ricognitivo-interpretativa, propria dell'interpretazione della legge. Ossia dalla disposizione (dal contenuto, dal testo documentale del precedente) ricava, in via di interpretazione, una regola di diritto: la norma giurisprudenziale applicabile.

Il carattere normativo in qualche modo implicito alla luce della disciplina del citato art. 360 *bis* n. 1 c.p.c. implica, quale coerente corollario, la conoscibilità dello stesso, per la necessità che il “*privato abbia il diritto di sapere con certezza quali siano le regole in vigore nel momento in cui agisce, siano esse legali o giurisprudenziali*” (così Corte di Cassazione, sentenza n. 6514 del 22 marzo 2011). La conoscibilità del precedente costituisce ineludibile presupposto del diritto di difesa costituzionalmente garantito dall'art. 24 Cost. ed, ancor prima, del diritto alla tutela giurisdizionale piena ed effettiva *ex art. 6 e 13 CEDU* costituente, principio generale del diritto dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 6, terzo comma, del Trattato sull'Unione europea. E del resto la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ammonisce che il diritto alla tutela giurisdizionale piena ed effettiva viene leso ove sussistano difficoltà di accesso alla giustizia o impedimenti di fatto (così Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza *Airey c/ Irlanda*, n. 32 del 9 ottobre 1979). Nell'attuale assetto ordinamentale non è previsto un sistema di pubblicità ufficiale organizzato per orientamenti unitari su “questioni di diritto”, ossia con i connotati imposti - come si dirà in seguito - dal contenuto dell'art. 360 *bis* n.

1 c.p.c. del “filtro-precedente”. Difatti:

a) i siti istituzionali dell’Autorità Giudiziaria, presso cui sono accessibili le sentenze dell’A.G.O. *ex artt.* 56 comma 2 *bis* D.L.vo 7 marzo 2005, n. 82 e 51, 2° comma D.L.vo 30 giugno 2003 n. 196, non sono dotati di una certificazione della “conformità” dei dati forniti e soprattutto - circostanza rilevante nel caso di specie - non organizzano la pubblicazione delle sentenze secondo “*questioni di diritto*” con l’individuazione, nella sintesi, dell’orientamento unitario;

b) l’ufficio Massimario della Corte di Cassazione non ha un ruolo istituzionale a tal fine (non essendo prevista una certificazione della conformità dei dati forniti); esso riporta, infatti, solo le massime e non il testo integrale della decisione, con inevitabili errori ed incompletezze nell’operare la sintesi del testo, come è noto a tutti gli operatori di giustizia. Inoltre, non viene riportata la precisa datazione della decisione pubblicata (*rectius*: la data di inserimento in Massimario), circostanza rilevante al fine di individuare - al di là della pubblicazione *ex art.* 133 c.p.c. - la data di vincolatività del precedente. L’Ufficio del Massimario pertanto, all’attualità, costituisce solo un autorevole mezzo di informazione giuridica;

c) le banche dati costituiscono raccolte predisposte da privati senza alcuna garanzia sulla autenticità e completezza e sul contenuto di quanto edito.

Preso atto di quanto precede, si ritiene che con l’introduzione dell’art. 360 *bis* n.1 c.p.c. il legislatore avrebbe dovuto prevedere un sistema di pubblicità dei precedenti assunti “a filtro” dalla ricordata norma con i seguenti requisiti: a) certezza in ordine alla data di inserimento delle sentenze in un sito di agevole accessibilità; b) certificazione della conformità all’originale dei dati forniti; c) organizzazione dei precedenti per tipologia di “questioni di diritto”.

La definizione, l’individuazione della questione di diritto richiede un’attività interpretativa dei dati giuridici contenuti nella sentenza. L’interpretazione è mutevole a seconda dei criteri ermeneutici osservati e della sensibilità dell’interprete. Sicché, al fine di individuare l’orientamento unitario della questione di diritto su una certa materia, è necessario che, in modo autorevole e ufficiale, vi provveda (secondo apposito intervento normativo) il gestore del sito appositamente autorizzato, il quale dovrà procedere tenendo conto in via prioritaria delle questioni di diritto desumibili dalle decisioni a Sezioni Unite più recenti in senso cronologico, secondo la filosofia del secondo e del terzo comma dell’art. 374 c.p.c. Nella riferita prospettiva, il secondo comma del citato art. 374 c.p.c. dovrebbe espressamente sancire l’obbligo *tout-court* della rimessione della causa alle Sezioni Unite nell’ipotesi che sulla questione di diritto vi siano state decisioni in senso difforme delle Sezioni semplici. Il gestore del sito dovrebbe altresì aggiornare di volta in volta la questione di diritto alla luce delle successive evoluzioni delle decisioni del giudice di legittimità, rendendo disponibile comunque un unico orientamento cui commisurare la conformità richiesta dall’art. 360 *bis* n. 1 c.p.c.. Ad esempio sulla materia del

termine di costituzione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo dinanzi al Tribunale dal materiale giurisprudenziale disponibile il gestore dovrebbe desumere l'orientamento unitario della Corte di Cassazione; ove vi fossero contrasti dovrebbe individuare l'orientamento "ufficiale", in modo da consentire al ricorrente l'esatta individuazione dello stesso. Il prospettato sistema di pubblicazione è intuitivamente diverso dalla mera pubblicazione della sentenza *ex art. 133 c.p.c.* Sarebbe pertanto funzione propria del gestore del sistema di pubblicazione ufficiale individuare, per tipologia di questioni di diritto, l'orientamento "vivente", ossia l'orientamento, tra quelli esistenti, da ritenersi "conforme" agli effetti dell'art. 360 *bis* n. 1 c.p.c. Ciò è necessario per offrire i precedenti ufficiali che la parte dovrà tenere presente nella proposizione del ricorso per cassazione e/o nel controricorso. Il prospettato rilievo non costituisce attenzione eccessiva ad un problema marginale. E' viceversa un modo risolutorio per sollevare questioni pratiche della massima importanza. In specie: a) a fronte di precedenti contrastanti non può onerarsi la parte interessata di ricostruire, materia per materia, l'orientamento unitario della Cassazione contro cui elevare le proprie censure; b) la previa pubblicazione del precedente con gli indicati connotati implica che l'interessato possa legittimamente ignorare - anche perché conoscibile con gravi difficoltà - il precedente contenuto in una sentenza del giudice di legittimità depositata in Cancelleria ma non ancora inserita in un sito ufficiale organizzato per tipologia di orientamenti unitari su questioni di diritto. Del resto, il problema sollevato risulta di particolare attualità atteso che in questi ultimi anni si assiste, ad opera delle stesse Sezioni Unite della Suprema Corte, a modificazioni di orientamenti anche tradizionalmente consolidati sulle regole processuali, in nome della ragionevole durata del processo.

Alla luce di quanto precede può fondatamente sostenersi che la tollerabilità costituzionale dell'art. 360 *bis* n. 1 c.p.c. presuppone la conoscibilità legale dell'orientamento giurisprudenziale "vivente" da ritenersi conforme ai sensi della citata norma pena la violazione del diritto di difesa della parte (art. 24 Cost. e artt. 6 e 13 Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali).

In conclusione: per realizzare la conoscibilità legale della giurisprudenza "elevata a fonte" si dovrebbe intervenire normativamente, per organizzare un sistema di pubblicità ufficiale degli orientamenti sulle questioni di diritto con i connotati sopra descritti.

Tribunale di Napoli, Sezione feriale civile, ordinanza 30 settembre 2011 nel procedimento cautelare n. 21614/2011 - *Giudice C. Hubler* - Soc. C. A. E. s.r.l. e la s.a.s. M. di V. F. (avv. R. Buonanno) contro Ministero della Giustizia e Presidenza del Consiglio dei Ministri (avv. distr. Stato Napoli).

(*Omissis*)

CONSIDERATO IN FATTO

Con ricorso ex art. 700 c.p.c., depositato presso la sezione distaccata di Pozzuoli, parte ricorrente, premesso l'interesse ad impugnare la sentenza in atti indicata ed evidenziate le modifiche procedurali di cui all'art. 360 bis c.p.c., introducenti il cd. filtro di ammissibilità chiedeva: "*ordinarsi ai resistenti di fornire, alle odierne ricorrenti, con riferimento al ricorso per cassazione che le stesse intendono avanzare avverso la sentenza 372/2011 dep. il 15 aprile 2011 del G.M. presso la sezione Distaccata di Pozzuoli del Tribunale di Napoli, copia autentica di tutti i precedenti giurisprudenziali in materia del S.C. e/o quelli rilevanti ai fini della decisione del medesimo ricorso; ... omissis*".

Parte resistente si costituiva e resisteva alla domanda con varie eccezioni e argomentazioni chiedendo la declaratoria di incompetenza per essere competente il Tribunale di Roma e, nel merito, il rigetto della cautela.

RITENUTO IN DIRITTO

Preliminarmente va rilevato che appare precluso il rilievo d'ufficio incompetenza territoriale della competenza a seguito della trasmissione della procedura alla sezione Centrale di questo Tribunale, dovendosi ritenere superata la barriera della prima udienza (cfr. sul punto Ord. 12/14 luglio 2010 della X sezione del Tribunale di Napoli, dr. Magliulo prodotta in atti, ai cui motivi sul punto ci si riporta).

Va, altresì, disattesa l'eccezione di incompetenza territoriale del Tribunale adito, irrualmente formulata nell'interesse delle resistenti senza l'indicazione dei fori alternativi.

Va poi rilevato che perché possa essere emanato un provvedimento d'urgenza, quale quello richiesto, con i limiti della cognizione sommaria e della compressione del diritto di difesa del convenuto occorre che siano ravvisabili nella fattispecie concreta sia il *fumus* del diritto che il *periculum* del ritardo.

In questa sede occorre verificare se, sulla base di una cognizione sommaria e superficiale, si profili come verosimile l'apparenza del diritto vantato dal ricorrente (c.d. *fumus boni juris*) e se sia fondato il timore che la durata del giudizio di merito da intraprendere possa vanificare il pieno soddisfacimento del diritto che nel frattempo sia irrimediabilmente leso.

La natura cautelare della procedura instaurata richiede poi la sua strumentalità, ossia la funzione di assicurare effetti di anticipazione e conservazione della situazione di fatto prima che intervenga la decisione nel merito.

Nel caso di specie deve osservarsi che aldilà delle considerazioni in relazione alla portata ed alle conseguenze dell'introduzione nell'ordinamento della norma di cui all'art. 360 bis c.p.c., della delineata tutela di diritti costituzionalmente garantiti, nonché degli evidenziati inconvenienti dei sistemi di accesso alle pronunce della Suprema Corte, nel caso di specie appaiono difettare i presupposti per l'adozione della cautela ed in particolare l'attualità del *periculum*. Infatti, indipendentemente dalle considerazioni circa la sussistenza di un diritto delle ricorrenti ad ottenere quanto preteso in cautelare, alla eccepita inesigibilità di una condotta che implica anche problematiche interpretative dell'individuazione dei precedenti che la parte ricorrente, per i motivi di cui al ricorso, è impossibilitata ad individuare singolarmente, alla luce della

documentazione prodotta non appare vertesi, allo stato, in ipotesi di inadempimento e di conseguenza viene meno l'ipotesi del pregiudizio imminente.

In altre parole non risulta una richiesta inoltrata alle parti resistenti inevasa o disattesa, da che discende il difetto di attualità del *periculum* che si concreterebbe, in astratto, solo nell'ipotesi di assoluta inaccessibilità ai precedenti.

Né appare l'esigibilità della prestazione invocata.

Sotto tale ultimo profilo, ricordando il limite del rito deve osservarsi che alla luce dell'oggetto della procedura, viene richiesta un'attività implicante l'interpretazione dei precedenti attinenti ai probabili motivi di ricorso, delineati nell'atto introduttivo la fase cautelare.

Tale attività, a carattere interpretativo, e che necessita approfondito esame del contenuto dei documenti, appare, tenuto conto delle finalità cui è volta, propria di un'attività professionale protetta quale quella dell'avvocato e di conseguenza inesigibile da parte di altri soggetti che non potrebbero sostituirsi al professionista.

Va ancora osservato che, anche nel caso di specie, appaiono condivisibili alcuni dei motivi già espressi da questo tribunale nella citata ordinanza e che qui si riportano.

“Nel merito, parte ricorrente solleva un problema reale, conseguente all'introduzione del filtro suddetto e già evidenziato anche in dottrina, e cioè quello della ricerca e della conoscenza della <giurisprudenza della Corte> che, stante il nuovo rilievo formale ad essa attribuito, assurge ora a parametro di riferimento per l'ammissibilità del ricorso. Si è esattamente osservato che, nell'ottica della riforma, il codice di rito non è più fonte esclusiva della disciplina processuale, giacché deve procedersi ad un preventiva ricerca ed acquisizione delle pregresse decisioni per esteso della Suprema Corte.

Le doglianze avanzate dal ricorrente non sono, però, condivisibili.

In primo luogo, deve osservarsi che, nella vicenda in esame, la sentenza della Sezione distaccata di Pozzuoli... che l'avv. Buonanno intende impugnare ...” non appare “abbia deciso una questione di diritto in maniera conforme alla giurisprudenza della Corte”. In effetti la giurisprudenza della Corte richiamata in sentenza non appare riguardare la fattispecie specifica, bensì più specificatamente l'istituto della cessazione della materia del contendere ed il rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi, nonché la materia delle spese.

La richiesta di cui alla presente procedura, appare fondata, invece, sul mancato rinvenimento, malgrado l'impegno dedotto, di precedenti specifici o riguardanti casi analoghi in relazione ai punti 1 da lett. a) a d) del ricorso.

La ricerca, appare, quindi volta a eventuali precedenti in relazione alle doglianze delle odierne ricorrenti onde fondare motivi per confermare o mutare l'orientamento giurisprudenziale (cfr. ultimo periodo art. 360 bis c.p.c.).

Aldilà della metodologia e degli strumenti che la difesa del ricorrente ha usato senza esiti, *“va ancora evidenziato che, oltre ai consueti canali di ricerca rappresentati dalle riviste specializzate e dalle banche dati informatiche, è possibile”* come del resto ammesso in ricorso che invero non si diffonde sul contenuto dell'archivio bensì sulle problematiche dello stesso *“previo pagamento di – un canone di abbonamento, la consultazione del Centro elettronico di documentazione della Corte Suprema di Cassazione ed in tale archivio sono contenute non solo le massime ma anche le sentenze per esteso della Cassazione, tendenzialmente tutte quelle emesse negli ultimi dieci anni e numerose degli anni precedenti. Né giustifica una diversa conclusione la nota del cons. Mario Frisa, esibita dall'avv. Buonanno, dato che essa segnala gravi problemi organizzativi del Centro ma non attesta l'intervenuta modifica delle possibilità di accesso alla Banca Dati della Cassazione né dell'attuale contenuto documentale*

della stessa. Neppure potrebbe dubitarsi dell'ufficialità – o quantomeno dell'affidabilità – del richiamo alle sentenze rinvenute attraverso tale sistema di ricerca, dato che il Centro in questione, sulla base di concessioni del Ministro della Giustizia, “svolge un servizio pubblico di informatica giuridica, per diffondere la conoscenza della normativa, della giurisprudenza e della dottrina giuridica” (art. 1 DPR 17 giugno 2004 n. 195, Regolamento integrativo della disciplina e dell'accesso al servizio CED).

Il ricorrente “appare ritenere” che, al fine di evitare decisioni pregiudizievoli ex art. 360 bis c.p.c., sia necessaria la conoscenza di tutti i precedenti della Corte di Cassazione, e pertanto, muove dal presupposto che la “giurisprudenza della Corte” richiamata dalla norma possa identificarsi anche con l'esistenza di un solo precedente a sezione semplice non edito (diverso è il discorso in caso di sentenza a sezioni unite, facilmente reperibile). Tale opinione, sostenuta anche da parte della dottrina (che non si è occupata, però, del problema della reperibilità dei precedenti), non appare condivisibile. Ad avviso di questo giudice, infatti, risulta preferibile la diversa tesi secondo cui il significato di “giurisprudenza” non coincide con quello di “precedente”, in particolare sotto l'aspetto quantitativo.

Innanzitutto, da un punto di vista semantico, mentre il concetto di “precedente” può identificarsi anche con una sola decisione relativa un caso particolare, quello di “giurisprudenza” – come pure quello di “orientamento” di cui all'ultima parte dell'art. 360 bis – si riferisce solitamente, oltre che ad una decisione delle Sezioni Unite, che abbiano risolto un precedente contrasto, ad una pluralità, più o meno ampia, di decisioni dello stesso segno, relative a diversi casi concreti; come pure dovrebbe ritenersi, a contrario, che un solo precedente non potrebbe essere sufficiente ad escludere l'esistenza di una giurisprudenza conforme rappresentata da numerose decisioni di segno contrario. Certamente, stante anche l'enorme mole di sentenze prodotte dalla Suprema Corte, talvolta “caratterizzate da orientamenti difformi”, non sarà sempre facile stabilire se vi sia o meno giurisprudenza conforme, ma – per quanto rileva in questa sede – non può prescindersi dal prendere in considerazione a tale fine il dato numerico, ossia la molteplicità di decisioni uniformi, oltre che la chiarezza dei pronunziati e la ricchezza del supporto motivazionale.

In ogni caso, pur a voler ritenere sufficiente ai fini in esame un solo precedente, nell'ipotesi – invero alquanto marginale – di una o pochissime decisioni non editate della Cassazione sulla questione, dovranno comunque escludersi che vi siano i presupposti per applicare, nei confronti di un ricorrente “incolpevole”, una sanzione così grave ed irrimediabile come quella della inammissibilità del ricorso.

A ben vedere, la ritenuta necessità di acquisire tutti i precedenti della Corte di Cassazione sulla questione di diritto da affrontare con il ricorso che si intende proporre, finisce per essere troppo penalizzante per la stessa difesa. Infatti, se davvero fosse sufficiente desumere da uno o da pochissimi risalenti precedenti, non editati, la giurisprudenza della Corte rilevante ex art. 360 bis c.p.c. ne deriverebbe che il difensore, anche se avesse la possibilità di accedere a tutte le sentenze della Cassazione, sarebbe costretto ad una onerosissima – se non impossibile – ricerca, stante la quantità di sentenze da visionare e l'assenza di qualsiasi catalogazione delle stesse. La soluzione interpretativa che richiede ai fini della individuazione della “giurisprudenza della Corte” una quantità significativa di decisioni rilevanti su una determinata questione oppure, seguendo l'altra tesi, quantomeno un precedente edito della Corte stessa, finisce da un lato per parametrare il concetto di giurisprudenza a quello che può ricavarsi dal “servizio giustizia” disponibile per il cittadino, ponendo sullo stesso piano gli strumenti conosciuti dalla Corte con quelli conoscibili dal difensore sulla base della diligenza profes-

sionale che può da lui esigersi. Dall'altro, in tale modo, consente di ricondurre il compito dell'avvocato alla consueta attività di ricerca eseguibile sulla base di tutti i mezzi a sua disposizione, tenuto conto in particolare dei dati forniti dal CED che, per le ragioni sopra evidenziate, sono certamente sufficienti a coprire quell'ambito oggettivo e temporale dei precedenti, necessario per la formazione di un orientamento giurisprudenziale conforme della Cassazione.

Tale conclusione, pur presentano sicuramente margini di opinabilità, appare più ragionevolmente rispondente anche alla finalità della riforma, che è diretta a scremare ricorsi in realtà palesemente infondati perché contrari ad un orientamento della Corte diffuso – costante o prevalente – o quantomeno conoscibile dal ricorrere (fatta salva ovviamente l'emersione di nuove e significative ragioni di critica), e non anche ricorsi che contrastano semmai con uno o pochi remoti precedenti della stessa Corte, non editi da alcuna banca dati e, di conseguenza, sostanzialmente non reperibili dalla parte.

A ciò deve, infine, aggiungersi che, nel procedimento delineato dall'art. 380 ter c.p.c. per la decisione sull'inammissibilità del ricorso, i difensori hanno la possibilità di conoscere con congruo anticipo le ragioni per cui il giudice relatore consideri inammissibile il ricorso, di guisa che essi possono contraddire anche sui presupposti della ritenuta inammissibilità (tra i quali l'esistenza o meno di una giurisprudenza conforme ed edita della Corte) sia depositando memorie difensive che chiedendo di essere sentiti.

In ultima analisi, l'interpretazione qui sostenuta finisce per offrire maggiori garanzie dopo l'esercizio del diritto di difesa rispetto a quella prospettata dal ricorrente, e quindi per essere più conforme ai principi costituzionali e comunitari in materia”.

Per questi motivi la cautela richiesta non può trovare accoglimento. Assorbita ogni eventuale questione.

Tenuto conto della peculiarità della questione, della sua sostanziale novità e delle ampie argomentazioni del ricorso, sussistono giusti motivi che inducono a compensare interamente tra le parti le spese della procedura.

P.Q.M.

- a) rigetta il ricorso;
- b) compensa integralmente tra le parti le spese del giudizio.

Napoli, 30 settembre 2011

PARERI DEL COMITATO CONSULTIVO

Art. 92, comma 5, D.Lgs. n. 163/2006: corrispettivi, incentivi per la progettazione e fondi a disposizione delle stazioni appaltanti. Dubbi interpretativi

(Parere del 25 marzo 2010 prot. 105479, AL 35662/09, avv. VERDIANA FEDELI)

I. In risposta alla nota del 13 ottobre 2009, con cui viene richiesto un parere sul termine prescrizionale e sulla relativa decorrenza con riferimento all'incentivo correlato alla progettazione e fondi a disposizione delle stazioni appaltanti, di cui all'art. 18 della legge n. 109/1994 – successivamente modificato dalle leggi nn. 216/95, 127/97, 191/98, 415/98 e 144/99, attualmente trasfuso nell'art. 92, del D.Lgs. n. 163 del 2006 – a fronte di prestazioni lavorative effettuate nel periodo dal 6 marzo 1994 al 9 maggio 2003, si evidenzia quanto segue.

Il suindicato art. 92, comma 5, prescrive “*Una somma non superiore al due per cento dell'importo posto a base di gara di un'opera o di un lavoro, comprensiva anche degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell'amministrazione, a valere direttamente sugli stanziamenti di cui all'articolo 93, comma 7, è ripartita, per ogni singola opera o lavoro, con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata e assunti in un regolamento adottato dall'amministrazione, tra il responsabile del procedimento e gli incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo, nonché tra i loro collaboratori. La percentuale effettiva, nel limite massimo del due per cento, è stabilita dal regolamento in rapporto all'entità e alla complessità dell'opera da realizzare. La ripartizione tiene conto delle responsabilità professionali connesse alle specifiche prestazioni da svolgere. La corresponsione dell'incentivo è disposta dal dirigente preposto alla struttura competente, previo accertamento positivo delle specifiche attività svolte dai predetti dipendenti; limitatamente alle attività di progettazione, l'incentivo corrisposto al singolo dipendente non può superare l'importo del rispettivo trattamento economico complessivo annuo lordo; le quote parti dell'incentivo corrispondenti a prestazioni non svolte dai medesimi*

dipendenti, in quanto affidate a personale esterno all'organico dell'amministrazione medesima, ovvero prive del predetto accertamento, costituiscono economie. I soggetti di cui all'articolo 32, comma 1, lettere b) e c), possono adottare con proprio provvedimento analoghi criteri”.

Tale norma è stata da ultimo modificata dall'art. 18, comma 4 *sexies*, del decreto legge n. 185/2008, convertito in legge n. 2/2009, che ha introdotto il comma 7 *bis* dell'art. 61 del D.L. n. 112/2008, che dispone “*A decorrere dal 1° gennaio 2009, la percentuale prevista dall'articolo 92, comma 5, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, e successive modificazioni, è destinata nella misura dello 0,5 per cento alle finalità di cui alla medesima disposizione e, nella misura dell'1,5 per cento, è versata ad apposito capitolo dell'entrata del bilancio dello Stato per essere destinata al fondo di cui al comma 17 del presente articolo”.*

Codesta Amministrazione, nella nota che si riscontra, sembra preferire la tesi che all'incentivo *ex art. 92* sopra menzionato sia applicabile il termine di prescrizione decennale, a tal uopo allegando il precedente favorevole del Tribunale di Napoli (sentenza n. 73 del 2007).

Secondo l'indicato Tribunale l'incentivo *ex art. 92* D.Lgs. n. 163 del 2006 costituisce “*un'indennità a contenuto risarcitorio e non retributivo, non facendo parte del trattamento stipendiale”*, con conseguente applicabilità del termine di prescrizione decennale.

Tale interpretazione non sembra condivisibile per le seguenti considerazioni.

In primo luogo, si sottolinea che nella materia del lavoro la prescrizione ordinaria decennale, di cui all'art. 2946 c.c., ha carattere residuale, in quanto “*il diritto del lavoratore alla retribuzione è assoggettato unicamente alle prescrizioni ex art. 2948, n. 4 e 5, 2955, n. 2 e 2956, n. 1 c. c., come modificati a seguito della parziale illegittimità dichiaratane dalla corte costituzionale, e, pertanto, in nessun caso può ritenersi soggetto all'ordinaria prescrizione decennale, decorrente dalla nascita del credito (Cass. civ., 4 marzo 1983, n. 1604)”*.

In secondo luogo si evidenzia che l'incentivo, di cui all'art. 92 del suindicato D.Lgs. 2006, n. 163, non ha natura risarcitoria.

Non deriva, infatti, da responsabilità del datore di lavoro, né tantomeno può essere diretto a risarcire alcun danno, non esistendo alcun danno risarcibile.

Pertanto, il premio incentivante, in quanto compensa i dipendenti dell'amministrazione, che abbiano in concreto concorso o comunque contribuito alle attività di progettazione, affidamento, esecuzione e collaudo dei lavori, sembra rientrare nel concetto di retribuzione, come ha affermato il Tribunale, Sezione Lavoro di Roma, con sentenza n. 12107 del 2009, anch'essa allegata alla nota che si riscontra.

Va a tal uopo sottolineato che la Corte di Cassazione (Cass., 19 luglio 2004, n. 13384), nel sostenere che la norma in esame impone all'amministrazione: a) l'obbligo di costituire un fondo interno; b) l'obbligo di ripartire detto fondo tra il personale degli uffici tecnici dell'amministrazione; c) l'obbligo di emanare un regolamento per determinare le modalità di erogazione del fondo, ha così affermato *“dalla norma di legge sopra trascritta si ricava altresì che tutti i predetti obblighi dell'amministrazione sono previsti in relazione a rapporti di lavoro in corso con i propri dipendenti; essi pertanto trovano la loro correlazione in un vero e proprio diritto soggettivo di natura retributiva spettante ai dipendenti specificamente indicati nella norma. A nulla rileva che i predetti diritti siano quantitativamente indeterminati fino alla specificazione con regolamento delle modalità di ripartizione del fondo: infatti non osta all'esistenza del diritto retributivo del lavoratore la necessità di una successiva determinazione del quantum. D'altro canto l'emanazione del regolamento non può essere configurata come condizione di esistenza del diritto, poichè una siffatta condizione null'altro sarebbe che una condizione meramente potestativa, da ritenersi invalida a norma dell'art. 1355 c.c.”*.

Analogamente la Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, nella delibera n. 5/2009 ha sostenuto che *“il compenso incentivante dipende dal rapporto di lavoro, poichè l'art. 92, comma 5, del D.Lgs. 163 del 2006 precisa che l'importo ivi stanziato deve essere distribuito tra i dipendenti dell'ufficio tecnico e, rientra, pertanto, fra le somme riconducibili alle voci accessorie della retribuzione”*.

Inoltre, va osservato che l'art.1, comma 207, della legge 23 dicembre 2005 n. 266, ha così disposto *“L'articolo 18, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, che prevede la possibilità di ripartire una quota percentuale dell'importo posto a base di gara tra il responsabile unico del progetto e gli incaricati della redazione del progetto, del piano della sicurezza, della direzione dei lavori, del collaudo, nonché tra i loro collaboratori, si interpreta nel senso che tale quota percentuale è comprensiva anche degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell'amministrazione”*.

Alla luce di tali principi, sembra corretto affermare che l'incentivo *de quo*, rientrando nel concetto di retribuzione, soggiace alla prescrizione quinquennale ex artt. 2948, n. 4, c.c., secondo cui *“Si prescrivono in cinque anni gli interessi e, in generale, tutto ciò che deve pagarsi periodicamente ad anno o in termini più brevi”*.

Risultano, infatti, soggetti al regime della prescrizione dei crediti di lavoro, non solo gli emolumenti corrisposti in funzione dell'esercizio dell'attività lavorativa, ma anche tutti gli importi che, pur senza trovare riscontro in una precisa prestazione lavorativa, costituiscono adempimento di obbligazioni pecuniarie imposte al datore di lavoro da leggi o da convenzioni nel corso del rapporto ed aventi origine e titolo nel contratto di lavoro, mentre ne restano

escluse le sole erogazioni originate da cause autonome ovvero da responsabilità del datore di lavoro” (cfr. Cass., 25 gennaio 2001, n. 1018; Cass., 10 novembre 2004, n. 21377).

Alla stregua del suesposto principio la Suprema Corte ha quindi ritenuto che soggiacciono alla prescrizione quinquennale i crediti di lavoro per ferie annuali e riposi settimanali non goduti (Cass., n. 927 del 1989), festività infrasettimanali (Cass., n. 108 del 1988), indennità di trasferta e lavoro straordinario (Cass., n. 862 del 1988).

Anche il Consiglio di Stato (C.d.S., sez. IV; 15 luglio 2008, n. 3559) ha affermato che tutti i crediti di lavoro dei pubblici dipendenti soggiacciono alla prescrizione quinquennale, senza che sia più possibile introdurre alcuna distinzione per l'ipotesi che il credito retributivo sia contestato o, comunque, richieda un formale atto di accertamento da parte dell'amministrazione (tra le più recenti, C.d.S., sez. IV, 12 marzo 2001, n. 1411; 5 aprile 2003, n. 1788; 30 dicembre 2003, n. 9174; 5 ottobre 2005, n. 5339).

Sulla base della citata giurisprudenza, deve, pertanto, ritenersi che l'incentivo in oggetto, avendo natura retributiva e non risarcitoria, è soggetto alla prescrizione quinquennale di cui all'art. 2948, n. 4, c.c., a prescindere dalla periodicità della prestazione, atteso che il requisito della periodicità, annuale o inferiore all'anno, che giustifica l'applicabilità della prescrizione quinquennale, deve essere riferito alla retribuzione nel suo complesso e non già alle singole voci che di volta in volta la compongono (Cass., 10 novembre 2004, n. 21377).

II. Per quanto concerne la decorrenza del termine di prescrizione, atteso che l'art. 2935 c.c. prevede che *“la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere”*, si ritiene che la prescrizione debba iniziare a decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento (9 maggio 2003).

Infatti, l'art. 18 della legge n. 104/92, come modificato dalla legge dall'art. 6, comma 13, della legge n. 127 del 1997, così statuiva *“L'1 per cento del costo preventivato di un'opera o di un lavoro ovvero il 50 per cento della tariffa professionale relativa a un atto di pianificazione generale, particolareggiata o esecutiva sono destinati alla costituzione di un fondo interno da ripartire tra il personale degli uffici tecnici dell'amministrazione aggiudicatrice o titolare dell'atto di pianificazione, qualora essi abbiano redatto direttamente i progetti o i piani, il coordinatore unico di cui all'articolo 7, il responsabile del procedimento e i loro collaboratori.*

1-bis. Il fondo di cui al comma 1 è ripartito per ogni singola opera o atto di pianificazione, sulla base di un regolamento dell'amministrazione aggiudicatrice o titolare dell'atto di pianificazione”.

Dall'art. 18, come modificato nel 1997, si evince, pertanto, che il diritto del dipendente alla ripartizione del fondo incentivante non assume contenuto

certo e determinato sino a quando non venga emanato l'apposito regolamento che fissa la misura spettante a ciascuno e le relative modalità applicative concrete.

Nelle fattispecie in esame, nelle quali la prestazione lavorativa è stata effettuata nel periodo dal 6 marzo 1994 al 9 maggio 2003, il termine prescrizione è iniziato a decorrere dal momento dell'entrata in vigore del regolamento del Ministero della Difesa, ossia del decreto 7 febbraio 2003, n. 90, pubblicato in Gazzetta Ufficiale 24 aprile 2003, n. 95, recante norme per la ripartizione del fondo di cui al comma 1 dell'articolo 18 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni e integrazioni.

Codesta Direzione Generale, nel richiedere l'avviso di questa Avvocatura in proposito, evidenzia altresì che il regolamento attuativo adottato dal Ministero della Difesa ha omesso di dettare il regime transitorio per le annualità 1994-1999, per le quali le quote di ripartizione sono state individuate da codesta Direzione soltanto con la circolare interpretativa del 2006.

