TUTOR MAGISTRALIS
MARIA ROSARIA SODANO

VII e VIII Settimana
Diritto Amministrativo
I PARTE

I Traccia: Il candidato, dopo aver esaminato la disciplina europea delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, ne verifichi la concreta attuazione attraverso la disamina della legislazione nazionale con particolare riguardo alla disciplina dell'affidamento diretto e ai limiti posti dalla legislazione eurounitaria

II Traccia: il candidato, dopo aver illustrato il principio generale di diritto ambientale "chi inquina paga", ne dia concreta esemplificazione analizzando le misure amministrative di prevenzione e di riparazione previste dal codice dell'ambiente

III Il candidato, premessi cenni generali sulla natura e disciplina giuridica dell'indennità di riscatto, esamini la disciplina dell'arbitraggio amministrativo delineandone le differenze (e interferenze) con l'arbitrato privato.

IV Traccia: Le responsabilità amministrativa e penale in tema di danno ambientale

IV Traccia: il legittimo affidamento delle imprese beneficiarie di aiuti di stato

V La tutela paesaggistica come valore unitario

Sommario Generale: la riforma dei servizi pubblici (p.1). 2. Modelli societari (p.85).3. I controlli sulle società pubbliche(p.60). 4. I servizi pubblici(p.68). 5. Il trasporto pubblico locale (p.94). 6.L'indennità di riscatto dei pubblici servizi (p.111). 7. L'ambiente (p.144). 8. I principi in tema di ambiente (p.150). 9. Il danno ambientale (p.167). 10. L'azione di classe (p. 171). 11. La disciplina e riparazione del danno ambientale (p. 178). 12. Ancora sul danno ambientale (p.241). 13. Guida all'espropriazione per pubblica utilità (p. 244). 14. Gli indennizzi automatici agli utenti di servizi pubblici (p.255). 15. La nuova disciplina delle indennità nelle aree edificabili (p. 265). 16. Indennità di esproprio e di occupazione (p.268). 17. Riparto di giurisdizione (p.269). 18. Il danno erariale (p. 279). 19. Ancora sul riparto (p. 284). 20. Aiuti di stato (p. 287). 21. Legittimo affidamento (p.301) (p.308). 22. La tutela del paesaggio (p.332).

LA RIFORMA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA

ATTI DEL CONVEGNO

VALLO DELLA LUCANIA – 26 GIUGNO 2009 –

PALAZZO DI GIUSTIZIA

Aula G. Sofia

Gianmario Palliggiano

Magistrato Tar Salerno

L'evoluzione legislativa della gestione dei servizi pubblici locali dalla legge Giolitti al Testo unico degli enti locali (*)

(*) Il presente lavoro costituisce un approfondimento della relazione svolta dal dott. Gianmario Palliggiano nel corso del convegno

1. Il servizio pubblico in generale

Un discorso sui servizi pubblici locali rende opportuna una breve indagine sul concetto di servizio pubblico in generale il cui studio aiuterà a comprendere meglio la nascita e lo sviluppo delle attività di prestazione svolte dagli enti locali.

1.1. Genesi

L'esercizio di poteri autoritativi e delle funzioni di regolazione da parte delle pubbliche amministrazioni appaiono sempre più insufficienti a garantire il soddisfacimento dei bisogni delle persone e dei gruppi sociali, in particolare quando si abbia riguardo alla cura di interessi che le persone non sono in grado di realizzare autonomamente e che le forze politiche ritengono meritevoli di considerazione[1].

Ai pubblici poteri è oggi richiesto lo svolgimento di attività che si aggiungono alle tradizionali funzioni quali: difesa, amministrazione della giustizia, sicurezza interna, ordine pubblico, fisco.

Ciò rappresenta il naturale sviluppo del Welfare State (Stato sociale), modello politico affermatosi in Europa nel corso del XX secolo, secondo cui i pubblici poteri, oltre che regolare ed esercitare l'autorità, devono anche assicurare prestazioni, rendendo possibile la fruizione economicamente accessibile di alcuni beni e servizi, sempre più percepiti dalla collettività come essenziali ed irrinunciabili[2].

La pubblica amministrazione gestisce allora la sanità e l'istruzione; organizza la previdenza, i trasporti ed i mercati; costruisce strade, ponti, centri sportivi, compie studi, ricerche; istituisce osservatori economico statici.

La progressiva estensione del suffragio elettorale, con l'affermazione del c.d. Stato pluriclasse, ha inevitabilmente comportato una maggiore sensibilità verso le esigenze sociali che partivano dal basso. Ciò ha determinato gradualmente una crescita qualitativa e quantitativa dell'intervento dello Stato che non solo ha fornito un sostanziale aiuto ai cittadini ma ha rappresentato anche un determinante propulsore per il riequilibrio economico e sociale.

Questi fenomeni aiutano a meglio comprendere perché i pubblici poteri si siano concentrati molto sulle prestazioni, in misura a volte prevalente ai compiti di regolazione ed all'esercizio stesso delle funzioni autoritative pubbliche.

Non a caso queste attività, benché d'impronta propriamente privatistica, sono ormai percepite come qualificanti il ruolo dei soggetti pubblici.

L'attività di prestazione dei servizi ai cittadini ha ormai acquisito un rilievo così importante da affiancarsi a pieno titolo alle tradizionali funzioni che si svolgono mediante provvedimenti autoritativi, connotando il ruolo della moderna amministrazione. L'intervento pubblico diviene così, entro certi limiti, doveroso ed essenziale in settori determinanti della vita consociata, senza

eliminare la presenza privata la quale, anzi, proprio nell'ambito del servizio pubblico trova ancora spazi significativi.

Il tema dei servizi pubblici si caratterizza così come punto di convergenza di diverse problematiche di diritto pubblico amministrativo, tra le quali si sottolineano:

- l'elemento organizzativo, posto che l'amministrazione deve garantire la soddisfazione di alcuni bisogni apprestando le strutture necessarie ed individuando idonee modalità di erogazione dei servizi;

- il fattore economico, nel senso che la scelta delle attività da assumere a servizio pubblico per soddisfare bisogni della collettività, e di riflesso la scelta sul modulo organizzativo da adottare, dipendono dalle risorse economiche disponibili, reperite mediante prelievo tributario oppure con il pagamento di una tariffa a titolo di corrispettivo per il servizio reso; in alcuni casi, la Costituzione impone allo Stato di non riservare all'iniziativa esclusiva dei privati settori particolarmente sensibili, tra i quali l'istruzione;

- il problema delle posizioni giuridiche dei cittadini utenti;

- il tema delle autonomie territoriali, coinvolte in misura rilevante nell'attività di erogazione dei servizi sia per il fatto di essere enti pubblici a fini generali sia per la forte vocazione verso il sociale che naturalmente manifestano in considerazione del rapporto di prossimità con gli elettori;

- il rapporto pubblico-privato, nel senso degli strumenti di coinvolgimento del capitale privato nella gestione e nell'organizzazione dei servizi pubblici (partenariato e società miste pubblico privato).

1.2. Nozione di servizio pubblico

Definire la nozione di servizio pubblico è una delle imprese più ingrate per il cultore del diritto pubblico[3].

La giurisprudenza francese[4], già dalla fine del secolo XIX, aveva associato il concetto di service public al diritto amministrativo e poi all'idea stessa di Stato in senso costituzionale.

In Italia, peraltro, fino a quando i rapporti tra apparati pubblici e privati cittadini non furono regolati da un regime "a diritto amministrativo" non fu possibile enucleare un concetto autonomo di servizio pubblico, non essendo distinguibili in modo chiaro l'agire autoritativo da quello paritetico della pubblica amministrazione. Non a caso, ai fini dell'impugnativa giurisdizionale davanti al giudice ordinario, l'art. 2 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo equiparava i comportamenti agli atti amministrativi.

Di norma, il riferimento al servizio pubblico rimanda ad un compito realizzato da un soggetto o da un gruppo di soggetti nell'interesse generale. Per il profilo soggettivo è ormai pacifico che il servizio pubblico possa essere svolto anche da privati. Il problema dell'identificazione è allora oggettivo, sui contenuti.

Ad avviso di autorevole dottrina[5] una ricerca sulla nozione giuridica del servizio pubblico appare francamente inutile ed oziosa posto che essa altro non è che un riflesso congiunturale di concetti elaborati dalla scienza economica.

Non a caso, peraltro, le norme che parlano di servizi pubblici evitano di fornirne una nozione, con la vistosa eccezione del diritto penale, settore dell'ordinamento positivo vincolato al rispetto del principio di tassatività della norma.

Il nostro codice penale configura alcuni reati specifici contro la pubblica amministrazione in quanto commessi da un "pubblico ufficiale" oppure da un "incaricato di un pubblico servizio".

L'art. 357 cod. pen., comma 1, considera pubblici ufficiali, agli effetti della legge penale, coloro che esercitano una "pubblica funzione" legislativa, giudiziaria o amministrativa.

Il comma 2 chiarisce che è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi, caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi e certificativi.

L'art. 358 cod. pen. stabilisce che, agli effetti della legge penale, per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, caratterizzata però dalla mancanza dei poteri tipici di questa ultima e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale.

La definizione del codice penale è preziosa perché, sebbene valevole nell'ambito del diritto penale, esprime comunque un'indicazione dell'ordinamento positivo di cui la normativa penale fa parte. Ha comunque il limite dell'assenza di indicazioni circa il contenuto del servizio pubblico.

Anche la L. 12 giugno 1990 n. 146 fornisce un contributo al sistema, comunque non risolutivo. La legge disciplina l'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali volti a garantire il godimento dei diritti della persona tutelati dalla Costituzione: vita, salute, libertà e sicurezza, libertà di circolazione, assistenza e previdenza sociale, istruzione e libertà di comunicazione.

Questa normativa ha dunque enfatizzato l'interesse generale di imprese regolamentando il diritto di sciopero nel settore delle relazioni sindacali non chiarendo però gli elementi propri e specifici sui quali dovrebbe reggersi la figura del servizio pubblico.

Vi sono però situazioni nelle quali un chiarimento interpretativo sarebbe quanto mai opportuno. E' il caso delle norme che fanno comunque riferimento ai servizi pubblici senza però indicarne in alcun modo il tipo di attività. Si cita ad esempio, l'art. 826, comma 3, cod. civ., che fa discendere dalla destinazione a servizio pubblico l'appartenenza di un bene al patrimonio indisponibile.

Per quanto possa apparire superfluo, va poi menzionato, considerata l'importanza, l'art. 33 del d. lgs. 80 del 1998 - sostituito dall'art. 7 l. 205/2000 - che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi. La norma, ai fini del riparto di giurisdizione, accoglie una nozione ampia di pubblico servizio, senza però definirlo, includendovi anche le attività di vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, tradizionalmente estranee a tale nozione.

Rispetto alla formulazione originaria dell'art. 33 d. lgs. 80/1998 (che si riferiva a "tutte le controversie"), l'intervento "correttivo" ad opera della sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale[6] ha determinato un notevole ridimensionamento dell'ambito della sua applicazione[7].

Deve quindi concludersi che non esiste una definizione normativa dell'attività costituente il servizio pubblico.

E' più proficuo allora percorrere un'altra strada che guarda da un lato agli elementi organizzativi e dall'altro ai destinatari. In questo senso la figura del servizio pubblico va fondamentalmente ricercata come modello generale di organizzazione che i pubblici poteri possono utilizzare per le attività rivolte ad una collettività e rispondenti ad un interesse generale, eventualmente collegate a funzioni pubbliche, nella misura in cui il loro svolgimento non richieda l'esercizio di poteri.

L'assenza di aspetti autoritativi comporta la possibilità di far uso della capacità di diritto privato anche con il ricorso ad organismi di gestione specializzati, la cui forma giuridica può essere quella delle società per azioni a partecipazione pubblica esclusiva, mista pubblico-privata o totalmente privata.

Per delimitare la nozione di servizio pubblico, possiamo a questo punto considerare superata la contrapposizione tra la concezione così detta soggettiva, che guarda alla natura pubblica del soggetto che eroga il servizio, e quella così detta oggettiva, che guarda invece al destinatario del servizio.

Il servizio pubblico è più esattamente individuabile nella relazione tra soggetto pubblico, o anche privato, che organizza un'offerta pubblica di prestazioni rendendola doverosa, ed utenti, al fine di soddisfare in modo continuativo i bisogni della collettività di riferimento, in capo alla quale sorge un'aspettativa giuridicamente rilevante.

Il servizio è quindi "pubblico" perché fondamentalmente rivolto al pubblico degli utenti[8], per la soddisfazione dei bisogni della collettività e per il fatto che, a monte, un soggetto pubblico lo assume come doveroso, anche se poi materialmente sia gestito da un privato.

Sul punto si segnala un'interessante decisione del Consiglio Stato[9] secondo cui ai fini della qualificazione di un'attività come servizio pubblico locale o meno occorre considerare l'art. 112 del d. lgs. 267 del 2000 (testo unico degli enti locali – TUEL).

La norma afferma che alla gestione dei servizi pubblici di competenza locale provvedono gli enti territoriali di riferimento; appartengono inoltre a questa categoria d'intervento i "servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali". L'indicazione è molto ampia tale da includere qualsiasi attività svolta dal comune o dagli altri enti locali. La genericità della norma si spiega con la circostanza che gli enti locali sono enti a fini generali dotati di autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria (art. 3 TUEL), nel senso che essi hanno la facoltà di determinare da sé i propri scopi e, in particolare, di decidere quali attività di produzione di beni e di servizi siano assunte come doverose, purché genericamente rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile della comunità locale di riferimento (art. 112 TUEL).

Quel che rileva è perciò la scelta politico-amministrativa dell'ente locale di prendere in carico il servizio, al fine di soddisfare in modo continuativo obiettive esigenze della comunità.

Traendo sul punto le conclusioni, la qualificazione di servizio pubblico locale spetta a quelle attività caratterizzate, sul piano oggettivo, dal perseguimento di scopi sociali e di sviluppo della società civile, selezionati in base a valutazioni di carattere eminentemente politico, coinvolgendo la destinazione delle risorse economiche disponibili e la portata dell'impegno, e, sul piano soggettivo, dalla riconduzione diretta o indiretta (per effetto di rapporti concessori o di partecipazione all'assetto organizzativo dell'ente) ad una figura soggettiva di rilievo pubblico[10].

Per la configurabilità di un servizio pubblico locale occorre quindi che il medesimo abbia una sua soggettiva ed oggettiva qualificazione, la quale deve garantire la realizzazione di prevalenti fini sociali, oltre che la promozione dello sviluppo economico e civile delle relative comunità. Non è invece servizio pubblico l'attività alla quale non corrisponda una specifica pretesa degli utenti, come avviene per la gestione di un'opera pubblica o anche per i servizi resi all'amministrazione: si pensi al servizio di pulizia o manutenzione degli immobili, oppure alla gestione del calore degli edifici pubblici[11].

Non sono però mancate interpretazioni che hanno esteso la portata del servizio pubblico, includendo, ad esempio, anche la manutenzione delle strade, valorizzandone in questo caso l'aspetto politico della scelta compiuta dall'ente territoriale[12].

1.3. I soggetti erogatori del servizio pubblico

La tendenza pragmatica dei sistemi giuridici di common law, tra i quali l'ordinamento americano, ha considerato naturale che in materia di public utilities determinati servizi, benché proiettati alla soddisfazione di un interesse della collettività, possano essere prodotti e distribuiti anche da soggetti privati.

Le public utilities riguardano in particolare la produzione e l'offerta di servizi tecnologici di utilità collettiva distribuiti nel territorio nazionale, come l'energia (elettricità e gas), l'acqua, le comunicazioni (telefoni, radio Tv, poste) i trasporti (linee aeree, ferroviarie, autostrade). Soprattutto in passato, a questi servizi sono stati affiancati anche i settori di base (acciaio, carbone, petrolio, energia atomica) e le istituzioni finanziarie, in cui frequentemente il settore pubblico di fatto svolge un ruolo rilevante.

Su questo aspetto, nei paesi europei, tra i quali l'Italia, si è registrata una forte evoluzione impressa dall'ordinamento comunitario.

La preoccupazione che il diritto comunitario potesse essere interpretato in senso contrario all'idea stessa di servizio pubblico ha fatto sì che il Trattato di Amsterdam, che ha modificato il Trattato CE, abbia introdotto una nuova disposizione che sottolinea "l'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale" (art. 16 TrCE).

Venendo al nostro ordinamento, solo l'art. 43 della Costituzione si occupa espressamente dei servizi pubblici; la norma prevede che l'attività d'impresa in determinati settori, che si riferiscono a servizi pubblici essenziali, sia svolta esclusivamente dalla mano pubblica (o da cooperative di lavori).

L'art. 43 costituisce il fondamento costituzionale della municipalizzazione, consentendo che il servizio pubblico sia individuabile in tutte le occasioni nelle quali ci si trovi in presenza di esigenze con un livello significativo di utilità generale.

La Costituzione garantisce comunque i diritti civili e politici impegnando, con norme rilevanti (artt. 3, 4, 32, 33, 34, 35, 38), lo Stato legislatore ed i soggetti istituzionali a svolgere attività pubbliche al fine di perseguire l'eguaglianza sostanziale tra i cittadini.

Deve a questo punto distinguersi tra assunzione del servizio e sua erogazione.

Il servizio pubblico è assunto[13] dal soggetto pubblico con legge o con un atto generale, che ne rende doverosa la conseguente attività[14]. Il momento dell'assunzione dunque non può che essere

riservato all'autorità pubblica perché consegue ad una valutazione dei bisogni riservata ai soggetti pubblici o, per meglio dire, al livello politico.

Alla fase dell'assunzione del servizio segue quella della sua erogazione e, cioè, la concreta attività volta a fornire la prestazione.

L'erogazione del servizio, va chiarito, non consiste semplicemente in un'attività materiale. Nella delimitazione e nell'attuazione del rapporto tra utente e soggetto erogatore vengono infatti in evidenza atti e fatti di varia natura[15]: legislativi, amministrativi autoritativi, operazioni materiali e contratti di diritto comune (contratti di utenza).

L'ordinamento prevede forme tipizzate di gestione, contemplando spesso anche l'intervento di soggetti privati. E' crescente il fenomeno conosciuto come "esternalizzazione" che si verifica allorché l'esercizio di attività amministrative sia affidato a soggetti diversi dalla pubblica amministrazione, spesso in virtù del principio di sussidiarietà orizzontale; il che avviene attingendo a svariati moduli giuridici già conosciuti dall'ordinamento (concessioni, convenzioni, affidamenti, appalti).

Il legislatore ha introdotto anche l'impiego del "contratto di servizio", strumento per disciplinare i rapporti tra amministrazione e soggetto esercente[16].

1.4. Le tipologie di servizi pubblici

Diverse sono le classificazioni dei servizi pubblici.

Come sopra si è visto, l'art. 43 Cost. consente che la legge possa riservare originariamente o trasferire, espropriando con indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici, a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie d'imprese che svolgano attività le quali, avendo carattere di preminente interesse generale si riferiscano a servizi pubblici essenziali. In questo caso, il riconoscimento dell'esistenza di questi servizi, comporta il rifiuto delle logiche del mercato.

Per quanto concerne l'istruzione, invece, gli artt. 33, 34 e 38 Cost. impediscono la creazione di un monopolio pubblico, essendo garantita l'apertura a tutti dello svolgimento del servizio scolastico. fruizione) e di assistenza (v.

Diversa dalla nozione di servizi pubblici essenziali è quella di servizi indispensabili, per tali intendendosi a livello locale i servizi "ritenuti necessari per lo sviluppo della comunità". Tali servizi sono finanziati dai contributi fiscali stabiliti per la loro erogazione e da entrate tributarie integrative. Stato o regioni sono tenuti a garantire risorse finanziarie compensative nel caso in cui introducano, per legge, la gratuità per taluno dei servizi pubblici di comuni e di province, ovvero ne determinino prezzi e tariffe inferiori al costo effettivo della prestazione (v. art. 149, comma 8, T.U. enti locali).

Altra distinzione va fatta per i servizi sociali, che l'art. 128 e seguenti del d. lgs. 112 del 1998 definisce come le prestazioni destinate a rimuovere situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona incontra nel corso della vita. Essi sono quindi prevalentemente orientati alla promozione del benessere della persona; si caratterizzano per il fatto che la loro predisposizione è doverosa da parte degli enti pubblici competenti, aspetto che tuttavia non esclude la possibilità di gestione anche da parte per i privati.

In definitiva, mentre l'ordinamento da un lato impone l'intervento pubblico (come avviene per sanità e scuola), dall'altro non esclude il mercato, al quale riserva uno spazio per l'iniziativa dei privati che negli anni appare sempre più visibile, anche grazie alle iniziative ed alle organizzazioni di

volontariato. A questo riguardo, la L n. 328 del 2000, legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali, ha disciplinato in modo completo il fenomeno dell'assistenza sociale, considerando unitariamente i differenti servizi oggetto di discipline settoriali e precisando che per "interventi e servizi sociali" s'intendono tutte le attività previste dall'art. 128 d.lgs. 112 del 1998.

Questi servizi hanno la finalità di rimediare all'emarginazione e di promuovere l'integrazione sociale. D'altronde, per il profilo costituzionale, i servizi sociali costituiscono l'applicazione concreta del dovere di solidarietà, principio sancito dall'art. 2 Cost., riferibile sia ai soggetti che gestiscono sia ai soggetti destinatari del servizio[17].

Relativamente recente è la nozione di servizio universale, che costituisce l' "insieme minimo definito di servizi di qualità determinata, accessibili a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e ... a un prezzo accessibile"[18]. E' un servizio rivolto per definizione a tutti i cittadini, indipendentemente dalle loro condizioni personali ed economiche e dall'ubicazione territoriale, in considerazione dell'importanza e della funzione sociale che la prestazione riveste.

Sul punto va spesa qualche parola in merito all'ordinamento comunitario, considerato che la nozione di servizio universale nasce in questo ambito[19].

Va chiarito che, nel diritto comunitario, non figura l'espressione servizio pubblico, al contrario radicata per ragioni culturali e storiche nella tradizione giuridica italiana. Si è già detto che la nozione di servizio pubblico non è affatto univoca e presenta nei vari Stati membri significati diversi, riferendosi di volta in volta al fatto che un servizio è offerto alla collettività ovvero in altri è offerto da un ente pubblico[20].

Al fine di non pregiudicare l'autonomia degli stati membri, il Trattato ha scelto di adoperare la nozione di "servizi di interesse economico generale" e di elaborare nei documenti delle istituzioni comunitarie la nozione di "servizi di interesse generale"

Ai sensi dell'art. 86, par. 2 (ex art. 90), del Trattato Ce le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale soggiacciono alle norme del Trattato, con particolare riguardo al regime della concorrenza nei limiti in cui l'applicazione delle norme comunitarie non si frapponga all'adempimento della particolare missione loro affidata.