Si chiede, conseguentemente, se l'adozione di tale ultimo documento debba considerarsi quale *dies a quo* per la decorrenza dei diritti relativi alle annualità precitate, anche al fine di evitare i contenziosi che seguirebbero all'eventuale diniego di pagamento delle competenze pregresse e ponderare correttamente il rischio di soccombenza nei medesimi.

In relazione agli incentivi inerenti il periodo dal 6 marzo 1994 al 22 maggio 1999, si osserva che il Direttore Generale dei Lavori e del Demanio nella circolare del 7 gennaio 2004, a pagina 7, espressamente stabiliva “*Date le successive versioni dell’art. 18, intervenute con le modifiche alla legge quadro sui LL.PP. (allegato G), l’individuazione della data di decorrenza, nonché dei percettori dell’incentivo sarà oggetto di apposito quesito agli Organi Consultivi preposti. Nelle more, la corresponsione degli incentivi dovrà avvenire esclusivamente a favore di quelle attività per le quali l’incarico è stato affidato a far data dal 9 maggio 2003*”.

Successivamente con la circolare del 19 aprile 2006, codesta Amministrazione, acquisito il parere del Consiglio di Stato n. 7735 del 19 ottobre 2004, che, per un verso, ha stabilito la decorrenza dei compensi *de quo* alla data di entrata in vigore della legge n. 104/94 e, per altro verso, l'efficacia retroattiva del D.M. n. 90/03, ha precisato a pagina 1, punto 3 “*che devono essere oggetto di corresponsione dell’incentivo tutte quelle prestazioni iniziate dopo l’entrata in vigore della legge n. 109/94 (6 marzo 1994)*”.

Invero, facendo decorrere la prescrizione dal momento dell'adozione della circolare, verrebbero sovvertite le ordinarie regole secondo cui i regolamenti sono atti formalmente amministrativi, ma sostanzialmente normativi, mentre le circolari sono mere norme interne.

Come sostenuto dalla Corte dei Conti nella citata delibera n. 5/2009 “*I tempi di erogazione di questa forma di compenso e il collegamento con la rea-*

lizzazione dell'opera pubblica o con le varie fasi di realizzazione della stessa devono essere stabiliti in sede di contrattazione collettiva e di successivo regolamento.

Ovviamente, la disciplina contrattuale e il regolamento stabiliscono i criteri generali che devono essere applicati in ogni singola fattispecie, con la conseguenza che possono verificarsi due diverse situazioni.

La prima riguarda la realizzazione di opere in assenza del regolamento. In questo caso l'aspettativa al compenso dei dipendenti interessati si tramuterà in diritto azionabile solo quando sarà raggiunto l'accordo in sede decentrata e adottato l'atto regolamentare.

La seconda riguarda le situazioni nelle quali l'ente abbia già adottato il regolamento. In quest'ipotesi il diritto al compenso si perfeziona con la conclusione delle attività inerenti la realizzazione dell'opera pubblica, vale a dire con il collaudo della stessa ovvero con la sua ultimazione. Semprechè, in sede di contrattazione integrativa le parti, nell'ambito della loro autonomia, non abbiano stabilito tempi e modalità diverse di erogazione”.

Pertanto, assume rilevanza nella liquidazione dell'incentivo, con relativi accessori, la sola adozione del regolamento da parte dell'amministrazione.

Sulla base di quanto sopra esposto, la tesi più rigorosa e preferibile, impone di ritenere che la prescrizione inizi a decorrere dal momento dell'entrata in vigore del regolamento.

Peraltro, si fa rilevare che essendo state adottate dalle articolazioni periferiche di codesta amministrazione entro il termine del 30 settembre 2006 (cfr. circolare del 19 aprile 2006, n. 20506, punto 5) le schede di ripartizione, comprovanti il diritto dei singoli interessati alla corresponsione degli incentivi, che attestano il progetto, le attività e l'importo dovuto, la prescrizione è interrotta nei confronti degli aventi diritto, ai quali la scheda è stata comunicata.

La redazione della documentazione comprovante il diritto dei singoli interessati alla corresponsione degli incentivi, si configura, infatti, in termini di atto interruttivo della prescrizione, in quanto ricognitivo del debito, con l'effetto che da quel momento inizia a decorrere un nuovo termine di prescrizione (quinquennale).

Contrariamente a quanto sostenuto da codesta Amministrazione, invece, l'adozione della circolare amministrativa non può configurarsi in termini di atto interruttivo della prescrizione, ai sensi dell'art. 2944 c.c., in quanto il riconoscimento del diritto da parte di colui contro il quale il diritto stesso può essere fatto valere, deve consistere in una ricognizione chiara e specifica del diritto altrui (Cass., sent. n. 8888 del 14 aprile 2009) e tale ricognizione non può ritenersi sussistere in una circolare, che reca l'interpretazione di un regolamento, senza alcuna indicazione sui soggetti nei cui confronti l'amministrazione è debitrice, né dei relativi importi.

In conclusione, codesta Direzione Generale potrà procedere alla liquida-

zione degli incentivi per le prestazioni lavorative effettuate nel periodo dal 6 marzo 1994 al 9 maggio 2003, atteso che il termine prescrizione quinquennale è stato interrotto nel 2006 con la predisposizione delle schede riepilogative (degli importi dovuti e dei relativi creditori), purché le stesse siano state portate a conoscenza dei creditori.

Sulla questione è stato sentito il Comitato Consultivo, che si è espresso in conformità.

Art. 6, comma 3, del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, nella legge 30 luglio 2010, n. 122: applicabilità ai compensi dei commissari della Ci.V.I.T.

(Parere del 25 luglio 2011 prot. 243525, AL 24782/11, avv. MAURIZIO BORGO)

Si riscontra la nota in epigrafe e si rappresenta quanto segue.

Questo Generale Ufficio ritiene che i compensi, spettanti al Presidente ed ai commissari di codesta Commissione, non possano ritenersi assoggettati al regime di cui all'art. 6, comma 3, del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, nella legge 30 luglio 2010, n. 122.

La norma prevede che *“a decorrere dal 1° gennaio 2011 le indennità, i compensi, i gettoni, le retribuzioni o le altre utilità comunque denominate, corrisposti dalle pubbliche amministrazioni di cui al comma 3 dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009 n.196, incluse le autorità indipendenti, ai componenti di organi di indirizzo, direzione e controllo, consigli di amministrazione e organi collegiali comunque denominati ed ai titolari di incarichi di qualsiasi tipo, sono automaticamente ridotte del 10 per cento rispetto agli importi risultanti alla data del 30 aprile 2010”*.

L'intento del legislatore è stato palesemente indirizzato alla riduzione dei costi amministrativi e politici dell'apparato pubblico, come confermato dalla rubrica del prefato art. 6, che recita *“Riduzione dei costi degli apparati amministrativi”*.

La norma in esame non può che riferirsi alla misura dei compensi come determinata ad una data specifica; il che trova conferma nella circostanza che la nota di lettura del Senato alla legge n. 122/10 prevede, pur non quantificandoli, *“sensibili riduzioni degli effetti di spesa per gli anni a venire a carico delle rispettive Amministrazioni”*, legate a tali risparmi di spesa; riduzioni di spesa, queste ultime, che non possono che essere raggiunte con una riduzione della spesa in argomento precedente alla data di riferimento del 30 aprile 2010 (cfr., sul punto, Corte dei Conti, Sezione Regionale di Controllo per la Toscana, deliberazione del 9 dicembre 2010, n. 204/2010/PAR).

Alla luce di quanto sopra, la disposizione di cui all'art. 6, comma 3, del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, nella legge 30 luglio 2010, n. 122, non può trovare applicazione con riferimento ad una spesa, quella relativa ai compensi spettanti al Presidente ed ai commissari di codesta Commissione, che non risultava esistente alla data del 30 aprile 2010, essendo stati, i predetti compensi, determinati solo con decreto interministeriale del 1° luglio 2010.

A quanto sopra, si aggiunga che appare plausibile - anche alla luce del contenuto delle premesse del predetto decreto ove si precisa che, ai fini della determinazione dei compensi, si è fatto riferimento "*ai compensi medi previsti per altri organismi di simile natura*" - che i Ministri (Ministro per la riforma della pubblica amministrazione e l'innovazione e Ministro dell'economia e delle finanze), al momento della determinazione dei compensi, spettanti al Presidente ed ai commissari di codesta Commissione, abbiano tenuto conto della decurtazione delle indennità, dei compensi, dei gettoni, delle retribuzioni e di tutte le altre utilità comunque denominate, disposta, in via generale, dall'art. 6, comma 3, del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, nella legge 30 luglio 2010, n. 122 (norma entrata in vigore antecedentemente all'emanazione del decreto interministeriale di cui sopra).

Sulla questione è stato sentito il Comitato Consultivo dell'Avvocatura dello Stato che, nella seduta del 21 luglio 2011, si è espresso in conformità.

Commissari straordinari nominati ai sensi dell'art. 1 commi 2 e 2 bis del D.L. 26 novembre 2010 n. 196, conv. in Legge 24 gennaio 2011 n. 1: determinazione del compenso

(Parere del 4 ottobre 2011 prott. 307882/75, AL 22037/11, avv. FABRIZIO FEDELI)

Con la nota in riferimento - trasmessa alla Scrivente dall'Avvocatura distrettuale di Napoli, attesa la natura di massima della questione - codesto Ufficio di Gabinetto ha domandato un parere in merito ai criteri di determinazione del compenso da corrispondere - nel silenzio della norma - ai Commissari straordinari nominati ai sensi dell'art. 1 commi 2 e 2 bis del D.L. 26 novembre 2010 n. 196, conv. in Legge 24 gennaio 2011 n. 1.

A tale riguardo sembra opportuno premettere che i Commissari straordinari in argomento sono riconducibili alla figura del funzionario onorario, precisando che la disciplina di tale rapporto, in mancanza di una predeterminazione normativa, deriva - come affermato da costante giurisprudenza - pressoché esclusivamente dall'atto di conferimento dell'incarico e dalla natura dello stesso, anche per ciò che riguarda i compensi (esclusivamente fi-

nalizzati al pubblico interesse ed al decoro della funzione, aventi carattere indennitario e di ristoro delle spese), la cui determinazione rimane affidata alle discrezionali determinazioni dell'autorità che procede all'investitura (T.A.R. Umbria Perugia sez. I, 26 giugno 2009, n. 358; T.A.R. Sardegna Cagliari sez. I, 27 ottobre 2008, n. 1848; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 1 agosto 2007, n. 7383; T.A.R. Puglia, Bari, sezione I, 18 dicembre 2003, n. 19435; 10 aprile 1997 n. 3129; 16 luglio 1983 n. 4887; 24 marzo 1981 n. 1687; 20 marzo 1985 n. 2033; 15 marzo 1985 n. 2016, nonché T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 18 marzo 2005 n. 1207), configurandosi, in capo al richiedente, una posizione di interesse legittimo (T.A.R. Sicilia Palermo sez. I, 4 agosto 2008, n. 1050; Consiglio Stato, sez. IV, 24 marzo 2005, n. 1272).

Con due recentissime decisioni il Consiglio di Stato (Sez. VI, 29 marzo 2011, n. 1893, 27 aprile 2011, n. 2483), oltre a ribadire, in generale, i tratti distintivi della figura rispetto a quella del pubblico impiegato (1), ha confermato che al carattere retributivo, perché inserito in un rapporto sinallagmatico, del compenso percepito dal pubblico dipendente, *“si contrappone il carattere invece indennitario, onnicomprensivo e di ristoro del sacrificio per dedicarsi all'attività dell'ufficio e di rimborso delle spese imposte dalla carica (quando anche sia predeterminato dalla legge o in base ad essa da altri atti normativi, ...), proprio del compenso percepito dal funzionario onorario”*.

Analoghi principi si rinvergono nella giurisprudenza della Cassazione che, nel regolare la giurisdizione (nella specie, in favore del G.A.), ha fatto leva sulla determinazione discrezionale del compenso ad esso dovuto, in quanto rimesso ad una delibera amministrativa, facendo eccezione all'applicazione del principio soltanto l'ipotesi in cui una specifica disposizione di legge provveda ad attribuire natura retributiva alle spettanze del funzionario onorario e ne consegua una determinazione automatica (Cass. civ., Sez. Unite, 27 gennaio 2010, n. 1631).

Alla stregua di quanto precede e ai fini che qui interessano si può affer-

(1) *“La figura del funzionario onorario - che è residuale (vale a dire, individuabile a contrariis) rispetto a quella del pubblico dipendente, senza che possa ipotizzarsi un tertium genus neppure sotto il profilo della parasubordinazione - viene in rilievo quando, pur sussistendo un rapporto di servizio con relativa attribuzione di funzioni pubbliche, difettino nondimeno gli elementi professionalmente caratterizzanti dell'impiego pubblico, costituiti: dalla scelta del dipendente sulla base di apprezzamenti a carattere prettamente tecnico-amministrativo e con modalità selettive, anziché, come è per lo più per il funzionario onorario, sulla base di valutazioni discrezionali o intuito personae ovvero, nei casi previsti, da procedure elettive (da cui discende che, per il funzionario onorario, l'instaurazione del rapporto di servizio avviene per lo più uno actu con l'investitura dell'ufficio); dall'inserimento strutturale del dipendente nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione, anziché in modo meramente funzionale come è per il funzionario onorario; dallo svolgersi del rapporto nel quadro dello statuto per il pubblico impiego, diversamente da quanto avviene per il funzionario onorario, il cui rapporto trova regolamentazione pressoché esclusivamente nell'atto di conferimento dell'incarico; [...]; dalla durata tendenzialmente indeterminata del rapporto di pubblico impiego, a fronte della ordinaria temporaneità dell'incarico onorario”* (Cons. di Stato, sent. n. 1893/2011 e n. 2483/2011).

mare, quindi, che il trattamento economico del funzionario onorario, in mancanza - come nel caso di specie - di specifiche previsioni di legge, ha natura indennitaria e non retributiva, con esclusione di qualsiasi nesso di sinallagmaticità, restando affidato, quindi, alle discrezionali determinazioni dell'autorità che procede all'investitura (di fronte alle quali il funzionario vanta un mero interesse legittimo, Cass. civ. Sez. Unite Ord., 8 luglio 2008, n. 18618; Cass. civ. Sez. Unite, 20 aprile 2007, n. 9363). La mancata indicazione della copertura finanziaria - a differenza di quanto previsto dal comma 2 *bis* del D.L. n. 196/2010 per le spese di funzionamento della struttura di supporto - non osta, inoltre, al riconoscimento del compenso ai Commissari, in quanto l'art. 81 Cost. attiene ai limiti al cui rispetto è vincolato il legislatore ordinario nella sua politica finanziaria (Corte cost., 15 dicembre 2010, n. 355) ed è diretto a tutelare un interesse (al corretto andamento finanziario dello Stato) del tutto estraneo al rapporto intersoggettivo tra privato e pubblica amministrazione.

Considerato che i Commissari straordinari di cui all'art. 1 commi 2 e 2 *bis* del D.L. n. 196/2010 sono nominati dalla Regione tra il personale appartenente a diverse categorie di pubblici dipendenti in servizio attivo (personale della carriera prefettizia, magistrati ordinari, amministrativi o contabili, avvocati dello Stato, professori universitari ordinari), che conservano - allo stato della vigente normativa - il loro trattamento economico, ad avviso della Scrivente un utile parametro di riferimento dell'indennità di funzione potrebbe consistere in una percentuale della retribuzione di posizione percepita dal personale dirigenziale apicale della Regione (per il settore di competenza, che è quello dei rifiuti) variabile in base alla complessità, alla difficoltà dell'incarico e alle correlate responsabilità, senza trascurare, nel temperamento, anche le esigenze di contenimento della spesa pubblica. Qualora, invece, il personale investito della carica di Commissario straordinario non mantenesse il trattamento economico fondamentale corrisposto dall'Amministrazione o dall'Ente di appartenenza, il criterio sopra indicato dovrebbe essere adattato tenendo conto della necessità di assicurare, comunque, un compenso adeguato alla complessità dell'incarico e alle connesse responsabilità.

L'indennità spettante ai Commissari è soggetta alla riduzione prevista dall'art. 6 comma 3 del D.L. 31 maggio 2010 n. 78, conv. in Legge n. 122/2010, secondo cui le indennità corrisposte, fra l'altro, ai Commissari straordinari di Governo, sino al 31 dicembre 2013 *“non possono superare gli importi risultanti alla data del 30 aprile 2010, come ridotti [del 10%] ai sensi del presente comma”*. Pertanto, l'indennità andrebbe commisurata a una percentuale della retribuzione di posizione percepita dal personale dirigenziale apicale della Regione (per il settore di competenza) alla data del 30 aprile 2010 e assoggettata alla riduzione del 10%.

Sempre in base ai criteri sopra accennati potranno essere ammesse a rimborso le spese documentate di vitto e di trasporto e, nel rispetto di alcune con-

dizioni, quelle di alloggio (ad esempio, solo per i residenti fuori Provincia, salvo motivate esigenze).

Infine, la soluzione di porre il compenso del Commissario a carico del concessionario, viene rappresentata come un dato pacificamente praticato in ordine al quale questa Avvocatura non ritiene di pronunciarsi.

Sulla questione oggetto del presente parere è stato sentito il Comitato Consultivo che si è espresso in conformità.

Linee-guida per la procedura di riconoscimento delle “associazioni di protezione ambientale” di cui all’art. 13, co. 1, l. 349/1986

(Parere dell’11 ottobre 2011 prot. 316095, AL 32715/11, avv. ALESSANDRO DE STEFANO)

1. Al fine di predisporre un documento recante le “linee-guida” della procedura per il riconoscimento delle associazioni di protezione ambientale previste dall’art. 13, comma 1, della l. 349/1986, codesta Amministrazione chiede il parere di questa Avvocatura sulle seguenti questioni:

a) sulla possibilità di conferire il riconoscimento ad enti collettivi che non abbiano la forma giuridica dell’associazione, quali fondazioni, fondi, comitati, centri-studi e simili;

b) sui criteri per individuare il requisito dell’“ordinamento democratico interno”, che è previsto dalla suddetta norma di legge quale condizione per il riconoscimento.

2. Questa Avvocatura rileva preliminarmente che – come già osservato da codesta Amministrazione – il riconoscimento della qualifica di “associazione di protezione ambientale” a carattere nazionale o con diffusione in almeno cinque regioni, comporta il conferimento della legittimazione ad agire in sede giurisdizionale, sia mediante costituzione di parte civile nei processi penali che mediante proposizione di ricorsi dinanzi al giudice amministrativo, in relazione a fatti illeciti ovvero a provvedimenti illegittimi, che abbiano rilevanza sotto il profilo della tutela dell’ambiente e dell’ecosistema (art. 18, comma 5, l. 349/1986). È incerto se analoga legittimazione possa essere attribuita anche, per specifiche controversie, ad altri enti collettivi, che non abbiano chiesto o conseguito una tale qualificazione: ad un primo orientamento favorevole (cfr. Cass. pen., sez. III, 21 maggio 2008, n. 35393; Cass. pen., sez. III, 10 giugno 2002, n. 22539; Cass. pen., sez. III, 19 novembre 1996, n. 9837; Cons. Stato, sez. IV, 8 novembre 2010, n. 7907; Cons. Stato, sez. VI, 2 ottobre 2006, n. 5760), si contrappone un secondo orientamento restrittivo (cfr., da ultimo, Cons. Stato, 28 marzo 2011, n. 1876).

In quest’ultima prospettiva, il provvedimento di riconoscimento di code-

sta Amministrazione assume carattere decisivo ai fini della “*legittimatio ad causam*” dell’Ente; ma anche se si accoglie l’altro orientamento tale provvedimento assume particolare importanza e determina rilevanti effetti sull’ordinamento processuale, perché produce un significativo ampliamento della capacità giuridica del destinatario (in tal senso, tra le tante, Cass. pen., sez. III, 20 dicembre 2002, n. 54238; Cons. Stato, sez. VI, 7 aprile 2010, n. 1960). Da ciò consegue che i provvedimenti di cui trattasi dovranno essere adottati in base a rigorosa istruttoria e ad attenta verifica del possesso dei requisiti stabiliti dalla legge.

3. Al fine di poter dare corretta applicazione alla norma in esame, non si può prescindere dall’analisi della funzione ad essa attribuita dal legislatore, nel contesto di un travagliato dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui limiti della tutela dei cosiddetti “interessi diffusi”, e cioè degli interessi, di particolare rilievo nella materia ambientale, che coinvolgono in modo sensibile, ma in termini comunque indifferenziati, larghe categorie di cittadini.

Come è noto, la dottrina e la giurisprudenza hanno distinto tale categoria di interessi dagli interessi cosiddetti “collettivi”, che riguardano specificamente un numero ben individuato di componenti di un gruppo di persone (quale un’associazione di categoria, un sindacato, etc...): nel caso degli interessi “collettivi” si raffigura una sommatoria di interessi individuali ben precisati, che ben possono essere tutelati anche collettivamente attraverso il soggetto che rappresenta le istanze comuni (in tal senso, per tutti, Cons. Stato, sez. VI, 18 maggio 1979, n. 378); nell’altro caso, invece, la tutela giurisdizionale - sebbene perseguita non individualmente, ma attraverso un soggetto rappresentativo - non riguarda soltanto gli interessi “interni” del gruppo, ma si estende in modo indifferenziato agli interessi “esterni” (o “adespoti”) dell’intera collettività.

L’aspirazione ad attribuire rilevanza a quest’ultima categoria di interessi super-individuali e a dare ad essi un doveroso ingresso in sede giudiziaria, si è fondata sul rispetto dei principi costituzionali che valorizzano le organizzazioni sociali nelle quali si esprime la personalità del cittadino. Tuttavia, essa si è scontrata con la impostazione tradizionale del processo, ancorata alla tutela delle sole posizioni giuridiche soggettive ed al divieto delle cosiddette “azioni popolari”; e sono risultati vani i tentativi ermeneutici di “individualizzare” e di “personalizzare” questi interessi pubblici, attribuendoli e riferendoli al singolo soggetto collettivo, quale portatore delle proprie specifiche finalità statutarie (cfr., in proposito, le “storiche” sentenze delle Sezioni Unite dalla Cassazione dell’8 maggio 1978, n. 2207 e dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 19 ottobre 1979, n. 24). In questo contesto, è maturata l’esigenza di un intervento legislativo, che – superando questa impostazione tradizionale – consentisse la tutela giurisdizionale dei predetti “interessi diffusi”, precisando e definendo le condizioni di ammissibilità delle relative azioni, sul piano sia penale che amministrativo.

La scelta compiuta dal legislatore con la norma in esame si è basata sull'esigenza di individuare con il necessario rigore, con apposito atto amministrativo, i soggetti che offrano garanzie adeguate in merito alla capacità di interpretare e difendere, similmente agli Enti pubblici a ciò istituzionalmente predisposti, l'interesse generale alla tutela dell'ambiente. In adesione alle indicazioni della dottrina più autorevole ed in analogia con le tendenze che si sono manifestate in altri Ordinamenti democratici, l'opzione è stata compiuta a favore di soggetti organizzati, o di "*organizational plaintiff*", aventi una adeguata base associativa che faccia presumere per un verso l'esistenza di un adeguato controllo sociale sulla propria attività, a garanzia di una autentica e genuina rappresentanza dei pubblici e generali interessi, e per un altro verso il possesso di una sufficiente incisività, efficacia e continuità della propria azione.

Questa "*ratio legis*" si esprime chiaramente attraverso la disposizione dal citato art. 13, comma 1, della l. 349/86, che riserva il riconoscimento alle "associazioni", e cioè agli Enti morali definiti dagli artt. 14 e ss. del Codice Civile che perseguano finalità altruistiche di carattere culturale, scientifico, sociale e simili attraverso una struttura fondata prevalentemente sulla componente personale. Il riferimento alle "associazioni" si giustifica razionalmente con l'intento del legislatore di recepire i risultati del dibattito che si è innanzi sintetizzato, in base ai quali la legittimazione ad agire in giudizio a tutela di interessi generali, riferibili indifferenziatamente ad una pluralità di cittadini, può essere attribuita ai soli Enti che – attraverso una struttura organizzativa fondata soprattutto sul contributo operativo ed ideologico dei suoi componenti – rivelino la capacità di individuare, rappresentare e difendere, in modo fedele ed efficace, le esigenze ed i bisogni della collettività nella materia in esame.

Ulteriore conferma del significato del termine "associazione" è offerta dalla prescrizione secondo cui, al fine di poter conseguire il riconoscimento, l'Ente deve dotarsi di un "ordinamento interno democratico". Questo requisito, che sarà più approfonditamente analizzato nel prosieguo e che rafforza l'esigenza di assicurare l'effettiva rappresentatività del sodalizio, implica logicamente l'esistenza di un organismo a base prevalentemente personale, qual è l'associazione, la cui attività deve essere ispirata dalla condivisione di uguali finalità ideali, dal libero contributo degli aderenti e dal confronto aperto tra le posizioni individuali.

È perciò evidente che il significato letterale della norma è convalidato dai criteri di interpretazione logico e teleologico. Il termine "associazione" non è stato adoperato dal legislatore in modo generico, così da poter essere riferito a qualsiasi Ente morale che abbia come finalità la tutela degli interessi ambientali, ma deve essere inteso in senso proprio, con riferimento a soggetti collettivi che – in quanto dotati di un'ampia base partecipativa ed essendo aperti al contributo libero dei cittadini – si possono considerare essere effettivi portatori di interessi generali.

La norma, essendo finalizzata ad ampliare eccezionalmente i tradizionali limiti di accesso alla tutela giurisdizionale, non sembra suscettibile di interpretazioni analogiche o estensive, che potrebbero comportare una violazione del mandato conferito dal legislatore a codesta Amministrazione nella designazione dei soggetti titolari di potestà rappresentativa a tutela degli interessi di cui trattasi.

Alla luce di queste considerazioni, occorre ritenere che il riconoscimento previsto dall'art. 13, comma 1, l. 349/86, può essere conferito non a qualsiasi ente collettivo (comprese fondazioni, fondi patrimoniali, e simili) che persegue finalità non egoistiche o non lucrative nel settore ambientale, ma soltanto agli Enti associativi, che esprimano autenticamente la volontà dei suoi componenti. Sembra dunque che la parola "associazione" contenuta nella norma in esame deve essere interpretata in senso letterale, facendo puntuale riferimento alle associazioni in senso proprio che – come già osservato – sono caratterizzate prevalentemente dall'elemento personalistico. Sembra invece che siano estranee alle previsioni normative le fondazioni, i fondi patrimoniali e gli altri organismi similari, che sono caratterizzati dalla prevalenza dell'elemento patrimoniale e che potrebbero teoricamente esprimere più gli interessi dei fondatori o dei finanziatori che gli interessi diffusi di una collettività.

Ciò non significa tuttavia che la norma debba essere applicata in termini formalistici, attribuendo rilevanza decisiva ed assorbente al "*nomen juris*" del soggetto che richiama il riconoscimento. Se per un verso la sola qualifica di "associazione" non è sufficiente ad attestare il possesso del requisito richiesto, essendo necessario che alla forma adottata corrisponda la natura autenticamente associativa dell'Ente, per un altro verso si potrà concedere il riconoscimento ad organismi che, pur diversamente qualificati (come "comitato", "comunità", "centro studi", o simili) abbiano tuttavia la natura giuridica dell'associazione, in quanto siano costituiti da un gruppo di cittadini che ne promuovono l'attività al fine di far valere unitariamente la loro volontà comune ed i loro interessi collettivi. In sostanza, il requisito della organizzazione su base democratica non costituisce solo un elemento essenziale per conseguire il riconoscimento, ma rappresenta anche l'essenziale indice rilevatore della sussistenza dell'Ente associativo, a cui la norma in esame intende fare riferimento.

È appena il caso di aggiungere che nulla impedisce che le associazioni siano composte non solo da persone fisiche, ma anche da persone giuridiche, e che possono costituire "associazioni" anche gli organismi di secondo grado, formati da una pluralità di associazioni o di altri enti dei quali intendono coordinare le attività e le strategie di intervento.

Per tutte le ragioni anzidette si può dunque concludere che il significato della norma si presenta chiaro ed univoco sul piano astratto, ma che la sua applicazione richiede comunque una attenta indagine sul piano concreto, al fine di individuare correttamente la categoria giuridica nella quale il soggetto ri-

chiedente deve essere inquadrato.

4. Come si è già accennato, nello svolgimento di siffatta indagine potrà rivestire un ruolo fondamentale la verifica del requisito dell' "ordinamento interno democratico", che il legislatore ha posto come condizione essenziale per conseguire il richiesto riconoscimento: se da un lato l'esistenza di tale requisito testimonia la presenza di una componente personale capace di incidere sulla vita dell'ente, secondo l'astratto modello dell'associazione, la mancanza di una effettiva dialettica democratica all'interno dell'Ente costituisce, per converso, il sintomo evidente della mancanza di un organismo genuinamente associativo, perché la composizione degli organi di amministrazione e la determinazione delle strategie di azione non sono espressione della volontà degli iscritti.

Per assicurare l'uniformità e la coerenza dell'azione amministrativa e per evitare possibili disparità di trattamento, il riconoscimento o la negazione del requisito dell' "ordinamento interno democratico" si dovranno basare sull'analisi di alcuni indici significativi. Ad avviso di questa Avvocatura, il requisito in esame presuppone che nello Statuto ricorrano talune condizioni essenziali, quali:

- a) la libertà di iscrizione per tutti coloro che intendono partecipare alla vita dell'Associazione, condividendone le finalità (fatte salve eventuali e ragionevoli ipotesi di esclusione o di decadenza, in caso di condotte non compatibili con la qualità di socio o di violazione degli obblighi derivanti dalla appartenenza al sodalizio);
- b) l'attribuzione all'Assemblea dei soci di poteri di nomina e di revoca degli Amministratori e di approvazione dei bilanci;
- c) l'attribuzione ai soci del diritto di voto nelle Assemblee deliberative, indipendentemente dalla circostanza che essi possano appartenere a categorie distinte (quali soci ordinari, sostenitori, benemeriti, etc.);
- d) la riserva di un ragionevole numero minimo di cariche direttive a componenti di sesso femminile, secondo il principio dell' "equilibrio di genere".

I principi della libertà statutaria e della autonomia negoziale degli Enti morali non consentono di predeterminare rigidamente il contenuto di simili condizioni, che rappresentano quindi regole direttive di carattere generale, che potranno essere precisate e dettagliate dalle Associazioni che richiedano il riconoscimento.

In via generale, si ritiene che queste condizioni non siano effettivamente rispettate, qualora lo statuto contenga clausole che impediscano o rendano difficile l'ammissione di nuovi soci (come quella, cui fa riferimento codesta Amministrazione, che accolti all'aspirante socio l'onere di fornire onerose prove della condivisione delle finalità statutarie), o che non prevedano un uguale diritto di voto dei soci nelle assemblee, o che prevedano cariche di amministra-

zione non elettive, a tempo indeterminato, o riservate a particolari categorie di soci, o che non rispettino l'equilibrio di genere. Simili clausole sembrano infatti difficilmente compatibili con i principi della democraticità, a cui le Associazioni in esame si devono ispirare.

Clausole di tal genere potrebbero essere ammesse solo in via eccezionale, sulla base di congrue giustificazioni fornite dalla Organizzazione richiedente ed entro i limiti che codesta Amministrazione potrebbe opportunamente prefissare (come, ad esempio, quello per cui gli Organi direttivi debbano essere composti in maggioranza da membri elettivi con un incarico a tempo determinato, da rinnovare alle scadenze prefissate, con rispetto dell' "equilibrio di genere").

Per il suo valore di massima sul testo del presente parere è stato sentito il Comitato Consultivo di questa Avvocatura, che si è espresso in conformità nella seduta del 6 ottobre u.s..

Configurabilità a carico dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni di un obbligo contributivo per accantonamento del TFR dei componenti in relazione al periodo di durata del relativo mandato

(Parere del 17 ottobre 2011 prot. 32389, AL 28502/11, avv. MARCO STIGLIANO MESSUTI)

Con la nota che si riscontra si chiede a questo GU di conoscere se codesta Autorità sia "effettivamente tenuta a versare la quota di TFR (gravante sul datore di lavoro) in riferimento al periodo in cui un lavoratore dipendente privato abbia svolto l'incarico di Componente dell'Autorità e, nell'affermativa ipotesi, se il destinatario del pagamento contributivo debba essere individuato nel datore di lavoro dell'originario rapporto". Nello specifico, codesta Autorità garante chiede di conoscere se essa "sia tenuta a versare la quota di TFR, calcolata sulla base di rapporti figurativi della retribuzione percepita al momento della nomina, anche nel caso di lavoratori dipendenti che non provengano da un'amministrazione iscritta all'INPDAP e per tutto il periodo in cui abbiano svolto l'incarico di componente dell'AGCOM".