La norma del Trattato vuole impedire che la situazione di vantaggio riconosciuta all'impresa che eroghi il servizio si estenda oltre il necessario[21].

Non a caso, l'art. 16 (ex art. 7D) considera l'importanza dei servizi di interesse economico generale, nell'ambito dei valori comuni dell'unione, ed il ruolo significativo nella promozione della coesione sociale e territoriale. Per questo stabilisce che la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del Trattato, provvedono affinché i servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i compiti.

L'introduzione a livello comunitario della nozione di servizio universale comporta che i servizi pubblici non costituiscono soltanto un limite alla concorrenza, ma uno strumento col quale i poteri pubblici (comprese le autorità comunitarie) spingono e promuovono "la coesione sociale e territoriale".

Sempre sotto l'influsso dell'ordinamento comunitario, il nostro Paese ha liberalizzato alcuni settori, in origine chiusi, aprendoli al mercato.

Le attività liberalizzate erano, di norma, in passato gestite in situazione di monopolio da concessionari di servizi pubblici, con barriere all'ingresso destinate ad essere gradualmente abbattute, superando per l'appunto i monopoli con l'abolizione di alcuni diritti speciali ed esclusivi: il completamento della liberalizzazione impone l'uso comune dell'infrastruttura, separando gestione della rete da gestione del servizio.

Alla liberalizzazione nel mercato ha fatto seguito come contrappeso la regolamentazione del mercato medesimo, con la conseguenza che alcune prestazioni possono oggi essere svolte da più imprenditori, spesso in regime di autorizzazione e talvolta con l'imposizione di obblighi di servizio. La liberalizzazione può essere anche parziale, comportando comunque il superamento dell'integrazione verticale e, cioè, la concentrazione di tutte le attività relative al settore in capo ad un unico soggetto.

1.5. I principi applicabili ai servizi pubblici

Quali sono i principi giuridici che permeano l'azione delle amministrazioni, applicabili al settore dei servizi pubblici?

Vi è in primo luogo il principio di continuità della prestazione: rispondendo il servizio ad un bisogno della collettività, esso non può subire interruzioni né essere erogato saltuariamente o episodicamente.

Riguardo al principio di economicità, l'art. 114, comma 4, T.U. enti locali, afferma che anche i servizi sociali debbono essere erogati rispettando il criterio dell'economicità, vale al dire del pareggio tendenziale tra costi e ricavi.

Riguardo ai principi di qualità, tutela e partecipazione, il decreto 286/1999, che ha introdotto il sistema dei controlli interni, impone l'erogazione dei servizi pubblici secondo prassi che tendano a migliorare la qualità, assicurino la tutela dei cittadini e degli utenti e la loro partecipazione nelle forme, anche associative, riconosciute dalla legge alle inerenti procedure di valutazione e definizione degli standard qualitativi.

L'art. 101 del d.lgs. 206 del 2005, cd. codice del consumo, dispone che la legge stabilisca, per determinati enti di gestori, l'obbligo di dotarsi di carte dei servizi, le quali hanno il compito di rendere espliciti i caratteri ed i contenuti dei servizi offerti al pubblico.

Lo strumento della Carta di qualità dei servizi non è nuovo. Già l'articolo 2 del d.l. 12 maggio 1995 n. 163 (convertito dalla legge 273/1995) prevedeva l'emanazione con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di "schemi generali di riferimento di carte di servizi pubblici", da adottarsi successivamente dagli enti erogatori. In seguito, l'articolo 11 del d. lgs 30 luglio 1999 n. 286, tuttora vigente, prevede che "le modalità di definizione, adozione e pubblicizzazione degli standard di qualità, i casi e le modalità di adozione delle carte dei servizi, i criteri di misurazione della qualità dei servizi, le condizioni di tutela degli utenti, nonché i casi e le modalità di indennizzo automatico e forfetario all'utenza per mancato rispetto degli standard di qualità" sono stabilite con direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri. In particolare, per le regioni e gli enti locali, è previsto che si provveda "con atti di indirizzo e coordinamento adottati d'intesa con la conferenza unificata". L'articolo 2, comma 163, del decreto legge 3 ottobre 2006 n. 262, prevede che, in attuazione del citato articolo 11 del D. lgs 286 del 1999, il Dipartimento della funzione pubblica adotta "un piano per il miglioramento della qualità dei servizi resi dalla pubblica amministrazione e dai gestori di servizi pubblici", definendo in particolare "sistemi di misurazione della qualità dei servizi resi all'utenza".

Da ultimo, l'art. 2, comma 461, L. n. 244 del 2007 (legge finanziaria per il 2008) introduce una pluralità di disposizioni tese ad accentuare la tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti, ed "a garantire la qualità, l'universalità e l'economicità" delle prestazioni rese nell'ambito di servizi pubblici locali.

La disposizione, in particolare, chiarisce che nei contratti di servizio dev'essere previsto, tra l'altro:

a) l'obbligo per il soggetto gestore di emanare una Carta della qualità dei servizi, da redigere e pubblicizzare d'intesa con le associazioni di tutela dei consumatori e con quelle imprenditoriali. La carta deve indicare gli standard di qualità e quantità relativi alle prestazioni erogate; le modalità di redazione ed eventuali procedure conciliative, e "le modalità di ristoro dell'utenza, in forma specifica o mediante restituzione totale o parziale del corrispettivo versato, in caso di inottemperanza";

b) la consultazione obbligatoria delle associazioni dei consumatori;

c) l'istituzione di una "sessione annuale di verifica del funzionamento dei servizi". Queste disposizioni prevedono un forte coinvolgimento delle associazioni dei consumatori, con poteri di intervento superiori e più specifici di quelli fino a ora previsti.

2. I servizi pubblici locali

2.1. La storia dei servizi pubblici locali in Europa e negli Stati Uniti d'America: cenni.

Rispetto agli altri paesi europei, l'Italia affrontò con ritardo il problema politico, economico e giuridico dei servizi locali.

L'Inghilterra fu invece tra le prime nazioni a sperimentare il fenomeno della municipalizzazione. Ciò fu determinato principalmente dalla crescente necessità di fare in modo che i servizi pubblici, sino ad allora gestiti in regime di monopolio da «Compagnie» private, fossero messi in condizione di soddisfare le pressanti esigenze della cittadinanza anche in conseguenza del processo di massiccia industrializzazione e del conseguente aumento demografico delle maggiori città.

L'iniziativa privata era cinicamente ispirata da finalità di profitto, essa quindi si mostrava da sola inadeguata a soddisfare le nuove richieste della collettività.

Il pragmatismo inglese evitò tuttavia che gli obiettivi pubblici fossero raggiunti con la "rivoluzione sociale" che di recente aveva scosso l'Europa. La società britannica conobbe così alla fine del XIX secolo il Fabianismo, un movimento politico e sociale facente capo alla Fabian Society, associazione istituita a Londra nel 1883, che proponeva come proprio scopo istituzionale l'elevazione delle classi lavoratrici per renderle idonee ad assumere il controllo dei mezzi di produzione[22].

Il movimento, grazie alla pressione incruenta esercitata sulle strutture politiche del tempo, consentì all'Inghilterra di raggiungere considerevoli risultati che posero quella nazione all'avanguardia nell'opera di miglioramento delle condizioni delle classi sociali.

In particolare, la municipalizzazione dei servizi fu attuata tramite l' "Associazione per le Corporazioni municipali", alla quale parteciparono circa trecento municipi, compresi i borghi del Galles e dell'Irlanda. L'Associazione attuò un programma rivolto alla valorizzazione delle attività alle quali, nell'interesse delle singole comunità, i municipi potevano chiedere di essere coinvolti.

Grazie alle spinte solidaristiche dell'Associazione, si ebbe tra l'altro un miglioramento delle condizioni igieniche e sanitarie delle principali città, realizzato mediante la ricostruzione di quartieri

insalubri. Questo incentivò l'intervento diretto delle singole amministrazioni locali nella gestione dei principali esercizi pubblici: gli acquedotti, il gas, le tramvie e l'elettricità, attività che furono assunte in via diretta, soddisfacendosi in tal modo – anche grazie alla disciplina normativa subentrata fra il 1847 e il 1894 – le necessità di risanamento igienico e sanitario.

In Francia, paese che emergeva da circa un secolo di lotte interne figlie della Rivoluzione, il problema dei servizi pubblici fu assunto in prima battuta dal Partito socialista che, al Congresso di Le Havre nel 1880, introdusse nell'agenda politica il programma del "socialismo municipale" con il quale si affermava il principio d'indipendenza dei comuni per la parte relativa all'amministrazione ed alla polizia.

Il programma annoverava, fra gli altri, l'obiettivo della gestione diretta dei principali servizi pubblici con la previsione della clausola della fornitura gratuita o, almeno, al prezzo di costo, per gli operai.

In seguito ad una serie di contrasti fra le varie tendenze e correnti socialiste, la municipalizzazione fu attuata in Francia, in modo molto simile all'Italia, per il tramite di leggi speciali per la gestione diretta di alcuni servizi pubblici con o senza monopolio. L'intervento legislativo fu quindi il risultato, entro limiti contenuti, del compromesso fra la tendenziale resistenza, a volte radicale, della classe politica dirigente e dei gruppi capitalistici e la pressione sociale dal basso determinata dalle crescenti necessità collettive.

L'esperimento della gestione diretta venne attuato anche in Belgio limitatamente al comune di Bruxelles e solo per il gas illuminante e il riscaldamento.

La fine della prima guerra mondiale, con i primi accenni di una incipiente crisi economica, produsse tra gli altri il fenomeno dell'urbanesimo.

Lo spostamento delle popolazioni dalle campagne alle città era dettato dalla ricerca di condizioni di vita meno precarie e di un reddito certo. Tutto questo dilatò a dismisura le pretese collettive alle quali, seppure in linea con i tempi critici, si diede risposta mediante l'assunzione diretta di una vasta categoria di servizi, quali le cucine popolari, la vendita della carne e del pesce congelati, le case popolari, persino i cinematografi e le assicurazioni.

Per l'epoca attuale si farebbe difficoltà ad attribuire il carattere "pubblico" a molti di tali servizi, carattere che tuttavia va rapportato al primo dopoguerra, momento nel quale le difficoltà economiche di vaste categorie della popolazione potevano essere alleviate proprio grazie all'intervento pubblico statuale.

La Spagna estese la "municipalizzazione" a tutti i comuni solo a seguito della riforma dell'ordinamento comunale del 1924. Con la nuova disciplina i comuni furono autorizzati all'assunzione diretta anche con privilegio di monopolio.

L'ampia autonomia di cui godevano i comuni in Germania ed in Austria, agevolò l'espansione dei servizi pubblici anche attingendo spesso allo strumento dei consorzi cui furono ammessi a partecipare tanto i comuni, le province e i distretti, quanto società miste.

Negli Stati Uniti d'America, diversamente dalle realtà nazionali europee, il fenomeno della "municipalizzazione" coinvolse le Trade Unions molto più delle amministrazioni cittadine. In quel Paese, infatti, le organizzazioni sociali e sindacali istituirono le cosiddette "leghe municipali", allo scopo di incalzare le amministrazioni perché svolgessero determinate attività municipali aventi carattere sociali.

I risultati di questi movimenti e associazioni furono deludenti ed inadeguati rispetto all'azione di rinnovamento sociale da essi altrimenti conseguita nel mercato del lavoro, forse perché erano venuti alla luce più con intendimenti e prospettive sociali che non come strumenti risolutori dei problemi economici posti alla base dell'espansione e dell'offerta pubblica dei servizi generali.

In Italia, come si vedrà nel paragrafo successivo, la legge sulla assunzione diretta dei pubblici servizi fu varata nel 1903.

2.2. La Storia in Italia: la legge 103 del 29 marzo 1903

Il primo disegno di legge in materia di servizi pubblici locali, presentato dal ministro dell'Interno Giovanni Giolitti, fu approvato con la legge 103 del 29 marzo 1903 che costituì per il Regno dell'Italia unita la prima normativa "sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni"[23].

La legge 103 del 1903 nasceva, da un lato, da sollecitazioni di natura sociale, avvertendosi la necessità di "perseguire mediante la municipalizzazione dei pubblici servizi una risposta efficace alla crescente intensificazione della vita urbana, legata non solo al progressivo ingrandimento della città, ma alla moltiplicazione dei bisogni collettivi a cui occorreva dare riscontro con mezzi sociali"[24].

Dall'altro la legge intendeva frenare la tendenza dei comuni a concedere indiscriminatamente gli impianti e l'esercizio dei servizi municipali ad imprenditori privati, scelta politica in parte obbligata dagli investimenti ingenti, difficilmente sopportabili dalle finanze comunali, che soprattutto nelle grandi città l'organizzazione e la gestione di tali servizi imponevano. Ciò tuttavia scaricava inevitabilmente il costo del servizio sull'utenza.

Infine, la legge 103 del 1903 aveva un altro obiettivo politico da realizzare di carattere "autoritario": il controllo statuale del fenomeno della municipalizzazione. Un numero crescente di amministrazioni comunali, sorreggendosi su disposizioni legislative che per alcuni settori espressamente indicati consentivano l'assunzione diretta del servizio, avevano in sordina attuato un sistema "occulto"di municipalizzazione.

La presenza di una situazione di fatto, che si stava moltiplicando in misura non controllabile sul piano giuridico e politico, accelerò l'intervento del legislatore che dettò minuziose prescrizione in materia, con il duplice obiettivo di regolare l'assunzione diretta dei pubblici servizi, in risposta alle crescenti esigenze economico sociali dell'epoca, e d'introdurre un sistema complesso che in un certo senso contenesse lo sviluppo confuso e disomogeneo del fenomeno.

Lo Stato, nel tentativo di razionalizzare e uniformare sul territorio i servizi pubblici, compì uno sforzo finanziario notevole per sottrarre la gestione dei servizi pubblici alle concessioni private, trasferendole progressivamente ai comuni. A confortare questa nuova direzione non era estranea l'aspettativa che la gestione tramite le municipalizzate sarebbe stata "fonte di equi profitti, a sollievo dei contribuenti", secondo una prassi che nella vicina Inghilterra aveva dato buoni risultati.

I critici della municipalizzazione ritenevano però improbabile, e non del tutto a torto, che un'azienda pubblica potesse essere gestita con criteri e con efficienza imprenditoriali. Tuttavia, anche per gli scettici, la crescente domanda di servizi rendeva improcrastinabile un intervento il più possibile organico e diretto da parte degli enti pubblici[25].

Questa legge non ha fornito una definizione di servizio pubblico, né ha delineato i connotati essenziali per individuarlo; ha comunque fissato le condizioni ed i presupposti necessari per

procedere alla loro assunzione da parte dei comuni, stabilendo una serie di regole amministrative ed organizzative per la gestione diretta dei servizi di primaria necessità in alternativa alla concessione ai privati.

L'art. 1 enumerava in modo non tassativo la maggior parte dei servizi pubblici che i comuni potevano gestire direttamente tramite la costituzione di un'azienda speciale distinta dall'amministrazione comunale. I bilanci ed i conti dell'azienda dovevano essere separati.

L'elenco era meramente dimostrativo; esso rimarrà, peraltro, invariato nella successiva disciplina legislativa, rappresentando la diretta conseguenza della difficoltà, derivanti dai contrasti politici fra gli orientamenti che ne avevano accompagnato la nascita, di fornire una definizione esatta del servizio pubblico.

La legge introdusse in sostanza un sistema che qualificava pubblico il servizio nel momento in cui questo fosse stato municipalizzato con la conseguenza che, nel difetto di determinatezza del concetto generale di servizio pubblico, l'elenco dimostrativo dell'art. 1 assunse per paradosso valore tassativo, limitando di conseguenza per il futuro le possibilità di espandere l'oggetto della municipalizzazione.

Per gli aspetti gestionali, le municipalizzate erano rette da una Commissione amministrativa e presiedute da un Direttore.

Il consiglio comunale era competente per l'assunzione diretta del pubblico servizio e per il regolamento speciale dell'azienda.

I bilanci delle aziende richiedevano l'approvazione della commissione amministrativa e, messi a disposizione degli elettori, erano poi deliberati dal consiglio comunale e approvati dalla giunta provinciale amministrativa.

Ottimistica la previsione secondo cui gli utili netti accertati sarebbero stati devoluti al bilancio ordinario del comune mentre più saggia e realistica, quella secondo cui eventuali perdite sarebbero state coperte con la parte straordinaria della spesa di bilancio comunale.

Il legislatore dell'epoca, preoccupato già allora dal verificarsi di fenomeni di distrazione e di clientelismo, sottopose le aziende al controllo prefettizio in caso di gravi e persistenti irregolarità per le quali poteva disporsi anche il decreto di revoca.

La legge prevedeva che i servizi di non grande rilevanza potevano essere riuniti e svolti da un'unica azienda e consentiva che più comuni si consorziassero per gestire i servizi pubblici dei loro territori.

In sintesi, quindi, questi erano gli obiettivi fondamentali che la legge 103 del 1903 auspicava di raggiungere:

- consentire ai comuni di assumere per via ordinaria la gestione diretta dei servizi pubblici, tramite l'istituzione di aziende speciali;

- promuovere l'assunzione di responsabilità da parte dei comuni nella valutazione della convenienza economica della gestione diretta dei servizi pubblici; assunzione di responsabilità estesa ai cittadini, chiamati a pronunciarsi in merito mediante referendum;

- prevedere il controllo da parte delle autorità comunali, ed anche governative, sul funzionamento e sull'andamento di gestione delle municipalizzate;

- favorire l'assunzione, da parte dei comuni, della gestione diretta dei servizi pubblici, mediante l'introduzione di agevolazioni finanziarie; questo anche nel caso di riscatto di un servizio pubblico dato in concessione, successivamente revocata.

L'art. 13 della legge n. 103 del 1993 dettava una norma di rilievo storico la quale introduceva il primo caso di utilizzo in Italia di un istituto molto vicino, se non coincidente, al referendum, termine peraltro non utilizzato nel testo dell'articolo[26].

La legge fu importante perché con essa il servizio pubblico cominciò ad assumere una dimensione autonoma, benché fosse difficile distinguerlo dalla funzione pubblica, in quanto la linea di confine tra i comportamenti di spettanza pubblica necessaria e quelli indispensabili per l'esistenza ed il benessere della collettività non era stata tracciata né lo sarà mai a livello normativo ed ordinamentale.

Non a caso il problema fu affrontato più che sul piano teorico della ripartizione dei compiti pubblici, su quello operativo degli strumenti giuridici utilizzati per realizzarli, giungendo alla conclusione che, per organizzare la gestione e l'erogazione dei servizi pubblici, fosse necessario ricorrere a moduli e mezzi mutuati dalle scienze tecno-aziendalistiche, anziché a quelli burocratico-amministrative[27].

2.3. Il regio decreto 2578 del 15 ottobre 1925

Alla legge 103 del 1903 fece seguito il r.d. 30 dicembre 1923, n. 3047, che conteneva due importanti misure: con la prima si consentiva, entro limiti precisi, anche alle province l'assunzione di alcuni pubblici servizi; con la seconda si autorizzava il Governo a riunire e coordinare in un testo unico l'intera disciplina della materia, anche con riguardo a norme dettate successivamente alla stessa legge del 1923.

Fu quindi emanato il r.d. n. 2578 del 15 ottobre 1925, contenente il testo unico sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province, il quale per decenni, anche dopo il regime fascista, ha costituito la disciplina fondamentale della materia, fermo restando le norme di esecuzione ancora contenute nel regolamento del 1904.

Il r.d. 2578 del 1925 fu poi integrato da alcune disposizioni di carattere particolare, le quali tuttavia trovarono sempre il loro limite finale nel testo unico del 1925[28].

L'assunzione da parte dell'amministrazione comunale di determinate attività di prestazione, il cui esercizio era giudicato di interesse pubblico, era libera qualora il servizio dovesse essere condotto in regime concorrenziale alle imprese private; limitata, invece, se doveva svolgersi in regime di monopolio; in questo caso, la possibilità di assumere il servizio con diritto di privativa, comportando una compressione dei diritti privati, doveva avvenire per legge; in particolare per gli enti pubblici minori (comuni e province) l'assunzione in monopolio poteva avvenire per deliberazione degli organi dell'ente soltanto per quei servizi per il quale la legge formale espressamente prevedeva questa possibilità [29].

Come l'art. 1 della L. 103 del 1903, così il r.d. 2578 del 1925 (ed in seguito la Legge 16.6.1938 n. 851 e la legge. 29.12.1969 n. 1042) confermava il carattere semplicemente dimostrativo nell'indicazione dei servizi pubblici dei quali i comuni potevano assumere la gestione diretta. L'elenco aveva quindi valore non tassativo ma esemplificativo, non essendo ben precisa, per le ragioni già esposte, la definizione del pubblico servizio, specie agli effetti della municipalizzazione.

I servizi municipalizzati potevano essere amministrati o in regime di "gestione diretta", vale a dire a cura degli stessi organi del comune ovvero dandoli in concessione a privati.

La gestione diretta poteva svolgersi "in economia" o con la costituzione di "aziende speciali".

Nell'ambito della gestione diretta il servizio in economia era ammesso di regola per alcuni dei servizi espressamente contemplati all'art. 1[30] ovvero per altri di tenue importanza in rapporto a quella del comune. La gestione in economia era inoltre preferibile rispetto alla costituzione di un'azienda speciale per quei servizi che non avevano carattere prevalentemente industriale.

Per alcuni servizi di non grande importanza o di tale natura da potersi riunire convenientemente, poteva essere costituita un'unica azienda, mantenendo tuttavia separata le contabilità.

Il servizio in economia, introdotto già dall'art. 16 l. n. 103/1903, fu in seguito disciplinato dall'art. 15 t.u. n. 2578/1925 il quale, a formale garanzia del pubblico interesse nel caso dei servizi comunali, disponeva per la sua assunzione una complessa procedura, automaticamente semplificata durante il periodo fascista dall'ordinamento podestarile, laddove non vi erano situazioni d'incompatibilità [31].

I comuni potevano assumere alcuni dei servizi in regime di monopolio (trasporti funebri, macelli pubblici e mercati; distribuzione del latte). Di fatto, si trattava di quei servizi i quali richiedevano l'uso di beni del demanio comunale[32].

Tra i servizi non indicati espressamente nei testi legislativi che più di frequente i comuni erano sensibili ad assumersi, si menziona per importanza quello dell'istruzione elementare e secondaria.

La municipalizzazione dei servizi passava per una delibera del consiglio comunale ed era soggetta al controllo di merito del comitato regionale di controllo (art. 19 T. U. citato). Particolari indennizzi erano previsti per i casi in cui si incideva sui diritti di precedenti concessionari (art. 24)[33].

Le aziende speciali erano titolari della capacità di compiere tutti i negozi giuridici necessari per il raggiungimento del loro fine e di stare in giudizio per le azioni che ne conseguono.