Al riguardo, si osserva quanto segue.

Anzitutto, va rilevata l'assenza di una disciplina normativa *ad hoc* per i dipendenti privati, i quali abbiano ricevuto il mandato a Componente di dell'AGCOM (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 febbraio 2011, n. 1893). Cosicché, ai fini della determinazione del TFR, l'eventuale rilevanza diretta ovvero indiretta dell'incarico a componente dell'Autorità dovrà valutarsi in base alle regole ed ai principi di diritto comune.

Tuttavia, ad un attento esame del dato normativo e giurisprudenziale, av-

viene che dell'incarico a Componente dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni non si possa in alcun modo tener conto, né in modo diretto, né indiretto, ai fini della determinazione della debenza ovvero della quantificazione degli accantonamenti per il TFR.

Infatti, sotto un primo profilo, se al personale privato comandato presso una pubblica amministrazione spettano generalmente gli accantonamenti del TFR, da operarsi a carico dell'ente che ha la direzione del personale suindicato (Cfr. Cass., sez. lav., 8 settembre 2005, n. 17842, e Cass., sez. lavoro, 25 febbraio 1987, n. 2015), nella questione all'attenzione della scrivente si versa piuttosto in un'ipotesi di aspettativa senza assegni (Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 341, recante l'aspettativa di lavoratori privati a seguito di nomina a commissari dell'AGCOM), il tutto in via similare rispetto a quanto previsto dall'art. 31 della l. 20 maggio 1970, n. 300; ed in tal caso, per definizione, al lavoratore privato, il quale sia chiamato a svolgere funzioni pubbliche elettive o a ricoprire cariche sindacali provinciali e nazionali, non spetta alcun trattamento economico, incluso quello di quiescenza e previdenza, per l'intera durata del mandato (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 6 maggio 2008, n. 1995).

Parimenti, il Consiglio di Stato, Sez. VI, con sentenza del 15 febbraio 2011, n. 1893, di conferma della sentenza del TAR Lazio, Sez. III *ter*, 17 gennaio 2008, n. 471, ha escluso l'applicabilità dell'art. 2120 c.c. ai componenti dell'Autorità, come pure ha negato la riconducibilità dell'incarico a Componente dell'Autorità nell'alveo delle prestazioni di lavoro subordinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. In effetti, sempre a detta del giudice amministrativo, il mandato di componente dell'AGCOM è assimilabile piuttosto ad un incarico onorario, rispetto al quale la retribuzione ha un mero ruolo indennitario o di rimborso spese, mentre è del tutto assente il vincolo di inquadramento in una struttura direttiva ed organizzativa, tipico nelle figure di lavoro subordinato (cfr. in termini Tar Lazio, sez. II, 607/2008).

In altri termini, per il Consiglio di Stato, salvi i casi tassativi (non suscettibili di interpretazione analogica) di infortunio, malattia, gravidanza e puerperio, rispetto ai quali opera, di diritto e a carico del datore di lavoro di provenienza, l'obbligo di procedere agli accantonamenti per il TFR (articoli 2110 e 2120, co. 3, c.c.), la disciplina del TFR ha due punti fermi:

a) la corresponsione dell'indennità di fine rapporto ha base contributiva ed è quindi determinata sulla base agli accantonamenti stanziati nel corso dell'attività lavorativa;

b) gli accantonamenti possono essere effettuati in quanto sia in svolgimento un rapporto di lavoro dipendente, vuoi che questo si espleti in un'unica organizzazione di impiego, vuoi che questo si espleti in più organizzazioni. *Tertium non datur.*

Ne deriva che il periodo di svolgimento di un incarico onorario presso enti pubblici non può di per sé avere rilevanza, né diretta, né indiretta, al fine

di stabilire un onere di accantonamento a carico di codesta Autorità ovvero della struttura datoriale di provenienza: è questo il senso della sentenza del Consiglio di Stato n. 1893/2011 cit. ed è questo il senso della giurisprudenza unanime in materia di TFR.

Così, ad esempio, la Corte di Cassazione si è occupata della spettanza degli accantonamenti per il TFR con riferimento agli artisti, una figura operativa che può o meno rientrare nello schema tipico del lavoro dipendente; ed in quella sede, sempre la Suprema Corte si è espressa per l'imprescindibile legame tra lavoro subordinato e disciplina del TFR (Cassazione, Sez. Lav., 25 ottobre 2005, n. 20659; cfr. anche Cassazione, Sez. Lav., 17 giugno 1988, n. 4145, relativa alla eventuale qualificazione dei soci di società cooperative come lavoratori subordinati - per le corti di merito, cfr. Corte di Appello di Napoli, Sez. I, 30 giugno 2008; Corte di Appello di Roma, Sez. Lavoro, 27 ottobre 2006).

Per converso, la Corte dei Conti, Sez. Controllo, con pronuncia del 19 aprile 1971, n. 435, ha stabilito la rilevanza dell'incarico di giudice costituzionale ai fini della determinazione del trattamento di quiescenza e previdenza.

Tuttavia, sebbene il DPCM 3 giugno 1998, recante il trattamento economico dei Componenti dell'AGCOM, rinvia all'art. 12 della legge 11 marzo 1953, n. 87, in materia di trattamento economico dei giudici costituzionali, le considerazioni della Corte dei Conti, poc'anzi prospettate, non possono essere estese a quei membri dell'Autorità i quali abbiano svolto attività lavorativa privata prima della loro nomina.

Infatti, con la succitata sentenza del 19 aprile 1971, la Corte dei Conti precisava che: *"Ai giudici della Corte Costituzionale compete una retribuzione unica corrispondente al complessivo trattamento economico del magistrato della giurisdizione ordinaria investito delle più alte funzioni (primo presidente della Corte di Cassazione), senza possibilità di distinguere in essa lo "stipendio" e l' "indennità di rappresentanza" dovuti al magistrato suddetto. Nella determinazione dell'assegno personale pensionabile attribuito a giudici della Corte Costituzionale riammessi nei ruoli quali magistrati o professori universitari per cessazione della carica - e quindi nella liquidazione del trattamento di quiescenza ai medesimi spettante - deve tenersi conto di tutta la percepita retribuzione, corrispondente al trattamento complessivo attribuito al primo presidente della Corte di Cassazione, comprensivo sia dello stipendio che dell'indennità di rappresentanza"* (Corte dei Conti, Sez. Controllo, 19 aprile 1971, n. 435, in Riv. della Corte dei Conti, 1971, Parte I, pp. 8-9).

In altri termini, la pronuncia del giudice contabile si riferiva esclusivamente ai pubblici dipendenti, magistrati e professori ordinari, i quali fossero venuti ad espletare funzioni di giudice costituzionale e per i quali sussistesse una normativa *ad hoc* - l'art. 12, comma 2, della l. n. 87/1953 - la quale disponeva: *"Tale trattamento (rectius: il trattamento economico dei giudici costi-*

tuzionali di cui all'art. 12, co. 1) sostituisce ed assorbe quello che ciascuno, nella sua qualità di funzionario di Stato o di altro ente pubblico, in servizio o a riposo, aveva prima della nomina a giudice della Corte".

Per contro, la Corte dei Conti non ha mai preso in considerazione la posizione dei lavoratori non pubblici i quali siano venuti ad assumere le mansioni di giudice costituzionale, purché in possesso dei requisiti di cui all'art. 135, comma 2, Cost.

Inoltre, il Consiglio di Stato, sez. I, con parere del 7 aprile 2004, n. 2612 (in Riv. CdS, 2004, I. 1739), ha riscontrato che il rinvio operato all'art. 12 della legge n. 87/1953 da parte del DPCM 3 giugno 1998 - recante, ai sensi dell'art. 2, co. 11, l. 14 novembre 1995, n. 481 (cui rinvia l'art. 1, co. 5, l. 31 luglio 1997, n. 249), il trattamento economico dei Componenti dell'Autorità - non si estende al trattamento di quiescenza e previdenza.

Con lo stesso parere, il Consiglio di Stato affermava inoltre che: *"Allo stato, il riconoscimento del TFR, che implicherebbe l'esistenza di un diritto in tal senso attribuito ai Componenti dell'Autorità dall'ordinamento, non trova alcun supporto nelle norme che definiscono il loro trattamento economico".*

Per contro, diverso è il caso del dipendente pubblico il quale svolga le funzioni di Componente o Presidente dell'Autorità, come risulta anche dalla nota emarginata.

In tal caso, in effetti, per inequivocabile previsione legislativa (artt. 57, commi 3 e 4 e 59 del DPR n. 3/1957, in virtù del rinvio operato dall'art. 2, comma 8 l. 481/1995, espressamente richiamato all'art. 1, comma 5, l. 249/1997), il trattamento di quiescenza e previdenza, ivi compresi gli accantonamenti per il TFR (cfr. App. Campobasso, Sez. Lav., 14 marzo 2008; Cassazione, Sez. Lav., 19 dicembre 2005, n. 27917, laddove includono il TFR nella dizione "trattamento di quiescenza e previdenza"), spettano per l'intero periodo in cui l'incarico onorario ha avuto luogo.

Cfr. in termini, Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 aprile 2011, n. 2483. Con la presente pronuncia, il giudice amministrativo di massima istanza ha ribadito l'irrilevanza diretta dell'incarico onorario a Componente di un'Autorità indipendente - nella specie l'AGCM - al fine di stabilire un'obbligo di accantonamento a carico della stessa. Per converso, la succitata sentenza ha implicitamente riconosciuto la legittimità di un provvedimento INPDAP, il quale ha a sua volta ammesso, per i dipendenti pubblici, la rilevanza indiretta del periodo di servizio onorario ai fini della determinazione del TFR, il tutto ai sensi degli artt. 57, commi 3 e 4 e 59 del DPR n. 3/1957, in virtù del rinvio operato dall'art. 2, comma 8 l. 481/1995, espressamente richiamato all'art. 1, comma 5, l. 249/1997.

Per quanto concerne invece le pretese censure di incostituzionalità, e quindi di disparità di trattamento tra lavoratori dipendenti privati e pubblici, si rimarca che il Consiglio di Stato, con la citata sentenza n. 1893/2011 ha ri-

tenuto manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale ai sensi dell'art. 36 Cost.

Del pari, la Corte Costituzionale, con ordinanza del 22 aprile-3 maggio 2002, n. 149, ha considerato come manifestamente infondata qualsiasi censura di illegittimità costituzionale, ai sensi degli articoli 3 e 51 Cost., dell'art. 31 l. n. 300/1970, il quale, a differenza di quanto accade per il pubblico impiego, non concede spazi a trattamenti economici dei lavoratori privati i quali siano in aspettativa per ricoprire cariche elettive. Osservava la Consulta che: *"In realtà, le garanzie costituzionali, per chi è chiamato a funzioni pubbliche elettive, sono quelle "di disporre del tempo necessario al loro adempimento e di conservare il suo posto di lavoro", oltre che di poter accedervi in condizioni di eguaglianza (art. 51 della Costituzione), essendo rimesso alla discrezionalità legislativa (influenzabile anche da una valutazione degli interessi attinenti alla situazione economica generale) il trattamento economico e giuridico del lavoratore chiamato alle funzioni anzidette, con il vincolo, in ogni caso, derivante dalle predette garanzie costituzionali"*.

Né la sentenza della Consulta n. 351 del 3 dicembre 2010 conduce a diversi risultati ermeneutici.

Il *decisum de quo*, in effetti, riguarda un caso specifico, e cioè l'eliminazione, a mezzo del D.Lgs. n. 229/1999, delle *"differenziazioni di trattamento assistenziale e previdenziale tra tutti i soggetti che, pur provenienti da settori diversi, pubblici e privati, si trovino ad espletare le funzioni di vertice di aziende sanitarie"*. In tal caso, la Corte Costituzionale non ha trovato "eccentrica", né in contrasto con la legge delega, la volontà legislativa di concedere un eguale trattamento di previdenza e quiescenza a lavoratori privati e pubblici, i quali siano venuti a svolgere mansioni apicali nelle ASL, il tutto mediante la corresponsione di contributi previdenziali calcolati sul trattamento economico corrisposto per l'incarico conferito.

Tuttavia, dando opportuno risalto alle indicazioni contenute vuoi nella sentenza n. 351/2010 cit., vuoi nell'ordinanza n. 149/2002 cit., è chiaro che non vi è un'illegittima disparità di trattamento e dunque una violazione dell'art. 3 Cost., laddove il legislatore lascia impregiudicato un trattamento pensionistico diversificato tra dipendenti pubblici e privati i quali abbiano conseguito un rilevante incarico nella PA, incluse le autorità amministrative indipendenti; e ciò sebbene la stessa Consulta consideri come costituzionalmente legittima l'eventuale equiparazione, per via legislativa, del trattamento di quiescenza e previdenza di lavoratori pubblici e privati che abbiano poi assunto funzioni di vertice nelle aziende sanitarie (D.Lgs. n. 229/1999) ovvero il mantenimento delle diversità di trattamento con riferimento alle cariche elettive e sindacali (art. 31 l. n. 300/1970), attenendo tutto ciò all'esercizio del potere discrezionale del legislatore.

Peraltro, per quanto possa valere, in applicazione del principio di coper-

tura delle spese pubbliche di cui all'art. 81, comma 4, Cost., un criterio di interpretazione necessariamente restrittiva escluderebbe che il trattamento economico di peculiari categorie di pubblici dipendenti possa essere assicurato, per via ermeneutica, ad altri soggetti i quali siano ugualmente impiegati presso pubbliche amministrazioni (cfr. il principio presente in Cass., Sez. Lav., 16 gennaio 2008, n. 677, in materia di rapporto di lavoro alle dipendenze degli Enti Locali).

Conclusivamente:

a) L'incarico a Componente dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni costituisce servizio onorario e, come tale, esso non dà, né può dare luogo, ad un onere diretto di accantonamento del TFR calcolato sull'indennità di carica.

b) Ai Componenti dell'AGCOM, già dipendenti pubblici, per espressa previsione legislativa, spettano gli accantonamenti del TFR in quanto il periodo di servizio onorario ha rilevanza indiretta al riguardo (cfr. anche nota Inpdap 4 luglio 2006, n. 17).

c) Ai Componenti dell'AGCOM, già lavoratori del settore privato, in assenza di una disciplina legislativa *ad hoc*, non spettano gli accantonamenti del TFR, in quanto il servizio onorario non ha di per se rilevanza indiretta.

d) Il diverso trattamento dei dipendenti pubblici rispetto ai lavoratori privati non palesa alcuna profilo di illegittimità costituzionale.

e) Si ritiene pertanto che, gli accantonamenti del TFR in favore dei Componenti dell'Autorità già lavoratori privati, non vadano effettuati.

Sul presente parere si è espresso in conformità il Comitato consultivo nella seduta del 6 ottobre 2011.

Legittimazione passiva del Ministero della Salute in materia di indennizzi ex lege 210/92. Sentenza Cass. SS.UU. 12538/11

(Parere del 18 ottobre 2011 prot. 326253, AL 41892/08, avv. MARINA RUSSO)

Si trasmette la sentenza n. 12538/11 resa dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite in data 9 giugno 2011.

Con detta pronuncia, la Corte di Cassazione ha posto fine al contrasto giurisprudenziale, interno alla Sezione Lavoro della Corte stessa, in tema di individuazione del soggetto legittimato a resistere nei giudizi aventi ad oggetto la concessione dell'indennizzo *ex lege* 210/92 in seguito al trasferimento di funzioni e compiti amministrativi di cui alle norme sopra richiamate.

Sull'argomento, infatti, si era andato dapprima consolidando un orientamento (Sez. lav., Sentenza n. 24889 del 23 novembre 2006; conformi, sez. lav.

10431/07 e 89/08) favorevole alla tesi difensiva sostenuta dall'Amministrazione, nel senso che “... restano a carico dello Stato gli oneri derivanti dal contenzioso, instauratosi in sede esclusivamente giurisdizionale, relativo alle domande riguardanti l'indicato indennizzo le cui istanze siano state trasmesse dalle U.S.L. al competente Ministero (allora della Sanità, ora della Salute) fino al 21 febbraio 2001, con la conseguente attribuzione della legittimazione passiva in ordine a siffatte istanze in capo al suddetto Ministero a cui carico si devono, perciò, considerare ancora accollati gli inerenti oneri”.

Secondo tale orientamento, il contenzioso relativo ad istanze trasmesse dalle USL al Ministero dopo il 21 febbraio 2001 avrebbe visto, quale unico soggetto legittimato passivo, la Regione.

Tuttavia, in seguito, la stessa Sezione Lavoro (sent. n. 21704/09) aveva rivisto le proprie posizioni, stabilendo: “*In tema di indennizzo ai sensi della legge n. 210 del 1992, la titolarità passiva del rapporto per la generalità delle controversie amministrative e giudiziali spetta al Ministero della Salute, indipendentemente dal momento di presentazione della domanda amministrativa per il riconoscimento del beneficio ovvero dalla data di trasmissione della medesima dalle Usl al Ministero della salute, ...*”.

La Scrivente ha quindi sollecitato l'intervento chiarificatore delle SS.UU., che si sono espresse con la decisione di cui sopra, confermando l'orientamento che vede nel Ministero della Salute il soggetto legittimato a resistere nei suddetti giudizi, indipendentemente dalla data di presentazione dell'istanza amministrativa, ovvero della sua trasmissione alle ASL.

La suddetta pronuncia segna l'orientamento definitivo delle SS.UU. sulla materia, nel senso che (si veda, al riguardo, la parte motiva della sentenza) l'art. 123 del D.lgs. 112/98, in quanto individua nel Ministero della Salute il soggetto competente a decidere dei ricorsi amministrativi ex art. 5 l. 210/92 avverso gli accertamenti sanitari eseguiti dalle C.M.O., vale a radicare in capo allo stesso la titolarità del rapporto sostanziale e, di conseguenza, la legittimazione processuale in mancanza di una norma derogatoria rispetto al principio per cui – di solito – la titolarità del rapporto sostanziale e la legittimazione processuale si cumulano in capo al medesimo soggetto.

La sentenza in questione desta peraltro notevole perplessità, tra l'altro in quanto – pur confermando la sentenza di appello recante condanna dell'Amministrazione al pagamento del beneficio – afferma tuttavia un principio che appare limitato al solo profilo accertativo del diritto al beneficio medesimo: “... ribadendo come principio di diritto ... che nelle controversie aventi ad oggetto l'indennizzo previsto dalla legge 25 febbraio 1992 n. 210 ... proposte per l'accertamento del diritto al beneficio sussiste la legittimazione passiva del Ministero della Salute”, come del resto sarebbe coerente con l'avvenuto trasferimento alle Regioni dei mezzi finanziari, necessari ad eseguire le pronunce di condanna.

Quanto alla condotta processuale da tenere, alla luce della pronuncia delle Sezioni Unite, si osserva quanto segue.

È avviso della Scrivente che si debba coltivare – tanto nei giudizi pendenti quanto in quelli futuri – la tesi della estraneità del Ministero rispetto alle domande di condanna, e che sia altresì necessario attuare quando possibile, nelle forme processuali di cui si dirà *infra*, il coinvolgimento nella causa della Regione.

Diversamente, ove il Ministero – nei giudizi aventi ad oggetto istanze amministrative successive al 21 febbraio 2001 – dovesse rimanere, in conseguenza del non univoco tenore della sentenza in oggetto, l'unico convenuto, destinatario non solo delle sentenze che accertano il diritto all'indennizzo, ma anche di quelle che rechino altresì condanna alla corresponsione del beneficio, esso si troverebbe inevitabilmente esposto all'eventuale azione di esecuzione forzata, e ciò pur avendo già trasferito i fondi alle Regioni (D.P.C.M. 26 maggio 2000 e seguenti).

Pertanto, nei giudizi pendenti si coltiverà l'eccezione di difetto di legittimazione passiva già sollevata, con la precisazione – alla luce del principio di diritto enunciato dalle SS.UU. – che il Ministero prende atto dell'affermata legittimazione passiva dello stesso circa il profilo accertativo del diritto, mentre continua fermamente a contestare di essere passivamente legittimato rispetto alla domanda di condanna.

Nei giudizi di nuova introduzione, si richiederà al giudice di disporre l'intervento *iussu iudicis* della Regione *ex art. 107 c.p.c.* per comunanza della causa e comunque – ove non sia ancora maturata la decadenza processuale dalla facoltà di chiamata in causa del terzo – l'autorizzazione a chiamare in causa la Regione ai sensi dell'art. 106 c.p.c., al fine di spiegare nei suoi confronti domanda di manleva, rispetto ad eventuali conseguenze sfavorevoli del giudizio (segnatamente, la condanna al pagamento dell'indennizzo).

Gli argomenti spendibili a sostegno della domanda di manleva sono i seguenti:

- il combinato disposto dell'art. 7 comma 1 l. 59/97 e 7 comma 1 D.lgs. 112/98, nonché i D.P.C.M. del 26 maggio 2000, 8 gennaio 2002 e 24 luglio 2003 che hanno effettivamente trasferito alle Regioni le risorse finanziarie strumentali all'esercizio delle funzioni in materia, tra l'altro, di indennizzi *ex lege* 210/92; tali D.P.C.M., secondo quanto affermato dalla stessa Cassazione a SS.UU. - sebbene non rechino in sé una norma sulla legittimazione processuale - costituiscono tuttavia una regolamentazione del riparto dell'onere derivante dal contenzioso riferito alle istanze anteriori al 21 febbraio 2001. Tale regolamentazione si presta ad essere invocata a fondamento della domanda di manleva: diversamente, lo Stato si troverebbe a pagare due volte: la prima, quando ha trasferito i fondi alle Regioni; la seconda quando - a fronte della mancata corresponsione del-

l'indennizzo da parte di una Regione - sia condannato al relativo pagamento e subisca l'esecuzione forzata da parte del creditore in base a sentenza esecutiva;

- l'Accordo Stato-Regioni dell'8 agosto 2001 prevede l'impegno del Ministero a mantenere nella propria competenza i benefici relativi agli indennizzi riconosciuti fino al 21 febbraio 2001 (e non anche a quelli riconosciuti in data successiva).

Si osserva peraltro che la chiamata in causa delle Regioni è coerente con l'impegno assunto dal Governo, sempre in sede di Accordo dell'8 agosto 2001, di coinvolgere le Amministrazioni regionali per la gestione del contenzioso: la partecipazione al giudizio darebbe infatti alle Regioni modo di interloquire in tal sede sulla spettanza del beneficio.

In considerazione di quanto sopra, poi, sia per i giudizi di nuova instaurazione, sia per quelli pendenti alla data della presente il Ministero della Salute in indirizzo – informato dalla competente Avvocatura della pendenza di giudizi aventi ad oggetto il beneficio di cui alla legge 210/92 – renderà tempestivamente nota alla Regione, a titolo di *litis denuntiatio*, l'esistenza dei suddetti giudizi, invitandola ad intervenire e prospettando comunque la proposizione nei confronti della Regione stessa di azione *ex art. 2041 c.c.* per il recupero di quanto esso Ministero dovesse essere tenuto a corrispondere alla controparte in esecuzione della sentenza.

In disparte quanto sin qui illustrato circa la condotta che sarà tenuta, nell'interesse di codesta Amministrazione nei giudizi in corso ed in quelli di nuova introduzione, non può non evidenziarsi che, nelle more di un'auspicabile nuova e più chiara pronuncia della Corte di Cassazione, il contenzioso in materia (avente carattere seriale) continuerà inevitabilmente a presentare un andamento incerto, con possibili significativi inconvenienti per l'Amministrazione (esposizione a condanne ed azioni esecutive).

Pertanto, appare opportuno che l'Amministrazione in indirizzo si attivi presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (Dipartimento Affari Politici e Amministrativi, Dipartimento per gli Affari Regionali), affinché quest'ultima:

- valuti l'opportunità di un intervento normativo che valga, per il futuro, a superare la problematica sin qui esposta.

Detto intervento potrebbe consistere nell'introduzione – secondo quanto desumibile dalla sentenza delle SS.UU. – di una norma processuale (di competenza legislativa statale *ex art. 117 comma I lett. 1) Cost.*) che espressamente trasferisca alla Regione la legittimazione processuale in deroga alla coincidenza fra legittimazione processuale e titolarità del rapporto sostanziale come ricostruita dalla Cassazione. Ancorché in astratto possibile, sembra invece meno efficace ed anche meno agevole – stante il sopravvenuto trasferimento della competenza in materia assistenziale alle Regioni, cui pure le Sezioni Unite fanno espresso richiamo – la pos-

sibilità di intervenire sul sistema derivante dal combinato disposto degli artt. 123 del D.lgs. 112/98 e 5 l. 210/92, nel senso di prevedere un trasferimento alle Regioni della competenza a decidere dei ricorsi amministrativi, attualmente ancora appartenente allo Stato;

- si attivi, in sede di Conferenza Stato-Regioni, per il raggiungimento di un'intesa che consenta sia di evitare attività processuali seriali (tanto gravose, quanto evitabili tramite l'opportuno coordinamento Stato/Regioni), sia – soprattutto – di ripianare in via amministrativa eventuali esborsi subiti dal Ministero della Salute per effetto di azioni esecutive aventi ad oggetto indennizzi il cui onere, a mente dei D.P.C.M. di cui sopra, deve invece ricadere sulla Regione.

Riguardo tale ultimo punto, si rammenta che l'Amministrazione in indirizzo ha in via informale reso nota la prassi secondo la quale, in caso di sentenze che (illegittimamente) condannino il Ministero al pagamento dei ratei di indennizzo richiesto con istanza amministrativa trasmessa dopo il 21 febbraio 2001, esso procederebbe solo al pagamento dei ratei arretrati maturati fino al deposito della sentenza, mentre – per il tempo a venire – il ruolo di spesa verrebbe aperto dalla Regione.

L'assunzione da parte della Regione della spesa fissa per il tempo a venire è senz'altro una condotta coerente con gli impegni a suo tempo assunti con l'Accordo Stato/Regioni sopra richiamato, ma non completamente attuativa degli stessi.

I suddetti impegni, infatti, dovrebbero altresì comportare che la Regione:

- si assuma – a prescindere dal fatto che la condanna sia resa in danno del Ministero – anche l'onere del pagamento dei ratei arretrati degli indennizzi richiesti con istanza amministrativa trasmessa dopo il 21 febbraio 2011, maturati fino al deposito della sentenza;
- desista dalle condotte processuali tendenti a conseguire la propria estromissione dal giudizio, e riconosca di essere il soggetto legittimato a contraddire alle domanda di condanna al pagamento degli indennizzi *ex lege* 210/92 richiesti con istanza amministrativa trasmessa dopo il 21 febbraio 2011.

Sulla questione è stato sentito il Comitato Consultivo nella seduta del 30 settembre 2011, il quale si è espresso in conformità.

Rimborso delle spese di patrocinio legale ai sensi dell'art. 18 del D.L. 25 marzo 1997 n. 67: interpretazione di "dipendente di Amministrazione statale"

(Parere del 25 ottobre 2011 prot. 335080, AL 19961/11, avv. LUCA VENTRELLA)

In relazione al quesito formulato nella nota che si riscontra – concernente l'esatta estensione del requisito di "*dipendente di Amministrazione statale*", necessario per godere del diritto al rimborso delle spese legali *ex art. 18 del D.L. 25 marzo 1997, n. 67 convertito con L. 23 maggio 1997, n. 135* – esaminati gli atti trasmessi, la Scrivente osserva quanto segue.

Le perplessità evidenziate nella suddetta nota, con riferimento alla riconoscibilità in capo al componente di Commissione di collaudo in corso d'opera della qualità di "*dipendente di Amministrazione statale*" ai fini suindicati, attingono essenzialmente a due ordini di ragioni.

Si assume, in primo luogo, che l'interpretazione letterale del citato art. 18 induca a ritenere ricompreso nel concetto di "*dipendente di Amministrazione statale*" esclusivamente il personale assunto che abbia stipulato un contratto di lavoro dipendente con la P.A.. Secondariamente, si ritiene che anche l'interpretazione sistematica della norma *de qua* militi nel senso dell'attribuzione di una portata limitata al concetto in questione, alla luce degli obiettivi di contenimento della spesa pubblica espressi dall'art. 20, comma 2, dello stesso D.L. n. 67/97.

Tuttavia, a ben vedere, simili argomenti non appaiono decisivi ai fini della determinazione in termini restrittivi del significato della locuzione in esame.

Invero, come questo G.U. ha già avuto modo di precisare, è ben possibile che il richiamato art. 18, nella parte in cui si riferisce a "*dipendenti di Amministrazioni statali*", sia oggetto di interpretazione estensiva, "*soprattutto ove letto in combinato disposto con gli artt. 43 e 44 del noto R.d. 1611/1933*" (cfr. il parere reso nell'affare CS 47936/07, su conforme avviso del Comitato consultivo).

A ciò non osta, quindi, né la formulazione letterale della disposizione in esame, né l'interpretazione sistematica della stessa, ove correttamente riferita alle disposizioni maggiormente idonee a ricostruirne la *ratio*.

In particolare, il citato art. 44 (che, com'è noto, disciplina i casi in cui l'Avvocatura dello Stato può assumere la rappresentanza in giudizio dei dipendenti pubblici e che quindi risponde ad uno scopo analogo a quello del detto art. 18, ossia di tenere il più possibile indenni tali soggetti dalle conseguenze pregiudizievoli dei giudizi cui vengano sottoposti per ragioni di servizio) si riferisce espressamente agli "*impiegati e agenti*" delle Amministrazioni dello Stato o delle Amministrazioni pubbliche non statali e degli enti sovvenzionati.

Orbene, se al termine "*impiegati*" va evidentemente ricondotto tutto il personale regolarmente assunto dalla P.A., il concetto di "*agenti*" si presta invece a ricomprendere altri soggetti, legati all'Amministrazione da un rapporto di servizio "*in senso lato*" e quindi qualificabili come "*organi straordinari*"

dell'Amministrazione stessa.

E tale deve ritenersi, ai fini e per gli effetti in questione, il componente di Commissione di collaudo in corso d'opera.

In questo senso si è del resto costantemente espressa la giurisprudenza della Corte di cassazione, la quale, ai fini dell'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei conti, è da tempo approdata ad una nozione ampia di rapporto di servizio con la P.A., non necessariamente organico ma anche solo "funzionale", cioè "*caratterizzato dall'inserimento del soggetto esterno nell'iter procedimentale dell'ente pubblico come partecipante dell'attività a fini pubblici di quest'ultimo*" (v. Cass. sent. n. 3899 del 2004).

In particolare, per quanto specificamente attiene al collaudatore, la Suprema Corte ha precisato che a tale soggetto debba essere riconosciuta la natura di organo straordinario della P.A., in quanto inserito temporaneamente e funzionalmente nell'apparato organizzativo e preposto ad operare sulla base di un rapporto di servizio quale "*agente*" dell'Amministrazione stessa (cfr. Cass., SS. UU., sent. n. 4060 del 1993; nonché, per l'applicazione dei suddetti principi, Corte dei conti, sez. giur. Regione Liguria, sent. n. 112 del 2011; Corte dei conti, sez. giur. Regione Lazio, sent. n. 2496 del 2010; Corte dei conti, sez. giur. Regione Lombardia, sent. n. 81 del 2000).

Risultano pertanto corrette le considerazioni svolte nella bozza di parere allegata alla nota che si riscontra, anche con riferimento all'assenza, in capo al collaudatore, di quella "*posizione di imparzialità*" cui fa invece riferimento il Commissario Straordinario in epigrafe nella propria richiesta di parere in ordine all'istanza in oggetto.

In conclusione, la Scrivente ritiene che la questione prospettata debba essere risolta in senso affermativo, cioè riconoscendo che, ai fini del diritto al rimborso delle spese di patrocinio legale, il concetto di "*dipendente di Amministrazione statale*" possa essere esteso anche al soggetto che opera (in maniera funzionale, sia pure temporanea, quale "*organo straordinario*") nell'interesse dell'Amministrazione, ed in particolare, nella fattispecie in esame, al componente di Commissione di collaudo in corso d'opera.

Allo stato degli atti, appaiono quindi condivisibili le deduzioni contenute nella citata bozza di parere in ordine alla sussistenza, nel caso *de quo*, dei requisiti soggettivi richiesti dall'art. 18 del D.L. n. 67/97, e quindi alla spettanza all'istante - sotto il profilo soggettivo - del diritto al rimborso, ferme restando le valutazioni di competenza di codesta Distrettuale sulla sussistenza, nel caso di specie, dei requisiti oggettivi pure previsti dalla citata norma, nonché in ordine all'opportunità di richiedere apposita integrazione documentale ai fini dell'apprezzamento circa la congruità delle somme richieste.

Sul presente parere è stato sentito l'avviso del Comitato Consultivo di cui alla legge 103/79, che si è espresso in conformità.

LEGISLAZIONE ED ATTUALITÀ

La “delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari” nella legge di conversione della c.d. manovra economica bis. D.L. 138 del 13 agosto 2011 convertito in L. 148 del 14 settembre 2011

Antonino Galletti*

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La disciplina del decreto-legge n. 138 del 2011 e della legge di conversione n. 148 del 2011 - 3. L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale - 3.1. La sentenza n. 171 del 2007 - 3.2. La sentenza n. 355 del 2010 - 4. La fattispecie relativa alla previsione nella sola legge di conversione della delega al Governo di provvedere alla riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari.

1. Premessa

La sproporzione tra la domanda di giustizia dei cittadini e l'offerta di giustizia dello Stato è una delle cause, forse la principale, della crisi della giustizia nel nostro ordinamento.

Il problema potrebbe (e dovrebbe) essere risolto - anche ai sensi degli artt. 3, 24, 97 Cost. - col miglioramento dell'offerta di giustizia per renderla adeguata alla domanda.

Purtroppo, in questi ultimi anni, complice la perdurante crisi economica, lo Stato è intervenuto in funzione diametralmente opposta, cercando di “*contrarre la domanda, sviando le controversie dal giudice ad altri organismi, oppure attribuendo al giudice maggiori poteri, in modo che questi meglio potesse governare la domanda di giustizia*” (1).

(*) Avvocato iscritto al Foro capitolino e patrocinante in Cassazione, coordinatore della Commissione di diritto amministrativo dell'Organismo Unitario dell'Avvocatura Italiana (OUI) e presidente dell'associazione forense “Azione Legale”.

(1) Per una lucida analisi della problematica, approfondita in relazione al processo civile, si veda GIULIANO SCARSELLI (“*Sugli errori degli ultimi venti anni nel porre rimedio alla crisi della giustizia civile*”, in *Foro it.*, febbraio 2011 ovvero su www.judicium.it).

In questo *trend* negativo s'innestano gli ultimi (estemporanei) interventi sulla c.d. geografia giudiziaria che, anziché avvicinare ulteriormente i luoghi deputati a fornire risposte (ovvero le sedi giudiziarie) alle domande di giustizia dei cittadini e perciò al territorio in ossequio al principio di sussidiarietà ed alle tendenze impropriamente definite federaliste di talune parti politiche, mirano a "concentrare" la distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari.

2. La disciplina del D.L. n. 138/2011 e della legge di conversione n. 148/2011

Con Legge 14 settembre 2011, n. 148 (in *Gazz. Uff.*, 16 settembre, n. 216), è stato convertito in legge, con modificazioni, il decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo ed è stata conferita la "*delega al Governo per la riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari*".

In particolare, l'art. 1 della citata Legge ha previsto:

1. al primo comma, la conversione in legge del D.L. 138/2011;
2. al secondo comma, che "*il Governo, anche ai fini del perseguimento delle finalità di cui all'articolo 9 del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111, è delegato ad adottare, entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per riorganizzare la distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari al fine di realizzare risparmi di spesa e incremento di efficienza, con l'osservanza*" di taluni "*principi e criteri direttivi*", che sono dettagliatamente indicati nelle lettere da a) a q) del medesimo comma secondo della L. 148/2011.

I commi successivi prevedono che:

3. *La riforma realizza il necessario coordinamento con le altre disposizioni vigenti.*
4. *Gli schemi dei decreti legislativi previsti dal comma 2 sono adottati su proposta del Ministro della giustizia e successivamente trasmessi al Consiglio superiore della magistratura e al Parlamento ai fini dell'espressione dei pareri da parte del Consiglio e delle Commissioni competenti per materia. I pareri, non vincolanti, sono resi entro il termine di trenta giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale i decreti sono emanati anche in mancanza dei pareri stessi. Qualora detto termine venga a scadere nei trenta giorni antecedenti allo spirare del termine previsto dal comma 2, o successivamente, la scadenza di quest'ultimo è prorogata di sessanta giorni.*
5. *Il Governo, con la procedura indicata nel comma 4, entro due anni dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi emanati nell'esercizio della delega di cui al comma 2 e nel rispetto dei principi e criteri direttivi fissati, può adottare disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi medesimi.*

Il comma 6 dispone, infine, che la legge di conversione entra in vigore dal giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

3. *L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale*

In riferimento alla possibilità del potere della Corte costituzionale di sindacare i vizi del decreto legge successivamente alla sua conversione in legge, si è molto discusso sia in dottrina che in giurisprudenza.

L'indirizzo più risalente della giurisprudenza costituzionale negava la sindacabilità di ogni vizio proprio del decreto-legge a seguito della legge di conversione, che assumeva, pertanto, funzione "novativa" del contenuto del decreto (cfr. sentt. Corte cost. nn. 108 del 1986, 243 del 1987, 808, 810, 1033, 1035 e 1060 del 1988 e, da ultimo, sent. n. 263 del 1994, in cui la Corte, richiamando la propria precedente giurisprudenza, afferma che "*intervenuta la conversione, perdono rilievo e non possono trovare ingresso nel giudizio di costituzionalità le censure di illegittimità dedotte con riguardo ai limiti dei poteri del Governo nell'adozione dei decreti- legge*").

Soltanto con la sentenza n. 29 del 1995 è stata riconosciuta la possibilità per la Corte costituzionale di giudicare sui vizi dei presupposti del decreto-legge, almeno nei casi di "evidente mancanza", anche dopo l'intervento della legge di conversione. Secondo tale orientamento la legge di conversione non avrebbe "efficacia sanante" ed il difetto dei presupposti della straordinaria necessità ed urgenza (vera e propria carenza di potere) è un vizio formale del procedimento normativo, trasmissibile alla legge di conversione.

Tale orientamento, favorevole allo scrutinio sulla sussistenza dei presupposti della decretazione d'urgenza, è stata affermato anche per i decreti-legge in corso di conversione (sent. n. 161 del 1995 e n. 270 del 1996), oltre che per quelli convertiti in legge (sent. n. 330 del 1996). Il sindacato della Corte è stato, tuttavia, escluso nel caso di disposizioni aggiunte in sede di conversione (sent. n. 391 del 1995) e di disposizioni dirette alla "sanatoria" degli effetti di decreti non convertiti (sent. n. 84 del 1996).

La Corte, inoltre, ha escluso il c.d. vizio da reiterazione del decreto legge ove sia intervenuta la legge di conversione, la quale, pertanto, avrebbe una efficacia sanante di tale vizio (ordinanza n. 360 del 2006).

In definitiva, mentre il vizio da reiterazione non può essere scrutinato quando i decreti-legge sono stati convertiti, il vizio dei presupposti può essere scrutinato a prescindere dalla conversione, ma "*solo nei casi di evidente mancanza*" (sent. 398 del 1998), per evitare che il sindacato della Corte possa sostituirsi o sovrapporsi alla valutazione di opportunità politica di pertinenza esclusiva del Parlamento.

Così, dopo qualche titubanza (sentt. nn. 419 del 2000; 376 del 2001; 16 e 29 del 2002), il predetto orientamento è stato confermato in numerose sentenze (sentt. nn. 341 del 2003; 6, 178, 196, 285, 299 del 2004; 2, 62 e 272 del 2005)

e si è andato, pertanto, consolidando l'indirizzo favorevole alla possibilità del sindacato della Corte costituzionale nei casi di "evidente mancanza" dei presupposti di necessità ed urgenza del decreto legge, anche dopo l'intervento della legge di conversione.

In altri termini, il fatto che il Parlamento abbia convertito il decreto-legge non può sanarne l'illegittimità costituzionale.

3.1. La sentenza n. 171 del 2007

Con sentenza n. 171 del 2007, in relazione all'appartenenza delle cause di incompatibilità concernenti la carica di sindaco alla materia elettorale, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del decreto legge n. 80 del 2004, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 140 del 2004. Infatti, secondo la Corte, l'utilizzazione del decreto legge, nella fattispecie, era in contrasto con l'art. 77, comma due, della Costituzione.

In particolare, secondo quanto affermato dalla Corte, l'esistenza dei requisiti della straordinarietà del caso di necessità ed urgenza, che legittimano il Governo ad adottare, sotto la sua responsabilità, provvedimenti provvisori con forza di legge, che perdono efficacia se non convertiti in legge entro sessanta giorni, può essere oggetto di scrutinio di costituzionalità. Infatti, secondo la Costituzione, l'attribuzione della funzione legislativa al Governo ha carattere derogatorio rispetto all'essenziale attribuzione al Parlamento della funzione di porre le norme primarie nell'ambito delle competenze dello Stato centrale.

Il predetto accertamento, sempre secondo quanto affermato dalla Corte, non si sostituisce e non si sovrappone a quello iniziale del Governo e a quello successivo del Parlamento in sede di conversione (in cui le valutazioni politiche potrebbero essere prevalenti), ma deve svolgersi su un piano diverso, con la funzione di preservare l'assetto delle fonti normative e, con esso, il rispetto dei valori a tutela dei quali tale compito è predisposto.

Inoltre, poiché la straordinarietà del caso, tale da imporre la necessità di dettare con urgenza una disciplina in proposito, può essere dovuta ad una pluralità di situazioni (eventi naturali, comportamenti umani e anche atti e provvedimenti di pubblici poteri), in relazione alle quali non sono configurabili rigidi parametri, valevoli per ogni ipotesi, il difetto dei presupposti di legittimità della decretazione di urgenza può essere oggetto di scrutinio di costituzionalità solo quando tale difetto risulti in modo evidente.

In tal senso, il difetto dei requisiti del "caso straordinario di necessità e di urgenza", che legittimano l'emanazione del decreto legge, una volta intervenuta la legge di conversione, si traduce in un vizio "*in procedendo*" della relativa legge.

Il predetto principio risulta funzionale alla tutela dei diritti e caratterizza la configurazione del sistema costituzionale nel suo complesso. Infatti, l'op-

posto orientamento, secondo cui la legge di conversione sana in ogni caso i vizi del decreto, comporterebbe l'attribuzione in concreto al legislatore ordinario del potere di alterare il riparto costituzionale delle competenze del Parlamento e del Governo quanto alla produzione delle fonti primarie.

Inoltre, secondo il ragionamento seguito dalla Corte, dal fatto che in una Repubblica parlamentare, quale quella italiana, il Governo deve godere della fiducia delle Camere e che il decreto legge comporta una particolare assunzione di responsabilità da parte dello stesso Governo, deriva che le disposizioni della legge di conversione in quanto tali (nei limiti, cioè, in cui non incidono in modo sostanziale sul contenuto normativo delle disposizioni del decreto), non possono essere valutate, sotto il profilo della legittimità costituzionale, autonomamente da quelle del decreto stesso. E questo perché l'immediata efficacia del decreto legge condiziona l'attività del Parlamento che si trova a compiere le proprie valutazioni e a deliberare con riguardo ad una situazione modificata da norme poste da un organo, cui di regola, quale titolare del potere esecutivo, non spetta emanare disposizioni aventi efficacia di legge.

A conferma di ciò, si può notare che la legge di conversione è caratterizzata nel suo percorso parlamentare da una situazione tutta particolare, al punto che la presentazione del decreto per la conversione comporta che le Camere vengano convocate ancorché sciolte (art. 77, secondo comma, Cost.), e il suo percorso di formazione ha una disciplina diversa da quella che regola l'*iter* dei disegni di legge proposti dal Governo (art. 96-*bis* del regolamento della Camera e art. 78, comma 4, di quello del Senato). Il testo di quest'ultimo è così formulato: «*Se l'Assemblea si pronunzia per la non sussistenza dei presupposti richiesti dall'articolo 77, secondo comma, della Costituzione o dei requisiti stabiliti dalla legislazione vigente, il disegno di legge di conversione si intende respinto. Qualora tale deliberazione riguardi parti o singole disposizioni del decreto-legge o del disegno di legge di conversione, i suoi effetti operano limitatamente a quelle parti o disposizioni, che si intendono soppresse*».

3.2. La sentenza n. 355 del 2010

Con la recente sentenza n. 355 del 2010, la Corte costituzionale è intervenuta nuovamente in materia riservandosi lo scrutinio sulla sussistenza dei presupposti di necessità ed urgenza anche sugli emendamenti "aggiunti" in sede di conversione dal Parlamento, purché questi siano omogenei rispetto al contenuto del decreto legge; ne deriva che tale sindacato deve ritenersi escluso quando gli emendamenti siano del tutto eterogenei.

Taluni hanno ravvisato, nella statuizione della Corte, un limite per il Parlamento nella possibilità di approvare emendamenti omogenei rispetto al contenuto del decreto e l'insussistenza del limite nell'ipotesi di integrazione normativa parlamentare relativa a materie diverse da quelle regolate nel decreto.

Tuttavia, una siffatta interpretazione determina un paradosso non condivisibile (2), perché illogico, laddove consentirebbe all'atto legislativo di controllo di approfittare della sua approvazione per (ri)disciplinare finanche per intero la materia.

Appare perciò di potersi sostenere che la Corte nella citata decisione ha escluso che la norma eterogenea introdotta dal Parlamento in sede di conversione del decreto legge possa essere soggetta al sindacato sulla sussistenza dei presupposti di straordinaria necessità ed urgenza, ma nulla ha specificato sull'ammissibilità *tout court* di disposizioni "eccentriche", introdotte *ex novo* in sede di conversione, essendo ben possibile perciò per la Corte intervenire nuovamente al riguardo, laddove ad essere sottoposte al suo scrutinio di costituzionalità siano emendamenti eterogenei rispetto all'oggetto del decreto legge, introdotti in sede di conversione ovvero laddove, come vedremo in seguito, siano introdotti in sede di conversione disposizioni radicalmente estranee rispetto al decreto-legge ed ai presupposti di necessità ed urgenza che ne hanno costituito il presupposto.

4. La fattispecie relativa alla previsione nella sola legge di conversione della delega al Governo di provvedere alla riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari

Nella fattispecie presa in esame, la straordinaria necessità ed urgenza dichiarata nel preambolo del decreto-legge n. 138 del 2011 (che testualmente recita: "ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni per la stabilizzazione finanziaria e per il contenimento della spesa pubblica al fine di garantire la stabilità del Paese con riferimento all'eccezionale situazione di crisi internazionale e di instabilità dei mercati e per rispettare gli impegni assunti in sede di Unione Europea, nonché di adottare misure dirette a favorire lo sviluppo e la competitività del Paese e il sostegno dell'occupazione"), non è stata neppure ripetuta nella legge di conversione n. 148 del 2011, la quale, invece, si è limitata ad introdurre, "ex professo", per la prima volta in sede di conversione, una disciplina - quella relativa alla riorganizzazione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari - della quale non vi è alcun cenno nel decreto poi convertito con modificazioni, se non nell'art. 1 comma 2 che indica il fine del "perseguimento delle finalità di cui all'articolo 9 del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111" e, dunque, si fa rinvio a quanto previsto da un decreto legge diverso e, oltretutto, già convertito con altra legge!

Appare, così, evidente, il *vulnus* inflitto alla norma procedimentale prevista dalla Costituzione che limita l'adozione del decreto-legge ai soli casi di

(2) Il paradosso è ben evidenziato in F. BIONDI - S. LEONE, "Il Governo in Parlamento: evoluzione storica e problematiche attuali".

straordinaria necessità ed urgenza e sancisce la perdita di efficacia dello stesso decreto in caso di mancata conversione parlamentare entro i 60 gg. successivi alla pubblicazione.

Solo in tal caso (e nella differente ipotesi del decreto legislativo, dove però la delega parlamentare interviene prima dell'inizio del procedimento di formazione legislativo) è consentito derogare al procedimento legislativo ordinario previsto dall'art. 72 della Costituzione.

Nella fattispecie risulta palese la violazione non solo dell'*iter* ordinario di produzione legislativa (sancito dagli artt. 70 e 72), ma anche di quello previsto per la c.d. decretazione d'urgenza (art. 77 co. 2), in quanto non sussistono - per espressa dichiarazione del legislatore, che neppure li ha enunciati con clausola di mero stile - ragioni di necessità ed urgenza a sostegno e supporto dell'introduzione, soltanto in sede di conversione, di una disposizione relativa alla riorganizzazione nella distribuzione degli uffici giudiziari, del tutto eterogenea rispetto al contenuto del decreto-legge convertito, anzi dichiaratamente legata ad altro decreto-legge (già oggetto di conversione con altra legge).

Trattasi, dunque, per l'espressa ammissione contenuta nella legge di conversione, di una "norma intrusa" (3) che introduce una nuova disciplina (e, propriamente, una delega al Governo a legiferare con successivi decreti legislativi in materia di riorganizzazione della distribuzione degli uffici giudiziari sul territorio), evidentemente estranea all'insieme delle altre disposizioni del decreto-legge che il primo comma dell'articolo uno provvede a convertire.

In conclusione, nella fattispecie appare evidente come sia stato compiuto un vero e proprio "stravolgimento" del sistema delle fonti e di quello di produzione normativo indicato nella Costituzione che qui viene invertito e "piegato" per giustificare esigenze certamente diverse da quelle di straordinaria necessità ed urgenza che invece sono le sole che legittimano il ricorso al decreto legge.

La norma in esame sembra, quindi, essere incostituzionale, in quanto la sequenza procedimentale decreto-legge + legge di conversione è stata sostituita con la differente sequenza decreto-legge + legge di conversione che contiene (anche) una norma di delega al Governo a legiferare in futuro in materia del tutto estranea al decreto convertito, ma riferita ad altro e diverso decreto già convertito con altra legge di conversione.

Inoltre, ciò comporta anche una palese violazione "sostanziale" dell'art. 15 della legge n. 400 del 1988 (recante la disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri) che prevede che i decreti devono contenere norme di immediata applicazione ed il loro contenuto

(3) L'efficace espressione è ripresa da ALFONSO CELOTTO, in "C'è sempre una prima volta (La Corte costituzionale annulla un decreto-legge per mancanza dei presupposti)" in www.giurcost.org.

deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo; inoltre, l'art. 15 della predetta legge vieta espressamente al Governo l'uso del decreto-legge per conferire deleghe legislative a se medesimo (4).

Va, inoltre, tenuto presente che la disciplina dettata dalla legge n. 400 del 1988 ha nel nostro ordinamento valore "rafforzato" o almeno peculiare, in quanto i regolamenti interni, sia della Camera che del Senato (5), invitano le

-
- (4) Al livello della legislazione ordinaria, la legge 400 del 1988 ha stabilito che (art. 15):
- a) i provvedimenti provvisori con forza di legge ordinaria adottati ai sensi dell'art. 77 della Costituzione sono presentati per l'emanazione al Presidente della Repubblica con la denominazione di "decreto-legge" e con l'indicazione, nel preambolo, delle circostanze straordinarie di necessità e di urgenza che ne giustificano l'adozione;
 - b) i decreti devono contenere misure di immediata applicazione e il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo;
 - c) le modifiche eventualmente apportate al decreto-legge in sede di conversione hanno efficacia dal giorno successivo a quello della pubblicazione della legge di conversione, salvo che quest'ultima non disponga diversamente;
 - d) il Ministro di grazia e giustizia cura che del rifiuto di conversione o della conversione parziale, purché definitiva, nonché della mancata conversione per decorrenza del termine sia data immediata pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

Non possono adottarsi decreti-legge, in base alla normativa di livello ordinario in esame, per: conferire deleghe legislative al Governo; provvedere nelle materie in cui vi è "riserva di Assemblea" [Ossia, in base all'art. 72 della Costituzione, nelle seguenti materie, relativamente alle quali deve essere seguita la procedura d'esame normale: materia costituzionale ed elettorale, delegazione legislativa, autorizzazione a ratificare trattati internazionali, approvazione di bilanci e consuntivi.]; rinnovare le disposizioni di decreti-legge dei quali sia stata negata la conversione in legge con il voto di una delle due Camere; regolare i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti; ripristinare l'efficacia di disposizioni dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale per vizi non attinenti al procedimento.

(5) I regolamenti parlamentari prevedono si debba verificare, in sede di conversione, la sussistenza dei requisiti posti dalla "legislazione vigente" (art. 78 R.S. e art. 96-bis R.C.).

In particolare, il Regolamento del Senato, in tema di presupposti della decretazione, prevede che (articolo 78):

1. il disegno di legge di conversione sia deferito alla 1^a Commissione permanente, la quale trasmette il proprio parere alla Commissione competente entro cinque giorni dal deferimento. Qualora la 1^a Commissione permanente esprima parere contrario per difetto dei presupposti richiesti dall'articolo 77, secondo comma, della Costituzione o dei requisiti stabiliti dalla legislazione vigente, tale parere deve essere immediatamente trasmesso, oltre che alla Commissione competente, al Presidente del Senato, che lo sottopone entro cinque giorni al voto dell'Assemblea. Nello stesso termine il Presidente sottopone il parere della Commissione al voto dell'Assemblea ove ne faccia richiesta, entro il giorno successivo a quello in cui il parere è stato espresso, a un decimo dei componenti del Senato;

2. se l'Assemblea si pronuncia per la non sussistenza dei presupposti richiesti dall'articolo 77, secondo comma, della Costituzione o dei requisiti stabiliti dalla legislazione vigente, il disegno di legge di conversione si intende respinto. Qualora tale deliberazione riguardi parti o singole disposizioni del decreto-legge o del disegno di legge di conversione, i suoi effetti operano limitatamente a quelle parti o disposizioni, che si intendono soppresse.

Tale disciplina, peraltro, è integrata da una pronuncia della Giunta per il Regolamento (parere reso in data 8 novembre 1984), che ha stabilito quanto segue:

«Quando il Senato, in sede di valutazione dei presupposti, giudica per un decreto-legge sussistenti i requisiti richiesti dall'articolo 77 della Costituzione, accetta che al provvedimento sia riservato un tragitto preferenziale, con la garanzia che per questo tragitto non si debbano far passare ipotesi normative del tutto svincolate dalla necessità e dalla urgenza che giustificarono l'emanazione del decreto-legge. Pertanto, in sede di conversione di un decreto-legge, la norma del primo comma dell'articolo 97 del Rego-

Camere a verificare il rispetto, da parte dei decreti-legge, dei requisiti stabiliti dalla legislazione vigente (e perciò dalla L. 400/1988) ed il Capo dello Stato, in un suo messaggio alle Camere (6), ha esaltato il valore regolamentare della legge in questione e ne ha chiesto il rigoroso rispetto.

Da ultimo, l'attuale Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano ha richiamato l'attenzione sull'ampiezza e sulla eterogeneità delle modifiche apportate nel corso del procedimento di conversione del decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225 (cosiddetto "*milleproroghe*"). Il Capo dello Stato, nel ricordare i rilievi già ripetutamente espressi fin dall'inizio del settennato, ha messo in evidenza che la prassi irrituale con cui si introducono nei decreti legge disposizioni non strettamente attinenti al loro oggetto si pone in contrasto con puntuali norme della Costituzione, delle leggi e dei regolamenti parla-

lamento - secondo la quale non sono proponibili emendamenti che siano estranei all'oggetto della discussione - deve essere interpretata in modo particolarmente rigoroso, che tenga conto anche della indispensabile preservazione dei caratteri di necessità e di urgenza già verificati con la procedura prevista dall'articolo 78 del Regolamento, con riferimento sia al decreto-legge che al disegno di legge di conversione».

Il Regolamento della Camera, relativamente ai presupposti e alla emendabilità dei decreti-legge, dispone che (articolo 96-bis):

- nella relazione del Governo, che accompagna il disegno di legge di conversione, deve essere dato conto dei presupposti di necessità e urgenza per l'adozione del decreto-legge e vanno descritti gli effetti attesi dalla sua attuazione e le conseguenze delle norme da esso recate sull'ordinamento;
- la Commissione, alla quale il disegno di legge di conversione è assegnato può chiedere al Governo di integrare gli elementi forniti nella relazione, anche con riferimento a singole disposizioni del decreto-legge;
- il disegno di legge è altresì deferito al Comitato per la legislazione, che esprime parere alle Commissioni competenti, anche proponendo la soppressione delle disposizioni del decreto-legge che contrastino con le regole sulla specificità e omogeneità e sui limiti di contenuto dei decreti-legge previste dalla vigente legislazione;
- sui presupposti costituzionali può essere chiamata a pronunciare l'Assemblea, attraverso la proposizione di questioni pregiudiziali;
- il Presidente dichiara inammissibili gli emendamenti e gli articoli aggiuntivi che non siano strettamente attinenti alla materia del decreto-legge (al riguardo, può decidere di consultare l'Assemblea, che decide senza discussione per alzata di mano).

La differenza fra il sistema di scrutinio dei presupposti previsto dalla Camera e quello valevole per il Senato risiede pertanto nel fatto che solo nel secondo ramo vi è un controllo preliminare accentrato nella 1^a Commissione; alla Camera tale controllo spetta anzitutto alla singola Commissione di merito.

(6) Il Capo dello Stato *pro tempore*, nel messaggio di rinvio alle Camere della legge di conversione del d.l. 25 gennaio 2002, n. 4 "*Disposizioni urgenti finalizzate a superare lo stato di crisi per il settore zootecnico, per la pesca e per l'agricoltura*" (Doc. I, n. 1 della XIV legislatura), ha tra l'altro sottolineato che la legge 400/1988 "*pur essendo una legge ordinaria, ha valore ordinamentale, in quanto è preposta all'ordinato impiego della decretazione d'urgenza e deve quindi essere (...) rigorosamente osservata*" e tale legge prevede che "*i decreti devono contenere misure di immediata applicazione e il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo*". In tema di requisiti della decretazione d'urgenza, in particolare, il Presidente della Repubblica ha invitato: 1) il Governo a seguire criteri rigorosi nella predisposizione dei decreti-legge e a vigilare in sede di conversione al fine di evitare che il testo originario venga trasformato fino a divenire non più rispondente ai presupposti costituzionali e ordinamentali; 2) i competenti organi parlamentari - segnatamente le Commissioni competenti in sede primaria e consultiva - a svolgere identica e rigorosa vigilanza durante l'esame della legge di conversione.

mentari, eludendo il vaglio preventivo spettante al Capo dello Stato in sede di emanazione dei decreti-legge (7).

Non si può non condividere l'autorevole ammonimento presidenziale secondo il quale *“questo modo di procedere ... si pone in contrasto con i principi sanciti dall'articolo 77 della Costituzione e dall'articolo 15, comma 3, della legge di attuazione costituzionale n. 400 del 1988, recepiti dalle stesse norme dei regolamenti parlamentari. L'inserimento nei decreti di disposizioni non strettamente attinenti ai loro contenuti, eterogenee e spesso prive dei requisiti di straordinaria necessità ed urgenza, elude il vaglio preventivo spettante al Presidente della Repubblica in sede di emanazione dei decreti legge. Inoltre l'eterogeneità e l'ampiezza delle materie non consentono a tutte le Commissioni competenti di svolgere l'esame referente richiesto dal primo comma dell'articolo 72 della Costituzione, e costringono la discussione da parte di entrambe le Camere nel termine tassativo di 60 giorni”*.

Deve, pertanto, riaffermarsi nella sua pienezza il principio costituzionale secondo il quale il potere normativo spetta in via generale al Parlamento e il decreto-legge ne rappresenta una deroga.

Ne deriva che l'*iter* agevolato della legge di conversione appare giustificato soltanto dalla necessità di convertire in legge disposizioni dettate sul presupposto della straordinaria necessità ed urgenza.

Il giudizio di (in)costituzionalità dell'art. 1 co. 2 della legge n. 148 del 2011 per la violazione del principio di legalità sostanziale (8) e dei parametri costituzionali relativi alle fonti governative, deriva dall'obbligo per la Corte di salvaguardare la legittimità della disciplina delle fonti, essendo tesa anche alla tutela dei valori e dei diritti fondamentali.

(7) Nella lettera del 22 febbraio 2011 che il Presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, ha inviato al Presidente del Senato, Renato Schifani, al Presidente della Camera, Gianfranco Fini, e al Presidente del Consiglio dei Ministri, Silvio Berlusconi, a proposito del disegno di legge di conversione del decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative e interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle famiglie e alle imprese, è stato evidenziato che *“molte delle disposizioni aggiunte in sede di conversione sono estranee all'oggetto quando non alla stessa materia del decreto, eterogenee e di assai dubbia coerenza con i principi e le norme della Costituzione”*; il Presidente nell'occasione ha concluso il suo monito censurando anche l'abuso da parte del Governo della c.d. fiducia: *“si aggiunga che il frequente ricorso alla posizione della questione di fiducia realizza una ulteriore pesante compressione del ruolo del Parlamento”*.

(8) L. CARLASSARE, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. Giur.* XVIII, 1990, 4; secondo l'Autrice il limite al potere normativo del Governo si fonda sul *“valore costituzionale del principio di legalità sostanziale”*, implicito nel testo della Costituzione e da esso ricavabile. La lettura in questione poggia sull'art. 113 Cost. per il quale le leggi non possono limitare ad attribuire poteri all'esecutivo senza disciplinarne il contenuto.

Class action pubblica e condanna della P.A. per mancato utilizzo della PEC

Francesco Spada*

Lo scopo del presente contributo è quello di svolgere alcune osservazioni sull'istituto della c.d. *class action* pubblica, introdotto nell'ordinamento con il decreto legislativo n. 198/2009, prendendo spunto da una recente condanna della P.A. per mancata pubblicazione delle caselle di PEC sul sito istituzionale.

In attuazione della legge n. 15/2009 e nell'ambito della riforma in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza della P.A., il legislatore delegato ha dettato, con il decreto legislativo n. 198/2009, disposizioni “*in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*”.

L'obiettivo dell'intervento normativo è quello di stimolare una elevata *performance* dell'apparato pubblico nei confronti della collettività attraverso la previsione di un controllo esterno sull'osservanza, da parte della P.A., degli *standard* di qualità, economicità e tempestività alla stessa imposti dalle recenti tendenze dell'ordinamento.

Secondo quanto previsto dalle disposizioni adottate in attuazione della legge delega, i principi essenziali dell'istituto in commento sono così sintetizzabili:

- l'azione *de qua*, oltre che dai diretti interessati, può essere proposta anche da parte di associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati;
- il relativo giudizio è devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo;
- è condizione di ammissibilità dell'azione la previa diffida all'amministrazione o al concessionario ad assumere, entro un determinato termine, le iniziative utili alla soddisfazione degli interessati;
- il relativo giudizio si conclude con l'ordine, impartito all'amministrazione o al concessionario, di adottare le misure idonee a porre rimedio alle violazioni, alle omissioni o ai mancati adempimenti;
- nei casi di perdurante inadempimento, è prevista la nomina di un commissario;
- l'azione *de qua* non consente il risarcimento del danno;
- la sentenza definitiva comporta l'obbligo di attivare le procedure relative

(*) 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.

- all'accertamento di eventuali responsabilità disciplinari o dirigenziali;
- sono, infine, previste forme di idonea pubblicità del procedimento giurisdizionale e della sua conclusione.

Con riferimento alla natura dell'azione *de qua*, si può senza dubbio escludere, in considerazione dei suoi caratteri essenziali, la riconducibilità alle azioni proprie del processo amministrativo (1).

Allo stesso modo e per le medesime motivazioni, appare difficile configurarla in termini di azione popolare (2), di *class action* in senso stretto (secondo il modello statunitense) o di azione collettiva (secondo il modello introdotto dalla legge finanziaria per il 2008 nel c.d. Codice del consumo) (3).

L'azione *de qua*, a ben vedere, si iscrive nell'ambito del sistema di valutazione delle strutture pubbliche e dei dipendenti pubblici introdotto dalla c.d. riforma Brunetta, in quanto la sua finalità è quella di “*ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio*”.

L'interesse del singolo, di conseguenza, non è oggetto di tutela diretta ed immediata, rappresentando, piuttosto, l'occasione per l'intervento giudiziale su criticità e disfunzioni dell'apparato organizzativo della P.A. (4).

Si tratta, quindi, di una forma di giurisdizione di tipo oggettivo, avente come oggetto di tutela il buon andamento della P.A., in cui la posizione del singolo è tutelata soltanto in via indiretta e mediata (5).