Esse erano soggette alla vigilanza del consiglio comunale, che aveva il potere di esame dell'andamento Le aziende municipali – le quali erano rette da regolamenti speciali – avevano un regime analogo a quello delle aziende autonome statali: pur facendo parte dell'organizzazione del Comune (e non essendo persone giuridiche) godevano di una notevole autonomia amministrativa. La mancanza di personalità comportava la responsabilità del comune per eventuali passività.

Gli utili netti dell'azienda, accertati dal conto approvato e detratto quanto si riteneva di destinare al miglioramento ed allo sviluppo della azienda stessa, ed anche a ridurre le tariffe dei servizi, erano devoluti al bilancio comunale nei modi e nei tempi stabiliti dai regolamenti speciali delle singole aziende.

Alle perdite (facili a verificarsi) si faceva fronte col fondo di riserva ed in caso di insufficienza, con appositi stanziamenti nella parte straordinaria della spesa del bilancio comunale.

Le aziende erano governate da una commissione amministratrice eletta dal consiglio comunale (destinata ad essere modificata ad ogni rinnovo del consiglio comunale: L. 15.5.1970 n. 308) ed avevano come organo esecutivo un direttore, impiegato nominato dalla commissione con pubblico concorso, per un triennio e con possibilità di rinnovo del rapporto.

I bilanci e le deliberazioni relative alle spese erano soggette alle verifiche del consiglio comunale e del comitato regionale di controllo che poteva inoltre annullare le deliberazioni illegittime[34]. L'art. 27-nonies l. 26.2.1982 n. 51 prescriveva che il conto consuntivo dovesse essere sottoposto all'esame di un collegio di revisori dei conti nominato dal consiglio comunale al fine di vigilare sulla regolarità contabile ed in generale sulla gestione economico finanziaria dell'azienda, attestando la rispondenza del rendiconto alle risultanze delle scritture contabili e redigendo un'apposita relazione per il consiglio.

3. La legge n. 142 dell'8 giugno 1990 sull'ordinamento degli enti locali (OAL)

La legge 142 del 1990 (OAL) ha impresso una energica evoluzione al sistema delle autonome locali, riconoscendo potestà statutaria a comuni e province ed aprendo la via verso una differenziazione tra le diverse realtà territoriali, fermo rimanendo il rispetto dei principi generali ed unitari dell'ordinamento.

Anche la disciplina dei servizi pubblici locali conferma l'impostazione di fondo del potenziamento delle autonomie.

La nozione di servizio pubblico proposta dall'art. 22 , 1° comma, L. n. 142/1990 è infatti più ampia di quella che in passato si ricavava dal testo unico sulla municipalizzazione perché comprendeva oltre alle attività imprenditoriali, rivolte alla produzione di utilità a favore dell'utenza pubblica, anche le attività non imprenditoriali dirette a promuovere lo sviluppo economico e sociale, per le quali è peraltro suggerita alla lettera d) del comma 3, la forma di gestione mediante "istituzione" (comma 3, lett. d).

Secondo l'art. 22, comma 1, L. n. 142/1990 il servizio pubblico è condotto secondo schemi prevalentemente imprenditoriali intesi a fornire al cittadino un'utilità pubblica, di regola, in regime di diritto comune.

Su questo aspetto, la distinzione tra nozione di servizio e quella di funzione sembra essere più netta (art. 9, 14 e 19 L. n. 142/1990), anche se in questo caso si rischia di confondere l'effetto con la causa perché la funzione, per sua natura, non può avere carattere imprenditoriale, implicando generalmente l'esercizio di poteri di carattere autoritario. Occorre riflettere infatti sulla circostanza che solo il servizio pubblico, proprio perché non è una funzione, può essere svolto anche mediante attività privatistica, cosa che non sembra possibile per la funzione pubblica[35].

La coeva legge 26 aprile 1990 n. 86 - contenente nuove norme in materia di delitti contro la PA - chiarisce all'art. 18 che per pubblico servizio deve intendersi un'attività che pur essendo disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione si caratterizza per la mancanza di poteri autoritari[36].

Il carattere economico ed imprenditoriale della maggior parte dei servizi pubblici impose una programmazione nello svolgimento del servizio ed un coordinamento nell'attività dei vari enti locali.

A ciò provvide il legislatore nazionale con diversi interventi, alcuni dei quali molto significativi per l'importanza dei settori. Quali esempi si ricorda la L. 10 aprile 1981 n. 151 che, in materia di trasporti pubblici locali, introdusse i piani dei bacini di traffico; la L. 29 ottobre 1987 n. 441 in materia di piano di smaltimento dei rifiuti solidi urbani; la l. 20 gennaio 1991 n. 10, in materia di piano per l'utilizzo delle fonti di energia.

La gestione del pubblico servizio doveva essere improntata ad efficienza ed economicità tanto che anche per gli enti di gestione dei servizi pubblici sussisteva l'obbligo del pareggio del bilancio da

perseguire attraverso l'equilibrio dei costi e dei ricavi. A questo scopo le aziende erano tenute a presentare annualmente una certificazione intesa ad accertare il tasso di copertura di costi a mezzo delle entrate ordinarie.

L'art. 22 della L. 142 del 1990 disponeva che i pubblici servizi potessero essere gestiti nelle seguenti forme:

a. in economia: quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio rendevano non opportuna la costituzione di un'azienda o di un'istituzione;

b. concessione a terzi: qualora sussistevano ragioni di carattere tecnico (per il fatto che le attrezzature tecnologiche di gestione richiedevano professionalità, esperienze o ingenti capitali di cui l'amministrazione non dispone) ovvero di natura economica (allorché il costo del servizio affidato a terzi comportasse un costo di gran lunga inferiore);

c. a mezzo di azienda speciale: quando lo svolgimento del servizio implicava un'attività imprenditoriale caratterizzata da snellezza, managerialità ed autonomia;

d. a mezzo d' istituzione per l'esercizio di servizi sociali che non avessero rilevanza imprenditoriale;

e. a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico qualora si fosse ravvisata l'opportunità in relazione alla natura del servizio da erogare di fare partecipare alla gestione altri soggetti pubblico o privati;

f. a mezzo dell'unione fra più comuni come fase transitoria la gestione era assicurata tramite convenzione fra comuni in vista della definitiva fusione degli stessi.

3.1. Istituzioni ed aziende speciali

Qual è la differenza, sotto il profilo dei requisiti soggettivi, tra istituzione ed azienda speciale, secondo l'ordinamento degli enti locali?

L'istituzione era munita di autonomia gestionale, l'azienda speciale era dotata di soggettività giuridica essendo soggetto strumentale dell'ente locale, dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale.

L'azienda speciale disponeva quindi di un proprio capitale di dotazione ed era titolare di propri diritti patrimoniali, poteva poi stipulare tutti i contratti che si rendessero necessari per lo svolgimento della gestione e contrarre mutui assistiti da garanzie reali sui propri beni patrimoniali ovvero da delegazioni sulle proprie entrate.

Per l'azienda speciale il consiglio comunale approvava solo lo statuto; per l'istituzione, lo statuto e regolamento.

L'azienda speciale per l'autonomia patrimoniale e per l'agilità della gestione, costituiva indubbiamente lo strumento più idoneo per lo svolgimento dei servizi pubblici di tipo imprenditoriale. Essa era inoltre legittimata ad agire e resistere in giudizio, senza autorizzazione da parte del comune[37].

Alla costituzione dell'azienda speciale si procedeva con deliberazione consiliare (art. 32, comma 2, lett. f) L. n. 142/1990).

Gli organi amministrativi dell'azienda speciale erano:

a. il consiglio di amministrazione (precedentemente denominato "commissione amministratrice);

b. il presidente;

c. direttore.

Le modalità di nomina e di revoca degli amministratori erano determinate dallo statuto dell'ente locale (art. 23, comma 3).

L'ordinamento dell'azienda era disciplinato da uno statuto aziendale, approvato dal consiglio comunale o provinciale (art. 23, comma 1), il quale non poteva essere in contrasto con le norme dello statuto comunale.

Sotto il profilo oggettivo, le aziende speciali potevano essere costituite solo per quei servizi per i quali la legge consentiva la municipalizzazione (art.1 t.u. 1925)[38]. Per alcuni di essi, la legge consentiva l'assunzione in regime di privativa[39].

La deliberazione di assunzione del servizio mediante azienda speciale doveva essere corredata da un progetto di massima tecnico-finanziario, il quale poneva in evidenza i mezzi con i quali il comune intendeva fare fronte alle spese di impianto e di gestione del servizio. Se il servizio era stato gestito precedentemente dai privati, era necessario fornire indicazioni in ordine al personale dipendente dall'impresa privata, che sarebbe stato trasferito all'azienda municipalizzata e la cui consistenza non poteva essere aumentata.

Con la stessa deliberazione poteva essere disposta previa intesa con gli enti interessati l'estensione del servizio al territorio di altri comuni.

3.2. Società a prevalente capitale pubblico

I comuni e le province avrebbero potuto gestire i servizi pubblici a mezzo di società per azioni (art. 22 comma 3 L. n. 142/1990).

Mentre l'azionariato di Stato già da tempo era disciplinato dal legislatore, mancava un formale riconoscimento normativo dell'azionariato degli enti locali, benché ammesso dalla prassi e dalla giurisprudenza[40].

La costituzione di società a partecipazione azionaria comunale era consentita solo qualora avesse trovato giustificazione, in relazione al servizio da erogare, la partecipazione di soggetti pubblici o privati. Il soggetto, sia privato sia pubblico, che avesse una quota minoritaria, doveva di norma essere già presente nel settore operativo di riferimento del servizio pubblico, in modo da potere fornire un apporto non solo finanziario ma anche di esperienza e di capacità.

La delibera con cui si disponeva la costituzione di una nuova società o la partecipazione ad una società preesistente era di competenza consiliare ed era soggetta al controllo necessario da parte del comitato di controllo (art. 32, comma 2, lett. f) OAL). Doveva contenere esplicitamente le motivazioni che consigliavano la costituzione di una società per lo svolgimento del servizio; non era sufficiente il solo motivo di reperire risorse finanziarie.

Non era in particolare ammessa la trasformazione dell'azienda speciale in società di capitale al solo scopo elusivo di ovviare agli obblighi della tesoreria.

La partecipazione dell'ente locale ad una società per azioni di pubblico servizio incontrava le seguenti limitazioni:

a. prevalenza del capitale pubblico, non essendo sufficiente che l'ente pubblico trovasse una situazione di comando ma era necessario il possesso del pacchetto costituito dal 51% delle azioni. A questo fine non era richiesta la detenzione del pacchetto di maggioranza da parte di un solo ente pubblico, essendo sufficiente la compresenza di più enti pubblici anche non territoriali che detenessero complessivamente la maggioranza delle azioni.

b. necessaria compresenza di altri soggetti: anche successivamente alla costituzione della società, doveva essere assicurata la composizione pluralista dell'assetto proprietario tra soggetti pubblici e privati. Era quindi vietato l'acquisto dell'intero pacchetto azionario da parte di un solo ente pubblico con la conseguente creazione di una società unipersonale, non potendo l'ente locale essere l'unico responsabile dell'insolvenza. Si rammenta al riguardo che l'art 2362 cod. civ. prevedeva la responsabilità illimitata del socio unico azionista.

c. inerenza ai fini istituzionali dell'ente pubblico: la generica capacità di diritto privato riconosciuta agli enti pubblici trovava un limite nei fini istituzionali dell'ente pubblico; la società pertanto non avrebbe potuto svolgere attività estranee ai fini istituzionali dell'ente locale e doveva essere circoscritta al territorio di quest'ultimo, anche se gli effetti potevano eccezionalmente prodursi in altri comuni.

Riguardo alla natura giuridica, la società a partecipazione pubblica era un soggetto di diritto privato, con sottoposizione alle norme del codice civile in materia di società commerciali.

L'affidamento del pubblico servizio avveniva con lo strumento della concessione, il cui conferimento doveva salvaguardare l'osservanza delle norme tese ad assicurare la selezione del concessionario, non potendosi privilegiare la società per il solo fatto che essa era stata costituita con prevalente capitale pubblico.

I rappresentanti del comune nella società erano soggetti a responsabilità nei confronti sia della società sia del comune che li aveva designati.

Spettava al consiglio comunale nominare e revocare i rappresentanti del comune nelle società per azioni alle quali il comune partecipava (art. 32, comma 2, lett. h L. n. 142/1990).

La carica di consigliere comunale o provinciale era incompatibile con quella di rappresentante dell'ente nella società a prevalente partecipazione pubblica, questo perché l'ente pubblico aveva il controllo sull'osservanza, da parte della società concessionaria, delle norme del capitolato di concessione del servizio.

4. La disciplina dei servizi pubblici locali secondo il d. lgs. n. 267 del 10 agosto 2000 (testo unico degli enti locali)

La disciplina dei servizi pubblici locali è attualmente contenuta negli articoli 112 e seguenti del d. lgs. 267 del 10 agosto 2000, il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (TUEL) che ha assorbito la normativa contenuta nella L. 142/1990 e gli interventi legislativi modificativi susseguitisi nel corso degli anni.

L'art. 112, comma 1, d. lgs. 267/2000 chiarisce che gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.

Il secondo comma attribuiva alla legge il compito di riservare alcuni servizi in via esclusiva ai comuni e alle province. La norma è stata abrogata, come si vedrà più approfonditamente in seguito, dall'articolo 35, comma 12, della legge 28 dicembre 2001, n. 448.

Anche ai servizi pubblici locali ora trovano applicazione i criteri e le regole sulla qualità dei servizi pubblici locali e sulle carte dei servizi previsti dal decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286 (comma 3).

Le forme di gestione sono disciplinate ora dall'art. 113 del d. lgs. 267/2000 che riprende l'elenco dell'art. 22 della legge n. 142/1990, con l'importante novità consistente nella possibilità di costituire società per azioni "senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria".

La norma ha dato origine a diverse questioni che sono state e continuano ad essere motivo di dibattito in dottrina e in giurisprudenza. Essa non a caso ha provocato una procedura d'infrazione da parte della Commissione europea, inducendo il legislatore ad introdurre nell'articolo in questione diverse modifiche.

L'art. 112 contemplava nella sua versione originaria le seguenti cinque forme di gestione dei servizi pubblici:

a) in economia, nel caso di servizio che per caratteristiche o modeste dimensioni renda non opportuno[41] costituire una istituzione o una azienda;

b) in concessione a terzi, in caso di ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale;

c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale;

d) a mezzo d'istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale;

e) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati;

f) a mezzo di società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria[42].

La disciplina sui servizi pubblici locali poneva sin da subito due problemi: il primo riguardava la modalità di scelta del socio, nel caso di costituzione di società di capitali con partecipazione di soggetto privato; il secondo, una volta individuato il socio e costituita la società, se occorresse una seconda gara per l'affidamento in concreto del servizio.

Sul primo aspetto, si rammenta che l'art. 22 L. 142/1990, sostituito dall'art. 113 d. lgs. 267/2000, nel prevedere la costituzione di società a partecipazione maggioritaria pubblica, nulla disponeva in merito al sistema di selezione del socio di minoranza. Sul punto, intervenne l'art. 12 della legge n. 498 del 23.12.1992 (Interventi urgenti in materia di finanza pubblica) che, nel consentire anche la partecipazione privata di maggioranza, delegava il governo ad adottare un decreto legislativo volto a disciplinare l'entità e la misura minima della partecipazione dell'ente locale al capitale sociale, anche per assicurare il diritto di chiedere la convocazione dell'assemblea. In questo senso il decreto legislativo avrebbe dovuto disciplinare anche i criteri di scelta dei possibili soci mediante procedimento di confronto concorrenziale, in coerenza ai principi della normativa comunitaria con particolare riguardo alle capacità tecniche e finanziarie dei soggetti stessi.

Sul secondo aspetto, fino al 2001 la normativa deponeva nel senso che la società per azioni, una volta costituita, potesse ottenere la gestione del servizio pubblico prescindendo dal provvedimento concessorio e dalla procedura di gara.

A sostegno di simile soluzione vi erano diversi argomenti.

In primo luogo, la giurisprudenza sosteneva che la necessità della procedura pubblica per la scelta del socio privato appariva uno strumento equilibrato e proporzionato soltanto nel caso in cui la società dovesse poi essa stessa svolgere il servizio pubblico.

Diversamente la costituzione di una società a partecipazione mista sarebbe apparsa un "salto nel buio". Si considerava infatti in contrasto con il principio di ragionevolezza e di economicità l'istituzione di una società per azioni da parte dell'ente locale, senza alcuna certezza sul fatto che la medesima società avrebbe effettivamente gestito il servizio pubblico.

A sostegno dell'affidamento diretto si richiamava l'art. 113 TUEL, nel suo testo originario, norma che tra le diverse forme di gestione del servizio pubblico, poneva in alternativa tra loro, da un lato, la concessione (lett. b), per la quale è richiesta la procedura concorsuale, e, dall'altro, la società per azione a partecipazione pubblica (lett. e), per la quale è richiesta la procedura concorsuale per la ricerca del socio[43].

La disciplina così delineata è stata ritenuta non compatibile con i principi comunitari per violazione dell'art 226 del Trattato Ce.

La Commissione europea nel 1999 avviò nei confronti dell'Italia una procedura d'infrazione ravvisando l'evidente incompatibilità tra l'art. 22 L. 142/1990 (poi art. 113 TUEL) nella parte in cui permetteva l'affidamento diretto al socio privato e le direttive CEE 92/50 e 93/30 in relazione al mancato rispetto dei principi di concorrenza, trasparenza, parità di trattamento e proporzionalità.

L'Italia ha replicato con due circolari della Presidenza del consiglio[44], dipartimento delle politiche comunitarie.

Con la prima (circ. n. 12727 del 2001), il governo italiano ha affermato che la normativa europea in tema di appalti pubblici, in particolare di servizi, non trova applicazione, in linea con l'orientamento della Corte di giustizia europea, quando manchi un vero e proprio rapporto contrattuale tra due soggetti, com'è nel caso di delegazione interorganica o di servizio affidato in house (così come in passato aveva ritenuto la Corte di giustizia, nella sentenza Teckal, 18 novembre 1999, causa C-107/98).

E' quindi esclusa l'applicazione delle direttive comunitarie sulle procedure dell'evidenza pubblica nel caso in cui, pur essendo stipulato un contratto tra un ente locale ed una persona giuridica da questo distinta, vi sia un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e la persona giuridica realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti locali che la controllano.

Il governo ha quindi affermato che in merito all'affidamento della gestione del servizio ad una società per azioni mista, la procedura ad evidenza pubblica va rispettata nei seguenti casi: per la scelta dei soci privati ai fini della costituzione di società con partecipazione di capitale pubblico per l'affidamento di un pubblico servizio e nei casi in cui la società di servizi pubblici decidesse di subappaltare a terzi i servizi affidati.

Con la seconda circolare (circ. n. 3944 del 2002), il governo ha definito le nozioni di concessione di lavori e di concessione di servizi, in rapporto alla contigua figura dell'appalto di servizi pubblici. In assenza di una precisa normativa sul punto, il chiarimento di queste nozioni serviva, infatti, a stabilire in negativo in confini del c.d. affidamento in house e, di conseguenza, ad individuare i casi per i quali non è necessaria la procedura concorsuale.

Mentre nel caso della concessione di pubblico servizio, il concessionario si sostituisce all'ente concedente nell'esercizio dei compiti propri di quest'ultimo svolgendo un'attività destinata a soddisfare gli interessi della collettività, nell'appalto pubblico l'appaltatore si limita ad eseguire la prestazione di lavori, servizi e fornire in favore dell'ente pubblico appaltante. Il concessionario quindi, a differenza dell'appaltatore, si surroga all'ente pubblico concedente nell'esercizio dell'attività spettante a quest'ultimo

Sia negli appalti pubblici sia nelle concessioni di pubblico servizio è tuttavia comune la caratteristica che l'appaltatore ed il concessionario sono estranei all'ente, rispettivamente, appaltante e concedente.

Tra gestore ed ente pubblico s'instaura quindi una relazione intersoggettiva che si configura come un vero rapporto contrattuale il quale impone il ricorso alla gara pubblica selettiva.

Viceversa, per il configurasi di un affidamento in house, e quindi per escludere il procedimento di evidenza pubblica, è necessario che manchi tra i due soggetti il rapporto di terzietà, ossia che il gestore possa considerarsi parte integrante della stessa amministrazione aggiudicatrice[45].

A prescindere dalle circolari esplicative, il legislatore italiano è intervenuto più volte sulla normativa in tema di servizi pubblici locali per adeguarla ai principi dell'ordinamento comunitario.

L'art. 35 L. 448/2001 (finanziaria per il 2002) ha ridisegnato il sistema dei servizi pubblici locali.

La norma si è ispirata al principio di separazione tra le strutture ed il servizio vero e proprio.

Per le prime, l'art. 35 stabiliva che la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali restasse in capo agli enti (art. 113, comma 2), salva la facoltà per questi ultimi di trasferirla a società di capitali delle quali detenessero la maggioranza assoluta dichiarata dalla legge incedibile (art. 113, comma 13), eliminando la regola dell'affidamento diretto della gestione del servizio e introducendo quella, opposta, dell'obbligo generale di una procedura di evidenza pubblica.

Perplessità derivavano dal fatto che il requisito della maggioranza assoluta (preferito ingenuamente dal legislatore a quello del controllo) non garantisse l'effettiva governance pubblica della società; inoltre, la possibile partecipazione di soggetti privati, benché in posizione di minoranza, rendeva di fatto giuridicamente ammissibile la cessione, ancorché parziale ed indiretta, delle strutture essenziali per l'erogazione del servizio. Incongruente appariva poi la possibilità per l'ente locale di conferire la gestione delle gare per l'affidamento del servizio alle società proprietarie delle reti, nelle quali la presenza di privati non si conciliava con la funzione di stazione appaltante. Mancava infatti una norma che vietasse ai privati, soci della società proprietaria delle infrastrutture, di essere contestualmente soci anche delle società aspiranti alla gestione del relativo servizio[46].

L'art. 35 ha poi introdotto un'importante distinzione tra servizi pubblici locali "di rilevanza industriale" e "servizi privi di rilevanza industriale", dei quali si occupava l'art. 113 bis TUEL.

Questi ultimi potevano essere gestiti secondo uno dei seguenti moduli:

a. istituzioni;

b. aziende speciali anche consortili;

c. società di capitali costituite o partecipate dagli enti locali.

La gestione in economia era consentita solo in presenza di servizi di modeste dimensioni o, per le caratteristiche loro proprie, tali da rendere non opportuno l'affidamento ad altro soggetto.

Non essendosi preoccupato l'art. 35 di fornire alcuna definizione di servizio a rilevanza industriale, si è tentato di agganciare il concetto di rilevanza industriale alla maggiore o minore complessità del processo produttivo, nel quale i fattori della produzione concorrevano alla realizzazione del risultato economico. Da ciò derivava che il servizio di rilevanza industriale, per le caratteristiche intrinseche o per le regole relative alla gestione, finiva con l'interessare un settore concorrenziale del mercato.