Ciò premesso, in generale, sull'azione in commento, appare opportuno

(1) In questo senso, TAR Lazio, sentenza 20 gennaio 2011, n. 552 “*L'azione fondata sulle norme di cui al d.lgs. n. 198 del 2009, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici, costituisce uno strumento di tutela aggiuntivo rispetto a quelli previsti dal codice del processo, azionabile da singoli titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori, ovvero da associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati, comunque appartenenti alla pluralità citata*”.

(2) In questo senso, BARTOLINI A., *La class action nei confronti della p.a. tra favole e realtà*, in *Giustamm.it*, 2009.

(3) In questo senso, Consiglio di Stato, sezione atti normativi 9 giugno 2009, n. 1943: “*la formula “azione collettiva”, pur richiamandola, non si identifica nella cd. «class action» introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 2, comma 446, della legge n. 244 del 24 dicembre 2007 (legge finanziaria 2008), che inserisce l'articolo 140-bis nel decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del consumo). Ciò non solo e non tanto per la ragione – già individuata nella relazione ministeriale – per cui questa riguarda le lesioni dei diritti di consumatori e utenti in ambito contrattuale e, per certi ambiti, extra-contrattuale, mentre quella il rapporto tra cittadini e pubbliche amministrazioni, quanto per la diversa logica sottesa: l'azione contro le imprese private protegge il consumatore dallo squilibrio di posizioni sul mercato, con effetti limitati alla fase del contatto (negoziale o non), quella verso la pubblica amministrazione interviene sullo stesso processo di produzione del servizio. In entrambe le ipotesi si cerca di indurre il soggetto erogatore dell'utilità a comportamenti virtuosi nel suo ciclo di produzione, onde evitare di scaricare il costo dell'inefficienza sugli utenti; ma questo obiettivo è perseguito in modo indiretto se il produttore è un privato che agisce per scopi egoistici e nell'esercizio della sua libertà di iniziativa economica, mentre nella seconda ipotesi è perseguito direttamente, proprio perché l'organizzazione amministrativa è chiamata dalla legge a realizzare il bene pubblico*”.

(4) In questo senso, ZINGALES U., “Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la *class action*”, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 3, 246 e ss.

affrontare, a questo punto, alcuni aspetti problematici ad essa relativi, attraverso l'esame di una recente pronuncia del giudice amministrativo in materia (TAR Basilicata - Potenza, n. 478/2011).

Il fatto da cui trae origine la sentenza in esame può essere così riassunto.

Con atto di diffida, alcuni soggetti, in proprio e nella loro qualità di segretario del movimento "Radicali Italiani" e di segretario dell'associazione "Agorà digitale", premettendo di essere cittadini italiani intenzionati ad utilizzare le tecnologie info-telematiche, in particolare la PEC per le comunicazioni con la Regione Basilicata, invitavano quest'ultima a provvedere alla pubblicazione sulla pagina iniziale del sito *web* dell'indirizzo di PEC, così come previsto dall'art. 54, comma 2 *ter* del decreto legislativo n. 82/2005 e ad adottare tutti gli atti amministrativi necessari a garantire l'effettiva possibilità per gli utenti di comunicare con la Regione attraverso la PEC, nel rispetto del combinato disposto di cui agli articoli 3 e 6 del predetto decreto legislativo.

In mancanza di riscontro, trascorso il termine di novanta giorni previsto dal decreto legislativo n. 198/2009 senza che l'amministrazione avesse provveduto a pubblicare sulla pagina iniziale del proprio sito istituzionale l'indirizzo di PEC, gli istanti hanno proposto ricorso per l'efficienza delle amministrazioni, chiedendo l'accertamento della violazione da parte della Regione Basilicata dell'obbligo di adottare gli atti amministrativi necessari a consentire ai cittadini e agli utenti di comunicare con l'ente stesso mediante la PEC, garantendo idonea pubblicità al proprio indirizzo di PEC attraverso la sua pubblicazione sulla pagina iniziale del sito e, di conseguenza, la condanna della Regione all'esecuzione degli adempimenti necessari ad assicurare l'effettività delle predette disposizioni mediante l'adozione degli atti amministrativi obbligatori per legge.

Ad avviso dei ricorrenti, infatti, l'inadempimento dell'ente intimato all'obbligo di pubblicare almeno un recapito di PEC sulla pagina iniziale del sito istituzionale determinerebbe un disservizio per i cittadini e renderebbe eccessivamente oneroso l'utilizzo di tale forma di comunicazione a causa della

(5) Il Consiglio di Stato, sezione atti normativi cit., qualifica espressamente l'interesse tutelato con l'azione *de qua* alla stregua di interesse diffuso. Nello stesso senso, TAR Lazio, sentenza 13 giugno 2011, n. 5220. D'altra parte, osserva ZONNO D., "Class action pubblica: nuove forme di tutela dell'interesse diffuso?", in www.giustizia-amministrativa.it, che "nell'attributo dell'interesse come imputabile ad una pluralità di soggetti appartenenti alla categoria di utenti e consumatori si coglie la coerenza del testo finale rispetto al parere, sicché può mantenersi ferma la qualificazione nei termini sopra descritti. Depone per la conclusione illustrata anche la finalità dell'azione, rappresentata dalla necessità di ripristinare il corretto svolgimento della funzione pubblica relativa all'adozione di atti generali non normativi o la corretta erogazione di un servizio pubblico. La natura generale degli atti rinvia evidentemente alla pluralità indeterminata dei destinatari, rispetto ai quali, pertanto, non è enucleabile un interesse esclusivo, restando questo, al contrario, a livello di interesse diffuso. Anche dalla natura di servizio pubblico può trarsi analogo argomento perché esso è rivolto ad una pluralità indeterminata di soggetti".

difficoltà di individuazione del recapito elettronico certificato.

Successivamente, con atto notificato alla Regione Basilicata sono intervenuti in giudizio altri istanti, affermando di trovarsi nella medesima situazione giuridica dei ricorrenti e di avere interesse all'accoglimento del ricorso sia in quanto residenti nella Regione Basilicata, sia in quanto titolari di un interesse omogeneo a quello dei ricorrenti consistente nella legittima applicazione dell'impianto normativo vigente in materia di diritti digitali e, segnatamente, del diritto a comunicare con l'amministrazione mediante PEC.

Ciò premesso in punto di fatto, si possono esaminare le questioni di diritto affrontate dal giudice amministrativo nella sentenza in commento, riguardanti due aspetti: le condizioni dell'azione ed il merito della questione.

Sotto il primo profilo, il giudice amministrativo esamina la sussistenza, nel caso di specie, delle tre classiche condizioni dell'azione, ossia: la possibilità giuridica o ammissibilità dell'azione; la legittimazione ad agire; l'interesse ad agire.

Con riferimento alla ammissibilità dell'azione, il TAR ritiene che il requisito sia soddisfatto dall'esistenza della norma costituita dall'art. 1, comma 1 del decreto legislativo n. 198/2009, che contempla la possibilità di proporre un'azione allo scopo di "*ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio*", azionabile sia da singoli "*titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori*", sia da "*associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati*".

Il presupposto di ammissibilità dell'azione passa attraverso la verifica della sussistenza di uno dei seguenti comportamenti tipizzati dal citato decreto legislativo (6): a) la violazione di termini o la 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 (7); b) la violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi; c) la violazione di *standard* 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 n. 150/2009.

In tema di ammissibilità dell'azione, la giurisprudenza (8) ha chiarito che

(6) Sulle ipotesi tipizzate dal decreto legislativo, v. AJELLO T., *Ricorso per l'efficienza ed efficienza del ricorso*, in *Gazzetta amministrativa, Pubblico impiego e responsabilità*, 2011, 1, 159 e ss.

(7) In questo senso, Consiglio di Stato, sentenza 9 giugno 2011, n. 3512, ha escluso l'ammissibilità dell'azione *de qua* allorché con la stessa si lamenti la mancata emanazione di atti a contenuto normativo.

(8) TAR Lazio, sentenza 20 gennaio 2011, n. 552, cit.; Consiglio di Stato, sentenza 9 giugno 2011, n. 3512, cit. Infatti, in entrambe le sentenze, si afferma che "*la "class action" contro la pubblica amministrazione per violazione di termini o per mancata emanazione di atti amministrativi generali obbli-*

la disposizione transitoria di cui all'art. 7 del decreto legislativo n. 198/2009, laddove subordina l'applicabilità delle norme in materia di ricorso per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni all'adozione di uno o più atti attuativi adottati con decreti del Presidente del Consiglio dei ministri deputati a definire gli obblighi contenuti nelle carte dei servizi (9), non opera nell'ipotesi in cui il legislatore abbia già delineato il comportamento esigibile dall'amministrazione, come nel caso in esame.

L'azione è, quindi, direttamente esperibile nell'ipotesi di omessa o tardiva 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.

Sotto tale profilo, pertanto, si ravvisa nel caso in esame uno dei presupposti dell'azione, poiché nel ricorso è lamentata proprio l'omessa adozione di atti amministrativi obbligatori, per consentire agli utenti l'effettivo utilizzo della PEC per le comunicazioni con la Regione.

Quanto alla legittimazione ad agire, il TAR precisa che l'art. 1 del decreto legislativo n. 198/2009 riconosce la legittimazione a proporre l'azione per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni sia ai singoli "*titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori*", sia ad "*associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati, appartenenti alla pluralità di utenti e consumatori di cui al comma 1*" e quindi titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei tra loro.

Per quanto riguarda le associazioni - nel cui novero è certamente riconducibile il movimento politico "Radicali Italiani" - il TAR osserva che la loro legittimazione non può estendersi ad ogni attività di carattere pubblicistico che si ripercuota sugli utenti, dovendo piuttosto essere vagliata alla luce delle finalità statutarie dell'ente.

In altre parole, la legittimazione delle associazioni (riconosciute e non riconosciute) alla proposizione dell'azione *de qua* deve essere sempre verificata in concreto, caso per caso, in relazione alla natura e alla tipologia dell'interesse leso, al fine di accertare se l'ente ricorrente sia statutariamente deputato alla tutela di quello specifico interesse "*omogeneo per una pluralità di utenti e di consumatori*".

Di conseguenza, le associazioni, in tanto possono proporre l'azione in esame, in quanto le stesse dimostrino di possedere sufficienti indici di rappre-

gatori non aventi contenuto normativo, da emanarsi obbligatoriamente entro e non oltre un termine fissato da una legge o da un regolamento, è ammissibile in quanto a tali fattispecie non è applicabile la norma transitoria di cui all'art. 7 del d.lgs. n. 198/2009, che differisce la concreta applicazione del citato decreto dopo l'emanazione di appositi D.P.C.M., in ragione della necessità di definire in via preventiva gli obblighi contenuti nelle carte di servizi e gli standard qualitativi ed economici".

(9) Per l'esame di un caso in cui, invece, i giudici hanno negato l'ammissibilità dell'azione per mancanza degli atti di cui all'art. 7 del d.lgs. n. 198/2009, v. TAR Lazio, sentenza 4 novembre 2010, n. 33190.

sentatività degli interessi diffusi di una particolare categoria di utenti; gli interessi diffusi si trasformano, infatti, in interessi collettivi una volta “soggettivizzati” in capo all’ente esponenziale che agisce a tutela di interessi omogenei del gruppo.

Da ciò deriva l’esclusione della legittimazione ad agire da parte di partiti e movimenti politici o, in generale, di associazioni e comitati a tutela oggettiva del ripristino della legalità violata: il movimento politico è espressione, per sua stessa definizione, degli interessi politici dei suoi associati ed in quanto rappresentativo di una classe generale ed eterogenea non è legittimato ad esprimere gli interessi giuridicamente rilevanti di una classe determinata ed omogenea di “*utenti e consumatori*”.

Nel caso di specie, ciò è confermato dallo Statuto del movimento “Radicali Italiani”, nel quale, tra gli scopi da perseguire, non emerge alcun riferimento alla tutela dei diritti e delle libertà digitali né tanto meno, più in generale, alla tutela degli interessi dei consumatori e degli utenti.

Il citato Statuto si limita ad affermare che il movimento ha “*lo scopo di rafforzare le lotte liberali, liberiste e libertarie per la rivoluzione liberale e per gli Stati uniti d’Europa*”.

Non è, dunque, concepibile la configurazione in capo agli associati del movimento politico “Radicali Italiani” della sussistenza del requisito legittimante alla proposizione dell’azione *de qua*: la rappresentatività di un interesse specifico ed omogeneo, che, nella specie, è affermato come interesse ad ottenere dalla Regione l’adozione degli atti necessari per attuare le disposizioni legislative che impongono la pubblicazione dell’indirizzo di PEC sulla pagina iniziale del sito istituzionale e consentono, di conseguenza, un agevole accesso alla comunicazione telematica con la Regione.

Di contro, il TAR ritiene, invece, sussistente la legittimazione ad agire in capo all’Associazione “Agorà digitale”, poiché la stessa non ha un fine politico generale, ma assume come specifico scopo statutario quello di “*difendere le libertà digitali ... e di sviluppare una comunicazione in rete che sappia coinvolgere ed informare*”.

Detta associazione, quindi, in quanto rappresentativa proprio dello specifico interesse asseritamente leso dalla Regione con la mancata attuazione delle disposizioni del c.d. Codice dell’amministrazione digitale, è legittimata ad agire.

Infine, con riferimento alla sussistenza dell’altra condizione dell’azione, l’interesse al ricorso, il TAR osserva che la proposizione dell’azione è condizionata alla sussistenza di una “*lesione diretta, concreta ed attuale*”, derivante dalle omissioni o dalla gestione inefficiente della P.A.

Con tale precisazione il legislatore intende evidentemente stemperare la portata dell’ampliamento della legittimazione ad agire, al fine di evitare che l’azione in discorso trasmodi sino a diventare uno strumento di controllo og-

gettivo e generalizzato dell'operato della P.A. e, quindi, un modello alternativo alla funzione di controllo politico-amministrativo.

Non è sufficiente, quindi, che il ricorrente si limiti a dedurre l'inefficienza in cui la P.A. sarebbe incorsa (10), in quanto si deve anche dedurre la lesione personale che il ricorrente abbia subito o che possa subire, nell'immediato o a breve, al proprio interesse omogeneo a quello di una determinata classe di utenti o consumatori.

In particolare, nel caso in esame, per alcuni ricorrenti nulla è prospettato specificamente in ordine all'interesse personale di ciascuno, che sarebbe stato leso concretamente dalla mancata indicazione dell'indirizzo di PEC nella pagina iniziale del sito *web* della Regione.

Detti ricorrenti si sono, infatti, limitati a dedurre il disservizio determinato dalla mancata pubblicazione sulla pagina *web* del sito istituzionale dell'indirizzo di PEC, che avrebbe pregiudicato la possibilità per gli utenti di comunicare telematicamente con la Regione.

Né la diffida proposta a norma del decreto legislativo n. 198/2009 può valere a concretizzare l'interesse dei ricorrenti, poiché la rappresentazione della lesione subita o subenda a causa del disservizio lamentato asseritamente derivato dall'impossibilità di conoscere e comunicare agevolmente in via telematica con la Regione avrebbe dovuto esser presente già nell'atto di diffida stesso, in modo da consentire alla P.A. di correggere le disfunzioni lamentate.

Il difetto di prospettazione della sussistenza di una lesione diretta, concreta ed attuale si ravvisa anche in relazione all'intervento in giudizio proposto successivamente da altri istanti, i quali si limitano ad affermare di aver un interesse omogeneo a quello dei ricorrenti e di avere interesse all'accoglimento del ricorso, sia in quanto residenti nella Regione Basilicata, sia in quanto "*utenti di una pluralità di servizi erogati dalla medesima Regione*".

Al riguardo, il TAR ritiene che non possa essere criterio discrezionale in ordine alla sussistenza o meno di un interesse concreto al ricorso la mera circostanza della residenza del ricorrente o dell'interveniente nel territorio della Regione, posto che anche un non residente può evidentemente avere interesse a fruire dei servizi telematici erogati dalla Regione Basilicata ed avere necessità di comunicare telematicamente con l'ente.

Risulta, invece, necessario individuare un criterio di prossimità tra il titolare dell'interesse e l'ente pubblico in relazione ad una specifica funzione pubblica o ad uno specifico servizio pubblico erogato dall'ente, di cui il soggetto ricorrente (cittadino o non cittadino, residente o non residente) prospetti di volere o dovere fruire avvalendosi delle tecnologie telematiche di comunicazione.

(10) AJELLO T., *cit.*, osserva però che "*i singoli non saranno incentivati a promuovere un'azione di classe pubblica dove il giudice potrà unicamente disporre, in accoglimento del ricorso, un ordine rivolto all'amministrazione di eliminare la causa dell'inefficienza*".

Occorre, pertanto, che il ricorrente o l'interveniente dimostri di essere effettivo portatore di un interesse omogeneo alla classe di utenti o consumatori di riferimento, nel cui interesse egli pure esercita la propria azione o effettua il proprio intervento.

Per quanto attiene, invece, all'interesse al ricorso dell'associazione "Agorà digitale", il TAR ritiene che questo sia sussistente e che sia implicito negli stessi requisiti di adeguata rappresentatività che ne fondano la legittimazione ad agire, in quanto qualora l'azione sia presentata da un ente a tutela di un interesse collettivo non occorre indagare anche sulla sussistenza dei requisiti di concretezza, attualità e immediatezza della lesione, posto che per tali enti l'accertamento della lesività non può che essere compiuto in astratto in relazione all'effettiva capacità di tutela degli interessi della categoria che si assume lesa dall'inefficienza amministrativa (11).

Se, infatti, in caso di azione per l'efficienza proposta da un singolo, deve apprezzarsi quale sia l'interesse concreto al ricorso, essenzialmente al fine di verificare l'omogeneità dell'interesse del ricorrente rispetto a quello della classe che egli pretende di rappresentare, nel caso, invece, di una analoga azione proposta da un ente esponenziale è la stessa rappresentatività dell'ente associativo rispetto ad un particolare categoria di utenti o consumatori a consentire di verificare l'omogeneità dell'interesse dell'ente ricorrente rispetto a quello della classe che questo assume di rappresentare.

Ed una tale verifica non può che passare attraverso la valutazione del grado di rappresentatività dell'ente e del suo fine statutario, che deve contemplare proprio la garanzia di quei particolari interessi che si intendono tutelare con il ricorso.

Nel merito, il TAR accerta se la mancata pubblicazione da parte della Regione dell'indirizzo di PEC sulla pagina iniziale del proprio sito istituzionale e la non effettiva attivazione della casella di PEC per le comunicazioni con gli utenti integri uno dei presupposti previsti dall'art. 1 del decreto legislativo n. 198/2009 e, segnatamente, quello della "mancata adozione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo".

Al fine di verificare se sussista in capo alla Regione un obbligo rimasto inadempito, il giudice amministrativo effettua una breve ricostruzione del quadro normativo di riferimento, onde verificare se le norme vigenti (12) impongono l'immediata applicazione o frappongano dilazioni all'operatività

(11) In questo senso, ZONNO D., *cit.*, afferma che "per la tutela azionata dagli enti esponenziali, la valutazione relativa è parzialmente diversa da quella operata per il singolo, in quanto uno degli elementi essenziali sottoposti al vaglio per evitare di far trasmodare l'azione esercitata in generico controllo dell'operato della P.A. è quello della rappresentatività dell'ente, desunta dall'indicazione, tra i fini statutari, della protezione dell'interesse oggetto di tutela".

(12) Per una ricostruzione del quadro normativo vigente in materia, v. MONEA A., *Un effetto positivo della class action pubblica*, in *Il Sole 24 Ore, Guida agli enti locali*, 29 ottobre 2011, n. 43, 62 e ss.

delle disposizioni in materia di comunicazione tramite PEC.

Una prima imposizione alle Regioni di comunicare in via digitale è rinvenibile nell'art. 2 del decreto legislativo n. 82/2005 che reca: *“Lo Stato, le regioni e le autonomie locali assicurano la disponibilità, la gestione, l'accesso, la trasmissione, la conservazione e la fruibilità dell'informazione in modalità digitale e si organizzano ed agiscono a tale fine utilizzando con le modalità più appropriate le tecnologie dell'informazione e della comunicazione”*.

Il successivo art. 3 del citato decreto legislativo pone in diretta correlazione l'obbligo della P.A. di comunicare in via digitale con il riconoscimento agli utenti del diritto di *“richiedere ed ottenere l'uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le pubbliche amministrazioni”*.

Tra le modalità di comunicazione tra privato e pubblica amministrazione contemplate dal c.d. Codice dell'amministrazione digitale, l'art. 6 del citato decreto legislativo prevede l'utilizzo da parte della P.A. della PEC per la trasmissione telematica di documenti che necessitano di una ricevuta di invio e di una ricevuta di consegna.

Inoltre, l'attuazione degli adempimenti relativi alla PEC è individuata dall'art. 11, comma 5 del decreto legislativo n. 150/2009 come strumento per rendere effettivi i principi di trasparenza nella P.A. (13).

Lo stesso decreto legislativo n. 150/2009, all'art. 11, comma 1, che per effetto di quanto disposto dal successivo art. 16 trova immediata applicazione anche negli ordinamenti delle Regioni, impone la pubblicazione, sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione e, quindi, anche degli indirizzi di PEC fruibili dagli interessati.

Come precisato dall'art. 54, comma 2 *ter* del c.d. Codice dell'amministrazione digitale, le amministrazioni sono tenute a pubblicare nei propri siti un indirizzo istituzionale di PEC *“a cui il cittadino possa rivolgersi per qualsiasi richiesta”* e *“ad assicurare, altresì, un servizio che renda noti al pubblico i tempi di risposta”*.

Al riguardo, un ulteriore vincolo, che incide sulle modalità di pubblicazione delle caselle di PEC, è previsto dalla *“Linee guida per i siti web della P.A.- Anno 2010”* dettate dal Ministero per la pubblica amministrazione e l'innovazione in attuazione della direttiva n. 8/2009 del Dipartimento della funzione pubblica (14) ed applicabili anche alle Regioni.

Tali Linee guida impongono che l'elenco delle caselle di PEC debba essere:

(13) Su cui v. GRANDIS F., *Luci ed ombre nella misurazione, valutazione e trasparenza della performance*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 1, 23 e ss.

(14) Si tratta della direttiva per la riduzione dei siti *web* delle pubbliche amministrazioni e per il miglioramento della qualità dei servizi e delle informazioni *on line* al cittadino.

- a) “*costantemente disponibile all'interno della testata*”;
- b) “*collocato in posizione privilegiata in modo da essere visibile nella home page del sito*”.

L'immediata applicabilità per le Regioni delle disposizioni sopra illustrate e la conseguente cogenza dell'obbligo per le amministrazioni di pubblicare sulla propria *home page* l'elenco completo delle caselle di PEC e di rendere effettiva la possibilità per l'utente di comunicare tramite PEC è, infine, confermata anche da alcune disposizioni del decreto legislativo correttivo al c.d. Codice dell'amministrazione digitale (decreto legislativo n. 235/2010) ed, in particolare, dall'abrogazione nel corpo dell'art. 3 del Codice della disposizione che, con riferimento alle amministrazioni regionali e locali, subordinava l'attuazione del principio relativo al diritto dell'utente di “*richiedere ed ottenere l'uso delle tecnologie telematiche*” alla sussistenza delle risorse tecnologiche ed organizzative disponibili e al rispetto della loro autonomia normativa e dall'assenza di una specifica disposizione transitoria che dilazioni l'entrata a regime delle disposizioni in materia di comunicazione tra cittadini e pubblica amministrazione tramite PEC, come invece previsto all'art. 57, rubricato “*Disposizioni transitorie e finali*”, per altre disposizioni del Codice.

Ad avviso del TAR, il quadro normativo sopra tratteggiato delinea in modo chiaro il comportamento esigibile dalla Regione: l'obbligo di soddisfare la richiesta di ogni interessato a comunicare in via informatica tramite PEC e quindi, a monte, l'obbligo di adottare gli atti di carattere tecnico ed organizzativo finalizzati alla pubblicazione sulla pagina iniziale del sito degli indirizzi di PEC e a consentire l'effettiva, concreta ed immediata possibilità di interagire con l'ente attraverso tale modalità di comunicazione elettronica.

La mancata individuazione di almeno un indirizzo istituzionale di PEC sul sito *web*, nonché la mancata attuazione del diritto degli utenti di comunicare elettronicamente tramite l'utilizzo della stessa determina, per il giudice amministrativo, un disservizio (15), in quanto costringe gli interessati a recarsi personalmente presso gli uffici e ad utilizzare lo strumento cartaceo per ricevere ed inoltrare comunicazioni e/o documenti, con riflessi negativi anche sulle modalità di esercizio del diritto del privato di partecipare al procedimento amministrativo attraverso strumenti di comunicazione telematici e sul regime delle notificazioni.

In conclusione, il TAR, in accoglimento delle censure con cui è dedotta la violazione degli articoli 3, 6 e 54 del c.d. Codice dell'amministrazione digitale, accertata la mancata pubblicazione sulla *home page* del sito della Regione dell'indirizzo istituzionale (o degli indirizzi) di PEC a cui il cittadino possa rivolgersi a norma di quanto previsto dall'art. 54, comma 2 *ter* del Codice, ordina alla Regione di porre in essere gli adempimenti necessari alla pub-

(15) MONEA A., *cit.*, parla al riguardo di “*disservizio reale*”.

blicazione del predetto indirizzo e a rendere effettivo il diritto degli utenti di comunicare tramite PEC, all'uopo utilizzando le risorse strumentali, finanziarie ed umane già assegnate in via ordinaria e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica (16).

Si tratta di una pronuncia che avrà importanti effetti, sotto il profilo pratico, per le Pubbliche Amministrazioni, in quanto queste ultime sono ormai avvertite delle conseguenze derivanti dal mancato adempimento alle disposizioni del c.d. Codice dell'amministrazione digitale nei rapporti con i cittadini-utenti.

(16) AJELLO T., *cit.*, osserva che “la disposizione che evita che la decisione del giudizio comporti nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica appare tale da condizionare l'effettiva eliminazione della situazione antigiuridica eventualmente accertata, facendo così dipendere l'adempimento delle funzioni pubbliche, che peraltro dovrebbe costituire un obbligo nei confronti dei cittadini-utenti, dalla condizione economica ed organizzativa dell'amministrazione-debitrice”.

CONTRIBUTI DI DOTTRINA

Il sindacato del Giudice amministrativo sui provvedimenti della Autorità per l'energia elettrica ed il gas

Francesco Sclafani*

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Il giudice amministrativo e la giurisdizione esclusiva - 3. L'intensità del sindacato giurisdizionale - 4. La nuova giurisdizione di merito sulle sanzioni - 5. Le principali questioni affrontate - 6. Il nuovo sindacato sulla regolazione comunitaria.

1. Premessa

Il sindacato giurisdizionale ha senz'altro un ruolo da protagonista nella costruzione del quadro regolatorio per almeno tre ragioni: 1) è l'unica forma di controllo sulla regolazione amministrativa indipendente e quindi, assieme al procedimento di consultazione, fa da contrappeso alla carenza di legittimazione democratica del regolatore e consente di rispondere alla famosa domanda “*chi controlla i controllori?*”; 2) la regolazione dei mercati energetici coinvolge interessi di grande rilevanza sociale ed economica che difficilmente si acquietano di fronte alle scelte del regolatore, per cui il contenzioso non è avvertito come una patologia eventuale ma come una sorta di fase post-procedimentale, come se la produzione degli atti di regolazione si articolasse in due momenti: prima il procedimento di consultazione (come momento di confronto con le imprese) e poi il processo (come momento di confronto con il giudice); 3) si tratta di provvedimenti con un alto tasso di discrezionalità e di complessità tecnica, come tali vulnerabili perchè particolarmente esposti al sindacato sull'eccesso di potere.

(*) Avvocato dello Stato, Segretario generale dell'Avvocatura dello Stato.

Il presente scritto - di prossima pubblicazione da parte dell'Università Cattolica di Milano - è la trascrizione dell'Autore di un suo intervento svolto, nel corso “Il punto sul diritto dell'Energia”, organizzato dalla Società italiana degli Avvocati amministrativisti in collaborazione con il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, tenutosi a Milano il 25 ottobre/30 novembre 2011.

Inoltre, è interessante notare che il controllo di un giudice terzo ed imparziale sulla regolazione è stato rivendicato non solo dalle imprese ma anche dal regolatore il quale ha sostenuto che l'unico tipo di controllo compatibile con la sua indipendenza è quello giurisdizionale. Ciò ha consentito al Tar Lombardia di riconoscere all'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG) il diritto di ottenere la trasposizione in sede giurisdizionale del ricorso straordinario al Capo dello Stato e di fare importanti affermazioni sulla sua indipendenza: *"In termini generali, si definiscono Autorità Indipendenti i corpi amministrativi dotati di particolari competenze tecniche preposti alla cura di interessi ordinamentali "sensibili" che abbisognano dell'apporto qualificato di organismi muniti di una particolare posizione di terzietà. Con specifico riferimento ai processi di liberalizzazione di vasti settori economici prima riservati alla "mano pubblica" e alla regolazione pubblica del nascente "mercato" in cui (sia pure in una diversa veste privatistica) continuano ad operare le imprese pubbliche ex monopoliste, l'ordinamento ha inteso scongiurare il rischio (ampiamente invernato nel passato del nostro Paese) di una gestione "politica" della vita economica, gestione quest'ultima per sua intima natura "egoistica" giacchè condizionata (secondo quanto, appunto, suggerito dall'esperienza) dall'interesse particolare delle formazioni politiche di volta in volta detentrici della maggioranza parlamentare relativa. L'Aeeg rientra, senza dubbio a pieno titolo, nel paradigma appena tracciato. Nella sua attività di regolazione e controllo del settore di competenza, la stessa opera, per espressa volontà di legge, in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione (art. 2, comma 5, l. 481 del 1995). L'ordinamento segna un "distacco" non solo organico ma, soprattutto, marcatamente funzionale dell'organo di regolazione rispetto al Governo, al cui indirizzo politico non soggiace (1).*

Possiamo dire quindi che il Giudice è al tempo stesso garanzia delle imprese contro gli abusi del regolatore e garanzia del regolatore contro le ingerenze della politica.

2. Il giudice amministrativo e la giurisdizione esclusiva

La scelta della giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo è comune a tutti i settori del diritto pubblico dell'economia ma è una giurisdizione esclusiva che opera solo sulla carta perchè non è determinata per materia ma per provvedimenti. Infatti, non è la materia dell'energia ad essere devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, bensì le controversie sui provvedimenti del regolatore e siccome i provvedimenti del regolatore sono atti autoritativi a carattere discrezionale di fronte ai quali, in linea di massima, non sono configurabili posizioni di diritto soggettivo la giurisdizione esclusiva finisce per essere in realtà una sorta di competenza per materia sugli

(1) TAR Lombardia, Sez. III, sentenza 10 aprile 2009 n. 3239.

interessi legittimi della regolazione energetica.

Tant'è che finora il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG) si è svolto attraverso un ordinario giudizio di legittimità di carattere demolitorio dell'atto impugnato, con tutte le conseguenze che questo comporta riguardo ai poteri del giudice ed alle norme processuali applicabili stante il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale anche nella giurisdizione esclusiva assume rilevanza la distinzione tra diritti soggettivi ed interessi legittimi ai fini delle norme processuali applicabili e del tipo di decisione adottabile.

Lo dimostrano le numerose pronunce tipiche del giudizio di legittimità in cui si afferma che non è ammessa l'azione di accertamento sul potere, è inammissibile l'impugnazione della delibera di avvio del procedimento in quanto atto endoprocedimentale non immediatamente lesivo e non sono ammesse sentenze di tipo additivo sul contenuto della regolazione (2). Tuttavia non sono mancate isolate pronunce di condanna o di accertamento riconducibili al sindacato sui diritti soggettivi (3).

Trattandosi di una giurisdizione esclusiva non per materia ma per provvedimenti si è posto il problema del se essa riguardi solo gli atti provvedimenti o anche gli atti paritetici, come ad esempio gli atti con cui l'AEEG chiede la restituzione di contributi indebitamente erogati. Al riguardo il Tar Lombardia ha affermato che il Giudice Amministrativo può conoscere anche degli atti paritetici trattandosi di giurisdizione esclusiva (4).

Questa tesi appare condivisibile se non altro perché soddisfa un'esigenza di economia processuale evitando di doversi rivolgere a due giudici diversi su questioni fortemente connesse. Sarà interessante vedere se questo orientamento si consoliderà anche nel vigore del nuovo codice del processo ammini-

(2) Tar Lombardia, sez. III, 28 gennaio 2004, n. 360; sez. IV, 17 maggio 2004, n. 1699 e sez. II, 22 gennaio 2004, n. 70; sez. IV, 19 maggio 2006, n. 122; sez. IV, 17 maggio 2004, n. 1699.

(3) Il riconoscimento del diritto di Enel all'indennizzo per la reintegrazione degli oneri nucleari (Tar Lombardia 612/1999); il riconoscimento del diritto delle imprese elettriche minori alla integrazione tariffaria e la condanna della Cassa conguaglio per il settore elettrico al pagamento delle relative somme, ma qui non era impugnato un provvedimento dell'AEEG (Tar Lombardia 493/2002); l'azione di accertamento negativo dell'obbligo dei produttori di energia da fonti rinnovabili di versare al GRTN il corrispettivo per l'accesso e l'uso della rete di trasmissione (Tar Lombardia 362/2004); l'accertamento del diritto all'applicazione retroattiva di un meccanismo di compensazione tariffaria previsto da una delibera dell'AEEG (Tar Lombardia 6094/2004); l'accertamento della legittimità dell'oblazione (Tar Lombardia 5473/2007).

(4) TAR Lombardia, Sez. IV, 18 dicembre 2007, n. 6686: *“Una volta completata l'attività ispettiva volta al nuovo calcolo dell'indice IEN ed in caso di accertamento della correttezza e della legittimità dell'attività medesima, il rapporto fra l'Amministrazione controllante ed il produttore di energia/beneficiario dei contributi pubblici assume carattere di un rapporto paritetico, nel quale l'Amministrazione, senza alcun esercizio di discrezionalità amministrativa, esercita il proprio diritto/dovere di recupero delle somme indebitamente erogate. È consentito al Tribunale Amministrativo Regionale conoscere di tale rapporto in quanto rientrante nella propria giurisdizione esclusiva di cui all'art. 2, comma 25, della legge n. 481/1995”*.

strativo che nell'art. 133, dove elenca le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva, mentre in alcuni casi parla di "atti e provvedimenti" per le autorità amministrative indipendenti usa l'espressione "tutti i provvedimenti" il che potrebbe portare ad escludere gli atti non provvedimentali.

3. *L'intensità del sindacato giurisdizionale*

L'intensità del sindacato giurisdizionale è un tema che ha largamente dominato il dibattito sul contenzioso antitrust mentre il contenzioso sulla regolazione energetica, che si muove in un contesto normativo decisamente più complesso e meno chiaro, si è concentrato soprattutto sul principio di legalità e sulla carenza di potere.

Tuttavia non possiamo negare che anche nel contenzioso energetico l'intensità del sindacato del giudice sia avvertita come un nervo scoperto da entrambe le parti in giudizio: da un lato le imprese reclamano un controllo sempre più penetrante sulla discrezionalità come condizione essenziale per garantire una tutela pienamente soddisfattiva del diritto d'impresa, dall'altro, il regolatore tende a proteggere la propria area di riserva da quelle sentenze che, pur essendo emesse in nome della legittimità, finiscono per condizionare nel merito scelte tecniche molto complesse, con il rischio in qualche caso di imporre al regolatore soluzioni tecnicamente inopportune e quindi inefficienti.

Il dibattito sull'intensità del controllo giurisdizionale ha coinvolto anche il tema dell'indipendenza del regolatore. È pacifico che indipendenza significa distanza e autonomia dal Governo e quindi dalla politica ma non significa ovviamente distanza dal Giudice e quindi irresponsabilità, tuttavia in dottrina non è mancata l'osservazione che nel modello della regolazione indipendente assumerebbe rilievo anche il rapporto col giudice nel senso che le autorità indipendenti avrebbero titolo per reclamare uno statuto speciale che in qualche modo le metterebbe al riparo da una giurisdizione troppo invasiva.

Questa tesi non può essere condivisa per tre ragioni: 1) innanzitutto perché il sindacato giurisdizionale è l'unico controllo sulla regolazione indipendente e quindi non v'è ragione di limitarlo, anzi; 2) in secondo luogo perché il Giudice Amministrativo giudica un prodotto dell'azione amministrativa (il provvedimento di regolazione) e ci sono provvedimenti fatti bene e provvedimenti fatti male, l'importante è che siano giudicati secondo parametri di legittimità e non di merito; e tanto basta per salvaguardare l'indipendenza di qualunque soggetto pubblico nei confronti del Giudice; 3) infine perché il sindacato giurisdizionale - quando riesce a dare certezza giuridica in tempi brevi - rende più solide le scelte regolatorie e più stabile la regolazione, quindi in ultima analisi contribuisce a rafforzare il ruolo del regolatore.

È nota la giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia antitrust in cui si distingueva tra sindacato debole (cioè di legittimità) e sindacato forte (cioè di merito, in quanto il giudice può modificare l'entità della sanzione) (5).

Tale terminologia non può essere condivisa.

Innanzitutto, il sindacato di legittimità non è affatto debole in quanto il Giudice Amministrativo sa usare l'eccesso di potere come un grimaldello che apre tutte le porte e l'esperienza ci ha dimostrato che la pienezza del sindacato sull'eccesso di potere, con tutte le sue figure sintomatiche affinate attraverso una prassi giurisprudenziale ultrasecolare, appare ancora oggi lo strumento indispensabile - e al tempo stesso sufficiente - per assicurare il rispetto non formalistico del principio di legalità ed individuare "il punto di giustizia" nel conflitto tra la libertà di impresa e gli interessi pubblici affidati al regolatore. In secondo luogo, il sindacato di legittimità non è altro che l'unica forma di sindacato sull'attività amministrativa compatibile con il principio di separazione di poteri.

È quindi un bene che nella più recente giurisprudenza in materia antitrust questa terminologia sia stata abbandonata e sia stata posta l'attenzione sulla ricerca di un sindacato "forte, pieno ed effettivo" (6).

Nel contenzioso sulla regolazione energetica il Giudice Amministrativo non è intervenuto con altrettanta frequenza a delineare l'ambito e l'intensità del proprio sindacato ma nei primi anni ha emesso sentenze che risentivano della suddetta distinzione affermando che: "[...] il controllo sulla ragionevolezza degli atti dell'Autorità, ha carattere debole, sicché essi possono venire annullati non già in ragione di qualsivoglia incongruenza ..., ma nei soli casi in cui si raggiunge la soglia della manifesta illogicità" (7). Sta di fatto però che tale enunciazione di principio - che sarebbe indicativa di un forte *self-restraint* - non si è tradotta in pratica perché in linea di massima il Giudice Amministrativo non si è arrestato sulla soglia della manifesta illogicità ed ha esercitato un controllo ben più incisivo.

Il tema centrale è ovviamente il sindacato sulla discrezionalità.

Tralasciando il dibattito sulla natura amministrativa o tecnica della discrezionalità del regolatore, è evidente che nel contenzioso energetico di tecnicismo ce n'è molto e che la discrezionalità del regolatore è ancora più ampia di quella che esercitano le autorità di garanzia perché mentre quest'ultime operano a regola data e quindi godono della discrezionalità di chi è chiamato ad applicare concetti giuridici indeterminati (come mercato rilevante, dominanza, significativa restrizione della concorrenza) la regolazione serve a costruire la regola che non c'è e quindi gode di una discrezionalità più ampia perché trova i suoi limiti nei principi di ragionevolezza e di proporzionalità. Ed è altrettanto evidente che tanto più è ampia la discrezionalità tanto più è necessario il controllo del giudice e tanto più è difficile questo controllo perché deve essere

(5) Cons. Stato, Sez. VI, 1 ottobre 2002, n. 5156.

(6) Cons. Stato, Sez. VI, 3 giugno 2003, n. 926.

(7) TAR Lombardia n. 1900/06.

non solo legalmente corretto ma anche economicamente e tecnicamente pertinente, il tutto in un quadro normativo molto complesso e farraginoso.

Di fronte alla regolazione energetica il Giudice si trova quindi in una posizione davvero poco invidiabile: sopra di lui ci sono norme spesso molto generiche, se non oscure, e suscettibili delle più varie interpretazioni, che quindi offrono parametri di giudizio indeterminati anche sul tipo di potere attribuito al regolatore; sotto di lui ci sono fattispecie economicamente e tecnicamente assai complesse in cui non è affatto facile districarsi soprattutto per un giurista. Tutto ciò rende molto difficile trovare il punto di equilibrio in cui si sostanzia la giurisdizione di legittimità perché aumenta, da un lato, il rischio di un sindacato che di fronte a tali complessità si fa troppo timido e finisce per fidarsi troppo del regolatore, dall'altro, il rischio di un sindacato che, nel tentativo di dominare tali complessità, finisce per sconfinare nel merito e quindi per sostituirsi al regolatore e commettere anche qualche errore sul piano tecnico-economico.

Il nostro giudice non può essere accusato di timidezza o eccessiva deferenza in quanto:

1) ha applicato l'orientamento secondo il quale il controllo sulla discrezionalità è sostanziale ed intrinseco e non formale ed estrinseco perché è possibile esaminare direttamente le valutazioni tecniche ed economiche con l'unico limite di non potersi sostituire al regolatore nella scelta tra più soluzioni legittime;

2) attraverso l'obbligo della consultazione ha introdotto un onere più stringente di motivazione in quanto le scelte regolatorie devono essere motivate alla luce di quanto emerso in consultazione e questo si traduce in un più incisivo sindacato sulla ragionevolezza;

3) ha affermato che in un mercato liberalizzato il sindacato sulla discrezionalità del regolatore passa attraverso una più attenta analisi dell'incapacità del mercato di ottenere da solo i benefici della concorrenza (8); il che vuol dire che nei mercati liberalizzati la regolazione economica si muove in un ambito più limitato di discrezionalità dove i confini sono più stretti: tanto maggiore è il grado di effettiva concorrenzialità del mercato tanto minore è la discrezionalità del regolatore che deve operare con maggiore prudenza facendosi carico anche della c.d. "opzione zero", cioè la scelta di non intervenire quando la regolazione rischia di produrre più danni che benefici.

4. La nuova giurisdizione di merito sulle sanzioni

Oggi l'art. 134 del codice sul processo amministrativo ha introdotto la giurisdizione di merito sulle sanzioni amministrative e lo ha fatto specificando,

(8) Cons. Stato 3503/2006.

in modo alquanto singolare, “*comprese quelle applicate dalle autorità amministrative indipendenti*”. Tale precisazione, che a prima vista appare pleonastica, si giustifica solo perché un sindacato di merito essendo sostitutivo potrebbe essere ritenuto incompatibile con l’esercizio di un potere amministrativo indipendente posto che il legislatore ha affidato all’Autorità e non al Giudice la *policy* sanzionatoria.

In realtà questa giurisdizione di merito esisteva già, anche se non nel settore energetico, perché era stata creata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia antitrust, pur in assenza di una disposizione di legge (9) e questo è un caso più unico che raro di una giurisdizione di merito di creazione giurisprudenziale. La novità è che oggi è prevista per legge ed è stata estesa ai provvedimenti di tutte le autorità indipendenti.

Questa giurisdizione di merito suscita forti perplessità e non solo perché - essa sì - è incompatibile con l’indipendenza del regolatore che si vedrebbe sostituito dal giudice nelle sue determinazioni sulla funzione deterrente delle sanzioni, ma soprattutto perché non si vede lo spazio in cui possa essere esercitata. Tant’è che fino ad oggi è stata solo affermata ma mai effettivamente esercitata nei giudizi antitrust perché le sentenze che hanno sostituito l’importo della sanzione lo hanno sempre fatto solo per motivi di legittimità.

In primo luogo va detto che tale giurisdizione di merito non riguarda l’accertamento della responsabilità (l’interpretazione della regolazione, l’accertamento dei fatti, la valutazione delle argomentazioni difensive, ecc.) ma solo la quantificazione della sanzione perché la norma non si riferisce ai provvedimenti sanzionatori ma alle “*sanzioni pecuniarie*” e perché questo è l’ambito in cui è stata circoscritta dall’orientamento giurisprudenziale che è stato recepito nel codice del processo amministrativo.

In secondo luogo, intanto è esercitabile una giurisdizione di merito - che com’è noto ha come parametro non già la legittimità ma l’opportunità del provvedimento - in quanto a monte l’Autorità nell’emanare l’atto abbia compiuto valutazioni di opportunità. Ma in una materia - come quella delle sanzioni - largamente dominata dal principio di legalità appare difficile trovare spazio per valutazioni di opportunità. E sarebbe davvero paradossale che proprio il principio di legalità, tante volte invocato dalle imprese per contestare il potere del regolatore, venisse messo da parte nelle controversie sui provvedimenti sanzionatori.

(9) Tale giurisdizione di merito era stata negata da Cass. SS.UU. 29 aprile 2005, n. 8882 in cui si legge che il richiamo dell’art. 23 l. 689/81 non consente di configurare una giurisdizione di merito sulle sanzioni perché tale norma “*non demanda al giudice ordinario valutazioni di opportunità o di convenienza (fino al punto di sostituire proprie scelte discrezionali a quelle operate dalla p.a. in base a regole non giuridiche ispirate per l’appunto a criteri di equità, opportunità o convenienza) ma gli conferisce il potere di verificare i fatti e ... un potere di annullamento ... Nonché un potere di modifica del provvedimento anche quanto all’entità della sanzione*”.

I criteri di quantificazione delle sanzioni non derivano da valutazioni di opportunità del regolatore perché sono fissati dalla legge ed il fatto che tali criteri non siano puntuali consente al regolatore di compiere valutazioni discrezionali, ma si tratta pur sempre di valutazioni che nel caso concreto debbono essere aderenti al criterio di legge applicato, e quindi sindacabili secondo gli ordinari parametri del sindacato di legittimità, com'è avvenuto sino ad oggi.

Pertanto, questa nuova giurisdizione di merito non può che essere interpretata nel senso che il giudice ha anche il potere di modificare il provvedimento rideterminando la sanzione purchè però ravvisi un vizio di legittimità (e non di merito) nella sua quantificazione. Quindi è una giurisdizione di merito riguardo all'effetto sostitutivo della pronuncia ma resta una giurisdizione di legittimità riguardo al parametro di giudizio applicato.

5. Le principali questioni affrontate

I temi su cui il Giudice Amministrativo ha contribuito alla costruzione del quadro regolatorio sono molti, ne possono essere ricordati tre.

Il primo tema è il procedimento di regolazione dove la giurisprudenza ha avuto un importante ruolo creativo perché ha affermato che, pur in assenza di un obbligo normativo, l'esercizio di poteri regolatori da parte di un'autorità indipendente, posta al di fuori del circuito politico rappresentativo, non può prescindere dalla consultazione che costituisce uno strumento non solo di partecipazione ma anche di legittimazione del regolatore perché essendo sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative consente di recuperare dal basso quella legittimazione democratica che il regolatore indipendente non riceve dall'alto; soprattutto quando v'è il rischio di esercizio di poteri impliciti (10).

Il secondo tema è il rapporto tra regolazione e liberalizzazione: è noto che in questo rapporto è insito il rischio di un paradosso: 1) la liberalizzazione segna il passaggio dal monopolio legale al mercato e quindi serve a far sì che sia la concorrenza e non più la regolazione amministrativa a disciplinare il mercato; 2) tuttavia, questo passaggio non può avvenire senza la c.d. *regolazione della transizione verso il mercato* ed è per questo che con le liberalizzazioni proliferano i regolatori; 3) però l'entrata in scena dei regolatori comporta a sua volta il rischio di un eccesso di regolazione e quindi di una deriva dirigenistica dei regolatori che finisce per allontanare dalla concorrenza.

Pertanto il completamento dei processi di liberalizzazione dei mercati ha indotto il giudice a mettere in discussione la persistenza del potere regolatorio e a chiedersi se non sia venuto il momento della deregolazione con cui i mercati vengono lasciati al libero gioco della concorrenza e quindi consegnati alla

(10) Cons. Stato, sez. VI, 1° ottobre 2002, n. 5105; 8 marzo 2006, n. 1409; n. 7972/06; 2201/2006; 2007/2006.

sola tutela *ex post* delle autorità antitrust.

In realtà la questione non può essere impostata in modo così semplicistico perché il ruolo della regolazione è ben più ampio e duraturo della mera transizione verso il mercato. Comunque dal dibattito giurisprudenziale, che ha determinato un interessante pronuncia pregiudiziale della C. Giustizia UE (11), è emerso che non basta una legge di liberalizzazione per creare un mercato effettivamente concorrenziale, quindi la regolazione non finisce ma anzi comincia il suo lavoro con il completamento del processo di liberalizzazione perché è proprio con l'apertura formale alla concorrenza che si concretizza il rischio sostanziale di un fallimento del mercato consistente nel passaggio da un monopolio pubblico ad una dominanza privata o comunque della creazione di un mercato fortemente concentrato (12).

Il terzo tema è il principio di legalità e la tanto discussa questione dei poteri impliciti. Questo tema ha fortemente caratterizzato il contenzioso energetico a causa della genericità e confusione del quadro normativo e dei dubbi sollevati in dottrina sull'affidamento di poteri normativi ad autorità prive di legittimazione democratica. Qui si sono registrate oscillazioni tra posizioni di estremo rigore in cui si è sottolineato che non v'è alcuno spazio per i poteri impliciti, e posizioni di maggiore apertura in cui i poteri impliciti sono stati legittimati non solo attraverso l'obbligo della consultazione inteso come strumento di legittimazione democratica ma anche attraverso la suggestiva immagine di un potere regolatorio che si autoprogramma secondo le finalità stabilite dal legislatore (13).

Volendo tentare una valutazione dell'efficienza del sindacato giurisdizionale sulla regolazione energetica devono essere considerati tre indici: 1) ef-

(11) Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 aprile 2010, causa C 265-08.

(12) Nella sent. Cons. Stato n. 3503/06 si legge che *“l'Autorità conserva il potere di intervenire nel mercato dell'energia elettrica anche per regolamentare l'esercizio di attività liberalizzate [...]». Essa, infatti, tra i propri scopi annovera la promozione della concorrenza (art. 1, L. n. 481/05) ed è quindi logico che debba vigilare sul corretto funzionamento del mercato elettrico per valutare la presenza di anomalie e distorsioni”*. Nella sentenza si sottolinea che tale potere di regolazione proconcorrenziale trova i suoi *“confini fisiologici”* nel necessario rispetto dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza.

(13) Cons. Stato, Sez. VI 24 giugno 2005 n. 5827 in cui si sottolinea che *“la legge n. 481/95 come molte leggi istitutive d'Amministrazione indipendenti è una legge d'indirizzo che poggia su prognosi incerte, rinvii in bianco all'esercizio futuro del potere, inscritto in clausole generali o concetti indeterminati che spetta all'Autorità concretizzare. La natura della copertura legislativa è adeguata alla peculiarità dei poteri dell'Amministrazione indipendente quale amministrazione che si “autoprogramma” secondo le finalità stabilite dal legislatore”, in quanto “La l. n. 481/95 pur avendo natura programmatica e costruendo funzionalmente le attribuzioni dei poteri dell'Autorità, non abbisogna di successive leggi attuative che specificano i limiti d'azione dell'Amministrazione indipendente. In diversa ipotesi, con inversione logico-ermeneutica, non risulterebbe affatto chiaro quale sia il senso dell'istituzione dell'Autorità, quale lo spazio d'esercizio dei poteri che le sono riconosciuti dalla legge istitutiva, dovendosi attendere che le disposizioni particolari disciplinino, di volta in volta, gli ambiti d'intervento dell'Amministrazione indipendente”*.

fettività della tutela; 2) certezza del diritto; 3) ragionevole durata del processo.

1) L'effettività della tutela giurisdizionale è sempre migliorabile, ma non credo che ci si possa lamentare del livello di tutela garantito dal Giudice Amministrativo il quale non si è mostrato affatto timido nell'analisi delle questioni tecniche ed economiche, il problema se mai è che nel sindacare la legittimità di scelte di alta complessità tecnica il giudice rischia di adottare delle decisioni tecnicamente non appropriate.

2) La certezza del diritto richiede orientamenti giurisprudenziali chiari e stabili ed è sicuramente un bene molto prezioso sia per il regolatore che per le imprese, ma in un settore caratterizzato da un così alto livello di complessità e da un quadro normativo così confuso non è facile assicurarla. Indubbiamente la creazione di un team di magistrati specializzati (all'interno della Terza sezione dal Tar Lombardia e della Sesta sezione del Consiglio di Stato) è uno strumento importante così come lo sono le iniziative di formazione e scambio interprofessionale tra regolatore, imprese, magistrati e avvocati che consentono di condividere i differenti punti di vista dei protagonisti del mondo energetico.

3) La ragionevole durata del processo che in Italia siamo abituati a considerare una chimera è invece una realtà per il contenzioso energetico che beneficia del rito abbreviato; il tempo medio per ottenere una sentenza di merito dinanzi al Tar Lombardia è di appena 9 mesi, ed anche il Consiglio di Stato ha tempi accettabili.

6. Il nuovo sindacato sulla regolazione comunitaria

Fino ad oggi l'Unione Europea si è occupata dei mercati energetici attraverso direttive e regolamenti mentre la regolazione amministrativa è stata lasciata alle autorità nazionali, pertanto il sindacato dei giudici comunitari si è svolto essenzialmente in sede di giudizi di interpretazione pregiudiziale e procedure di infrazione.

Tra i pochi provvedimenti di regolazione amministrativa portati al vaglio dei giudici comunitari vanno ricordate le decisioni della Commissione in materia antitrust che hanno approvato impegni e che pur non essendo formalmente atti di regolazione hanno però una sostanziale valenza regolatoria e le decisioni di esenzione adottate dalla Commissione in caso di disaccordo con le autorità nazionali di regolazione ai sensi dell'art. 7 del reg. 1228 (ora abrogato).

Ora la prospettiva cambia perché con il terzo pacchetto si svilupperà la regolazione amministrativa comunitaria con l'entrata in scena di un regolatore europeo che non è la Commissione ma l'ACER *Agency for the cooperation of Energy regulators* la quale però non opera in base ai poteri attribuiti dalla normativa comunitaria (stanti gli ostacoli derivanti dalla nota dottrina Meroni), ma esercita competenze delegate dai regolatori nazionali. Ciò comporterà uno sviluppo del sindacato giurisdizionale sulla regolazione energetica anche a livello comunitario.

Il regolamento istitutivo dell'Acer prevede una via di ricorso interna costituita dalla Commissione dei ricorsi dinanzi alla quale ogni persona fisica o giuridica può impugnare le decisioni dell'Agenzia. Oltre alle decisioni l'Agenzia può essere chiamata a rendere vari pareri che in linea di massima non sembrano immediatamente impugnabili in quanto non immediatamente lesivi.

La prima questione che si pone riguarda la natura del giudizio dinanzi alla Commissione dei ricorsi che si presenta a tutti gli effetti come un ricorso amministrativo interno, una sorta di ricorso di riesame, perché: 1) la Commissione dei ricorsi è parte integrante dell'Acer (così si legge nei considerando) che la nomina su proposta della Commissione UE; 2) giudica nel merito perché può direttamente esercitare le attribuzioni di competenza dell'Acer o deferire la questione al competente organo dell'Agenzia che è vincolato dalla decisione della Commissione; 3) le sue pronunce sono impugnabili dinanzi al Tribunale di primo grado e alla Corte di Giustizia UE.

La seconda questione è se l'impugnazione dinanzi alla Commissione dei ricorsi sia facoltativa o obbligatoria. Nonostante la formulazione letterale dell'art. 19 reg. Acer (dove si dice che la parte "può" ricorrere alla Commissione) sembra plausibile la tesi dell'obbligatorietà stante la formulazione dell'art. 20 del medesimo reg. Si tratta di un meccanismo analogo a quello che era vigente nel nostro contenzioso amministrativo prima della istituzione dei Tar ed è comune anche ad altre agenzie comunitarie che lo prevedono come obbligatorio.

Ci sono ipotesi nelle quali un atto non vincolante della Agenzia costituisce il presupposto per l'adozione di un atto regolatorio nazionale. Si tratta dei casi in cui su richiesta delle Autorità nazionali di regolazione (Anr) l'Acer formula un parere sulla conformità di una decisione regolatoria al terzo pacchetto oppure un parere su come risolvere le difficoltà incontrate dall'Anr nell'attuazione del pacchetto. Inoltre l'Acer formula raccomandazioni finalizzate ad assistere le Anr nello scambio delle buone prassi di mercato.

Si tratta di atti non vincolanti e quindi non immediatamente lesivi che pertanto non possono essere impugnati né in sede comunitaria né dinanzi al giudice nazionale. Avranno però rilevanza nel giudizio amministrativo nazionale sulla decisione regolatoria che non si sia conformata al parere o alla raccomandazione e qui il giudice nazionale potrebbe considerare il mancato rispetto di tali atti dell'Acer come sintomo di eccesso di potere ma nello stesso tempo non può ritenersi da essi vincolato e quindi potrebbe anche disapplicarli.

Per quanto riguarda le questioni su cui presumibilmente si concentrerà il sindacato giurisdizionale va detto che quella dell'Acer è una regolazione fortemente improntata alla tutela della concorrenza. La decisione sulle esenzioni, ad esempio, è espressamente condizionata all'esigenza che gli investimenti rafforzino la concorrenza nella fornitura di elettricità o gas e che l'esenzione non vada a detrimento della concorrenza.

In sostanza l'Acer è chiamata ad applicare *ex ante* la normativa in materia di concorrenza e quindi è ragionevole presumere che il sindacato giurisdizionale sulle sue decisioni possa convergere con quello relativo alle decisioni adottate dalla Commissione europea in materia antitrust.

Un ulteriore aspetto che merita di essere segnalato è che le Anr verranno per la prima volta ad assumere in giudizio la posizione di parte ricorrente contro le decisioni dell'Acer in quanto il regolamento prevede che anch'esse possono impugnare le decisioni dell'Agenzia. Quindi il sindacato giurisdizionale che finora si è concentrato sulla contrapposizione tra imprese e regolatore (a parte i rari casi di ricorsi proposti dalle associazioni dei consumatori) ora si arricchirà anche della dialettica tra i regolatori e la nuova Agenzia europea.

Il regolamento Acer prevede espressamente la possibilità di proporre un ricorso per carenza contro l'Agenzia quando essa ometta di pronunciarsi nei casi in cui è tenuta a farlo. Qui non è consentito il previo passaggio dinanzi alla Commissione dei ricorsi e benchè il regolamento non lo dica espressamente il ricorso per carenza sembra proponibile anche da un regolatore nazionale per indurre l'Acer ad adottare una decisione di sua competenza.

In conclusione: il diritto dell'energia ha sempre risentito della forte influenza del diritto comunitario, l'istituzione dell'Acer determinerà un aumento di questa influenza ed una maggiore omogeneizzazione di alcune scelte regolatorie nazionali che verranno assunte nell'ambito di una rete istituzionale coordinata dall'Agenzia. Tutto ciò imporrà non solo alle autorità nazionali ma anche ai giudici di sentirsi parte di un unico sistema che tende ad una uniforme applicazione del diritto dell'energia come condizione imprescindibile per lo sviluppo del mercato unico, per cui l'AEEG e il nostro giudice nazionale non potranno fare a meno di confrontarsi con le decisioni dell'Agenzia europea e con la relativa giurisprudenza comunitaria.

La culpa in educando ed in vigilando dei genitori

*Flavio Ferdani**

Il comma 1 dell'articolo 2048 del codice civile prevede *in primis* la responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte. Il padre e la madre, o il tutore, sono responsabili del danno cagionato dal fatto illecito dei figli minori non emancipati o delle persone soggette alla tutela, che abitano con essi. La stessa disposizione si applica all'affiliante.

Le persone indicate dai commi precedenti sono liberate dalla responsabilità soltanto se provano di non avere potuto impedire il fatto.

E' una norma che si fonda sull'esistenza di un vincolo, ovverossia di una parentela in linea retta, in quanto le persone discendono l'una dall'altra e ciò determina una cosiddetta propagazione della responsabilità, in quanto, presumendo una duplice *culpa, in vigilando o in educando*, chiama a rispondere genitori, tutori, per il fatto illecito cagionato dal minore a terzi; ovverossia la responsabilità civile nasce come responsabilità del minore verso i terzi e si estende ai genitori e ai tutori.

Si tratta di una norma come già detto di propagazione della responsabilità, in quanto, presumendo una *culpa in vigilando o in educando*, chiama a rispondere genitori e tutori per il fatto illecito cagionato dal minore a terzi; ovverossia la responsabilità civile nasce come responsabilità del minore verso i terzi e si estende ai genitori, tutori, precettori, maestri d'arte.

Balza agli occhi che nella norma non si parla di convivenza o di secondo coniuge, anche se ciò appare un po' anacronistico, tenuto conto che *de facto* il nuovo coniuge spesso assume il ruolo di genitore, soprattutto nell'ipotesi che all'interno del nucleo familiare si trovi prole ancora in tenera età.

Si parla poi di figli in senso generico e quindi possiamo ritenere che la responsabilità dei genitori ricorre non solo per i fatti illeciti commessi da minori legittimi, ma anche per quelli compiuti da parte dei figli naturali ed adottivi.

L'altro requisito che traspare è quello della coabitazione, il che lascerebbe supporre che non sussistendo tale requisito verrebbe meno la responsabilità genitoriale; infatti non potendo questi ultimi assolvere adeguatamente alla loro delicata opera educativa andrebbero esenti da responsabilità.

In realtà per la Suprema Corte il dettato di cui all'articolo 2048 codice civile prevede la responsabilità dei genitori per i danni cagionati dai figli minori che abitano con essi, sia per quanto concerne gli illeciti comportamenti che siano frutto di omessa o carente sorveglianza, sia per quanto riguarda gli illeciti riconducibili a oggettive carenze nell'attività educativa che si manifestino nel mancato rispetto delle regole della civile coesistenza vigenti nei diversi ambiti

(*) Vice Prefetto, Capo di Gabinetto della Prefettura di Pisa.

del contesto sociale in cui il soggetto si trovi a vivere (1); sulla non indispensabilità dell'esistenza della coabitazione la Suprema Corte ha ritenuto che i criteri in base ai quali va imputata ai genitori la responsabilità per i fatti illeciti compiuti dai figli minori sia nel potere dovere di esercitare la vigilanza sul comportamento dei figli stessi, in relazione al quale potere dovere assume rilievo determinante il perdurare della coabitazione.

La Corte non esclude la responsabilità dei genitori ma al contrario ritiene che la loro responsabilità non può ritenersi esclusa per il solo fatto del temporaneo allontanamento del minore dalla casa familiare, qualora l'illecito da lui commesso consista nel mancato rispetto delle regole di comportamento vigenti nel contesto sociale, in termini tali da manifestare oggettive carenze dell'attività educativa.

Forse il requisito della coabitazione può non ritenersi rilevante allorché il minore abbia di *sua sponte* e non per responsabilità del genitore abbandonato stabilmente la casa familiare, di fatto sottraendosi ad ogni possibilità di vigilanza da parte del genitore stesso (2).

E' evidente che l'abbandono non deve essere stato determinato da responsabilità genitoriali, atteso che il minore ha il diritto alla propria famiglia che viene meno ogniqualvolta l'istituzione famiglia dimostri di non essere in grado di garantire ai figli quel livello di cura minimo al di sotto del quale la sua crescita sarebbe inevitabilmente compromessa.

Circa la prova liberatoria va detto che i genitori sono liberati dalla responsabilità soltanto se provano di non avere potuto impedire il fatto, espressione forse non felice in quanto sembrerebbe connotarsi di valori puramente negativi, mentre è stato autorevolmente sostenuto, che essa debba essere riempita con indicazioni positive – di aver adeguatamente vigilato – richiamanti la *culpa in vigilando* e la *culpa in educando*, e quindi, solo la dimostrazione di aver ben vigilato sul minore e di avergli impartito un'educazione normalmente sufficiente ad impostare una corretta vita di relazione in rapporto al suo ambiente, alle sue abitudini, alla sua personalità, permette al genitore di andare esente da responsabilità per i danni cagionati dai fatti illeciti dei figli minori (3).

Il dettato di cui all'articolo 2048 prevede quindi per i genitori due obblighi sia quello della vigilanza che quello di impartire gli opportuni principi educativi e quindi due conseguenti tipologie di responsabilità quella *in vigilando*, cioè non aver vigilato sul minore e quella *in educando* non aver impartito al minore una adeguata educazione.

Sulla prima va detto che i genitori sono esenti da responsabilità allorché abbiano affidato i propri figli a terzi ed il primo riferimento che viene in mente

(1) Corte di Cassazione Sez. III 14 marzo 2008 n. 7050.

(2) Cassazione Sentenza 11 luglio 1978 n. 3491.

(3) Tribunale di Milano sentenza 16 dicembre 2009.

è legato evidentemente alla scuola; su tale punto è opportuno un breve approfondimento, tenuto conto che sono gli enti scolastici e il personale docente i soggetti chiamati anch'essi a vigilare sulla sicurezza e sull'incolumità degli alunni.