Le modifiche introdotte dall'art. 35 al TUEL erano non facilmente comprensibili e spesso contraddittorie.

L'attuazione della disciplina è stata ostacolata dalla mancanza del regolamento governativo necessario per la definizione di alcuni aspetti. Hanno inoltre pesato le critiche mosse dalla Commissione europea ed i diversi ricorsi che le regioni hanno presentato alla Corte costituzionale per lesione della potestà legislativa regionale come definita dal rinnovato titolo V della Costituzione (art. 3 legge cost. n. 3 del 2001)[47].

Sul punto la Corte ha chiarito che i servizi pubblici locali non costituiscono una materia in senso proprio ma una qualificazione che di volta in volta è attribuita ad attività di rilevante interesse per la collettività locale le quali debbono essere esercitate nel rispetto dei cosiddetti "obblighi di servizio pubblico".

Per decidere a chi competa la funzione legislativa non deve guardarsi alla connotazione di servizio pubblico dell'attività ma al settore cui quest'ultima inerisce e, pertanto, alla specifica materia nella quale il settore appartiene.

Si consideri infatti che la disciplina dei servizi pubblici locali dovrebbe riguardare aspetti generali come le regole di liberalizzazione e d'incentivo dei mercati che si collegano alla funzione di "tutela della concorrenza" esclusiva dello Stato.

Significativo poi il contenzioso con la Commissione europea[48] la quale ha riconosciuto che il nuovo testo dell'art. 113 TUEL, modificato dall'art. 35 della L. n. 448/2001, ponesse come regola generale l'affidamento dell'erogazione dei servizi di rilevanza industriale tramite gare con procedura ad evidenza pubblica. La Commissione ha però individuato una serie di deroghe che di fatto svuotavano il principio generale, tra le quali, "indigeribili" sono apparse:

1. l'affidamento della gestione di reti, impianti e altre dotazioni patrimoniali, in caso di separazione dall'attività di erogazione del servizio;

2. il regime derogatorio al principio della concorrenza "per" il mercato nel settore del servizio idrico integrato;

3. l'affidamento diretto come norma generale per la gestione dei cosiddetti servizi pubblici "privi di rilevanza industriale", previsti dall'art. 113 bis.

La Commissione aveva ribadito il concetto espresso più volte dalla Corte di giustizia (noto caso Teckal) secondo cui la disciplina comunitaria degli appalti non trova applicazione solo nel caso in cui l'ente locale eserciti sulla persona giuridica esercente il pubblico servizio un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti locali che la controllano.

La nozione di "controllo" cui fa riferimento la Corte di giustizia non può essere ricondotta al semplice esercizio degli strumenti messi a disposizione del socio di maggioranza dalle regole del diritto societario. Vi è una accezione più penetrante che identifica il controllo nel potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività e dei più importanti atti di gestione del soggetto partecipato in modo che quest'ultimo sia in sostanza prosciugato della sua autonomia decisionale.

Il legislatore italiano è così intervenuto in rapida successione con due corposi provvedimenti normativi:

- il decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni nella legge 24 novembre 2003, n. 326, recante disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici;

- la legge 24 dicembre 2003, n. 350, contenente "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato" (legge finanziaria 2004).

Riguardo al primo, l'art. 14 del d.l. 269/2003, convertito nella L. n. 326/2003, nel modificare gli articoli 113 e 113 bis del d. lgs. 267/2000 (TUEL), ha sostituito l'espressione "rilevanza industriale" con quella di "rilevanza economica". La riforma non ha quindi inciso sulla distinzione tra tipologie dei servizi pubblici locali ma ha superato lo sfuggente criterio della "rilevanza industriale" che in sostanza guardava al contenuto dell'attività. La rilevanza economica include invece le attività normalmente destinate a generare utili e quindi suscettibili di produrre reddito, in quanto tendenzialmente lucrative.

La riforma intervenuta con il d. l. n. 269 del 2003 si è inoltre occupata di un aspetto molto importante: la ridefinizione della struttura delle società intestatarie delle reti. Il novellato art. 113, comma 13, stabiliva che "gli enti locali, anche in forma associata, nei casi in cui non sia vietato dalle normative di settore, possono conferire la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali a società a capitale interamente pubblico che è incedibile.".

Questa scelta era sì radicale ma consentiva una separazione non più ambigua tra proprietà delle reti e gestione del servizio. Ciò rispondeva non tanto a ragioni di tutela della concorrenza, essendo anzi lecito sollevare più di un dubbio sulla circostanza che una simile separazione avrebbe prodotto effetti di alterazione del mercato, quanto all'esigenza di sottrarre i beni pubblici ai possibili esiti negativi conseguenti ad una eventuale (e nemmeno tanto) mala gestio nella conduzione del servizio.

Altro importante elemento di novità si rinviene nel comma 13 dell'art. 113 che faceva riferimento non più al capitale pubblico locale bensì al capitale pubblico in generale, consentendo quindi che enti pubblici diversi da quelli titolari dei beni e dei servizi ad essi accedenti, potessero partecipare alla proprietà.

Il comma 2 sanciva poi il divieto di cessione della proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinate all'esercizio dei servizi pubblici, salvo per l'appunto a società a capitale interamente pubblico, nei confronti delle quali, ovviamente si estendeva tale divieto.

Si poneva subito un problema di coinvolgimento di risorse finanziarie private, soprattutto per quanto riguarda la capitalizzazione della società. Era poi in agguato il rischio che per fare fronte ai costi degli ammodernamenti e delle manutenzioni straordinarie si finisse per cercare la provvista negli aumenti tariffari, gravando in conclusione sull'utenza.

L'art. 14 del d.l. 269/2003, intervenendo ancora una volta sull'art. 113, comma 3, TUEL – già modificato dall'art. 35 L. 448/2001 - con riferimento alle regole sulla gestione delle infrastrutture, conferma il principio introdotto dal richiamato art. 35 per il quale le discipline di settore stabiliscono i casi nei quali l'attività di gestione delle reti e degli impianti destinati alla produzione dei servizi pubblici locali può essere separata da quella di erogazione degli stessi.

Cambia, invece, rispetto alla disciplina posta dall'art. 35 della L. 448/2001, la previsione contenuta nell'art. 113, comma 4, relativa all'ipotesi di separazione tra attività di erogazione dei servizi e gestione delle infrastrutture.

L'art. 35 della L. 448/2001 consentiva agli enti locali di avvalersi di soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione maggioritaria degli enti locali, anche associati (art. 113, comma 4, lett. a) oppure per mezzo di imprese idonee selezionate mediante procedure di evidenza pubblica (art. 113, comma

244, lett. b).

L'art. 14 del d. lg 269/2003 richiede invece che la società di capitali abbia la partecipazione totalitaria del capitale pubblico e non più della semplice maggioranza degli enti locali, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello effettuato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

Nella prospettiva della piena realizzazione del principio della concorrenza per il mercato, la legge, che salvaguarda comunque le "disposizioni previste per i singoli settori e quelle nazionali di attuazione delle normative comunitarie", fissa il principio generale della separazione tra proprietà della rete, gestione della stessa ed erogazione del servizio, assicurando in ogni caso l'accesso alla rete ai soggetti legittimati all'erogazione del servizio.

Più in particolare, riguardo alle infrastrutture, il d. lgs. 267/2000, come modificato dall'art. 35 L. 448/2001 e dal d.l. 269/2003 (convertito dalla L. 326/2003), afferma l'incedibilità della proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinate all'esercizio dei servizi pubblici, salvi i casi particolari di conferimento della proprietà delle sopraindicate infrastrutture a società a capitale interamente pubblico. Il conferimento è a sua volta incedibile a terzi.

Riguardo alla gestione delle richiamate infrastrutture, la cui proprietà abbiamo visto è incedibile, il TUEL stabilisce che, oltre che a imprese scelte con gare, la stessa può essere direttamente affidata a società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico, secondo il modello dell'in house providing (art. 113, comma 4, TUEL): poiché nei servizi a rete la gestione dell'impianto "assorbe" quasi tutta l'attività, sembra riproporsi anche sotto questo profilo il meccanismo degli affidamenti diretti.

Le discipline di settore dovranno comunque stabilire i casi nei quali l'attività di gestione della rete può essere separata da quella di erogazione del servizio (in questa ipotesi, la gestione della rete, come appena detto, è affidata ad una società a partecipazione totalitaria di capitale pubblico, ovvero ad imprese individuate con una procedura competitiva). La legge consente poi l'affidamento contestuale di una pluralità di servizi locali (diversi da duelli di trasporto collettivo), quando "sia economicamente più vantaggioso".

Riguardo inoltre all'erogazione dei servizi locali di rilevanza economica, l'art. 113, comma 5, TUEL, come modificato dall'art. 35 l. 448/2001 e dal d.l. 269/2003, convertito dalla L. 326/2003, prevede tre forme di gestione, due delle quali fanno perno su società pubbliche dirette affidatarie del servizio, la terza consiste nell'affidamento del servizio a società di capitali, individuate a mezzo di gara[49].

Nello specifico, l'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

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

b) a società a capitale misto pubblico-privato nelle quali il socio privato venga scelto tramite l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica. Il socio privato deve dare garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimi o circolari. Le società miste comunali sono, in via di principio, legittimate a svolgere la propria attività anche al di fuori del territorio del comune dal quale sono state costituite, in quanto munite dal legislatore di capacità imprenditoriale, ma sono pur sempre tenute, per il vincolo genetico - funzionale che le lega all'ente di origine, a perseguire finalità di promozione dello sviluppo della comunità locale di emanazione[50].

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

Pertanto, oltre all'affidamento mediante gara a società di capitali, la legge ammette due possibilità:

- l'affidamento diretto a società pubbliche, secondo il modello dell'in house providing nei limiti in cui questo sia compatibile con il diritto comunitario;

- l'affidamento a società mista nel quale l'assenza di concorrenza nella scelta del gestore verrebbe compensata con la gara per la scelta del socio privato.

La Corte costituzionale, con pronuncia n. 272/2004, inquadrando la disciplina statale in tema di servizi pubblici locali nell'ambito della materia "tutela della concorrenza", in quanto tale di spettanza esclusiva del legislatore statale, ha tenuto indenni le norme del d. lgs. 267/2000 (TUEL), poste a presidio della concorrenza, in merito ai rapporti relativi al regime delle gare o delle modalità di gestione e conferimento dei servizi[51].

5. L'art. 13 del decreto legge n. 223 del 4 luglio 2006 (decreto Bersani) e l'art. 23 bis decreto legge n. 112 del 25 giugno 2008.

Un'ulteriore novità è intervenuta con l'art. 13, d.l. n. 223 del 4 luglio 2006 (c.d. decreto Bersani), convertito con modificazioni nella legge n. 248 del 4 agosto 2006, ulteriormente sottoposto a modifiche dall'art. 1, comma 720, legge n. 296 del 27 dicembre 2006 (finanziaria per il 2007).

L'art. 13 citato ha come ambito soggettivo di applicazione le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali (inciso introdotto dalla legge di conversione) nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza. In realtà, in questo contesto le prestazioni sono rese non all'ente (come nel caso deciso dalla Corte di giustizia) ma ai cittadini.

La norma, pertanto, non sembra applicarsi al settore dei servizi pubblici locali, anche se i più recenti disegni di legge di riforma interessanti questi ultimi si muovono nello stessa direzione indicata dal decreto Bersani.

La norma dispone che tali società devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti; non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti. Esse sono poi ad oggetto sociale esclusivo. Il legislatore italiano, al fine di evitare di "mettere a gara" l'affidamento del servizio locale, ha utilizzato lo schema societario nel settore dei servizi pubblici[52].

Le società operanti nel campo dei servizi pubblici locali mirano, infatti, a soddisfare direttamente esigenze generali della collettività, e sono escluse dall'applicazione della normativa in commento[53].

L'art. 23 bis della legge 6 agosto 2008 n. 133, di conversione del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112 - contenente "Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria" – introduce un'ennesima nuova disciplina per i servizi pubblici locali, con carattere prevalente sulle relative discipline di settore ad esso incompatibili.

La norma manifesta le insicurezze del legislatore nel dare un assetto normativo definitivo in un settore nel quale le strategie della politica nazionale e, di riflesso, locale fanno difficoltà a conciliarsi con la normativa europea, tesa com'è ad una incondizionata applicazione del principio della concorrenza.

Non deve trarre in inganno l'enfasi della norma posta dall'art. 23 bis, comma 1, secondo cui l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, deve avvenire in applicazione della disciplina comunitaria ed al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici coinvolti nella gestione di servizi d'interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto degli utenti all'universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, comma 2, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione.

L'art. 23 bis, comma 2, prova a riempire di contenuto la previsione del comma 1 prevedendo che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avvenga normalmente a favore di imprenditori

o di società in qualunque forma costituite con il ricorso a procedure competitive ad evidenza pubblica, secondo i principi del Trattato della Comunità europea e della normativa comunitaria in tema di contratti pubblici (economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità).

La norma accoglie quindi le affermazioni della Corte di giustizia del Lussemburgo che, con la sentenza del 18 dicembre 2007, causa C-357/06 (Frigerio), aveva invitato i giudici italiani a disapplicare l'articolo 113, comma 5, lettera a) del d.lgs. n. 267/2000 nel punto in cui limitava soggettivamente la categoria degli operatori economici esclusivamente alle società di capitali, per manifesta incompatibilità con i principi di parità di trattamento, di divieto di discriminazione e di libera concorrenza sanciti dal Trattato.

Solo in presenza di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, che non consente un utile ricorso al mercato, l'affidamento può svolgersi in deroga alla normativa nazionale e comunitaria sulle gare pubbliche, pur sempre nel rispetto dei principi del trattato europeo (comma 3).

In questi casi (comma 4), l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e, contestualmente, è tenuto a trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ed alle eventuali autorità di regolazione del settore. Queste, entro sessanta giorni sul dalla ricezione della relazione, esprimono un parere per gli aspetti di competenza.

La nuova normativa conferma la regola aurea fissata, come si è visto, dal d.l. n. 269 del 2003, secondo cui la proprietà delle reti deve rimanere in mano pubblica, mentre la gestione delle stesse può essere affidata a privati (comma 5)[54].

L'affidamento può anche essere simultaneo mettendo a gara una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui venga dimostrato che questa scelta sia economicamente vantaggiosa. La durata dell'affidamento è unica per tutti i servizi e non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore. Non è chiaro il modo in cui debba essere dimostrato che tale scelta risulti particolarmente vantaggiosa per l'amministrazione ed in che termini possa porsi il particolare vantaggio.

Regioni ed enti locali, per gli aspetti di competenza e d'intesa con la Conferenza unificata (art 8 d lgs 281/1997), possono definire, nel rispetto delle normative settoriali, i bacini di gara per i diversi servizi, in maniera da consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi, oltre che l'integrazione di servizi a domanda debole nel quadro di servizi più redditizi, garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale.

Il 31 dicembre 2010 è fissato quale data ultima per la cessazione automatica delle concessioni sul servizio idrico integrato, rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica, ad eccezione dei casi di deroga sanciti dal comma 3.

Significativa è poi la previsione contenuta al comma 9 secondo cui i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive, nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi

ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi né svolgere servizi o attività né partecipare alle gare per altri enti pubblici o privati. Il divieto incombe sia nei confronti dello stesso soggetto sia nei confronti di società controllanti o di società che siano da questi controllate o partecipate. Il divieto non vige per le società quotate in mercati regolamentati e (ricorrendo ad un'interpretazione estensiva della norma) anche a quelle non quotate previste dallo stesso comma 3, in quanto soggetti direttamente affidatari con partner privato selezionato a conclusione di una procedura di evidenza pubblica.

I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l'affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già loro affidato. In ogni caso, entro la data del 31 dicembre 2010, per l'affidamento dei servizi si procede mediante procedura competitiva pubblica.

Compito del Governo è di emanare disposizioni regolamentari, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, L. 400/1998, al fine tra l'altro di dettare una disciplina di dettaglio sugli affidamenti del servizio pubblico.

L'art. 23 bis, comma 11, della legge 133/2008 di conversione del d.l. 112/08 dispone, inoltre, l'abrogazione per le parti non compatibili dell'art. 113 del d. lgs. 267/2000. Questa disposizione introduce una formula di "soppressione" di norme che appare a dir poco avventato in quanto del tutto generico ed indeterminato.

Pur con i limiti segnalati, l'articolo 23 bis rappresenta un significativo passo in avanti nel difficile tentativo di dare alla gestione dei servizi pubblici locali una compiuta disciplina che tenga conto della non sempre lineare giurisprudenza comunitaria, proprio di recente chiamata a pronunciarsi sulla conformità al diritto dell'UE del modello di affidamento delineato dal Consiglio di Stato con la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 3 marzo 2008.

6. I servizi privi di rilevanza economica

Qualche considerazione va spesa per i servizi pubblici privi di rilevanza economica, i quali per le loro caratteristiche esulano dal mercato concorrenziale. Ciò comporta che, nel loro ambito, l'intervento della legge statale non può reggersi su esigenze di tutela della concorrenza che si palesano non pertinenti.

Ciò è stato chiarito dalla Corte costituzionale che, con la già richiamata sentenza n. 272/2004, ha dichiarato incostituzionale la disciplina introdotta dall'art. 113-bis TUEL.

Da ciò consegue che, in aderenza al dettato costituzionale, la disciplina dei servizi privi di rilevanza economica dovrebbe oggi essere attribuita alle fonti legislative regionali e regolamentari locali.

Non deve tuttavia escludersi uno spazio di intervento del legislatore statale fondato sull'art. 117, comma 2, lett. m) in materia di "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni". Questa considerazione sembra trovare conferma nella recente Legge 18 giugno 2009, n. 69 che contiene "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile".

L'art. 10, nel dettare disposizioni a tutela degli interessati nei procedimenti amministrativi di competenza delle regioni e degli enti locali, introduce rilevanti modifiche all'art. 22 della L. n. 241 del 1990, in materia di accesso alla documentazione amministrativa, ed all'art. 29, in tema di applicazione della legge sul procedimento amministrativo, inserendosi nel mai sopito dibattito del

rapporto tra legislazione statale e regionale con riferimento in particolare al procedimento amministrativo.

L'art 10 della legge in esame aggiunge infatti all'art. 29 della L. n. 241/1990 i commi da 2-bis a 2-quinquies i quali attribuiscono alle discipline della maggior parte degli istituti del procedimento amministrativo il valore di "Livelli essenziali delle prestazioni" (LEP), come richiamati dall'art. 117 Cost., co. 2, lett. m). Questa estensione comporta un forte spostamento del baricentro della regolamentazione del procedimento a vantaggio del legislatore nazionale, bloccando in questo modo le spinte centrifughe delle legislazioni regionali.

In ogni caso, in disparte i LEP, una delle conseguenze di questo nuovo quadro sarà la differenziazione tra le forme di gestione, con probabile ricorso a consorzi, concessioni, fondazioni.

Prima dell'intervento della Corte costituzionale, per i servizi privi di rilevanza economica gli affidamenti diretti (accanto ai quali era contemplata la gestione in economia, in forza della quale l'amministrazione responsabile del servizio lo eroga direttamente), in passato potevano avvenire a favore dei seguenti soggetti:

a) istituzione, « organismo strumentale dell'ente locale per l'esercizio di servizi sociali, dotato di autonomia gestionale »;

b) aziende speciali; l'azienda speciale è un ente pubblico strumentale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale. Un'azienda speciale pluricomunale costituita sulla base di una convenzione tra vari enti locali è il consorzio ai sensi dell'art. 31 T.U.enti locali[55].

c) società a capitale interamente pubblico, secondo il modello dell'in house providing.

L'ordinamento ed il funzionamento delle istituzioni sono disciplinati, nell'ambito della legge, dallo statuto e dai regolamenti dell'ente. Organi dell'azienda e dell'istituzione (l'art. 114 TUEL si occupa di entrambe le figure) sono il consiglio di amministrazione, il presidente e il direttore. Lo statuto dell'azienda speciale prevede un organo di revisione e forme autonome di gestione. Per quanto riguarda le istituzioni, il collegio dei revisori dei conti dell'ente locale esercita le sue funzioni anche nei confronti di tale organismo. Sempre con riferimento ad entrambe le figure - ai sensi dell'art. 114, comma 4, TUEL - l'azienda e l'istituzione informano la loro attività a criteri di efficacia, efficienza ed economicità ed hanno l'obbligo del pareggio del bilancio da perseguire attraverso l'equilibrio dei costi e dei ricavi, compresi i trasferimenti di fondi all'uopo effettuati dall'ente locale. Quest'ultimo, inoltre, (comma 6) conferisce il capitale di dotazione, determina le finalità e gli indirizzi, approva gli atti fondamentali, esercita la vigilanza, verifica i risultati e provvede alla copertura degli eventuali costi sociali.

Fenomeno diverso è la convenzione che non è una forma di gestione autonoma. Ai sensi dell'art. 30 TUEL, le convenzioni consentono di svolgere in modo coordinato determinati servizi, senza dar luogo alla costituzione di organismi o soggetti nuovi. Alcune convenzioni sono obbligatoriamente previste dallo Stato e dalle regioni "per la gestione a tempo determinato di uno specifico servizio o per la realizzazione di un'opera".

Lo strumento è poi idoneo anche per lo svolgimento di funzioni o per organizzare uffici comuni e deleghe di funzioni.

Si ricordi poi che i servizi pubblici possono essere erogati anche dall'unione di comuni, dalle circoscrizioni di decentramento comunale, ed essere assunti dalle città metropolitane.

[1] Per una ricostruzione completa della storia dei servizi pubblici si rimanda a: U. POTOTSCHNIG, I pubblici servizi, Padova, 1964.

[2] Per un approfondimento sul tema del Welfare state negli stati europei, si segnala l'interessante ed esaustivo saggio di Gøsta Esping-Andersen. I fondamenti sociali delle economie postindustriali., Bologna, 2000. Più sintetico ma comunque completo: Conti Fulvio - Gianni Silei, Breve Storia dello Stato Sociale, Carocci, Roma. Per i risvolti giuridici e legislativi dello Stato sociale, si rinvia a Giovanni Bianco, Sicurezza sociale nel diritto pubblico, in Digesto IV, disc. pubbl., Torino, 1998, XIV; Idem, Costituzione economica e ordine pubblico economico, Utet, Torino, 2008. Per un'indagine di tipo economico: Bruni L., Zamagni S., Economia Civile, Bologna, 2004. Più proiettato verso un resoconto sociologico: Gaggi, Narduzzi, La fine del ceto medio e la nascita della società low cost, Torino, 2006.

[3] Cfr. per un ampio esame sull'argomento, M.S. GIANNINI, Il pubblico potere, Bologna, 1989, p. 69 e ss.. S. CATTANEO, Servizi pubblici, voce in Enc. del diritto, XLII, 1990, Milano, non a caso indica che "nozione di servizio pubblico è tra quelle più tormentate».

[4] Sentenza Blanco del Tribunale dei conflitti del 1873.

[5] F. MERUSI, Servizio pubblico, in Nss. D.I., XVII, 1970, 215 e ss.

[6] L'art. 33, si rammenta devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla l. 241/1990, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 481/1985".

[7] Nella vigenza della originaria norma (prima dell'intervento di Corte cost., n. 204/2004), l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, decisione n. 1/2000, aveva ritenuto che il d.lgs. 80/98 (confermato dalla l. 205/2000) avesse accolto una nozione ampia di servizio pubblico riconducendosi ad ogni aspetto dell'attività amministrativa. Non così per le sezioni unite della Cassazione che con la sentenza n. 71/2000 esigevano che la prestazione fosse istituzionalmente indirizzata al pubblico, respingendo la tesi che ritiene sufficiente la sottoposizione dell'attività a controllo o vigilanza pubblicistici.

[8] Si rimanda all'art. 3 del decreto legislativo 6 settembre 2005 n. 206 (Codice del consumo) definisce il consumatore o utente: la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta.

[9] Sez. V, 13 dicembre 2006 , n. 7369, Foro amm.-CDS, 2006, 12, 3348, nota PERFETTI; Riv. corte conti 2006, 6, 287.

[10] Il caso riguardava un'amministrazione comunale che, con riferimento alle attività di manutenzione delle strade, degli impianti d'illuminazione pubblica e del verde pubblico, aveva tentato di superare una gestione frammentaria e disomogenea degli interventi, assumendoli come

altrettanti servizi pubblici al dichiarato fine di garantirne l'assolvimento in maniera coordinata e continuativa.

[11] Cons. Stato, sez. V, n. 1289 del 10 marzo 2003, in Foro amm. CDS 2003, 998, nota PERFETTI; Dir. e giust. 2003, 19, 43, nota ALESIO.

[12] Cons. Stato, sez. V, n. 7369 del 13 dicembre 2006, in Foro amm. CDS 2006, 12, 3348, nota PERFETTI.

[13] Sul ruolo della legge nell'assunzione del servizio pubblico, I. MARINO, Servizi pubblici e sistema autonomistico, Milano, 1986.

[14] G. CAIA, I servizi pubblici, in AA.VV., Diritto amministrativo, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, T. II, 131, Bologna, 2005.

[15] I vari aspetti del rapporto tra soggetto erogatore ed utente è stato messo bene in luce da A. ROMANO, La concessione di un pubblico servizio, in AA. VV., a cura di G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNUOLO VIGORITA, Milano, 1995, 3.

[16] La figura del contratto di servizio nell'ordinamento italiano non corrisponde pienamente a quella di derivazione comunitaria prevista per ottenere da alcuni imprenditori presenti sul mercato (coi quali l'amministrazione contratta) prestazioni a favore degli utenti. In questi casi il servizio in senso proprio riguarda le prestazioni oggetto dei contratti, al di fuori delle quali l'amministrazione ritiene che il mercato (e, cioè, l'attività economica degli imprenditori, variamente condizionata sotto il profilo pubblicistico, ma non doverosa) sia sufficiente a soddisfare le esigenze della collettività. Al fine di garantire la continuità dell'offerta di una prestazione, la disciplina comunitaria talora prevede il meccanismo, alternativo rispetto al contratto, dell'imposizione ai privati già presenti sul mercato di obblighi di servizio.

Il d.lgs. 422/1997, ad esempio, dispone che l'esercizio dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale, con qualsiasi modalità effettuati e in qualunque forma affidati, è regolato "mediante contratti di servizio di durata non superiore a nove anni" (in tema di attività di distribuzione di gas naturale v. art. 14 d.lgs. 164/2000); essi trovano applicazione anche nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

[17] V. MOLASCHI, La gestione dei servizi pubblici locali "privi di rilevanza economica": prospettive e problemi in materia di servizi sociali a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale n. 272 del 2004, in Foro it., 2005.

[18] Cfr., ad es., d.lgs. 259/2003 nel settore delle telecomunicazioni.

[19] Nel 1993 la Commissione europea si è occupata per la prima volta in modo approfondito del concetto di servizio universale nel settore delle telecomunicazioni, allora inteso come rete di sicurezza per consentire a tutti "l'accesso a un servizio minimo definito di una determinata qualità, e la fornitura di tale servizio a tutti gli utenti, a prescindere dall'ubicazione geografica, alla luce delle condizioni specifiche nazionali, ad un prezzo ragionevole". In seguito, il concetto di servizio universale è stato consolidato nell'ambito di numerose direttive - 95/62/CE, 97/33/CE, 98/10/CE e 2002/22/CE - ed, in considerazione della convergenza tendenziale fra telecomunicazioni, media e servizi delle tecnologie informatiche, esso è stato esteso ai servizi di comunicazione elettronica.

[20] Una disposizione del trattato in cui compare il termine "pubblico servizio" è l'art. 73 (ex art. 77) il quale riconosce la compatibilità al trattato degli aiuti richiesti dalle necessità del coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù interenti alla nozione di pubblico servizio. Si segnala inoltre l'art. 50 (ex art. 60) che fotografa i servizi come "prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone. Essendo questa nozione idonea per distinguere la libera prestazione dei servizi dalla circolazione delle merci, è evidente che è quindi inutilizzabile ai fini del concetto di "servizio pubblico".

[21] Interessante il caso Corbeau, nel quale la Corte giustizia Ce (19 maggio 1993) ha ravvisato la violazione del diritto comunitario per l'ipotesi in cui un gestore del servizio postale abbia l'esclusiva anche in relazione al servizio postale celere.

[22] Il nome "Fabianismo" trasse origine dalla linea graduale e temporeggiatrice che ricordava, sotto alcuni aspetti, la tattica adottata nel corso della prima guerra punica dal console e dittatore romano Quinto Fabio Massimo, per questo noto come il Temporeggiatore.

[23] La legge 103/1903 è rimasta formalmente in vigore fino a tempi recentissimi, venendo abrogata dall'articolo 24 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008 n. 133. A seguito della legge 103 del 1903 è stato poi emanato il relativo regolamento 10 marzo 1904 n. 108, rimasto per tempo in vigore anche dopo l'approvazione della legge di riforma.

[24] Da Atti della Relazione al Parlamento.

[25] Nel dibattito parlamentare sul disegno di legge delle aziende speciali per i servizi non mancano critiche alla municipalizzazione, in particolare nella Commissione della Camera dei Deputati si prefigurarono scenari futuri suggestivamente negativi: «Nelle aziende municipalizzate farà difetto l'elemento tecnico, se non nella direzione, certamente negli uffici di controllo; abbonderà, invece, l'intrusione dei policastri, degli arruffoni, dei cercatori di impieghi, che, famelici, si butteranno addosso ai nuovi istituti, cercando di trasfondere tutti i germi malefici onde è inquinato, così spesso, il torbido sottosuolo della vita locale. Si moltiplicheranno gli impiegati e i salariati, che saranno molesti, non solo per il loro grande numero, non necessario, ma, peggio, per l'indole loro: elettori tutti, e pretenziosi, e magnificanti la propria supposta qualità di pubblici funzionati, aspireranno a continue promozioni, e premeranno sul municipio, col perso della

32

loro organizzazione, volta a privato tornaconto e, per ciò stesso, a pubblico nocumento».

[26] L'art. 13 stabiliva infatti: "In seguito al parere favorevole della commissione la deliberazione del Consiglio Comunale è sottoposta al voto degli elettori del Comune convocati con manifesto della giunta municipale, da pubblicarsi 15 giorni prima della convocazione stessa. L'elettore vota pel si o pel no sulla questione dell'assunzione diretta del servizio. Nel caso di risultato contrario alla deliberazione del consiglio comunale, la proposta di assunzione diretta del servizio non può essere ripresentata se non dopo tre anni salvo che un quarto almeno degli elettori iscritti ne faccia richiesta nelle forme prescritte dal regolamento; ma anche in questo caso non dovrà essere trascorso meno di un anno dall'avvenuta votazione".

[27] Giannini, Diritto amministrativo, II, p. 23 e ss.

[28] Vanno ricordate quelle contenute nel testo unico della finanza locale (art. 209 e 213) e nel testo unico dei comuni e province del 1934 (art. 93 n. 3) per quanto attiene al diritto di peso pubblico e di misura pubblica nonché all'affitto dei banchi pubblici; nello stesso t.u. fin. loc. (art. 261-267) relativamente alla materia dei proventi dei servizi municipalizzati, alla responsabilità degli amministratori, ecc.; negli art. 292 e 293 t.u. com. prov. 1934, in ordine alla facoltà, concessa ai comuni e alle province, di assumere nei casi e nei modi stabiliti dalla legge l'impianto e l'esercizio dei pubblici servizi, compresa l'assunzione della costruzione di case e alberghi popolari, ed alla statuizione secondo la quale i servizi che, per loro natura, possono farsi in economia, debbono essere retti da speciali regolamenti.

L'art. 226 reg. n. 108 del 1904 rinviava in via generale ad altre discipline particolari disponendo che quando nel t.u. n. 2578 del 1925 e nello stesso regolamento, o in quello speciale dell'azienda municipalizzata non vi fossero norme tassative per una determinata materia, avrebbero dovuto osservarsi le disposizioni che regolano l'amministrazione comunale e la contabilità generale dello Stato.

[29] Cfr., art. 12 del T. U. 17 ottobre 1925 n. 2578 sulla municipalizzazione dei pubblici servizi, n. 8, 10, 11, 17, trasporti funebri, macelli, mercati ed affissioni; art. 93 della L. com. e prov. pesi e misure pubblici, banchi pubblici), in quanto non era ammissibile una limitazione della libertà di commercio e di produzione dei privati senza esplicita autorizzazione legislativa. Per maggiori dettagli si confronti: Borsi, Le funzioni del comune,Milano.

[30] Trattasi dei seguenti servizi: costruzione di acquedotti e fontane e distribuzione di acqua potabile; ° costruzione di fognature ed utilizzazione delle materie fertilizzanti; nettezza pubblica e sgombro di immondizie dalle case; trasporti funebri, anche con diritto di privativa, eccettuati i trasporti dei soci di congregazioni, confraternite ed altre associazioni costituite a tal fine e riconosciute come enti morali; costruzione ed esercizio di stabilimenti per la macellazione, anche con diritto di privativa; costruzione ed esercizio di mercati pubblici, anche con diritto di privativa; costruzione ed esercizio di bagni e lavatoi pubblici; costruzione ed esercizio di asili notturni; stabilimento e relativa vendita di semenzai e vivai di viti ed altre piante arboree e fruttifere. Una menzione particolare va fatta per due servizi pubblici, quello della raccolta e del trasporto dei rifiuti solidi urbani per il quale la legge 20.3.1941 n. 366 imponeva ai Comuni l'esercizio diretto, per motivi di particolare cautela in materia di igiene e sanità ed il servizio delle pubbliche affissioni che l'art. 28 del d. lgs. 26.10.1972 n. 639 dichiarava "di esclusiva competenza comunale", con disposizione in palese contrasto con l'art. 43 Cost.

[31] Per i servizi in economia, l'art. 15 del t.u. n. 2578/1925 appariva in contrasto con l'art. 189 Regio decreto 4 febbraio 1915, n. 148 (nuovo testo unico della legge comunale e provinciale), secondo cui in materia di municipalizzazione i servizi potevano farsi in economia. In realtà si tratta di istituti distinti, giacché l'art. 15 t.u. n. 2578/1925 si riferisce a quei servizi pubblici contemplati dall'art. 1 o ad essi analoghi, per i quali, anziché provvedere alla gestione mediante un'azienda speciale, appare più opportuna la gestione ad economia, della quale vedremo oltre gli aspetti particolari.

L'art. 189 t.u. com. prov. 1915 riguarda invece quelle singole provviste o quei singoli lavori che vogliono eseguirsi direttamente, senza far luogo alla stipula di contratti di appalto con terzi fornitori.

[32] Il che riguardava (e riguarda) i servizi idrici e del gas le cui condutture richiedono l'utilizzo del sottosuolo stradale; i servizi tramviari, filoviari e di linee metropolitane le cui reti richiedono l'utilizzo del suolo stradale e dello spazio aereo sovrastante.

[33] La giurisprudenza maggioritaria era dell'avviso che ai comuni non era consentita la gestione dei servizi pubblici tramite società concessionarie delle quali possedessero essi stessi la totalità delle azioni; in questi casi infatti la concessione non sarebbe effettuata in favore di una "industria privata". Nella prassi l'azionariato municipale era comunque molto diffuso nei comuni maggiori

[34] Si considerava invece venuto meno per incompatibilità col disposto dell'art. 60 L. 10.2.1953 n. 62 il potere (già prefettizio) di annullarle allorquando "importino una evidente lesione degli interessi dell'azienda" (art. 17).

[35] Non è questa la sede per un esame dell'interessante quanto problematica disposizione contenuta all'art. 1, comma 1-bis della L. 241 del 1990. Sul punto si rinvia a D. DE PRETIS, L'attività contrattuale della p.a. e l'art. 1-bis (sic!) della legge 241 del 1990: atti di natura non autoritativa secondo le regole del diritto privato e principio di specialità, in www.giustamm.it.

[36] Concetti già illustrati supra al capitolo 1.2.

[37] PARENTE, La rappresentanza processuale delle aziende municipalizzate, in Impr. Pubbl, 1967, 17. La legittimazione processuale dell'azienda spetta al direttore e non già al Presidente (art. 4 t.u.).

[38] I principali servizi suscettibili di municipalizzazione erano i seguenti: acquedotti, illuminazione, trasporti, farmacie, nettezza urbana, trasporti funebri, macelli, mercati, affissioni. Con la l. 16 giugno 1938 n. 851 è stato aggiunto all'elenco dei servizi municipalizzabili il servizio delle centrali del latte.

[39] Alle privative previste dal tu del 1925 si aggiunsero quella dello smaltimento di rifiuti solidi urbani (art. 3 dpr 10 settembre 1982 n. 915) mentre venne soppressa quella relativa ai pubblici mercati (L 25 marzo 1959 n. 125)

[40] ROVERSI MONACO, La giurisprudenza sulle società a partecipazione pubblica, in Dir. Soc. 1973, 7989; MAZZARELLI, Le società per azioni con partecipazione comunale, Milano, 1987; CAMMELLI, Le gestioni comunali. L'azionariato pubblico, in Atti convegno Provincia Sicilia, Catania 1988, 71; Id, Le società a partecipazione pubblica (regioni, province, comuni), Bologna 1989

[41] Nel senso, in particolare, di antieconomico.

[42] Per questa ipotesi, può osservarsi che la legge non spiega in quali casi l'ente locale possa fare ricorso alla figura della società per azioni.

[43] Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2002 n. 2297; 15 febbraio 2002 n. 917; 3 settembre 2001 n. 4586 con nota di E. SCOTTI, Osservazioni a margine di società miste e servizi pubblici locali., in Foro it., 2002, III, 552 e ss.

[44] Trattasi delle circolari n. 12727 del 19 ottobre 2001 (G.U. s. g., n. 264 del 13.11.2001) su "Affidamento a società miste della gestione di servizi pubblici locali" e n. 3944 del 1° marzo 2002 (G.U. s. g., n. 102 del 3.5.2002) su "Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori".

[45] Per l'analisi dettagliata ed aggiornata della giurisprudenza comunitaria e nazionale si rinvia all'intervento del prof. Guzzo. E' sufficiente in questa sede segnalare l'importante parere del Consiglio di Stato, sez. II, n. 456/2007 ed alla pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 2008.

[46] Si rinvia, per maggiori approfondimenti sulla questione a M. DUGATO, I servizi pubblici locali, in Trattato di diritto amministrativo, a cura di S. CASSESE, Parte speciale, vol. II, Milano, 2003, 2595; ID, La disciplina dei servizi pubblici locali, in Giornale di diritto amministrativo 2, 2004 pag. 121 e ss.

[47]. Con la sentenza n. 14 del 13 gennaio 2004 la Corte costituzionale ha chiarito che la riserva allo Stato della "competenza trasversale" sulla tutela della concorrenza risponde all'obiettivo di "unificare in capo allo stato strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell'intero paese". La Corte costituzionale ha considerato la tutela della concorrenza come materia-funzione, la quale avendo carattere trasversale legittima interventi volti sia a proteggere sia a promuovere la concorrenza (nello stesso senso v. Corte cost., n. 345/2004 e n. 401/2007).

[48] Procedura d'infrazione 1999/1984 ex art. 226 Trattato – lett. n. C(2002)2329 del 26 giugno 2002.

[49] Questa restrizione è sospettata di incompatibilità con il diritto comunitario: v. domanda di pronuncia pregiudiziale proposta da Tar Lombardia, causa C-357/06.

[50] Cons. Stato, sez. V, 30 maggio 2005, n. 2756, Foro amm. CDS 2005, 5, 1497. Non sarebbe ad esempio possibile distogliere risorse e mezzi dalle attività riferibili alla collettività, senza apprezzabili utilità per quest'ultima.

[51] La Corte costituzionale ha riproposto la tesi già esposta con la sentenza n. 14/2004 (cfr. supra nota 46) secondo cui la tutela della concorrenza è una materia-funzione avente carattere trasversale tale da legittimare interventi volti sia a proteggere sia a promuovere la concorrenza. La Corte ha però censurato la legge per illegittima compressione dell'autonomia regionale, nella parte in cui stabilisce, dettagliatamente e con tecnica autoapplicativa, i vari criteri di base ai quali la gara viene aggiudicata, introducendo prescrizioni "integrative della disciplina di settore".

[52] Per l'ammissibilità di questo schema, v. peraltro la Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario della Commissione delle Comunità europee (12 aprile 2000).

[53] Secondo Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215, Foro amm. CDS, 2009, 1, 230, Le limitazioni imposte dall'art. 13, d.l. 4 luglio 2006 n. 223, convertito in l. 4 agosto 2006 n. 248, riguardano le società costituite per svolgere attività finalizzate alla produzione di beni o servizi da erogare a supporto di funzioni amministrative di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali questo provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali e sono rivolte, quindi, essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico. Le società operanti nel campo dei servizi pubblici locali mirano, infatti, a soddisfare direttamente esigenze generali della collettività, e sono testualmente escluse dall'applicazione della normativa citata.

[54] Si osserva che mentre l'art. 113, comma 4, come modificato dal d. l. n. 269 del 2003 vietava la cessione della "proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici", l'art. 23 bis limita la prescrizione alle sole reti. Se non si vuole pensare ad una mera

dimenticanza, da ciò dovrebbe ricavarsi che gli impianti e le altre dotazioni sarebbero a questo punto cedibili anche a privati.

[55] Comuni e province possono costituire un consorzio per la gestione associata di uno o più servizi (ma anche per l'esercizio di funzioni), secondo le norme dell'art. 114, T.U. enti locali, in quanto compatibili. Al consorzio possono partecipare altri enti pubblici, comprese le comunità montane

Modelli societari e organizzazione dei servizi pubblici

Testo della relazione tenuta al 62° Convegno di Studi amministrativi su *L'Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della Pubblica Amministrazione*-Varenna, 22, 23 e 24 settembre 2016.

Giampiero Paolo CIRILLO

Sommario: 1. Nozioni generali e classificazioni dei servizi pubblici in prospettiva europea. 2. Ambito della ricerca e il rapporto dell'organizzazione del servizio con l'amministrazione di riferimento.3.Guida ragionata delle principali novità del decreto legislativo e l'individuazione delle norme di sistema. 4.Cenni sui principali orientamenti giurisprudenziali e dottrinari nella faticosa ricerca dell'«ente pubblico in forma societaria».5. La costituzione della società e l'assunzione del servizio pubblico: la funzione dell'atto deliberativo circa la necessità di costituire il servizio secondo un modello predeterminato. 6. La fase negoziale dell'organizzazione del servizio e la causa del contratto di società. 7. Motivo nella causa societaria e interesse pubblico alla costituzione del servizio. 8.Conclusioni.

1. Nell'analisi dei servizi pubblici, i manuali universitari (1) più accreditati individuano tre momenti logico-giuridici: l'assunzione, laregolazione e la gestione.
L'assunzione del servizio è rappresentata dalla decisione politica, laddove, constatata l'insufficienza del mercato, si pongono in essere una serie di interventi per garantire i livelli minimi delle prestazioni, immettendo ancherisorse e facendo, così, riemergere la nozione soggettiva del servizio pubblico, in quanto l'atto (amministrativo) di assunzione costituisce una responsabilità esclusiva dello Stato o degli enti locali.
La regolazione si ha quando, a seguito dell'assunzione da parte dei pubblici poteri, sorge il problema di fornire una disciplina al fine di raggiungere una serie di interventi e attuare in concreto i principi giuridici in materia di servizi, ricavabili soprattutto dalla legge 14 novembre 1995, n. 481.
La gestione comprende essenzialmente sia il momento organizzativo sia l'attività di produzione del servizio, prevedendo l'ingresso sulla scena di imprese pubbliche e private, ordinate in forma societaria.
Le forme di gestione vengono classificate in base al criterio del loro rapporto con l'organizzazione della pubblica amministrazione.
È bene ricordare che il modello originario di organizzazione dei servizi pubblici era costituito dall'istituzione per legge di un regime di <<riserva originaria>> dell'attività a favore dello Stato; il che escludeva lo svolgimento di tali servizi da parte dei privati in regime di concorrenza. Inoltre la gestione del servizio avveniva in forma diretta, mediante aziende speciali interne allo Stato, e in forma indiretta, per mezzo di enti pubblici economici. Tuttavia, già agli inizi del secolo scorso, era consentito un timido affidamento dei servizi a soggetti privati mediante concessione amministrativa.
Nel tempo presente il passaggio dallo Stato gestore allo Stato regolatore e i processi di liberalizzazione e di privatizzazione promossi dal diritto europeo hanno fatto sì che la materia dei servizi sociali abbia acquistato una dimensione autonoma, sconfessando la visione tradizionale che collocava il fenomeno nell'ambito dell'organizzazione dei pubblici poteri.