L'obbligo dell'insegnamento da parte dei docenti si accompagna a quello di impartire gli opportuni principi educativi, atteso che la scuola costituisce ancora oggi la necessaria fonte di integrazione dell'educazione impartita in famiglia.

E' proprio partendo da questa integrazione fra mondo della scuola e della famiglia, che si fondano gli oneri di vigilanza e di educazione affidati ai due soggetti, ovverossia insegnanti e genitori e la loro responsabilità ricollegabile ai primi come *culpa in vigilando* e ai secondi come *culpa in educando*; per cui la responsabilità per gli insegnanti deriva per i danni cagionati dagli alunni se non riescono a dimostrare di aver vigilato sulla sicurezza e sull'incolumità dell'allievo, nel tempo in cui questo fruisce della prestazione scolastica mentre la responsabilità per i genitori deriva dal non aver impartito una educazione adeguata.

E' evidente che nel tempo in cui gli alunni fruiscono della prestazione scolastica insorge la responsabilità dei docenti e della scuola allorchè nell'espletamento dei propri compiti d'ufficio, per una serie di motivazioni, ovviamente non previste, quali appunto negligenza, dolo ed altro, i figli cagionano danni a terzi e quindi impegnano la Pubblica Amministrazione sotto il profilo della responsabilità.

Dal momento dell'iscrizione, insorge, per l'istituto, un preciso obbligo di vigilare sulla sicurezza dell'alunno fino al momento in cui viene ad usufruire di una prestazione scolastica, come sostenuto dalla Suprema Corte che ha affermato che l'accoglimento della domanda di iscrizione con la conseguente ammissione dell'allievo a scuola, determina l'instaurazione di un vincolo negoziale, dal quale sorge a carico dell'istituto il complessivo obbligo dell'istruzione e anche quello di protezione e vigilanza sulla sicurezza e sull'incolumità dell'allievo nel tempo in cui questo fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni anche al fine di evitare che l'allievo procuri anche danno a se stesso.

Quindi con l'iscrizione si configura tra Amministrazione scolastica e studente un rapporto giuridico definito dalla Cassazione di "contatto sociale", nell'ambito del quale il precettore assume, nel quadro complessivo dell'obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e di vigilanza, ovviamente in via continuativa e non saltuaria.

L'articolo fissa in modo chiaro un obbligo preciso da parte del docente di sorvegliare gli allievi, seppur solo per tutto il periodo in cui sono a lui affidati, non esplicitando il quale insorge una chiara responsabilità *per culpa in vigilando*, in virtù del ruolo didattico che il docente esplica sui minori che neces-

sitano di una sorveglianza costante, proprio perché non hanno ancora la piena consapevolezza sulla esatta percezione di possibili situazioni di pericolo.

Quindi una responsabilità quella *in educando* che è concorrente con quella *in vigilando* e ne è riprova, come già detto, il fatto che l'affidamento alla scuola assolve il genitore dalla *culpa in vigilando* che trasla sull'insegnante non *sine die* ma in un arco temporale limitato al periodo di legittima permanenza all'interno della scuola o presso la scuola stessa; più precisamente dal momento dell'ingresso degli allievi nei locali della scuola a quello della loro uscita, senza escludere il periodo destinato alla ricreazione, ma non lo assolve dalla *culpa in educando* che permane sullo stesso.

Infatti la Suprema Corte, ha sancito come la responsabilità del genitore e quella del precettore per il fatto illecito commesso da un minore capace di intendere e di volere mentre è affidato a persona idonea a vigilarlo e controllarlo non sono tra loro alternative, giacché l'affidamento del minore alla custodia di terzi solleva il genitore dalla presunzione di colpa *in vigilando* ma non anche da quella di colpa *in educando*.

Quindi la responsabilità diretta dei genitori può concorrere con quella dei precettori, essendo esse rispettivamente fondate sulla colpa *in educando* e su quella *in vigilando*.

Fatto questo breve inciso va ribadito che esiste quindi una responsabilità come *culpa in educando*, che ricade sui genitori per danni cagionati dai figli, se non riescono a dimostrare di aver impartito una educazione adeguata, se non riescono a provare in modo rigoroso l'efficacia del loro impegno educativo (4) come è accaduto per le lesioni gravissime riportate da una alunna che era caduta da un balcone durante l'orario notturno dopo aver assunto stupefacenti; in tal caso la domanda di risarcimento avanzata dai genitori nei confronti della scuola è stata respinta sia perché l'infortunio è intervenuto durante l'orario notturno e quindi durante il periodo di riposo del personale sia perché i genitori sono stati ritenuti responsabili di *culpa in educando*, per non aver fornito alla propria figlia l'opportuna educazione sui rischi e sulle conseguenze derivanti dall'uso di droghe (5).

Quindi la responsabilità dei genitori sussiste ove, per la natura del fatto dannoso, emergano gravi carenze nel percorso educativo sia anche e soprattutto nell'obbligo di svolgere adeguata attività formativa, impartendo ai figli l'educazione al rispetto delle regole della civile coesistenza, nei rapporti con il prossimo e nello svolgimento delle attività extrafamiliari (6).

Tale responsabilità va ravvisata non in un difetto di vigilanza, data l'età del figlio, ma nell'inadempimento dei doveri di educazione e di formazione

(4) Corte di Cassazione sentenza 12 marzo 2009 n. 9556.

(5) Corte d'appello di Trieste sentenza n. 375/2009 su dirittodiconaca.it.

(6) Corte di Cassazione Civ. sez. III 11 agosto 1997 n. 7459.

della personalità del minore, in termini tali da consentirne l'equilibrato sviluppo psico-emotivo, l'acquisizione della capacità di dominare gli istinti, il rispetto degli altri e tutto ciò in cui si estrinseca la maturità personale.

Il grado di educazione può essere desunto dal comportamento del minore, quando esso manifesti un fallimento educativo quanto alla capacità di frenare i propri istinti o di incanalarli in modalità espressive meno gravi e violente.

L'educazione è fatta infatti non solo di parole ma anche e soprattutto di comportamenti e di presenza accanto ai figli, a fronte di circostanze che essi possono non essere in grado di capire o di affrontare equilibratamente.

Ne deriva che la prova liberatoria richiesta ai genitori e prevista dall'articolo 2048 codice civile è quella di essere in grado di dimostrare che era stata impartita al figlio un'educazione normalmente sufficiente ad impostare una corretta vita di relazione in rapporto al suo ambiente, alle sue abitudini, alla sua personalità (7).

Occorre ribadire che i genitori sono comunque tenuti a dimostrare, per liberarsi da responsabilità per il fatto compiuto dal minore in un momento in cui lo stesso si trovava soggetto alla vigilanza di terzi, di avere impartito al minore stesso un'educazione adeguata e consona alle condizioni familiari finalizzata a prevenirne comportamenti illeciti.

Ma non solo, in quanto il genitore deve compiere anche una adeguata vigilanza in ordine al grado di assimilazione, da parte del minore stesso, dell'educazione ricevuta e della conformità della abituale condotta dello stesso ai precetti dell'educazione impartitagli (8).

Nell'opera di educazione, in altri termini, è insita un'attività di vigilanza adeguata all'età del figlio e finalizzata a correggere comportamenti non corretti da parte del minore e quindi di verifica anche dei risultati concreti dell'attività educativa.

Provare quindi la mancanza di responsabilità da parte dei genitori è assai difficile atteso che mentre la *culpa in vigilando* "può essere teorizzata in quanto il dovere di vigilanza è facilmente ricollegabile ad un comportamento materiale", la *culpa in educando* appare una costruzione teorica e astratta, per cui è stato autorevolmente e giustamente sostenuto che essa in realtà "a mala pena maschera una responsabilità oggettiva per fatti altrui per cui un soggetto risponde per i danni a prescindere dal fatto che derivino da un suo personale comportamento e quindi a prescindere dalla colpa o dal dolo"(9).

E anche ammesso che i genitori possono dimostrare di aver impartito una educazione idonea a non far commettere illeciti al minore, è altrettanto vero che nei fatti l'averli commessi da parte dei figli sta ad attestare che l'educa-

(7) Corte di Cassazione sentenza n. 7459/97.

(8) Corte di Cassazione sentenza 21 settembre 2000, n. 12501.

(9) FRANCESCO GAZZONI pag. 670 *Manuale di diritto privato*.

zione impartita è stata insufficiente.

La *culpa in educando* è stata quindi talmente “spiritualizzata” da rendere assai difficile l’effettiva possibilità di dare una prova contraria basata sull’assenza di colpa, forse perché “si è voluto in realtà nascondere il tentativo di far ricadere sui genitori le conseguenze negative degli illeciti commessi dai minori; potendosi presumere che avendo infatti i genitori un proprio patrimonio a garanzia, si comprende come la responsabilità viene configurata come tendenzialmente oggettiva” (10) proprio perché la responsabilità al danno provocato non è ad essi direttamente collegabile ma dipendente esclusivamente dal loro *status*.

Possiamo affermare che se è vero che la titolarità dello Status di genitore comporta inevitabilmente la responsabilità derivante dal fatto illecito di un loro figlio, si impone tuttavia la necessità di considerare che chi è vittima incolpevole di un fatto illecito non può rimanere privo di tutela e che del resto chi altro può rispondere se non i soggetti chiamati ad assolvere i delicati oneri genitoriali potendo più di ogni altro esercitare i compiti di vigilanza e di educazione proprio in virtù del loro ruolo?

E’ vero che ciò può costituire un onere assai gravoso, forse ingiustificato con le modifiche che la famiglia, la scuola, la società hanno vissuto, ma va detto che il rigoroso e severo onere probatorio a carico dei genitori risponde all’esigenza di dare un contenuto concreto all’ampia formula legislativa e alla sua *ratio*.

Infatti se la norma considera che sia possibile per un genitore impedire il fatto illecito del figlio minore, ciò è proprio in virtù dei compiti connessi alla sua funzione genitoriale, compiti esercitabili attraverso la possibilità di vigilare sui figli e di educarli, sicchè non è estraneo alla logica della previsione normativa che la prova liberatoria abbia riguardo al positivo esercizio di quei compiti (11).

(10) FRANCESCO GAZZONI *Manuale di Diritto privato* pagg. 668 e 669.

(11) Tribunale di Milano 16 dicembre 2009.

La tutela della maternità nell'ambito lavorativo

“Questa continua dicotomia interiore, questa duplice polarità, questa alternante sensazione di dovere incompiuto, oggi nei confronti della famiglia, domani nei confronti del lavoro, questo è il fardello della madre lavoratrice”

Golda Meir, Le aratrici

di Alice Viscomi*

SOMMARIO: 1. La tutela della maternità nell'ambito lavorativo: l'importanza del tema - 2. L'evoluzione legislativa - 3. La tutela della maternità in ambito internazionale ed europeo e nella giurisprudenza della Corte di giustizia - 4. La effettività della tutela contro il licenziamento illegittimo - 5. La normativa nazionale - 6. Le dimissioni volontarie: il fenomeno delle dimissioni in bianco.

1. La tutela della maternità nell'ambito lavorativo: l'importanza del tema.

La tutela del lavoro femminile e della maternità è un tema diventato importantissimo nel corso degli ultimi decenni. La partecipazione femminile al mondo del lavoro è profondamente mutata, se fino agli anni '70 la maggioranza delle donne lasciava l'attività lavorativa al momento del matrimonio o dell'arrivo del primo figlio, oggi prevale l'aspirazione a mantenere la propria occupazione ed a riuscire a conciliare l'ambito lavorativo con quello familiare.

Il divieto di licenziamento della lavoratrice madre rappresenta soltanto il primo aspetto di quel sistema di tutele volto a garantire che la donna non subisca discriminazioni in ambito lavorativo in ragione del sesso e possa sviluppare il proprio ruolo familiare senza sacrificare legittime aspirazioni di carriera.

Lavoro femminile e sviluppo demografico sono tematiche strettamente collegate. La maternità viene infatti ancora oggi vista come un fattore limitante nello sviluppo della carriera lavorativa e ciò comporta sovente una modifica delle proprie scelte di fecondità, spostando in avanti nel tempo il concepimento del primo figlio o addirittura rinunciando definitivamente al ruolo di madre.

Tale argomento assume una maggiore importanza in questo momento di grave crisi economica, che rende sempre più difficile la scelta di dedicarsi completamente al lavoro familiare. Con il tempo la struttura della famiglia è mutata diventando sempre più rare le famiglie numerose e quelle monoreddito. In quest'ottica si rende necessario un sistema di tutele efficace che garantisca alla donna lavoratrice non solo il mantenimento del posto di lavoro, ma anche

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

delle mansioni svolte e del corrispondente livello retributivo. La lavoratrice madre deve poter accedere ad una soddisfacente attività lavorativa, coerente con il personale livello d'istruzione, senza dover abdicare al proprio ruolo all'interno dell'ambito familiare.

Oggi, a dispetto di un sistema di tutele particolarmente garantista, l'Italia è agli ultimi posti in Europa per l'occupazione femminile e la nascita di un figlio rappresenta ancora la prima causa di fuoriuscita delle donne dal mercato del lavoro (1). Questo sia per la difficoltà intrinseca di conciliare i ritmi lavorativi con la necessaria presenza in famiglia, sia per veri e propri episodi di segregazione di genere. Questo mostra l'esigenza, irrinunciabile per una moderna nazione civile, di garanzie effettive ed efficaci che valorizzino la funzione sociale della maternità.

2. L'evoluzione legislativa

Il divieto di licenziamento della lavoratrice madre venne per la prima volta introdotto in epoca fascista dall'art. 10 Legge 5 luglio 1934 n. 1347 a tutela della maternità. Tale norma obbligava il datore di lavoro a conservare il posto alla lavoratrice gestante per un periodo compreso tra il mese precedente alla data prevista per il parto e le sei settimane successive. La disposizione dunque, prevedeva una tutela della lavoratrice madre per un periodo molto limitato nel tempo, ciò si rilevava perfettamente coerente con l'ideologia dell'epoca, strettamente legata al mantenimento del ruolo della donna all'interno della famiglia. Tale sistema di tutela inoltre, guardava alla donna lavoratrice come "forza lavoro debole", al pari dei minori, ponendo al centro la protezione fisica della donna in gravidanza senza valorizzare l'esigenza della creazione di un legame effettivo con la prole attraverso una maggiore presenza in famiglia nei primi mesi successivi al parto.

Con la caduta del fascismo si pose l'esigenza di disegnare un sistema di tutela della lavoratrice madre in attuazione dei principi espressi dalla Costituzione ed in particolare dall'art. 37 co. 1.

Art. 37 co. 1 Cost.

"La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre ed al bambino una speciale adeguata protezione".

Nell'ambito dei lavori preparatori si accese un dibattito sull'aggettivo da

(1) In base ai dati forniti da Eurostat nel 2011 l'Italia rappresenta il fanalino di coda in Europa (penultima preceduta solo da Malta) per quanto riguarda l'occupazione femminile. Il tasso di occupazione per le donne senza figli in Italia è del 63,9% contro una media europea del 75,8% che in Germania arriva addirittura all'81,8%. Il dato scende al 59% in presenza di un figlio ed al 54,1% in presenza di due figli contro il dato europeo rispettivamente del 71,3% e del 69,2%.

accompagnare al termine “funzione familiare”. In particolare, secondo alcuni, il termine “essenziale” avrebbe indotto il legislatore futuro ad emanare normative tali da consentire alle donne di conciliare l’attività lavorativa con il proprio ruolo all’interno della famiglia. Secondo un’impostazione più tradizionale, invece, tale aggettivo identificava la priorità per la donna del ruolo di madre rispetto all’attività extrafamiliare.

Successivamente l’art. 3 della Legge 26 agosto 1950 n. 860 stabilì il divieto di licenziamento della lavoratrice gestante per tutta la durata della gravidanza e fino al compimento di un anno di età del bambino. Tale legge non assicurava tuttavia una tutela assoluta alla lavoratrice madre, in quanto il divieto era subordinato alla preventiva presentazione al datore di lavoro di un certificato medico che attestasse lo stato di gravidanza. La tutela dunque non operava per lo stato oggettivo di gestazione, ma era legato alla conoscenza da parte del datore di lavoro di tale situazione, con la conseguenza che tutti i licenziamenti effettuati prima della presentazione della certificazione dovevano ritenersi pienamente validi.

Dopo la Costituzione si assistette ad un mutamento del sistema di tutela della maternità. Infatti se prima, essa era tutelata come mera vicenda biologica, con leggi che tendevano a garantire l’integrità fisica della donna in gravidanza, successivamente, si tese a valorizzare l’esigenza di protezione del rapporto affettivo che lega la madre al proprio figlio nonché la necessità di conciliare il rapporto di lavoro con la presenza in famiglia. Il baricentro della tutela non era più dunque esclusivamente la donna ma anche il bambino che aveva diritto ad instaurare una relazione serena con la propria madre nei primi mesi vita. Di questa tendenza si fece portavoce anche la Corte Costituzionale la quale affermò “*L’astensione obbligatoria, disposta dall’art. 4 lett. c) della legge n. 1204 del 1971, certamente ha il fine di tutelare la salute della donna nel periodo immediatamente susseguente al parto, onde consentirle di recuperare le energie necessarie per riprendere il lavoro. La norma, tuttavia, considera e protegge anche il rapporto che in tale periodo necessariamente si svolge tra madre e figlio, e tanto non solo per ciò che attiene ai bisogni più propriamente biologici, ma anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono collegate allo sviluppo della personalità del bambino. La tutela della madre, in altri termini, non si fonda solo sulla condizione di donna che ha partorito, ma anche sulla funzione che essa esercita nei confronti del bambino: sì che la norma protegge i diritti di entrambi, e di entrambi tutela la personalità e la salute*” (2).

Proprio in quest’ottica la Legge 30 dicembre 1971 n. 1204 segnò un notevole passo avanti nella tutela della lavoratrice madre. Infatti l’art. 2 stabilì che “*Il divieto di licenziamento opera in connessione con lo stato oggettivo*

(2) Corte Cost. 19 gennaio 1987, n. 1.

di gravidanza e puerperio, e la lavoratrice, licenziata nel corso del periodo in cui opera il divieto, ha diritto di ottenere il ripristino del rapporto di lavoro mediante presentazione, entro novanta giorni dal licenziamento, di idonea certificazione dalla quale risulti l'esistenza, all'epoca del licenziamento, delle condizioni che lo vietavano". Pertanto il divieto di licenziamento operava a prescindere dalla conoscenza da parte del datore di lavoro dello stato di gravidanza. La norma stabilì altresì che la lavoratrice nel periodo protetto non potesse essere sospesa dal lavoro, salvo il caso che fosse stata sospesa l'attività dell'azienda o del reparto cui era assegnata sempreché quest'ultimo avesse un'autonomia funzionale.

Con la Legge 8 marzo 2000 n. 53, all'art. 18, il legislatore ha chiarito il regime di invalidità del licenziamento intimato nel periodo protetto. Come si esporrà meglio in seguito, nel silenzio normativo, era sorta in giurisprudenza una *querelle* sul tipo di invalidità del licenziamento predetto. La norma sanzionò lo stesso con la massima forma di invalidità, ossia la nullità. Inoltre, al fine di evitare pratiche elusive o indebite pressioni da parte del datore di lavoro, si stabilì che le dimissioni presentate nel periodo protetto dovessero essere convalidate dal Servizio Ispettivo della Direzione Provinciale del Lavoro.

Con la stessa normativa il Parlamento ha poi delegato il Governo all'emanazione di un Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela della maternità e della paternità. In attuazione della delega è stato emanato il Decreto Legislativo 26 marzo 2001 n. 151 "Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità" il quale disciplina all'art. 54 il divieto di licenziamento in maternità.

3. La tutela della maternità in ambito internazionale ed europeo e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

La maternità riceve tutela non solo a livello nazionale, ma anche in ambito internazionale ed europeo in un sistema di fonti estremamente complesso e stratificato. La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo prevede all'art. 25 co. 2 che *"La maternità e l'infanzia hanno diritto a speciali cure ed assistenza"*.

Anche in attuazione di questo principio, l'Italia ha ratificato due convenzioni internazionali in tema di tutela della donna e della maternità. In particolare l'art. 6 della *"Convenzione OIL n. 103 sulla protezione della maternità"*, adottata a Ginevra nel 1952, resa esecutiva in Italia con L. 864/1979 ha stabilito che nel caso in cui una donna si assenti dal lavoro a causa della maternità per il tempo previsto dalla convenzione stessa *"è illegale per il suo datore di lavoro notificarle il licenziamento durante detta assenza o a una data tale che il termine di preavviso venga a spirare durante l'assenza succitata"*.

Successivamente la *"Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna"*, adottata a New York

nel 1979, resa esecutiva in Italia con L. 132/1985 ha previsto che *“Per prevenire la discriminazione contro le donne per causa di gravidanza o di congedo di maternità e garantire il loro diritto effettivo al lavoro, gli Stati parte si impegnano a prendere misure appropriate finalizzate a proibire, sotto pena di sanzione, il licenziamento per causa di gravidanza o di congedo per maternità e la discriminazione nei licenziamenti fondata sullo stato matrimoniale”*.

Con la ratifica di tali Convenzioni l'Italia si è impegnata dunque sul piano internazionale ad adottare misure volte a sanzionare e rendere inefficace il licenziamento a causa di gravidanza o di maternità.

In ambito europeo la prima direttiva che si è occupata della tutela del lavoro femminile e della parità di trattamento tra uomini e donne nell'accesso al lavoro è stata la Direttiva 76/207/CEE del Consiglio, del 9 febbraio 1976, la quale, all'art. 2 vietava ogni forma di discriminazione *“fondata sul sesso, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia”*.

Successivamente la Direttiva 92/85/CEE del Consiglio del 19 ottobre 1992 *“considerando che il rischio di essere licenziate per motivi connessi al loro stato può avere effetti dannosi sullo stato fisico e psichico delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento e che conseguentemente conviene prevedere un divieto di licenziamento”* ha stabilito all'art. 10 un divieto di licenziamento della lavoratrice madre nel periodo compreso tra l'inizio della gravidanza ed il periodo di congedo per maternità salvo casi eccezionali non connessi allo stato di gravidanza ed individuati dalla legislazione nazionale.

Oggi la materia è stata completamente riordinata dalla Direttiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006 che al 25° considerando sottolinea l'importanza della tutela della donna in stato di gravidanza, affermando che *“è altresì opportuno prevedere esplicitamente la tutela dei diritti delle lavoratrici in congedo di maternità, in particolare per quanto riguarda il loro diritto a riprendere lo stesso lavoro o un lavoro equivalente e a non subire un deterioramento delle condizioni di lavoro per aver usufruito del congedo di maternità nonché a beneficiare di qualsiasi miglioramento delle condizioni lavorative cui dovessero aver avuto diritto durante la loro assenza”*. La direttiva non si limita tuttavia a prevedere un divieto di licenziamento, disciplinando altresì il rientro dal congedo di maternità, stabilendo che *“Alla fine del periodo di congedo per maternità, la donna ha diritto di riprendere il proprio lavoro o un posto equivalente secondo termini e condizioni che non le siano meno favorevoli, e a beneficiare di eventuali miglioramenti delle condizioni di lavoro che le sarebbero spettati durante la sua assenza”*.

Anche la Carta di Nizza (Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea) all'art. 33 par. 2 si occupa della tutela della maternità in ambito lavorativo, elevando tale protezione a diritto fondamentale dell'Unione Europea nella

nuova ottica di un Unione non più meramente economica ma altresì sociale.

Art. 33 par. 2 Carta di Nizza

“Al fine di poter conciliare la vita familiare e vita professionale, ogni individuo ha il diritto di essere tutelato contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità e il diritto ad un congedo di maternità retribuito e al congedo parentale dopo la nascita o l'adozione di un figlio”.

I principi della Carta trovano una consolidata conferma nella giurisprudenza della Corte di Giustizia che, mai come in questa materia, si è ispirata a criteri estremamente garantistici fondati sulla tutela della maternità (3).

Costituisce “licenziamento in periodo di gravidanza” anche il comportamento del datore di lavoro che assume la decisione di licenziare all'interno del predetto periodo compiendo *atti preparatori e preordinati al licenziamento* o comunque “concrete iniziative” dirette a tale scopo, anche se poi rispetta “formalmente” la norma notificando il provvedimento dopo la scadenza del periodo di tutela.

L'equiparazione tra «atto preparatorio» e licenziamento effettivo non sembra assoluta, giacché la Corte di Giustizia opera una distinzione delle due ipotesi con riferimento all'onere della prova: la collocazione dell'intimazione del licenziamento all'interno del periodo di interdizione fa scattare la presunzione (quasi) assoluta di illegittimità del licenziamento (4).

Tale precisazione della Corte sembra dunque attenuare l'effetto innovativo della sentenza che sarebbe stato ben più rilevante ove la presunzione assoluta fosse stata applicata anche alla mera «decisione» intervenuta nel periodo di tutela, ma consente comunque di ribadire che, nell'ordinamento comunitario, un licenziamento determinato dalla maternità è sempre discriminatorio, indipendentemente dal momento in cui viene deciso e indipendentemente dal momento in cui si perfeziona.

La collocazione del licenziamento all'interno o all'esterno del periodo di

(3) Espressione di questa tendenza la sentenza 11 ottobre 2007, procedimento C-460/06, causa *Nadine Paquay*, con la quale la Corte ha affermato che l'art. 10 della direttiva del Consiglio 19 ottobre 1992, 92/85/CEE, deve essere interpretato nel senso che esso vieta non soltanto di notificare una decisione di licenziamento in ragione della gravidanza e/o della nascita di un figlio durante il periodo di tutela, ma anche di *prendere misure preparatorie* ad una tale decisione nel predetto periodo. In questo modo il licenziamento in ragione della gravidanza o della nascita di un figlio è contrario agli artt. 2, n. 1, e 5, n. 1, della direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, 76/207/CEE, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro a prescindere dalla data di notificazione della stesso.

(4) A i sensi del citato art. 10 Direttiva 92/85 il licenziamento delle lavoratrici madri nel periodo di tutela è infatti vietato «tranne nei casi eccezionali non connessi al loro stato ammessi dalle legislazioni e/o prassi nazionali e, se del caso, a condizione che l'autorità competente abbia dato il suo accordo».

tutela «rafforzata» non incide quindi sull'illegittimità del recesso, ma ha effetti solo sul regime probatorio: presunzione semi-assoluta nel primo caso, salvi i casi eccezionali tassativamente indicati dalla normativa nazionale (con onere comunque a carico del datore di lavoro di dimostrare la sussistenza dell'ipotesi eccezionale); alleggerimento dell'onere della prova nel secondo caso, con onere della parte attrice di allegare elementi di fatto nei termini sopra detti.

Il licenziamento in ragione della gravidanza e/o della nascita di un figlio è sempre discriminatorio.

In queste ipotesi la misura sanzionatoria scelta dallo Stato membro, deve essere almeno equivalente a quella prevista per il diritto nazionale in esecuzione degli artt. 10 e 12 della Direttiva 92/85/Ce per il licenziamento per gravidanza posto in essere all'interno del periodo di tutela (5).

4. La effettività della tutela contro il licenziamento illegittimo

La Corte di Giustizia in una recente sentenza (6) ha affrontato il tema della effettività della tutela giurisdizionale che deve essere garantita alla lavoratrice madre in caso di licenziamento.

In particolare era stata sollevata questione pregiudiziale avente ad oggetto la normativa lussemburghese la quale prevedeva a pena di decadenza la necessità di certificare al datore di lavoro lo stato di gravidanza entro otto giorni dal licenziamento e di proporre al Presidente del Tribunale domanda per la nullità e reintegrazione entro quindici giorni dalla risoluzione del rapporto di lavoro.

La Corte afferma che il principio di tutela giurisdizionale dei diritti conferiti ai singoli dal diritto comunitario imponga che le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire diritti di derivazione comunitaria non debbano essere meno favorevoli di ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza), né debbano rendere eccessivamente difficile o praticamente impossibile l'esercizio di tali diritti (principio di effettività).

Ad avviso della Corte la sottoposizione dell'azione a termine anche brevi di decadenza non viola in astratto il diritto comunitario in quanto volto a garantire la certezza del diritto. Tuttavia la Corte rileva che *“il termine di decadenza di quindici giorni applicabile all'azione di nullità e di reintegrazione deve essere considerato particolarmente breve, tenuto conto della situazione in cui si trova una donna all'inizio della gravidanza. Inoltre, emerge dal fascicolo che diversi giorni contabilizzati nel detto termine di quindici giorni potrebbero trascorrere prima che la donna gestante riceva la lettera di licenziamento che la riguarda e venga così informata del suo licenziamento. Infatti,*

(5) Corte di Giustizia CE 11 ottobre 2007 causa C-460/06, Pres. A. Rosas Rel. A.O Caoimh, in *D&L 2008*, con nota di ALBERTO GUARISO, 81.

(6) Corte di Giustizia CE 29 ottobre 2009 causa C 63/08 in *Lavoro nella Giur.* 2010, 78, con nota di SPINELLI e in *Famiglia e diritto* 2011, 221, con nota di NUNIN.

secondo il parere emesso da un'associazione di impiegati privati sul progetto di legge che ha introdotto l'art. L. 337-1 nel code du travail, parere riprodotto letteralmente nella decisione di rinvio, il termine di quindici giorni inizia a decorrere, conformemente alla giurisprudenza dei giudici lussemburghesi, a partire dal deposito alla posta della lettera di licenziamento”.

La Corte si occupa altresì degli strumenti di tutela affermando che *“l'art. 2 della direttiva 76/207, in combinato disposto con l'art. 3 della medesima, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella introdotta dall'art. L. 337-1 del code du travail, specificamente adottata ai fini della protezione prevista all'art. 10 della direttiva 92/85 in caso di licenziamento delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento, che priva la lavoratrice subordinata gestante che è stata oggetto di una misura di licenziamento durante la gravidanza di un'azione giurisdizionale di risarcimento dei danni, mentre quest'ultima può essere esercitata da qualsiasi altro lavoratore subordinato licenziato, qualora una tale limitazione dei mezzi di ricorso costituisce un trattamento meno favorevole riservato ad una donna per ragioni collegate alla gravidanza. Ciò si verificherebbe, in particolare, se le modalità procedurali afferenti all'unica azione a disposizione in caso di licenziamento di dette lavoratrici non rispettassero il principio di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti ai singoli dal diritto comunitario, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare”.*

La Corte di Giustizia si è dovuta occupare anche dell'avvento delle nuove tecnologie (7). Si è posto infatti il problema di individuare il momento iniziale della gravidanza in caso di *fecondazione in vitro*. Tale questione è connessa con l'esigenza di delineare la nozione di lavoratrice gestante, quale destinataria della specifica tutela che impone il divieto di licenziamento (8).

(7) Corte di Giustizia CE 28 febbraio 2008 causa C 506/06, in *Famiglia e Diritto*, 2008, 4, 402 con nota di A. ZANOBETTI; in *Corriere Giur.*, 2008, 4, 560 con nota di R. CONTI e R. FOGLIA; in *Giur.It.*, 2008, 10, con nota di L. TRUCCO.

(8) In particolare, l'applicazione del divieto di licenziamento si applica sin dal momento della fecondazione degli ovuli o è necessario che si proceda al successivo impianto nell'utero? Nel caso sottoposto all'esame della Corte di Giustizia una donna austriaca era stata licenziata pochi giorni prima dell'impianto nell'utero degli ovuli che erano stati in precedenza fecondati *in vitro*.

La Corte afferma che *“anche supponendo, nel caso di una fecondazione in vitro, che tale data coincida con il momento del trasferimento degli ovuli fecondati nell'utero della donna, non è ammissibile, per ragioni relative al rispetto del principio della certezza del diritto, che la tutela istituita dall'art. 10 della direttiva 92/85 sia estesa al caso in cui, alla data della comunicazione del licenziamento, il trasferimento degli ovuli fecondati in vitro nell'utero della lavoratrice non sia ancora avvenuto. Infatti, come emerge dalle osservazioni sottoposte alla Corte e dai paragrafi 43 45 delle conclusioni dell'avvocato generale, prima del trasferimento nell'utero della donna interessata, i detti ovuli fecondati possono, in taluni Stati membri, essere conservati per un periodo più o meno esteso; la normativa nazionale in questione nella causa principale prevede a tale proposito la possibilità di conservare gli ovuli fecondati fino a dieci anni. Di conseguenza, l'applicazione ad una lavoratrice della tutela contro il licenziamento sancita*

5. La normativa nazionale

La disciplina nazionale all'art. 54 del d.lgs. n. 151/2001 vieta il licenziamento della lavoratrice madre dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro di cui al Capo III (congedo di maternità), nonché fino al compimento di un anno di età del bambino (9).