Sempre dal diritto europeo emerge la più importante classificazione generale, tra i servizi aventi rilevanza economica (trasporti, energia elettrica, telecomunicazioni) ed i servizi non economici (scuola, sanità, assistenza sociale). La distinzione è particolarmente importante in quanto i primi sono suscettibili di essere esercitati in forma imprenditoriale e si prestano ad essere gestiti da soggetti privati in regime di concorrenza (S.I.E.G.), mentre i secondi (S.I.G.) vengono direttamente gestiti dalle pubbliche amministrazioni con oneri a carico della fiscalità generale; in ogni caso il coinvolgimento dei privati è possibile solo se ai gestori vengono erogati finanziamenti pubblici.
È utile anche ricordare che i servizi pubblici, nella prospettiva europea (art. 106 T.F.U.E.), si muovono secondo due linee fondamentali: garantire la coesione sociale e territoriale, salvaguardare la competitività dell'economia europea, applicandosi anche in tale settore le regole della concorrenza; il che genera l'immanente ricerca di un equilibrio mobile, a prescindere da norme derogatorie.
Sempre dal diritto europeo derivano le nozioni di concorrenza "nel mercato" e di concorrenza "per il mercato": la prima significa che la fornitura del servizio medesimo può essere svolta da una pluralità di operatori in concorrenza fra di loro, sulla base di un emplice provvedimento di autorizzazione generale, teso a verificare il possesso dei requisiti tecnici ed economici per intraprendere il servizio; la seconda significa che il servizio pubblico si presta ad essere svolto in modo efficiente da un unico gestore e l'attribuzione del servizio avviene sulla base di una procedura competitiva dell'affidamento della concessione alla quale possono partecipare su un piano di parità tutti i potenziali interessati (c.d. mercato virtuale).
Nella visione europea non vi è alcuna preferenza tra proprietà pubblica o privata delle imprese e gli Stati membri sono comunque liberi di scegliere il modello della gestione diretta o quello dell'affidamento del servizio a soggetti terzi, tramite procedura ad evidenza pubblica. Per L'Italia la norma base si trova nell'articolo 43 della Costituzione.
Il nuovo diritto amministrativo conosce, accanto alle indicate figure tradizionali, una terza forma di gestione, ancora sostanzialmente interna all'organizzazione della pubblica amministrazione, la cosiddetta societàin house, che ha avuto un ampio sviluppo nell'organizzazione dei servizi pubblici locali.
Vi è poi una quarta forma, pure largamente usata nel campo dei servizi locali, ed è la cosiddetta società mista che, secondo i principi del diritto europeo, è caratterizzata dall'avvio di una procedura competitiva a doppio oggetto, relativa alla scelta del socio dell'affidamento della gestionealla società tramite il rilascio di una concessione. Essa è una forma di partenariato pubblico-privato istituzionale, che realizza una collaborazione stabile di lunga durata attraverso l'istituzione di un'organizzazione comune.
Tale figura può assumere laforma di tipo istituzionale o di tipo contrattuale.
In quest'ultima rientra la quinta forma di gestione dei servizi pubblici, ossia la concessione del servizio a imprenditori terzi, selezionati sulla base di procedure competitive nei casi in cui per ragioni tecniche ed economiche il servizio si presta ad essere erogato da un solo gestore.
Qui emerge l'indicato concetto di concorrenza "nel mercato".
Sul piano organizzativo non vi è un coinvolgimento diretto del soggetto pubblico nella gestione del servizioe il rapporto non è regolato dal contratto di società, ma dal contratto di servizio.
Da ultimo, con l'abrogazione dell'articolo 13 della legge 4 agosto 2006, n. 248 da parte dell'art. 29 del decreto legislativo, viene riportata nell'ambito della disciplina generale

anche la cosiddetta società strumentale; il che non esclude che continui a costituire un modello di gestione a sé nel sistema, in ragione dell'esclusività dell'oggetto, caratterizzato dal fatto di svolgere attività soltanto a favore dell'ente e che rappresenta, nella visione della Corte Costituzionale (2), un caso classico <<di attività amministrativa di diritto privato>>.
Non a caso, nella classificazione dei modelli proposta dal parere del Consiglio di Stato (3), che ha preceduto l'emanazione del decreto legislativo, esso viene disegnato come categoria autonoma, da affiancarsi alla società a partecipazione pubblica, alla società quotata, alla società a controllo pubblico ed alla società in house.
2. Pur non avendo voluto rinunciare alla doverosa rassegna delle principali forme di gestione dei servizi pubblici, così come si intravedono nel prisma del diritto comunitario, il presente contributo si propone di indagare la sottile linea che lega la struttura amministrativa pubblica ai tipi societariprivati utilizzati e gli effetti giuridici che tale <<ibridazione>> comporta.
La delicatezza del "contatto" è determinata sia dal fatto che le strutture organizzative utilizzate dal potere pubblico obbediscono a logiche ed a regimi giuridici differenti daquelle del soggetto che le utilizza, sia dal fatto che il servizio pubblico è per definizione il settore dell'esercizio non autoritativo dell'attività amministrativa, che è anche attività d'impresa. Quindi, in quanto oggettivamente diretta alla produzionedi beni e servizi, rimane indifferente alla dicotomia pubblico-privato del soggetto che la pone in essere.
Venendo al punto da cui si intende riguardare il fenomeno e per rimanere ancorati alla realtà normativa, la ricerca tenta di fornire una risposta all'interrogativo se il decreto legislativo (n. 175 del 19 agosto 2016, pubblicato nella G.U. n. 210 dell'8 settembre 2016) abbia fornito un nuovo modello di società pubblica, da affiancare a quelli disciplinati dal codice civile; e, in particolare, se ha dato una risposta al problema, che si agitava nel regime previgente, ossia se la scelta dell'amministrazione di organizzare e gestire il servizio pubblico, avvalendosi della società commerciale con la presenza di soci privati, determini o meno il sacrificio dello scopo lucrativo al fine di garantire l'interesse pubblico.
3. Il decreto legislativo indicato ha risolto molti dei problemi che animavano la materia delle società a partecipazione pubblica.5

Infatti, ha disciplinato la responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate, sottoponendoli alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, senza escludere il danno erariale; ha contemplato la fallibilità delle società pubbliche e la loro sottoposizione al concordato preventivo, prevedendo piani di risanamento nonché la progressiva dismissione, fusione e soppressione delle società in perdita; ha dato una disciplina organica alle società in houseed a quelle a partecipazione mista pubblico-privata, stabilendo, in particolare, la necessità per queste ultime della gara a doppio oggetto; ha riportato nell'alveo della disciplina codicistica la gestione del personale, sancendo la giurisdizione del giudice ordinario per le controversie relative alle procedure di reclutamento.
Tuttavia, come già preannunciato, nessuno degli indicati istituti entra direttamente nel fuoco della presente ricerca, che invece ha come oggetto il rapporto, disegnato dal nuovo decreto, delle società a partecipazione pubblica con i modelli e le categorie utilizzate dal codice civile, ossia il contratto di società, la causa, i tipi, lo scopo, il controllo ed altro ancora.
Il tutto naturalmente va inserito nella positiva disciplina dell'organizzazionee gestione del servizio pubblico, per non tradire il titolo della ricerca.
E' bene isolare le norme, per così dire, di sistema, contenute nel decreto legislativo, unitamente a quelle contenute nel decreto sui servizi pubblici.
Le prime norme che vengono in rilievo sono contenute nell'articolo 1 che, nel delimitare l'oggetto della disciplina alla costituzione, all'acquisto, al mantenimento ed alla gestione di partecipazioni in società da parte delle amministrazioni, stabilisce che si intende perseguire l'efficiente gestione delle partecipazioni, tutelare e promuovere la concorrenza nel mercato, razionalizzare e ridurre la spesa pubblica.
Vengono conservate le società a partecipazione pubblica di diritto singolare e si prevede la possibilità di escludere l'applicazione delle disposizioni del decreto a singole società, anche al fine di agevolarne la quotazione, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri. Parimenti vengono escluse dalla normativa tutte le forme di partecipazione pubblica in associazioni e fondazioni, in considerazione dello scopo normalmente non lucrativo da esse perseguito.
La vera norma di sistema sembra essere, tuttavia, quella in cui si stabilisce che, per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del decreto in esame, si applicano alle società a partecipazione pubblica le norme sulle società contenute nel codice civile e nelle leggi civili generali.
E' utile ricordare, infatti, come la dottrina civilistica (4) aveva individuato nell'articolo 4, comma 13, secondo periodo, del decreto legge n. 95 del 2011 una delle norme di sistema che dovevano orientare l'interprete nell'ipotesi in cui il legislatore derogasse al sistema codicistico, laddove appunto stabiliva: "Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anchedi caratterespeciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica, si interpretano nel senso che, ove non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali". Non a caso tale norma è stata espressamente abrogata dal decreto legislativo in esame.
Orbene, la disposizione sta a dimostrare che il decreto non ha creato un nuovo modello o tipo di società a partecipazione pubblica da affiancare alle società commerciali disciplinate dal codice civile, bensì ha consolidato il sistema previgente fondato, come già riferito, sulla maggiore o minore vicinanza con la struttura amministrativa pubblica e sulla valorizzazione delle figure già elaborate dalla giurisprudenza, dalla dottrina e dai frammentati interventi del legislatore.
Ciò è confermato anche da quanto stabilito nell'articolo 3, laddove si afferma che le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società per azioni e a responsabilità limitata, prevedendo per quest'ultima, che nell'atto costitutivo e nello statuto bisogna contemplare la nomina dell'organo di controllo o di un revisore e che la revisione legale non può essere affidata al collegio sindacale. Rispetto allo schema originario,il decreto legislativo ha esteso la partecipazione pubblica anche alle società per azione consortili e alle società a responsabilità limitata, che assumano la veste di società cooperative.

Viene, quindi, fatto salvo il principio per cui l'amministrazione possa continuare a fare uso di alcune delle società disciplinate nel codice civile; il che lascia aperto il problema di fondo che ha agitato il tema dell'azionariato pubblico sin dal suo primo apparire, ossia se l'uso pubblico di società commerciali possa stravolgerne la causa tipica e la finalità di lucro, affermando, così, il principio della neutralità delle forme giuridiche soggettive (5).
Viene in rilievo, altresì, l'articolo 4, laddove stabilisce che le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi ad oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società.
Viene da chiedersi se tale norma sia sufficiente a far ritenere possibile il sacrificio, a favore dell'interesse pubblico, della remunerativitá del servizio che si intende creare. A meno che non si voglia assegnare alla disposizione la funzione di limitare semplicemente il ricorso all'azionariato da parte delle amministrazioni, vietando ciò che forse era pacifico anche prima, ossia che non si può partecipare o creare società al solo scopo di perseguire utili, come un qualunque operatore del mercato.
Fondamentale ai fini della ricostruzione del sistema è la disposizione contenuta nell'art. 5, laddove stabilisce che l'atto deliberativo della costituzione di una società a partecipazione pubblica deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento di finalità istituzionali e deve indicare le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, sia in ordine alla convenienza economica sia alla sostenibilità finanziaria, in considerazione della possibilità di destinazioni alternative delle risorse pubbliche impegnate, nonché della gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa.
In tale fase del procedimento è preponderante il ruolo affidato alla Corte dei conti che, sulla scorta dell'articolo 20 del decreto, può formulare rilievi a tutto campo e spingere il controllo fino al sindacato della compatibilità della scelta con il piano di razionalizzazione dell'assetto complessivo delle società a partecipazione pubblica.
Del decreto legislativo sui servizi pubblici locali, è particolarmente significativa non solo l'indicata disposizione che giustifica il servizio pubblico solo laddove c'è l'insufficienza del settore privato a garantirne la produzione, ma soprattutto quella possibile lettura della medesima norma che sembra posporne l'istituzione alla impossibilità di imporre, da parte dell'amministrazione, obblighi di servizio pubblico a carico di tutte le imprese che operano nel settore del mercato di riferimento.
Naturalmente, diventa centrale la disposizione (art. 7) che disciplina le modalità di gestione del servizio, laddove utilizza i collaudati modelli dell'affidamento indiretto a società mista o mediante concessione, previo esperimento della procedura ad evidenza pubblica; nonché quelli dell'affidamento diretto in house, della gestione in economia o mediante azienda speciale, vietando l'uso di questi ultimi due modelli per la gestione dei servizi a rete, al chiaro fine di immettere nel mercato la gestione della rete anche quando l'amministrazione ne conserva la proprietà. Particolarmente significative sono le disposizioni che impongono all'amministrazione la motivazione sulla scelta dell'affidamento in house o della gestione mediante aziende speciali, che deve dare conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato; ed in particolare del fatto che la scelta non sia comparativamente più svantaggiosa per i cittadini, anche in relazione ai costi standard, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché l'ottimale impiego delle risorse pubbliche.
Gli articoli da 6 a 10 del decreto riguardano i principi fondamentali sull'organizzazione e gestione delle società a controllo pubblico. Nell'ambito della ricca disciplina, ai nostri fini, vanno ricordate le norme che impongono la contabilità separata per le attività oggetto di diritti speciali; la predisposizione di programmi di valutazione di rischio aziendale; la possibilità di emanare regolamenti interni e codici comportamentali degli imprenditori nei confronti dei consumatori; i

programmi di responsabilità sociale d'impresa, in conformità alle raccomandazioni della Commissione dell'Unione Europea; la competenza in materia degli organi principalmente rappresentativi dello Stato e degli enti locali; l'uso di procedure competitive per l'individuazione del socio privato; l'inefficacia del contratto di acquisto della partecipazione in assenza o in caso di invalidità dell'atto deliberativo; la classificazione delle società partecipate sulla base di indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi e molte altre.
La figura dell'organismo di diritto pubblico non viene nemmeno ricordata e rimane disciplinata nel codice dei contratti pubblici, a ulteriore riprova che essa assume ragione e limite nel settore dell'evidenza pubblica, in funzione di salvaguardia dei principi di diritto comunitario, anche rispetto a figure soggettive che abbiano una qualche colorazione pubblica.
Come si vede, anche questa normativa si muove in perfetta assonanza con quella dettata per 9

le società a partecipazione pubblica.
La breve rassegna, oltre ad avere il chiaro scopo di dare concretezza alla ricerca, serve come base per dimostrare che -nonostante la presenza nell'ordinamento di una normativa generale, pur non sottacendosi l'importanzadi talune norme di dettaglio -la gestione viene affidata ad una pluralità di modelli, peraltro già utilizzati, nonostante la passata frammentazione delle norme di riferimento.
4. La nuova normativa non sembra aver creato un modello generale, definibile <<ente pubblico in forma societaria>>. Tuttavia, essa consente, una volta per tutte, di concentrare in una pluralità di modelli ben definiti forma privata e sostanza pubblica.
La materia presenta forti analogie con il contratto ad oggetto pubblico, dove pure i vari tipi che compongono la categoria sono costruiti sul grado di compenetrazione tra provvedimento e negozio. Forse è il caso che la dottrina sperimenti l'inclusione in esso del contratto di società posto a base dei vari modelli societari in cui si articola l'organizzazione dei servizi pubblici (6).
È utile fornire il quadro generale in cui essa si inserisce.
In linea di principio non si dubita più della perfetta compatibilità ad utilizzare l'azionariato pubblico per raggiungere finalità di carattere generale, né del fatto che il legislatore può fare uso disinvolto dei vari tipi di società di capitali per raggiungere fini e scopi non lucrativi.
L'affermarsi del principio della neutralità delle forme giuridiche soggettive si è avuto a seguito della cosiddetta <<detipicizzazione>> dell'ente pubblico, unitamente ai fenomeni delle privatizzazioni e delle esternalizzazioni dei servizi pubblici. Questo ha indotto il legislatore ad intervenire su singole società a partecipazione pubblica in maniera caotica e disordinata, determinando non solo la nascita di società di diritto speciale, ma addirittura facendo emergere delle vere e proprie società di diritto singolare, come è stato notato (7).
In altri termini, la dottrina aveva sempre dovuto escludere l'esistenzadi una categoria unitaria delle società a partecipazioni pubbliche e prendere atto che l'unico elemento certo era la presenza di capitale pubblico in società disciplinate dal codice civile, che, in quanto tali, aspiravano ad imporre il loro regime giuridico rispetto a quello che governava la soggettività pubblica. L'assenza di un diritto comune aveva generato il campo dei diritti speciali e dei diritti singolari, come pure è stato osservato (8).
Il campo era dominato da due filoni fondamentali: il primo, in base al quale l'esigenza di garantire interessi pubblici aveva comportato la necessità di superare lo scopo lucrativo delle società commerciali, diventate quindi uno strumento neutro utilizzabile per finalità diverse, con la conclusione che la presenza dell'interesse pubblico portava alla configurazione di una società diversa da quella contemplata dal codice civile; il secondo, in base al quale la scelta dell'amministrazione di avvalersi della società commerciale comportava anche quella di sottoporsi al regime societario privatistico e quindi la necessità di perseguire il fine di lucro, indispensabile per tutelare i soci privati, che non possono vedersi sacrificata la remunerativitá del loro investimento.
Nel primo filone si inserisce la giurisprudenza delConsiglio di Stato, nel secondo quella della Corte di cassazione.
Non è il caso di ripetere qui le argomentazioni svolte a favore dell'una o dell'altra tesi.
Ai fini della ricerca, dei tanti robusti argomenti contrapposti, interessano, da un lato (9), quello in base al quale la finalità pubblica sarebbe compatibile con lo scopo lucrativo, dovendosi ritenere, soprattutto dopo la riforma del diritto societario del 2003, che l'interesse sociale non abbia una connotazione omogenea unitaria, in quanto confluiscono nell'assetto non solo interessi eterogenei che fanno capo agli stessi soci, ma anche interessi diversi, riferibili a soggetti terzi; dall'altro (10), quello in base al quale la società di capitali del codice civile non può essere considerata neutra nemmeno rispetto ai fini perseguiti da coloro che la costituiscono, essendo rigidamente caratterizzata dal fatto che il fine deve essere lucrativo, ossia naturalmente predisposta all'acquisizione e alla ripartizione dell'utile tra i partecipanti.

Sicché vienein rilievo la democrazia degli azionisti e, dunque, il potere di decisione della maggioranza, proporzionato al rischio, ivi compreso il potere di controllo e di autotutela della minoranza, che non può mai essere privata del rispetto dell'interesse lucrativo comune.
È il caso di segnalare una recente sentenza del Consiglio di Stato (11), che, a proposito dell'applicabilità alle università libere della normativa sulla trasparenza, ha ritenuto che l'individuazione dell'ente pubblico va fatta sulla base di criteri non statici e formali, ma dinamici e funzionali, in quanto uno stesso soggetto può avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e può, invece, averne un'altra ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica. Questo, per i giudici di Palazzo Spada, non contrasta con l'indicata legge n. 70 del 1975, <<in quanto alla base della qualificazione funzionale di ente pubblico ci deveessere sempre un fondamento normativo da cui derivano, per quell'ente, obblighi e doveri, oppure prerogative e poteri, di natura pubblicistica>>.
A riprova della natura <<cangiante>> dell'ente pubblico, il supremo giudice amministrativo esibisce l'esempio dell'organismo di diritto pubblico; del gestore del servizio pubblico rispetto alla disciplina del diritto di accesso ai documenti amministrativi; delle società strumentali o titolari di funzioni amministrative esternalizzate, sottoposte alle norme del procedimento amministrativo; delle società a controllo pubblico rispetto all'obbligo di reclutare personale nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità e dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo n. 165 del 2001.
Nell'importante sentenza viene espressamente citato lo schema del decreto legislativo sulle società a partecipazione pubblica.
In conclusione, l'impressione è che il decreto legislativo, pur senza aver creato un modello unitario si società a partecipazione pubblica, renda possibile la conciliazione delle due posizioni contrapposte.
5. Anzitutto, la semplice presenza di una normativa generale in materia neutralizza l'argomento - utilizzato dalla Cassazione (12) per rinvenire nel codice civile la normativa e i modelli societari di riferimento -in base al quale non si può costituire un ente pubblico, comunque denominato, se non in base alla legge, così come statuisce l'articolo 4 della legge 20 marzo 1970 n. 75.
Ora, infatti, la legge esiste ed è essa il riferimento normativo principale; e solo quando ladisciplina ivi dettata è insufficiente bisogna attingere dal libro quinto del codice civile e, in particolare, dalla normativa dettata dall'articolo 2249 del codice civile sulle partecipazioni pubbliche.
Tuttavia, bisogna vedere che tipo di assetto societario ne viene fuori.
In secondo luogo, il mancato inserimento da parte del legislatore di un modello unitario consente ancora di ritenere che l'interesse pubblico non ha la forza di alterare il tipo societario. Sembra, pertanto, possibile la configurazione, attraverso lo strumento statutario, di una società diversa da quelle contemplate dal codice civile, salvo il limite invalicabile della economicità (cosa diversa dalla lucratività), che diventa una regola necessaria a governare, trasversalmente, sia l'attività amministrativa di diritto privato sia l'attività negoziale dei privati.
A proposito dell'organizzazione del servizio pubblico bisogna distinguere il momento della costituzione della società, o dell'acquisto di partecipazioni in società già costituite, dal momento dell'assunzione e gestione del servizio pubblico. Essi sono collegati, nel senso che normalmente si costituisce la società per affidargli la gestione del servizio, il che porta a ritenere che la società nasca già con un 'vincolo di scopo'.
Inoltre, il primo corno della vicenda si poggia su due istituti: l'atto deliberativo di costituzione della società e la costituzione della società medesima, sicché il momento dell'assunzione del servizio e quello della gestione finiscono con l'essere intimamente collegati.
L'atto deliberativo si inserisce in un procedimento amministrativo molto articolato, laddove si prevede una istruttoria, una decisione ed un controllo da parte della Corte dei conti. Tuttavia la funzione più importante è quella, apparentemente nascosta, di legittimare la struttura amministrativa a procedere alla fase più propriamente negoziale, che comprende la costituzione della società e l'affidamento ad essa del servizio. Essa è una vera e propria autorizzazione, in cui vengono

fissati vincoli, modalità operative e poteri, al pari di quanto accade nell'attività imprenditoriale privata svolta in forma associativa.
Tale istituto presenta forti analogie con l'autorizzazione diretta al responsabile del procedimento che intenda procedere alla costituzione di un accordo procedimentale, ai sensi dell'art. 11, comma 4 bis, della legge generale sul procedimento amministrativo. Ritorna, dunque, l'indicato richiamo del contratto ad oggetto pubblico anche a proposito del contratto di società a partecipazione pubblica (13).
Ai nostri fini, l'attenzione va concentrata sull'esercizio della discrezionalità riguardante la scelta del modello societario cui affidare il servizio, in quanto, proprio a tal proposito, si intrecciano i limiti interni ed esterni della discrezionalità amministrativa, che si deve muovere nell'ambito dell'atto deliberativo, e quelli derivanti dalla rigidità del sistema societario disegnato dal codice civile.
Sono stati già indicati i punti su cui si deve articolare l'atto deliberativo,che deve riguardare non solamente la scelta della costituzione, ma anche del tipo di società cui affidare il servizio.
Il modello verrà scelto in base al rapporto di "vicinanza" che si intende istituire tra la società privata e la struttura amministrativae, quindi, in base al maggiore o minore coinvolgimento degli operatori privati del settore, dopo averne verificato l'impossibilità di affidare il servizio direttamente ad essi.
Il punto è molto importante, in quanto nel nuovo sistema la scelta di organizzare il servizio pubblico da parte dell'amministrazione deve scaturire da una necessità del mercato, laddove, appunto, nessun operatore privato è disponibile a farlo, e, quindi, solo quando sorge la necessità di investire fondi pubblici -attinti dalla fiscalità generale -per far fronte alle esigenze specifiche degli utenti della collettività organizzata. Tuttavia, non si può organizzare il servizio ad ogni costo, ma solo ove vi siano concrete possibilità di coprire i costi con i ricavi; ed è questa la fondamentale differenza con il sistema precedente (14).
Sicché, il limite vero in cui il responsabile del procedimento si trova ad operare ed il cui superamento esalta massimamente le sue doti manageriali, riguarda il fatto che deve organizzare il servizio nelsegno della economicità, con il rischio di fallimento, laddove gli operatori privati hanno giudicato non conveniente assumerlo in proprio (c.d. fallimento del mercato), con l'ulteriore onere di coinvolgerli comunque, lasciando loro intravedere possibilitàdi guadagno. Inoltre, la possibilità di guadagno deve fondarsi sul meccanismo per cui essa aumenta con l'aumentare dell'efficienza del servizio.
Forse anche in questo caso vale quanto si è avuto modo di sostenere in un'altra circostanza (16) circa il ruolo del responsabile del procedimento nella formazione degli accordi sostitutivi, ossia che la fase della costituzione della società destinata a diventare affidataria di un servizio pubblico diventa il centro delle relazioni giuridiche amministrative consensuali, atteso che essa comprende in sé anche il contratto, in questo caso di società, qualora vengano regolamentati profili generatori di obbligazioni senso tecnico: in proposito è utile il richiamo all'art. 29 della legge generale sul procedimento amministrativo.
A tal proposito si inserisce la scelta del tipo di società privata che si intende costituire o in cui si vuole entrare in qualità di socio pubblico.
6. È venuto il momento di occuparsi della fase negoziale dell'organizzazione del servizio pubblico.
Viene scelto il punto di osservazione più alto, ma le considerazioni valgono per tutti i modelli, visto che anche l'in housepresuppone la costituzione di una società secondo il modello del codice civile ed ora si prevede anche la possibilità avvalersi di un limitato contributo di capitale privato.
In altri termini, in tutti i modelli è presente il contratto di società e lo statuto come veicolo per riportare all'interno dello schema le ragioni di pubblico interesse, ricavabili dal provvedimento deliberativo.
Viene, dunque, in rilievo l'ipotesi in cui l'amministrazione non voglia procedere all'autoproduzione del servizio, mediante la costituzione di una società in house o di un'azienda speciale, e quindi il caso di una società a partecipazione mista pubblico-privata per la produzione di un servizio economico

generale, visto che in tale ipotesi, con la presenza di capitale privato, si registra il maggior scontro tra <<il diritto amministrativo e il diritto privato>>.
La stipulazione di un contratto di società tra un soggetto pubblico e un soggetto privato mette in discussione la stessa nozione di contratto con comunione di scopo in cui esso rientra, atteso che lo scopo del primo di perseguire l'interesse pubblico ad assicurare il servizio alla collettività adogni costo si scontra con quello del secondo di conseguire l'utile economico ad ogni costo, quale ineliminabile condizione della sua partecipazione.
Tuttavia, il nuovo sistema, laddove si prevede l'indefettibile presenza del requisito dell'economicità delservizio, ossia la necessità di coprire comunque i costi con i ricavi derivanti dalla gestione, assicura la tenuta del sistema, atteso che, soprattutto in periodi di crisi economica, l'operatore privato si accontenta di operare in una posizione di marginalità nel mercato, rinunciando temporaneamente al conseguimento dell'utile.
E' bene non sottacere che il peso dell'indicato equilibrio ricade, almeno per i servizi a fruizione individuale, sull'utenza, aggravando ancor di più la crisi dello Stato sociale.
La rivisitazione o il semplice richiamo delle categorie giuridiche elaborate dagli studiosi del diritto commerciale consente di ricomporre il sistema.
È noto come la dottrina meno recente (15) era solita distinguere all'interno del fenomeno associativo tra un elemento contrattuale e un elemento organizzativo, considerato irriducibile allo schema del contratto, mentre quella più recente (16) ammette la persistente presenza, oltre il momento genetico della società, di un vincolo contrattuale fra soci in cui contratto e persona giuridica coesistono per tutto il corso dell'esecuzione del rapporto.
Inoltre, gli articoli 2247, 2511 e 2602 del codice civile consentono di individuare un elemento comune ad ogni specie di società -che attiene alla natura dell'attività esercitata in comune dai soci, costituita dall'attività "economica" -e un elemento specifico per ciascuna figura, costituito dalla natura dello scopo, quello lucrativo per le società, quello mutualistico per le cooperative e, per i consorzi, quello della disciplina o dello svolgimento di talune fasi delle rispettive imprese.
Le società, nonostante la norma unitaria di cui all'articolo 2247 posta ad apertura del titolo V del libro V del codice civile, formano un sistema composto da una pluralità di tipicontrattuali, ciascuno dei quali è destinato ad assolvere una distinta funzione nell'ambito del sistema economico. Ciò ha indotto la dottrina migliore (17) a ritenere che la disposizione indicata non definisce un tipo contrattuale, bensì detta le condizioni generali per il ricorso ad una pluralità di tipi.
Pertanto, l'articolo 2247 del codice civile non è sufficiente a definire la causa societaria, che va ricavata dall'esame congiunto della nozione generale da esso dettata e dalle caratteristiche dei diversi tipi di società.
Inoltre, l'articolo 2249 del codice civile stabilisce che le società che hanno per oggetto l'esercizio di un'attività commerciale devono costituirsi secondo uno dei tipi regolati nei capi ivi disciplinati. Sicché, il sistema delle società si presenta chiuso e le parti possono scegliere solo tra detti tipi e non possono crearne di diversi da quelli disciplinati.
Ciò, tuttavia, non esclude che il legislatore possa derogare al sistema del codice civile e ammettere che si possano creare nuovi tipi di società che non rivestono i caratteri richiesti dall'articolo 2247, come, ad esempio, ha fatto per le società sportive, ai sensi dell'articolo 10, comma 2, della legge 24 marzo 1981, n. 91.
Ma, come si è più volte notato, il legislatore in questocaso non ha operato in tal senso, limitandosi semplicemente a stabilire che il servizio pubblico può essere affidato soltanto a due tipi di società, quella per azioni e quella a responsabilità limitata.
Questo impone all'interprete di indagare le ragioni della scelta fatta e le sue conseguenze, attingendo proprio dalla sistematica dei contratti di società e dalla concreta disciplina dettata per i due tipi indicati.

Dalla dottrina migliore (18) apprendiamo che la funzione del contratto raggiunge il grado maggiore di complessità nella società per azioni, laddove la definizione della causa societaria si lega alla determinazione del concetto di interesse societario, figurante all'articolo 2441 del codice civile.
Rispetto ad essa si profilano tre ordini di interessi, tutti destinati ad essere realizzati mediante il contratto di società, il cui scopo rimane quello di trasformare la ricchezza conferita dai soci in una efficiente organizzazione imprenditoriale.
Il primo interesse consiste nell'utilizzazione del patrimonio sociale nell'esercizio dell'attività economica specifica che forma oggetto della società; il secondo che l'attività economica sia diretta alla realizzazione degli utili; il terzo che i profitti realizzati vengano più frequentemente e nella misura più alta possibile distribuiti ai soci.
Tali interessi si presentano come momenti causali tra loro coordinati e consequenziali, nel senso che per dividere gli utili tra i soci bisogna prima realizzarli e non si possono realizzare se non si assicura efficienza all'impresa. Questo schema non viene sconfessato, anzi viene rafforzato dal decreto legislativo.
Sotto questo aspetto vi è una profonda differenza tra società di persone e società di capitali.
Nelle prime ciascun socio ha diritto alla divisione annuale eintegrale degli utili; nelle seconde la divisione degli utili viene deliberata a maggioranza e quindi sull'interesse del singoli soci alla divisione prevale il diverso interesse all'autofinanziamento, della cui realizzazione è arbitra la maggioranza dei soci.
Nelle società per azioni, l'interesse alla massimizzazione del profitto è proprio delle minoranze dei soci, che normalmente sono in conflitto con l'interesse della classe imprenditoriale (anche pubblica), la quale, invece, punta all'efficienza dell'impresa sociale e al suo potenziamento.
Sicché, la finalità lucrativa -sulla quale tanto hanno insistito i civilisti (19) per negare cittadinanza all'impresa pubblica esercitata in forme e modi autonomi rispetto alla sistemazione codicistica -si riduce a ciò, che essa non può essere esclusa a priori, attraverso clausole statutarie che espressamente la vietino o attraverso clausole che impongano l'adozione di criteri di gestione non lucrativi.
In altri termini, lo scopo della divisione degli utili non è necessariamente lo scopo primario della società. Esso può essere collocato in posizione secondaria o meramente collaterale, mentre possono acquistare preminente importanza altre dimensioni dell'interesse sociale, ivi compreso quello di fornire un servizio efficiente alla collettività, ossia dare spazio e tutela a soggetti terzi, estranei alla struttura della società.
7. Anche l'istituto del motivo nella causa societaria merita una rilettura, che non si vuole certo fare ora, vuoi per lo spazio a disposizione,vuoi perché va oltre le forze di chi scrive.
Solo qualche considerazione.
La dottrina civilistica più attenta (20) contrastava l'orientamento giurisprudenziale amministrativo sostenendo che una cosa è l'oggetto sociale (l'attività), altra la causa (indefettibilmente lucrativa, ai sensi dell'articolo 2247 del codice civile); e che il primo non può obliterare la seconda, in assenza di una specifica norma che espressamente lo stabilisca. Inoltre l'interesse pubblico andava qualificato come un semplice motivo,quindi irrilevante secondo i collaudati schemi civilisti.
In proposito si osserva come la presenza di una normativa generale in materia di società pubbliche, che impone all'amministrazione di costituire società solo per il perseguimento dei suoi fini istituzionali, ossia il perseguimento di un "interesse pubblico" specifico, impone anche ai civilisti di misurare la sufficienza del proprio strumentario concettuale con quello proprio del diritto amministrativo.
Dal confronto ne deriva che l'interesse pubblico alla costituzione di una società civilistica avente come scopo l'affidamento della gestione di un servizio pubblico è tutt'altro che semplice motivo, in quanto si trasfonde in modo permanente nell'oggetto e, perciò, nell'attività.
Non a caso, la migliore dottrina amministrativa (21), a proposito degli elementi costitutivi del provvedimento amministrativo, ritiene che il motivo di pubblico interesse"non è un elemento esterno al provvedimento, ma un modo di essere relazionale dell'oggetto".

8. Finalmente le conclusioni.
Chiedo scusa se, nel formularle, mi permetto di attingere ad un concetto che viene dalla grande letteratura italiana. Giuseppe Tomasi di Lampedusa, nel Gattopardo, quando ha dovuto chiarire la conversione dell'aristocrazia ai valori della sorgente borghesia isolana, ha scritto che tutto cambiava perché niente cambiasse. Nel nostro caso, la disciplina di una materia che postulava la compenetrazione, su un piano paritario di importanza, tra regole economiche e regole giuridiche, consente di ritenere che niente è cambiato ma tutto è cambiato.

Prof. Gianpiero Paolo Cirillo
Presidente di sezione del Consiglio di Stato
Coordinatore dell'Ufficio studi della G. A.
Pubblicato il 24 settembre 2016

(1)Per tutti, si veda M. Clarich, Manuale di diritto amministrativo, Il mulino, 2015,337-340.
(2) Corte Costituzionale, sent. n. 236 del 2008.
(3) Lo si veda sul sito istituzionale della giustizia amministrativa, www.giustizia-amministrativa.it.Molto interessante è anche il documento, dal titolo Manifesto per una riforma di sistema delle società a partecipazione pubblica, pubblicato nella rivista on-line Amministrazione in cammino. Sui possibili effetti della riforma Madia, si veda: M. Passalacqua, La regolazione amministrativa degli ambiti territoriali per la gestione dei servizi pubblici locali a rete, in Il disordine dei servizi pubblici locali, a cura della stessa Passalacqual, 2016, spec. 75-81.
(4) F. Goisis, Il problema della natura e l'operatività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale europeo, in Riv. Econom., 23 ss. .
(5) G. P. Cirillo, La società pubblica e la neutralità delle forme giuridiche soggettive, in Riv. Dir. Comm., 2016 ein Riv. Notar., 2015, 871 ss.; per i temi più generali, S. Vinti, La circolarità logica del diritto amministrativo, Giappichelli 2014, in particolare 39 ss. ;
(6) Spunti di riflessione si possono trovare in G.P. Cirillo, I contratti della pubblica amministrazione, Diritto Civile (trattato diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini), 176 ss..
(7)Fondamentale rimane lo studio di C. Ibba, Le società legali, Torino, 1992. Si veda anche l'ottimo studio di S. Valaguzza, Società miste a partecipazione comunale: ammissibilità e ambiti, Sara Valaguzzi, Milano, 2012, soprattutto 116 e ss., dove, una volta ripercorsa l'intera storia del rapporto tra il soggetto pubblico e il diritto privato, documentata da un ricco e ragionato apparato di note,perviene alla condivisibile conclusione che l'ente pubblico, e in particolare il Comune, abbiamo una capacità di diritto privato piena e di autonomia negoziale, con l'unica differenza rispetto all'ente privato che questa è eterodiretta per la presenza deilimiti esterni incidono non sulla la capacità di diritto privato ma sulla formazione di volontà dell'amministrazione, che dipende dai meccanismi propri dell'esercizio del potere discrezionale e deve mantenersi nell'ambito delle competenze attribuite dallalegge alla persona giuridica pubblica. Sicché diritto pubblico e diritto privato si condizionano reciprocamente senza che prevalga l'uno sull'altro, in quanto essi si inseriscono in momenti diversi nella vicenda che porta alla definizione dell'episodio con cui l'amministrazione esterni il proprio potere negoziale.
(8) Cammelli-Dugato, Le società degli enti territoriali alla luce dell'articolo 13 del decreto-legge n. 223/ 2006, in Studi in tema di società a partecipazione pubblica, a cura di Cammelli e Dugato, Torino, 2008,347. Si veda anche l'ottimo studio di A. Lucarelli , La trasformabilità di una società per azioni in house in Azienda speciale, Torino, 2014 nonché R. Ursi, Società ad evidenza pubblica: la governante delle imprese partecipate da regionied enti locali, Napoli, 2013.
(9)Il filone è stato inaugurato da Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2002, n. 1574.
(10) Tra le tante, va ricordata Cass., ord. 29 maggio 2008, n. 14201, anche per le tante altre suggestioni che evoca.
(11) Cons. St. VI, 17 luglio 2016, n. 3043.

(12) Tra le tante: Cass., S.U. 5 novembre 2013, n. 26283; id 10 marzo 2014 n. 5491; id 26 marzo 2014, n. 7177; id. 9 luglio 2014 n. 15594; id. 24 ottobre 2014, n. 22609; id 24 marzo 2014, n. 5848; e anche Cons. St., Ad. Pl., 3 marzo 2008, n. 1.
(13) Si rinvia ancora a G.P. Cirillo, I contratti ecc., 187 ss. .
(14) Per una lucida disamina dei profili economici applicati al diritto, si veda F. Trimarchi Banfi, Lezioni di diritto pubblico dell'economia, 126 ss. .
(15) A. Graziani, Diritto delle società, Napoli, 1962,86 ss.; Gambino, Il principio di correttezza nell'ordinamento della società per azioni, Milano, 1987,109 ss. . In realtà queste dottrine limitavano la funzione del contratto al solo momento genetico, che quindi finiva con il perderla con la nascita della società.
(16) Dalmartello, I rapporti giuridici interni nelle società commerciali, Milano 1937,105 ss.; Chiomenti, La revoca delle deliberazioni assembleari, Milano, 1969,95 ss; Buoncristiano, Profili della tutela civile contro i poteri privati, Padova, 1986, 133.
(17) F. Galgano, Il negozio giuridico, in Trattato di diritto civile e commerciale di Cicu. e Messineo, 192 ss. .
(18) Ancora Galgano, ivi, 194 ss. .
(19) N. Irti, Dall'ente pubblico economico alla società per azioni (profilo storico-giuridico), in Riv. Soc., 1993,1, 445, ora in L'ordine giuridico del mercato, Roma-Bari, 208,166; G, Oppo, Diritto privato e interessi pubblici, in Riv. Dir. Civ., 1994, 36 ss.; Goisis, Contributo allo studio delle società in manopubblica come persone giuridiche, Milano, 2004.
(20) Goisis, Il problema della natura e lucratività delle società in mano pubblica ecc., cit, 53 ss. .
(21) M. S. Giannini, diritto amministrativo, 1993, 251

I controlli nelle società pubbliiche
di Diego Rossano
Professore associato di Diritto dell'economia
Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

Sommario: 1. Premessa. **2.** I controlli interni … **3.** *(Segue)* … alla luce degli studi di economia aziendale: … **4.** *(Segue)* … l'ufficio di controllo interno. **5.** I controlli esterni. **6.** Considerazioni conclusive.

1. Premessa.
L'entrata in vigore del decreto legislativo n. 175 del 19 agosto 2016 (*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*, T.U.) e delle successive disposizioni modificative contenute nel decreto legislativo n. 100 del 16 giugno 2017 (c.d. decreto *correttivo*), pone il problema di analizzare le articolate procedure relative ai controlli previsti per le società pubbliche.
Si è in presenza di una disciplina che ha l'obiettivo di *mettere ordine* in una materia particolarmente complessa nella quale le scienze giuridiche interagiscono con quelle economiche ed, in particolare, con quelle economico-aziendali. Sicché, il giurista deve tener in debito conto gli esiti cui pervengono le ricerche scientifiche degli studiosi del settore, dovendo - in caso contrario - assumere la consapevolezza di essere relegato in una condizione di «splendido isolamento»1.
Ciò posto, occorre muovere dalla considerazione che da tempo la dottrina aziendalistica ha ravvisato la necessità che le società (pubbliche e private) predispongano adeguati sistemi di controlli interni al fine di assicurare un efficiente ed efficace impiego delle risorse finanziarie2. Va da sé che tale esigenza è particolarmente avvertita allorquando la provenienza delle disponibilità economiche dell'azienda è pubblica. E' evidente, infatti, che in tali circostanze l'apparato organizzativo e di controllo deve essere in grado di assicurare il soddisfacimento degli interessi di ordine collettivo posti alla base dell'intervento della Pubblica Amministrazione. Sul punto, è appena il caso di precisare che il comma 2° dell' art. 1 del Testo Unico sopra menzionato annovera, tra gli scopi di

quest'ultimo, quello dell'efficiente gestione delle partecipazioni societarie, della tutela e della promozione della concorrenza e del mercato, nonché della razionalizzazione e della riduzione della spesa pubblica. Al fine di conseguire tali obiettivi, il legislatore ha delineato, in modalità ben definite, un articolato apparato di controlli sulle società pubbliche, ferma restando la forte presenza dello Stato il quale, a nostro avviso, svolge *in subiecta materia* un significativo ruolo di garante tra i diversi e contrapposti interessi in gioco3. In tale contesto, trova conferma l'opinione espressa da un'illustre dottrina la quale, già alla fine degli anni cinquanta del novecento, auspicava che l'intervento pubblico nell'economia costituisse «una *sintesi*» e non già un compromesso fra passato e avvenire. Diversamente, «la nostra civiltà, come noi la concepiamo e la sentiamo, avrebbe (… avuto …) i giorni contati»

2. I controlli interni …

Il T.U. dedica le disposizioni di cui agli artt. 3, 6 e 11 ai controlli interni svolti nelle società pubbliche. Al riguardo, su un piano generale, va evidenziato che nelle società a responsabilità limitata a controllo pubblico, l'atto costitutivo o lo statuto devono prevedere la nomina dell'organo di controllo o di un revisore, laddove nelle società per azioni a controllo pubblico la revisione legale dei conti non può essere affidata al collegio sindacale. Se ne deduce che, per le s.r.l., il T.U. aggiunge un'ulteriore ipotesi disciplinare nella quale è obbligatoria la nomina dell'organo di controllo o di un revisore oltre a quelle già previste dall'art. 2477 del codice civile. Di contro, per le s.p.a., l'art. 3 del T.U. deroga a quanto sancito dal disposto di cui all'art. 2409-bis, comma 2°, in base al quale lo statuto delle società, non tenute alla redazione del bilancio consolidato, può prevedere che la revisione legale dei conti sia esercitata dal collegio sindacale. E' evidente che il legislatore ha ritenuto sacrificabili le esigenze di *spending review* rispetto a quelle di assicurare la terzietà e l'indipendenza dell'organo di controllo10.

Deve aversi inoltre riguardo alla circostanza che il disposto dell'art. 11 del T.U. impone che i componenti degli organi amministrativi e di controllo delle società a controllo pubblico posseggano i requisiti di *onorabilità, professionalità e autonomia* stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri11. Sicché, la normativa autorizza la società a nominare un collegio sindacale i cui componenti siano *autonomi* ma non *indipendenti* (requisito quest'ultimo non richiesto esplicitamente dalla normativa), e un organo di revisione legale dei conti i cui membri siano, per converso, *indipendenti* (come invece dispone il d.lgs. n. 35 del 2010) ma non *autonomi*12. Per ovviare a tale incongruenza, il richiamato decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (da adottare su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, previa intesa *unificata* ai sensi dell'articolo 9 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281), potrebbe stabilire che i componenti del collegio sindacale debbano essere anche *indipendenti* in applicazione dei principi di carattere generale contenuti nel codice civile per le società private.

Sotto altro profilo, rileva poi quanto prevede l'art. 6, comma 3°, del Testo unico secondo il quale le società a controllo pubblico possono:

a) dotarsi di regolamenti interni diretti a garantire la conformità dell'attività della società alle norme sulla concorrenza, comprese quelle in materia di concorrenza sleale, nonché alle disposizione dettate in materia di proprietà industriale o intellettuale;

b) costituire un ufficio di controllo interno strutturato secondo criteri di adeguatezza tenendo in debito conto la dimensione e la complessità dell'impresa sociale, ufficio che ha il compito di collaborare con l'organo di controllo statutario, <<riscontrando tempestivamente le richieste da questo provenienti>> e trasmettendo periodicamente a quest'ultimo relazioni sulla regolarità e l'efficienza della gestione;

c) realizzare codici di condotta propri (oppure aderire a codici di condotta collettivi aventi ad oggetto la disciplina dei comportamenti imprenditoriali nei confronti di consumatori, utenti, dipendenti e collaboratori, nonché altri portatori di legittimi interessi coinvolti nell'attività della società);

d) predisporre programmi di responsabilità sociale d'impresa, in conformità alle raccomandazioni della Commissione dell'Unione europea.