Tale speciale protezione compete indistintamente a tutte le lavoratrici, a prescindere dal tipo di contratto in essere, a tempo indeterminato ovvero a termine (10).

Spetta altresì, in forza dell'art. 54, co. 7 t.u., al padre lavoratore per la durata del congedo di paternità, ove fruito, e si estende fino al compimento di un anno di età del bambino.

Il divieto di licenziamento, in caso di fruizione del congedo di maternità e di paternità, si applica anche alle lavoratrici affidatarie o adottive fino ad un anno dalla data di effettivo ingresso del minore nel nucleo familiare. Tali estensioni rendono evidente il passaggio da una tutela della maternità intesa quale vicenda meramente "biologica", ad una più ampia tutela della funzione parentale che non tollera alcuna distinzione tra figli naturali, adottivi ovvero affidatari.

Nel passato erano sorti dubbi in merito al regime di invalidità applicabile al licenziamento intimato nel periodo protetto. In particolare, costante giurisprudenza, avallata anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (11), riteneva che il licenziamento della lavoratrice madre fosse meramente inefficace, analogamente al licenziamento intimato durante la malattia del lavoratore e fino all'esaurirsi del periodo di comporto. Tale interpretazione muoveva dal rilievo che la norma non comminava un'espressa declaratoria di nullità del li-

dall'art. 10 della direttiva 92/85 prima dell'impianto degli ovuli fecondati potrebbe avere l'effetto di concedere il beneficio di tale tutela anche qualora il trasferimento degli ovuli fecondati, per un qualsivoglia motivo, sia rimandato per diversi anni o addirittura si sia definitivamente rinunciato a un tale trasferimento e la fecondazione in vitro sia stata praticata come semplice misura cautelativa". Il giudice europeo pertanto ritiene che non sia possibile estendere la tutela connessa allo stato di lavoratrice gestante al caso in esame per ragioni di certezza del diritto, in quanto in determinati paesi europei, è consentita la crioconservazioni degli ovuli fecondati per molti anni. Sarebbe pertanto irragionevole estendere il divieto di licenziamento per un tempo eccessivamente lungo e potenzialmente indefinito. Dunque la Corte, pur negando l'ammissibilità della tutela in oggetto al caso in cui non sia ancora avvenuto l'impianto degli ovuli fecondati nell'utero, lascia uno spiraglio aperto in quanto la questione non è risolta in senso assoluto. Laddove vi fosse una normativa che individuasse un termine ragionevolmente breve tra la fecondazione degli ovuli e l'impianto degli stessi nell'utero la Corte potrebbe risolvere in maniera differente il bilanciamento tra il principio della certezza del diritto e le esigenze di tutela della maternità a favore di quest'ultima.

(9) Il co. 4 dell'art. 54 precisa altresì che nel periodo in cui opera il divieto di licenziamento la lavoratrice non può nemmeno essere sospesa dal lavoro, salvo il caso che sia sospesa l'attività dell'intera azienda ovvero del reparto cui essa è addetta, purché quest'ultimo abbia autonomia funzionale. La lavoratrice non può altresì essere collocata in mobilità a seguito di licenziamento collettivo *ex lege* n. 223/1991.

(10) Sull'applicabilità della norma anche nel caso di lavoratore assunto a termine si veda già Cass. 6 luglio 2002, n. 9864, in *Lav. giur.* 2002, 11, con nota di PIOVESANA.

(11) Cass., Sez. Un., 21 agosto 1990, n. 8535.

enziamento ed inoltre l'inefficacia dello stesso era sufficiente a realizzare i fini di tutela della normativa.

La Corte Costituzionale (12) è intervenuta sull'argomento ritenendo che il mero differimento temporale degli effetti del licenziamento non costituisca una tutela sufficiente, infatti *“la protezione cui fa riferimento la norma costituzionale, infatti, non si limita alla salute fisica della donna e del bambino, ma investe tutto il complesso rapporto che, nel detto periodo, si svolge tra madre e figlio; il quale rapporto - come ha affermato questa Corte - deve essere protetto non solo per ciò che attiene ai bisogni più propriamente biologici, ma anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono collegate allo sviluppo della personalità del bambino (sentenze nn. 1 del 1987 e 332 del 1988). Nel contempo, il principio posto dall'art. 37 - collegato al principio di uguaglianza - impone alla legge di impedire che possano, dalla maternità e dagli impegni connessi alla cura del bambino, derivare conseguenze negative e discriminatorie. Entrambe queste esigenze impongono, per lo stato di gravidanza e puerperio, di adottare misure legislative dirette non soltanto alla conservazione dell'impiego, ma anche ad evitare che nel relativo periodo di tempo intervengano, in relazione al rapporto di lavoro, comportamenti che possano turbare ingiustificatamente la condizione della donna ed alterare il suo equilibrio psico-fisico, con serie ripercussioni sulla gestazione o, successivamente, sullo sviluppo del bambino. Al fine di assicurare una effettiva tutela a tali interessi invero la sola conservazione temporanea del rapporto, pur rimanendo essenziale, non è tuttavia sufficiente”*. Alla luce dei principi di rango costituzionale tutelati dalla norma, la Corte afferma pertanto l'illegittimità della norma nella parte in cui non prevede la nullità del licenziamento intimato alla donna lavoratrice nel periodo di gestazione e di puerperio.

Oggi, il co. 5 dell'art. 54, codificando il principio espresso dalla Consulta, afferma espressamente la nullità del licenziamento intimato nel periodo di interdizione, con conseguente carenza di effetti risolutori del recesso e continuazione del rapporto di lavoro da considerarsi giuridicamente ininterrotto.

L'adozione del regime sanzionatorio della nullità esprime una maggiore gravità del recesso datoriale, lesivo dei principi costituzionali e non solo del diritto del lavoratore alla stabilità del posto di lavoro.

La giurisprudenza prevalente esclude l'applicabilità della tutela reale ex art. 18 stat. lav. e reputa applicabile il regime c.d. di diritto comune, con diritto

(12) Cfr. Corte Cost. 8 febbraio 1991, n. 61, in *Foro it.* 1991, I, 697. Sul punto, v. MATTAROLLO, *Sulla nullità del licenziamento della lavoratrice madre*, in *Riv. it. dir. lav.* 1991, II, 724 ss.; FONTANA, *Il dialogo fra Corte Costituzionale e Cassazione in tema di licenziamento della lavoratrice madre*, *ibidem*, 264 e ss.

della lavoratrice alla reintegrazione nel posto di lavoro e al risarcimento del danno, *ex art.* 1223 c.c., in misura pari alle retribuzioni non corrisposte (13).

Il divieto di licenziamento delle lavoratrici madri, previsto dall'art. 54, Decreto legislativo 151/2001, opera in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza o puerperio, ancorché il datore di lavoro sia inconsapevole, alla data del licenziamento, dello stato della lavoratrice (14) ed a prescindere da qualsivoglia certificazione (15) o comunicazione, nonché dall'eventuale circostanza che il licenziamento sia destinato ad avere efficacia per una data successiva ai detti periodi (16).

La comunicazione dello stato di gravidanza incide tuttavia, come affermato dalla giurisprudenza di legittimità (17), sull'entità del risarcimento del danno, infatti laddove la comunicazione dello stesso sia successiva al licenziamento, alla lavoratrice spettano le retribuzioni relative al periodo compreso tra la certificazione dello stato di gravidanza ed il ripristino del rapporto di lavoro. Vengono escluse dal computo del danno le retribuzioni del periodo compreso tra la comunicazione del licenziamento e la certificazione della gravidanza, questo in un'ottica di bilanciamento delle contrapposte esigenze del datore di lavoro, che potrebbe non avere alcuna conoscenza dello stato della lavoratrice.

Il co. 3 dell'art. 54 prevede tuttavia alcune tassative deroghe al divieto di licenziamento. Infatti, il datore di lavoro può recedere dal rapporto di lavoro nel periodo di interdizione *ex lege* qualora ricorrano quattro ipotesi (18): colpa grave della lavoratrice, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto; cessazione dell'attività dell'azienda cui la lavoratrice è addetta; ul-

(13) Si veda, fra le tante, Cass. 20 gennaio 2000, n. 610, in *Riv. crit. dir. lav.* 2000, 449, con nota di MESSANA.

(14) L'art. 2 prevede che la lavoratrice licenziata nel periodo in cui opera il divieto è tenuta a presentare al datore di lavoro idonea certificazione dalla quale risulti l'esistenza all'epoca del licenziamento delle condizioni che lo vietavano.

(15) Trib. Roma 10 aprile 2003, Pres. Cortesani Rel. Blasutto, in *Lav. nella Giur.* 2003, 1172.

(16) Cfr. Cass. 13 febbraio 1998, n. 1526, in *Giust. civ. - Mass.* 1998, 330, con riferimento al caso di un licenziamento intimato durante il periodo di divieto ma con efficacia posticipata alla fine del periodo di interdizione, ritenuto egualmente nullo, «attesa l'idoneità del licenziamento in sé ad arrecare grave turbamento alla lavoratrice gestante o puerpera, sia in considerazione del particolare stato fisico e psichico in cui essa versa sia per l'inevitabile apprensione derivante dalla previsione di sicura perdita della retribuzione a fronte dell'incertezza della sua sostituzione con altra adeguata, apprensione suscettibile di aggravamento proprio in considerazione di quel particolare stato in cui si trova la lavoratrice».

(17) Cass. 3 marzo 2008, n. 5749, in *Famiglia e diritto* 2008, 778, con nota di NUNIN.

(18) In tutte le ipotesi previste la lavoratrice ha comunque diritto all'indennità di maternità. Si veda, Corte cost. 14 dicembre 2001, n. 405, in questa rivista 2002, 18 con nota di MANNACIO; in *Dir. lav.* 2002, II, 17 con nota di FONTANA, in *Famiglia e diritto* 2002, 121, con nota di NUNIN, che ha dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 17 co. 1 della l. 30 dicembre 1971, n. 1204 e 24 del d.lg. 26 marzo 2001, n. 151 (nel quale è stato trasfuso il contenuto della prima disposizione), nella parte in cui era esclusa la corresponsione dell'indennità di maternità nell'ipotesi di licenziamento per giusta causa che si verificò durante i periodi di interdizione dal lavoro.

timazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta o risoluzione del rapporto per scadenza del termine; esito negativo della prova (19), fermo restando il divieto di discriminazione *ex art.* 4 della l. n. 125/1991.

Per quanto riguarda l'ipotesi della colpa grave, la giurisprudenza richiede che la condotta della lavoratrice sia particolarmente grave, tenendo in considerazione anche le condizioni psico-fisiche della lavoratrice madre. Pertanto la nozione di colpa grave *ex art.* 54 si distingue da quella prevista dall'*art.* 2119 c.c. in caso di licenziamento per giusta causa. La seconda ipotesi, ovvero la cessazione dell'attività aziendale, ha posto in giurisprudenza il problema dell'applicabilità della deroga anche al caso di cessazione di un ramo d'azienda. La giurisprudenza dominante ritiene peraltro applicabile la deroga nel caso in cui il ramo d'azienda goda di una propria autonomia funzionale. Per quanto riguarda l'ultima deroga, ovvero l'esito negativo della prova, la giurisprudenza richiede, al fine di evitare pratiche discriminatorie, che il datore di lavoro provi specificatamente l'inidoneità della lavoratrice a svolgere le specifiche mansioni per cui è stata assunta.

Il Collegato Lavoro (Legge 4 novembre 2010 n. 183), ha previsto all'*art.* 32 l'onere del lavoratore di impugnare il licenziamento entro sessanta giorni dalla sua comunicazione con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore stesso. Inoltre la stessa norma, stabilisce che l'impugnazione sia inefficace se non seguita entro duecentosettanta giorni dal deposito del ricorso nella cancelleria del Tribunale in funzione di giudice del lavoro o dalla richiesta del tentativo di conciliazione o arbitrato. La norma si applica "*a tutti i casi di invalidità del licenziamento*". Dubbia è dunque, l'applicazione di tale regime decadenziale al licenziamento della lavoratrice madre, per il quale è prevista un'espressa comminatoria di nullità. Dalla lettera della norma sembrerebbe peraltro che non si faccia alcuna distinzione tra le varie forme di invalidità, ricomprendendo anche le ipotesi di nullità del licenziamento (20). Tuttavia si potrebbe ritenere che tale regime sia inapplicabile alla lavoratrice madre in ragione della particolare e delicata condizione di quest'ultima, in quanto rendendo eccessivamente difficile l'impugnazione del licenziamento, potrebbe violare il principio di origine comunitaria dell'effettività della tutela.

6. Le dimissioni volontarie: il fenomeno delle dimissioni in bianco

Al fine di evitare pratiche datoriali elusive, l'*art.* 55 del D.Lgs. n. 151/2001 prevede un meccanismo di controllo delle dimissioni volontarie presentate

(19) Detta ipotesi è stata introdotta da Corte cost. 31 maggio 1996, n. 172, in questa rivista 1996, 485 con nota di RICCARDI; in *Lav. giur.* 1996, 848, con nota di GOTTARDI.

(20) In tal senso M. MISICIONE, *Il collegato lavoro 2010 proiettato al futuro*, in *Lavoro nella Giur.*, 2011, 1, 5.

dalle lavoratrici nel periodo per cui è previsto il divieto di licenziamento.

Art. 55 D.Lgs. 151/2001

“1. In caso di dimissioni volontarie presentate durante il periodo per cui è previsto, a norma dell'articolo 54, il divieto di licenziamento, la lavoratrice ha diritto alle indennità previste da disposizioni di legge e contrattuali per il caso di licenziamento.

2. La disposizione di cui al comma 1 si applica al padre lavoratore che ha fruito del congedo di paternità.

3. La disposizione di cui al comma 1 si applica anche nel caso di adozione e di affidamento, entro un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare.

4. La richiesta di dimissioni presentata dalla lavoratrice, durante il periodo di gravidanza, e dalla lavoratrice o dal lavoratore durante il primo anno di vita del bambino o nel primo anno di accoglienza del minore adottato o in affidamento, deve essere convalidata dal servizio ispettivo del Ministero del lavoro, competente per territorio. A detta convalida è condizionata la risoluzione del rapporto di lavoro.

5. Nel caso di dimissioni di cui al presente articolo, la lavoratrice o il lavoratore non sono tenuti al preavviso”.

Infatti il legislatore si preoccupa di eventuali pressioni da parte dei datori di lavoro nei confronti delle lavoratrici madri per costringerle a presentare le dimissioni nel periodo protetto. Tale tutela consiste *in primis* nel fatto che la richiesta di dimissioni debba essere convalidata dal Servizio Ispettivo del Ministero del Lavoro (21) e che a tale convalida sia subordinata la risoluzione del rapporto di lavoro. Questo per accertare la conoscenza da parte della lavoratrice madre dei diritti ad essa spettanti per legge e verificare la spontaneità delle dimissioni.

La lavoratrice non è comunque tenuta al preavviso. Inoltre alla stessa spettano tutte le indennità previste in caso di licenziamento ed in particolare l'indennità sostitutiva del preavviso. In tal modo, le dimissioni della lavoratrice nel periodo protetto, vengono equiparate da un punto di vista economico alle dimissioni per giusta causa.

In giurisprudenza si è posto il problema se la norma preveda una presunzione *iuris et de iure*, in base alla quale la tutela spetterebbe a prescindere da

(21) In base alla Circolare del Ministero del Lavoro del 4 giugno 2007 n. 26 (seguita poi dalla Circolare del 26 febbraio 2009 n. 25) le dimissioni, oltre alla forma scritta, devono essere convalidate al termine di un colloquio diretto con la lavoratrice dimissionaria (ovvero il lavoratore dimissionario) la quale dovrà essere personalmente convocata. La stessa dovrà compilare un apposito modulo costituito da una premessa, in cui il funzionario attesti di aver informato l'interessata sui diritti ad essa spettanti in base al T.U. per la tutela ed il sostegno della maternità e della paternità e sul regime del licenziamento e delle dimissioni nel periodo protetto, da una dichiarazione sulle motivazioni delle dimissioni e da un'indagine sulle caratteristiche dell'azienda di provenienza.

un controllo sulle reali motivazioni delle dimissioni, ovvero relativa, per la quale bisognerebbe verificare caso per caso le motivazioni sottese alle dimissioni stesse.

La giurisprudenza dominante (22) propende per la prima ipotesi rilevando la maternità come un mero dato oggettivo cui consegue automaticamente il diritto alla corresponsione dell'indennità sostitutiva del preavviso a prescindere dalle reali motivazioni delle dimissioni. In particolare dunque, il legislatore avrebbe optato per una presunzione assoluta di non spontaneità delle dimissioni delle lavoratrici madri, in quanto, anche un eventuale reimpiego, sarebbe comunque motivato dall'esigenza di una migliore cura del bambino. Tale impostazione muove dal rilievo che il sistema produttivo, di cui il datore di lavoro è un esponente, rende complesso conciliare il mantenimento di un'occupazione lavorativa con il ruolo di madre, condizionando in tal modo la scelta in merito al recesso dal rapporto di lavoro (23). Questo non viola la libertà di iniziativa economica del datore di lavoro in quanto la Costituzione all'art. 41 non tutela la stessa in maniera assoluta ma questa deve essere "indirizzata e coordinata a fini sociali".

Si è tuttavia diffusa una lettura opposta, rimasta tuttavia minoritaria, in base alla quale il giudice dovrebbe, caso per caso, verificare le reali motivazioni delle dimissioni ed in particolare se le stesse siano state presentate in ragione della gravidanza ovvero per l'ottenimento di un'altra occupazione (24). In tal caso, dunque il datore di lavoro potrebbe liberarsi dall'obbligo del pagamento dell'indennità di preavviso laddove dimostri che la dimissionaria,

(22) Cass. 22 ottobre 1991 n. 11164 con nota di G. GIRARDI in *Lavoro nella Giur.*, 2001, 9, 836 la quale "Il silenzio della legge a tal riguardo dimostra che il legislatore - come il Tribunale ha esattamente osservato - non ha attribuito "alcun valore al motivo" delle dimissioni né ha inteso subordinare il diritto della lavoratrice al trattamento di fine rapporto all'esito di accertamenti di estrema difficoltà (che necessariamente implicherebbero una illegittima invasione della sfera interna della donna, nel suo modo di concepire ed assolvere i compiti materni) e tanto meno far dipendere il diritto stesso da non disinteressati apprezzamenti del datore di lavoro, svincolati da criteri obiettivi e certi (peraltro di impossibile predeterminazione). Decisivo, in ogni caso, è il rilievo che non è consentito all'interprete introdurre, nella concreta applicazione della legge attributiva di un diritto, condizioni e limiti che, pur potendo rispondere ad astratti criteri di razionalità, non risultano neppure implicitamente dal precetto normativo".

(23) Cass. 14 maggio 1985 n. 2999.

(24) Cass. civ. Sez. lavoro, 19 agosto 2000, n. 10994, la quale afferma "L'imposizione indiscriminata di obblighi indennitari al datore di lavoro contrasterebbe col principio costituzionale di ragionevolezza (art. 3, secondo comma, Cost.), che si concreta, nel caso in esame, in quello di responsabilità nonché nella necessità che all'indennizzo corrisponda almeno un "pericolo" di danno. Si avrebbe, inoltre, una sorta di premio di maternità a carico non già del sistema previdenziale ma dell'imprenditore, con ingiustificata riduzione della sua libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.). Da tutto ciò consegue che l'indennità non è dovuta, perché contraria alla ratio legis, quando il datore di lavoro provi che la lavoratrice abbia, senza intervallo di tempo, iniziato un nuovo lavoro dopo le dimissioni e la medesima, a sua volta, non provi che il nuovo lavoro sia per lei meno vantaggioso sul piano sia patrimoniale sia non patrimoniale (ad esempio per gravosità delle mansioni o per maggiore distanza della sede di lavoro dall'abitazione, ecc.)".

senza soluzione di continuità, abbia iniziato un nuovo rapporto di lavoro e quest'ultima non provi che lo stesso sia meno vantaggioso da un punto vista economico o organizzativo (mansioni, orario, distanza dall'abitazione ecc.). L'impostazione tradizionale contrasterebbe infatti con il principio di ragionevolezza (art. 3 Cost. co. 2) e con la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.), imponendo a carico del datore di lavoro un obbligo indennitario a prescindere dalla sussistenza di un danno.

A dispetto del sistema di tutela predisposto dal legislatore il fenomeno delle cosiddette dimissioni bianche, ossia presentate dalla lavoratrice madre a seguito di pressioni del datore di lavoro, è ancora molto diffuso. In base ai dati forniti dall'Istat un quinto delle donne con meno di 65 anni dichiara di aver interrotto temporaneamente o definitivamente l'attività lavorativa per motivi familiari (gravidanza, matrimonio ecc.). Di queste, il 15 % lo ha fatto in occasione delle nascita di un figlio (25). Inoltre, tra il 2008 ed i 2009, 800 mila donne (per un totale dell'8,7%) hanno dichiarato di essere state licenziate o costrette a dimettersi a causa della gravidanza (26). Questo fenomeno riguarda soprattutto le madri giovani (13,1 %). Dall'analisi dei dati forniti dall'Istat si rileva dunque che il fenomeno delle dimissioni bianche è ben lungi dall'essere sradicato e come a tal fine non siano sufficiente gli strumenti predisposti dal legislatore ma si renda necessario un vero e proprio cambiamento culturale che valorizzi il rilievo sociale della maternità all'interno dell'ambito produttivo.

(25) Istat indagine multiscopo "Famiglie e soggetti sociali" del 2009.

(26) Istat indagine multiscopo "Uso del tempo" del 2008/2009.

RECENSIONI

AAVV, I magistrati e la forza del rinnovamento. Autoriforma, questione morale, organizzazione (XXX Congresso Associazione nazionale magistrati. Roma, 26-28 novembre 2010), a cura di LUCA PALAMARA.

(IPSOA, 2011, pp. I-XV, 1-415)

Autoriforma, questione morale, organizzazione. Intorno a questi temi si è articolato il Congresso di Roma dell'Anm (Roma, Teatro Capranica, 26-28 novembre 2010), aperto, alla presenza del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, dal presidente dell'Anm Luca Palamara. È con particolare soddisfazione che in questo Congresso abbiamo registrato un'ampia partecipazione dei colleghi, soprattutto di quelli più giovani, del mondo della politica e di quello dell'informazione.

Le posizioni della magistratura si sono confrontate con quelle dell'avvocatura e delle sue organizzazioni.

Non è mancato il contributo dei professori di diritto, dei rappresentanti delle altre magistrature, dei giudici di pace, dei dirigenti e del personale amministrativo della giustizia, dei sindacati confederali, delle associazioni di consumatori e della società civile.

Approfondito è stato il confronto con la politica: sono intervenuti, tra gli altri, il Ministro della Giustizia Angelino Alfano, e i presidenti della Commissione Giustizia del Senato della Repubblica Filippo Berselli e della Camera dei deputati Giulia Bongiorno.

Particolarmente felice è stata la formula della tavola rotonda che, introdotta per la prima volta in questo Congresso ha consentito di ascoltare contemporaneamente il punto di vista di autorevoli magistrati, politici, professori universitari, avvocati e giornalisti.

Il XXX Congresso dell'Associazione nazionale magistrati ha indicato una scelta obbligata: il rinnovamento. L'obiettivo è stato quello di voltare pagina, lasciando alle spalle ciò che non ha funzionato sia della macchina giudiziaria sia all'interno della magistratura.

Il Congresso si è rivolto alla politica per sollecitare interventi urgenti sulle reali problematiche del mondo giustizia e a tutti i magistrati per coinvolgerli in un percorso di cambiamento fondato sull'elaborazione di una nuova idea di autogoverno e di associazione.

L'Anm ha ribadito la netta contrarietà ai progetti di riforma della Costituzione, annunciata dalla maggioranza di governo, in quanto limitativi dell'indipendenza e dell'autonomia dei magistrati senza portare alcun beneficio per il funzionamento della giustizia.

Le vere riforme di cui il Paese ha bisogno sono quelle che incidono sulla durata dei processi.

Purtroppo, a tutt'oggi, continua a mancare un'organica e razionale riforma della giustizia. Abbiamo assistito, infatti, a una serie di interventi episodici e contingenti dettati dall'esigenza di risolvere situazioni legate a singole vicende processuali e sempre mirati a limitare l'autonomia e l'indipendenza della magistratura.

Ciò è avvenuto in occasione delle annunciate riforme costituzionali in materia di separazione delle carriere, di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale e di Csm, nonché in occasione dei non meno insidiosi progetti di legge ordinaria in materia di intercettazione e processo breve.

Abbiamo segnalato, con la dovuta fermezza e facendo sentire forte la nostra voce, le ricadute che le norme avrebbero avuto sul sistema, evitando in questo modo l'approvazione di provvedimenti che avrebbero messo in ginocchio la giustizia.

Questa nostra azione, che ha sofferto in vari momenti di solitudine, ha, comunque, sortito l'effetto di far crescere progressivamente il fronte di quanti, nel mondo politico e nella società in genere, si sono poi convinti del fondamento giuridico e dell'onestà intellettuale delle nostre ragioni.

Io credo che a ciò abbia contribuito anche il metodo che abbiamo scelto: costanza nei contenuti, ma anche disponibilità al confronto e all'ascolto, dialogo, razionalità, nessuna faziosità, rifiuto di ogni atteggiamento pregiudiziale o ideologico. Questo ha dato forza e credibilità all'Associazione e ai valori di autonomia e di indipendenza, di giustizia e di eguaglianza che l'Anm ha posto al centro del suo operato.

Il Congresso ha chiesto alla politica assunzione di responsabilità e coraggio delle scelte. Revisione delle circoscrizioni giudiziarie, innovazione tecnologica, snellimento delle procedure, investimenti per il personale, risorse materiali sono i primi indifferibili provvedimenti per invertire la rotta.

Ma il Congresso ha avuto il coraggio di guardare anche all'interno della magistratura per offrire una riflessione sui temi della professionalità, della questione morale e dell'organizzazione degli uffici. E per avanzare proposte per il recupero di risorse, per la riduzione del contenzioso inutile, per la revisione degli organici, per la definizione dei c.d. "standard di rendimento".

Il superamento del sistema di progressione in carriera basato essenzialmente sull'anzianità e sull'assenza di controlli è un punto di non ritorno; il passo successivo è il definitivo abbandono di un'idea di associazionismo troppo legata al modello di protezione del singolo. L'ammodernamento della magistratura basata attraverso la valorizzazione del merito e della professionalità e la fine di ogni indulgenza nei confronti di una concezione clientelare o corporativa della categoria.

Una nuova via di autogoverno e di associazione, quindi, ma anche prassi e comportamenti nuovi.

Non abbiano ignorato le accuse rivolte al ruolo delle correnti all'interno della magistratura.

Non ignorare le critiche significa riconoscere che il sistema delle correnti non ha funzionato quando ha dato l'impressione di volere occupare ogni spazio nella vita dell'associazione e dell'autogoverno facendo operare le peggiori logiche correntizie, che si sono tradotte in una pressione sul Csm per una gestione clientelare e lottizzatoria degli incarichi direttivi, delle progressioni in carriera, dei fuori ruolo e del sistema disciplinare.

La moralità non deve più costituire una “questione” ma un valore connaturato al ruolo di magistrato. Il Congresso è stato anche l’occasione per presentare il nuovo codice deontologico dei magistrati.

L’onda del cambiamento acquisterà energia con la costante e strenua difesa dei valori costituzionali.

La forza del rinnovamento sarà nei traguardi: efficienza della giustizia, credibilità della magistratura e, dunque, fiducia dei cittadini.

Roma, 3 giugno 2011

Luca Palamara

Presidente dell’Associazione nazionale magistrati

ALEJANDRA BOTO ÁLVAREZ, La administración instrumental en el proceso. Prólogo de LEOPOLDO TOLIVAR ALAS.

(Madrid: Editorial Reus, 2011)

Recensione di Glauco Nori*

La Dott.ssa Alejandra Boto Álvarez dell’Università di Oviedo, che ha conseguito il Dottorato europeo di Diritto amministrativo, ha fatto pervenire una sua recentissima pubblicazione su *L’Amministrazione strumentale nel processo*.

È un atto di cortesia dell’Autrice, che ha avuto occasione di frequentare l’Avvocatura Generale dello Stato per diversi colloqui che, partendo dal sistema italiano di difesa dello Stato, si sono estesi a questioni di teoria generale.

L’interesse della Dott.ssa Boto Álvarez agli aspetti di teoria generale si rispecchia nel Suo lavoro.

Si tratta di un volume (di 431 pagine) che già nella forma redazionale preannuncia il valore sistematico dell’opera, ma che è solo una parte della tesi di dottorato.

L’opera è dotata di tre appendici giurisprudenziali: spagnola, italiana e canadese (in Italia e Canada l’Autrice ha svolto ricerche accurate di diritto comparato).

Nell’appendice italiana gli argomenti sono distinti con cura tra: *La natura amministrativa delle Autorità indipendenti in Italia; Possibilità di una controversia giurisdizionale tra due amministrazioni statali; Il patrocinio dell’Avvocatura dello Stato per le Regioni; il patrocinio dell’Avvocatura dello Stato per le Università; il patrocinio dell’Avvocatura dello Stato per le Autorità indipendenti; l’applicazione del diritto amministrativo alle società commerciali; il patrocinio dell’Avvocatura dello Stato per le società commerciali; il ricorso preventivo; il regime speciale delle comunicazioni processuali; il foro speciale; la condanna alle spese; la gestione tecnica delle liti.*

Su tutti gli argomenti è richiamata la giurisprudenza del Consiglio di Stato; della Corte

(*) Avvocato dello Stato, Presidente emerito del Comitato scientifico di questa *Rassegna*.

di cassazione e, laddove c'è stata, della Corte costituzionale.

La bibliografia è amplissima, distinta in teoria generale, monografie, articoli e capitoli di libri ed altri documenti, dove è ben rappresentata la Dottrina italiana.

L'indagine è di interesse particolare anche sotto il profilo del metodo.

L'Autrice ha dovuto districarsi in una materia resa complicata dalla moltiplicazione di soggetti, con struttura diversa, che non sempre sono classificati in forma univoca.

L'eterogeneità delle discipline, per uno studio sistematico, ha richiesto la messa a punto di una strumentazione di analisi accurata, che ha consentito di individuare le incoerenze, in pratica inevitabili in una normativa complessa.

L'opera sarà utile anche al lettore italiano, non solo per i riferimenti comparatistici al nostro ordinamento, ma anche per la possibilità di applicare gli stessi strumenti di analisi allo studio del diritto nazionale.

La mole del lavoro nello spazio di una recensione consente solo qualche accenno delle questioni trattate.

L'Autrice, dopo essersi soffermata sulla nozione di ente pubblico, utilizzando anche in proposito riferimenti comparatistici, mette in evidenza come l'attribuzione della personalità giuridica ad una gran quantità di organismi strumentali crei difficoltà per la complessità dell'organizzazione pubblica che ne consegue.

Il punto di partenza è stato, naturalmente, la definizione di Amministrazione strumentale, attraverso l'esame della legislazione, non sempre omogenea, che si è succeduta nel tempo.

Malgrado la notevole affinità dei due sistemi, l'Autrice rileva come le ricerche comparate svolte dalla dottrina italiana abbiano come riferimenti prevalentemente il diritto francese e tedesco insieme al diritto svedese, inglese e degli Stati Uniti, ma non il diritto spagnolo, ritenuto talvolta non utile per avere attinto i criteri di classificazione dalla pubblicistica italiana.

Da esaminare con attenzione, anche da parte dei ricercatori italiani, è la seconda parte del lavoro, dove sono affrontati argomenti che non sempre sono tenuti distinti in indagini analoghe, in particolare, la capacità processuale degli enti come inerente alla loro personalità giuridica.

Anche se la questione in Italia sembra ormai superata, forse proprio per questo di particolare interesse è la disamina delle questioni che possono insorgere per la legittimazione degli enti strumentali ai giudizi amministrativi, dove la controparte è un ente della stessa natura.

La parte finale dello studio è dedicata alla difesa in giudizio.

Anche su questo argomento è richiamato il sistema italiano, esaminato con un'attenzione concentrata sul c.d. foro erariale.

In conclusione, l'opera sarà utile anche ai lettori italiani, in particolare, vale la pena di ripeterlo, per i criteri metodologici adottati, che dovrebbero essere sempre rigorosi, soprattutto quando si affrontano questioni che interessano il settore pubblico.

Finito di stampare nel mese di gennaio 2012
Servizi Tipografici Carlo Colombo s.r.l.
Via Roberto Malatesta n. 296 - Roma