Sul punto, è appena il caso di riportare le critiche sollevate da Assonime in ordine alla necessità che ulteriori strumenti fossero <<inclusi tra quelli opzionali>> previsti dalla sopramenzionata disposizione normativa al fine di garantire <<una buona governance delle società a controllo pubblico>>14; ci si riferisce in particolare alla possibile aggiunta di << … piani finanziari e industriali di durata annuale e pluriennale … >> il cui utilizzo avrebbe potuto <<facilitare la valutazione della performance>>. Va chiarito, tuttavia, che tali ulteriori dispositivi potrebbero comunque essere adottati dalle società a controllo pubblico facendo ricorso ai principi generali contenuti nell'art. 2381 cod. civ. che impone l'obbligo agli organi a ciò preposti di apprestare assetti organizzativi adeguati alla natura e alla dimensione degli enti.
Si è in presenza, pertanto, di strumenti che le società a controllo pubblico hanno la facoltà di adottare al fine di assicurare, specialmente in quelle di più ampie dimensioni, un efficace controllo sulla gestione sociale. Per tale via il legislatore ha inteso riconoscere agli enti societari in parola ampia autonomia decisionale in merito all'individuazione delle forme operative reputate adeguate al perseguimento degli obiettivi da esso avuti di mira. Ciò, a prescindere dalla chiara preferenza che la normativa accorda alla scelta da parte delle società a controllo pubblico di ricorrere ai menzionati dispositivi. Occorre aver riguardo, infatti, alla circostanza che qualora tali enti ritengano di non adottare detti strumenti, il T.U. impone loro di giustificare la propria decisione in un'apposita relazione da predisporre annualmente, a chiusura dell'esercizio sociale (pubblicata contestualmente al bilancio d'esercizio), ai sensi dell'art. 6, comma 4. Il medesimo onere motivazionale non è previsto per gli enti societari che, invece, abbiano scelto di avvalersi dei menzionati congegni.
Di contro, gli enti a controllo pubblico, ai sensi dell'art. 6, comma 2°, del T.U. hanno l'obbligo di predisporre specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale, informandone l'assemblea e indicandone le caratteristiche nella menzionata relazione annuale.
Sul punto, va tenuto presente che i destinatari delle disposizioni testé richiamate sono solo le società a controllo pubblico e non già quelle a partecipazione pubblica (non controllate). Depongono, in tal senso, il disposto dell'art. 6 del T.U. (che richiama esplicitamente le sole società a controllo pubblico) e del successivo art. 14 il quale, pur disciplinando le *Crisi d'impresa di società a partecipazione pubblica*, fa espresso riferimento all'ipotesi in cui emergano uno o più indicatori di crisi aziendale17; evenienza quest'ultima che obbliga l'organo amministrativo delle *società a controllo pubblico* ad adottare, senza indugio, i provvedimenti necessari per prevenire l'aggravamento della crisi, correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso idonei piani di risanamento.
Ciò posto, si è dell'avviso che non vi siano valide ragioni per negare alle società partecipate (ma non controllate) la facoltà di adottare gli strumenti di governo societario previsti dall'art. 6 del T.U., comma 3°, nonché i programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale di cui al comma 2° del medesimo articolo (disposti invece come obbligatori per i soli enti a controllo pubblico). Ciò in applicazione del generale principio in base al quale gli amministratori sono tenuti ad effettuare il monitoraggio dello stato economico e finanziario dell'ente nel quale svolgono attività di gestione. Va da sé che in tal caso essi non saranno tenuti ad adempiere ai doveri informativi di cui al 4° comma dell'art. 6 del Testo Unico20 in quanto detta disposizione, come si è detto, non contempla le società partecipate ma non controllate.
C'è da chiedersi, infine, quale sia l'organo sociale legittimato ad adottare gli strumenti di cui in discorso. In mancanza di un espresso riferimento normativo, si è dell'opinione che detti strumenti possano essere assunti dall'organo di amministrazione21, ferma restando la possibilità che lo statuto disponga diversamente imponendo ulteriori adempimenti. Non può escludersi, ad esempio, che l'atto costitutivo assegni all'organo amministrativo la costituzione dell'ufficio di controllo interno, subordinando la sua istituzione all'accettazione del collegio sindacale. Analogamente, i soci potrebbero stabilire che i programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale di cui all'art. 6, comma 2, del T.U., siano adottati dall'organo amministrativo ma su proposta del collegio sindacale.

3. (Segue) … alla luce degli studi di economia aziendale: …

Il programma di valutazione del rischio di crisi aziendale deve contenere taluni indicatori in grado di monitorare lo stato della società. Tanto è possibile desumere dal disposto di cui all'art. 14, commi 2° e 3° del T.U. il quale, come si è detto in precedenza, prevede che qualora emergano uno o più indici di crisi aziendale, l'organo amministrativo della società a controllo pubblico deve adottare, senza indugio, i provvedimenti del caso. L'inerzia da parte di quest'ultimo sarà considerata circostanza di gravità tale da giustificare l'attivazione dei dispositivi di cui all'articolo 2409 del codice civile.
Alla luce di quanto si è detto, dunque, è di particolare interesse individuare gli indicatori di riferimento utili a monitorare l'andamento dell'azienda nel corso del normale svolgimento della vita sociale.
Rilevanti, sul punto, sono le *Linee Guida* predisposte dai dottori commercialisti22 le quali forniscono i criteri generali di qualificazione aziendale della crisi dell'impresa idonei ad accertare l'emersione e la gestione della stessa. Con specifico riguardo ai programmi di valutazione di cui all'art. 6, comma 2°, del T.U., occorre far presente che il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha costituito, nel dicembre 2017, un gruppo di lavoro in materia di valutazione del rischio di crisi aziendale delle società a controllo pubblico con lo scopo di elaborare un apposito *format*.
Si ha riguardo, altresì, alle *Linee Guida* pubblicate da *Utilitalia* (Federazione che riunisce le Aziende operanti nei servizi pubblici dell'Acqua, dell'Ambiente, dell'Energia Elettrica e del Gas) in vista dell'obiettivo di definire la misurazione del rischio ai sensi dell'art. 6, comma 2° e dell'art. 14, comma 2° del Testo Unico. In particolare, tali *direttive* consentono di individuare una cd. <<soglia di allarme>> al superamento della quale sorge il pericolo di uno squilibrio economico-finanziario della società che necessità di essere affrontato23. A ciò si aggiunga la necessità che gli organi sociali contribuiscano a porre in essere i correttivi necessari ad assicurare la fuoriuscita della stessa dalla condizione di criticità nella quale versa attraverso l'attuazione dei piani di risanamento redatti dall'organo amministrativo alla luce delle eventuali indicazioni provenienti dall'assemblea sociale.

4. (Segue) … l'ufficio di controllo interno.

La dottrina aziendalistica da tempo predica la necessità che le aziende si muniscano di idonee strutture di controllo interno al fine, da un canto, di effettuare un mero accertamento amministrativo-contabile24 (funzionale dunque a formulare una valutazione di attendibilità sul bilancio) e, da altro canto, di vigilare sulla gestione della società25. Particolare importanza è stata riposta nel cd. *ambiente di controllo* al quale è correlata l'esigenza di assicurare che i componenti dell'organo interno abbiano specifiche competenze tecniche e personali (valori etici, integrità morale ecc.) indispensabili ad adempiere alle funzioni ad essi attribuite26. Significativi, al riguardo, sono gli studi specialistici che suggeriscono di individuare nelle aziende adeguate forme di valutazione dell'operato degli organi interni di controllo al fine di migliorare la *governance* e garantire a tutti gli *stakeholders* una gestione sana, corretta, trasparente, efficace ed efficiente dell'azienda.
Così come delineato dal d.lgs. n. 175 del 2016, l'ufficio di controllo interno ha il compito di fornire *supporto* al collegio sindacale e di effettuare il necessario raccordo tra quest'ultimo e l'organo di gestione attraverso un costante scambio di informazioni tra di essi, ferma restando la possibilità di <<interagire con tutte le strutture>> della società, <<senza la necessità di intermediazione o trasmissione a cura dell'organo amministrativo>>28. Pertanto, esso non costituisce un mero ufficio ausiliare29 potendo, altresì, <<vigilare sui limiti "esterni" della discrezionalità attribuita agli amministratori, affinché gli stessi non effettuino operazioni estranee all'oggetto sociale, in conflitto di interessi oppure assolutamente imprudenti>>30.
Si è in presenza, dunque, di un ufficio, privo di rilevanza esterna, che le società pubbliche possono creare al fine di migliorare la *performance* d'azienda assicurando, al contempo, un controllo sulla gestione dell'ente. Da qui l'intrinseco limite di una normativa che, come si è visto in precedenza, sembra rimettere allo stesso organo amministrativo la scelta di provvedere alla sua costituzione, senza fornire precise indicazioni con riguardo alla professionalità dei suoi componenti. E' evidente, infatti, che i membri dell'ufficio di controllo per poter svolgere correttamente i propri compiti

devono essere autonomi ed indipendenti dall'organo di gestione e possedere specifiche competenze tecniche31. Non a caso tali requisiti sono espressamente richiesti dal codice di autodisciplina di Borsa Italiana per i sistemi di controllo interno nelle società quotate, benché, come ha segnalato la dottrina aziendalistica, in tale ambito, la loro funzione non appare adeguatamente compresa e valorizzata non essendone stati colti i risvolti positivi in termini di presìdi dei rischi e di individuazione di ottimali percorsi gestionali.
Nonostante taluni dubbi sul punto espressi dalla dottrina, alle società partecipate dalla Pubblica Amministrazione si applica il complesso dispositivo di cui al d.lgs 231/2001 (*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*), nonché la normativa in materia di Prevenzione della Corruzione e sulla Trasparenza, in ottemperanza alla Legge 6 novembre del 2012, n. 190, e ss.mm.ii., *(Disposizioni per la prevenzione* e *la repressione della corruzione* e *dell'illegalità nella pubblica amministra- zione")* e al Decreto Legislativo 14 marzo 2013, n. 33, e ss.mm.ii., *("Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazione)*. Sicché, le società a partecipazione pubblica devono nominare un Organismo di Vigilanza per l'espletamento dei compiti stabiliti dal D.Lgs. 231 del 2001 e adottare un Codice Etico e di Comportamento previsti dalla medesima normativa. Di contro, le società a controllo pubblico saranno tenute a nominare anche un Responsabile della Prevenzione della Corruzione con il compito di definire specifiche misure organizzative35.
Va evidenziato, al riguardo, che nonostante gli ambiti di applicazione delle soprarichiamate normative siano diversi in quanto, come è stato evidenziato dalla dottrina, il d.lgs. 231/2000 <<concerne i reati commessi nell'interesse e a vantaggio della società>> laddove la 190/2012 è finalizzata <<a prevenire anche reati commessi in danno della società>>36, non può escludersi il pericolo di possibili sovrapposizioni di compiti tra i diversi organismi a ciò deputati cui consegue la necessità di attuare un adeguato coordinamento tra tutti gli attori organizzativi in materia di controlli ed in particolare con l'ufficio interno (se costituito). A tale logica, del resto sembra ispirato l'orientamento secondo il quale sarebbe auspicabile fosse nominato come RPCT (Responsabile per la prevenzione della corruzione), il responsabile della funzione di controllo interno il quale potrebbe essere indicato, altresì, come componente dell'OdV pluripersonale.

5. I controlli esterni.

Con specifico riguardo ai controlli esterni da esercitare nei confronti delle società pubbliche, il T.U. apporta rilevanti modifiche rispetto al passato. Significativo, sul punto, è quanto disposto dall'art. 15, comma 1°, del T.U. secondo il quale, mediante un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, deve essere individuata una struttura competente per l'indirizzo38, il controllo e il monitoraggio sull'attuazione delle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 175 del 2016 (struttura istituita presso la Direzione VIII del Dipartimento del Tesoro). E' compito del Ministero dell'economia e delle finanze assicurare la separazione, a livello organizzativo, tra la suddetta struttura e gli uffici responsabili dell'esercizio dei diritti sociali. E' evidente, infatti, la necessità di impedire in questo caso possibili situazioni caratterizzate da conflitto di interesse derivanti dalla circostanza che la Pubblica Amministrazione è anche socia dell'ente sottoposta a controllo. A ben considerare, non ci sembra che tale obiettivo sia stato raggiunto; ciò in quanto la richiamata struttura è stata individuata all'interno della stessa Pubblica Amministrazione piuttosto che in uffici indipendenti come sarebbe stato auspicabile.
L'esigenza di assicurare l'autonomia di tale organismo è particolarmente avvertita in considerazione della rilevanza ad esso attribuita dal legislatore nel fornire alle società orientamenti e indicazioni sull'attuazione del Testo Unico e a dare alle medesime apposite direttive al fine di assicurare la separazione contabile. A tal uopo, la normativa obbliga la Pubblica Amministrazione e le società a partecipazione pubblica ad inviare, con le modalità e nei termini da essa stabiliti, le segnalazioni periodiche e ogni altro dato o documento eventualmente richiesto. In particolare, i menzionati enti

sono tenuti a spedire i bilanci e gli altri documenti obbligatori di cui all'articolo 6 del T.U. di cui si è dato conto nel corso della presente trattazione.
Ciò posto, il T.U. introduce novità rilevanti in materia di controllo giudiziario sull'amministrazione di società a controllo pubblico nelle quali ciascuna amministrazione pubblica socia, indipendentemente dall'entità della partecipazione di cui sia titolare, è legittimata a presentare denunzia di gravi irregolarità al Tribunale. Sicché, ad esempio, se l'organo amministrativo della società a controllo pubblico non provvede ad adottare ai sensi dell'art. 6 del T.U. i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi (ovvero di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso l'adozione di un idoneo piano di risanamento), incorre in una *grave irregolarità* ai sensi dell'art. 2409 cod. civ. suscettibile di essere fatta valere dai soci a prescindere dalle percentuali di partecipazioni da essi detenute. Analogamente, ai sensi dell'art. 16, comma 4°, costituisce *grave irregolarità* il mancato rispetto del limite quantitativo previsto per le società *in house* le quali devono prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci.
Pertanto, il legislatore ha ampliato il novero dei soggetti legittimati ad esperire le azioni di cui all'art. 2409 cod. civ. nei confronti degli amministratori che abbiano tenuto comportamenti dannosi nei confronti delle società a controllo pubblico, prevedendo che, in tali casi, a prescindere dalla percentuale di partecipazioni detenute dai soci pubblici, questi ultimi possano agire giudizialmente nei loro riguardi. Di contro, nelle società a partecipazione pubblica (non controllate) la normativa sembra equiparare la posizione del socio pubblico a quello privato lasciando inalterate le soglie di legittimazione ad agire in giudizio previste dalla sopra richiamata disposizione del codice civile. Ne consegue che gli enti pubblici di piccola grandezza potrebbero valutare l'ipotesi di aggregarsi in società a controllo pubblico di più ampie dimensioni (invece di costituire autonome società), essendo incoraggiate in tal senso dall'opportunità di ostacolare più agevolmente le eventuali gravi irregolarità commesse dagli amministratori40. Tale effetto eventualmente prodotto dall'applicazione della normativa in materia sarebbe, peraltro, coerente con il proposito di carattere generale del legislatore della riforma di ridurre il numero delle società pubbliche in circolazione.
Accanto alle sopra richiamate forme di controllo esterno, va ricordato che, in presenza di determinati presupposti, le società pubbliche sono sottoposte a vigilanza da parte della Consob e della Banca d'Italia; a ciò si aggiunga che l'Allegato A al T.U. esclude dall'ambito di applicazione dello stesso alcune società, la maggior parte delle quali sono enti finanziari regionali che svolgono attività di intermediazione finanziaria e, pertanto, soggette al controllo della Banca d'Italia42.
Infine, ai sensi dell'art. 5, comma 3°, l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione (diretta o indiretta), dovrà essere inviato alla Corte dei Conti e, ai fini conoscitivi, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato la quale è tenuta ad esercitare i poteri di cui all'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 28743. Inoltre, il predetto organo giudiziario, ai sensi dell'art. 12 del T.U., è competente ad esprimersi in materia di danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società *in house*, fermo restando che i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali44. Tuttavia, è devoluta alla Corte dei conti la giurisdizione nei giudizi riguardanti i rappresentanti degli enti pubblici che, in virtù della loro condotta, abbiano causato (con dolo o colpa grave) un pregiudizio al valore della partecipazione pubblica detenuta.

6. Considerazioni conclusive.

Si è in presenza di una normativa che ha l'obiettivo di ridurre le molteplici disposizioni settoriali esistenti in materia al fine di consentire un riordino della disciplina, predisponendo, al contempo, un assetto più definito delle procedure di controllo rispetto al passato45. Tuttavia, non ci sembra che tali obiettivi siano stati da quest'ultima pienamente raggiunti come dimostrano i numerosi richiami, contenuti nel T.U., alle fonti regolamentari esterne, nonché il non facile coordinamento tra i diversi

organismi di controllo. E' pur vero che gli esiti delle applicazioni della nuova disciplina dovranno attendersi ma i presupposti non appaiono confortanti.
Significative, al riguardo, sono talune criticità evidenziate nel corso della presente trattazione che meritano di essere affrontate dal legislatore in sede di *affinamento* della normativa al fine di consentire una più agevole organizzazione delle diverse strutture coinvolte nell'apparato di controllo delle società pubbliche. Ciò è tanto più vero alla luce dell'esperienza maturata per le società quotate nelle quali, nonostante i sistemi di controlli fossero molteplici e di varia tipologia (Cda, collegi sindacale, revisori, analisti, internal auditor, Banca d'Italia, Consob, CFO ecc.), essi si sono rivelati incapaci, in talune circostanze, di prevenire, monitorare e risolvere situazioni di *mala gestio*.
Se ne deduce che l'incremento di strutture di controllo non implica necessariamente un miglioramento in termini di efficienza ed efficacia di impiego delle risorse finanziarie, laddove esso si realizza assicurando adeguate modalità attraverso le quali esercitare la funzione di vigilanza. Sicché, appare opportuno procedere ad un potenziamento degli uffici di controllo interno, prevedendone l'obbligatoria costituzione da parte delle società pubbliche di ampie dimensioni, e avendo cura di assicurarne sul piano delle concretezze, a livello legislativo, l'indipendenza e la competenza dei loro componenti.
Mi sia consentito, pertanto, concludere sul punto con una frase attribuita a Gandhi: <<Chi non controlla i propri sensi è come chi naviga su un vascello senza timone e che quindi è destinato a infrangersi in mille pezzi non appena incontrerà il primo scoglio>>..

I SERVIZI PER IL PUBBLICO A VENTICINQUE ANNI DALLA LEGGE RONCHEY - IL COMMENTO

di Carmen Vitale

Cons. Stato Sez. V, 07 dicembre 2017, n. 5773

L. 14-01-1993, n. 4, epigrafe

La pronuncia del Consiglio di Stato n. 5773 del 2017, relativa all'affidamento del servizio di biglietteria per il Colosseo, Foro Romano, Palatino e Domus Aurea offre lo spunto per ripercorrere l'evoluzione normativa, anche alla luce dell'interpretazione giurisprudenziale, dei servizi per il pubblico nei musei, con l'obiettivo di evidenziarne le problematiche attuali e indicarne le possibili prospettive.

Sommario: Premessa - L'instabile disciplina dei servizi aggiuntivi - I servizi per il pubblico e le recenti riforme: tra autonomia e centralizzazione - Il regime giuridico dei servizi per il pubblico: tendenza all'omogeneità e necessarie differenziazioni - La visione unitaria dei servizi per il pubblico nella pronuncia del Cons. Stato n. 5773 del 2017 - Servizi per il pubblico e collaborazione pubblico privato: prove di (ri)composizione di interessi eterogenei

Premessa

La sentenza del Cons. Stato n. 5773 del 2017, che decide in merito al contenzioso originato dall'affidamento dei servizi di biglietteria e vigilanza per i siti del Colosseo, Palatino - Foro romano e Domus Aurea, consente di riflettere su un istituto che, se pur noto(1), rimane di estremo interesse. Sulla concreta definizione del regime giuridico dei servizi per il pubblico pesano, infatti, questioni più generali che investono il sistema dei beni culturali nel suo complesso(2): come programmare e attraverso quali strumenti garantire una più efficace valorizzazione del patrimonio culturale(3); con quali risorse farlo; quale ruolo riconoscere al "centro" e quale a regioni ed enti locali; cosa è

necessario che rimanga "pubblico", cosa invece (e secondo quali regole) può invece essere aperto al "privato"(4).

Si tratta, evidentemente, di problematiche che investono il modo di essere delle pubbliche amministrazioni, non solo quelle preposte alla cura dei beni culturali.

Più, in particolare, occorre riconsiderare la disciplina dei servizi al pubblico e le problematiche interpretative che ne derivano attraverso la lente della relazione pubblico-privato e delle dinamiche ad essa collegate.

È bene precisare, in proposito, che "pubblico" e "privato"(5) andrebbero in realtà distinti attraverso analisi puntuali(6) dei casi concreti (quale pubblico, ma anche quali privati), per non cadere nel nominalismo(7).

Non di rado, in effetti, l'arretramento del pubblico a favore del privato(8), è più apparente che reale, comportando il trasferimento di funzioni e attività a soggetti intermedi formalmente privati, ma sostanzialmente pubblici(9).

In termini ancor più generali, le questioni relative alla qualificazione ed al regime giuridico dei servizi aggiuntivi richiamano la concezione stessa del rapporto tra tutela e valorizzazione del patrimonio culturale(10) e ancor prima dell'uso stesso del bene culturale(11).

La codificazione dei servizi aggiuntivi si deve all'art. 4 della legge Ronchey - L. 14 gennaio 1993, n. 4, (di conversione in legge, con modificazioni del D.L. 14 novembre 1992, n. 433(12), recante Misure urgenti per il funzionamento dei musei statali. Disposizioni in materia di biblioteche statali e di archivi di stato)(13).

La legge disciplinava sostanzialmente l'affidamento in concessione a privati con contratto quadriennale di tre tipologie di attività(14): a) servizio editoriale e di vendita di riproduzioni e cataloghi; b) servizi per la fornitura di riproduzioni e prestiti riguardanti i beni librari; c) servizi di caffetteria, ristorante e guardaroba(15), che avrebbero dovuto rappresentare un quid pluris (servizi aggiuntivi appunto) rispetto all'offerta culturale propriamente intesa, di competenza delle istituzioni culturali. La disposizione citata rileva non tanto per aver introdotto un istituto nuovo, quanto per il dibattito che ne è seguito, che ha segnato l'inizio di un diverso modo di intendere la gestione del patrimonio culturale, da un lato, ed il ruolo e le funzioni degli stessi musei, dall'altro.

Si è trattato, in particolare, del risultato della progressiva affermazione di una gestione manageriale delle organizzazioni culturali, come effetto di un processo più ampio di trasformazione in atto nel settore pubblico(16), cui molte organizzazioni culturali appartengono o perché utilizzano finanziamenti di amministrazioni pubbliche o perché ne sono un'articolazione(17).

È in quegli anni, del resto, che incomincia seriamente a porsi il tema dell'autonomia del museo, non solo sul piano ordinamentale ed amministrativo, quanto soprattutto su quello economico e gestionale, in un'ottica di maggiore attenzione alle esigenze del pubblico dei visitatori(18), per ovviare "alla palese disconoscenza di un deontologico" orientamento al servizio"(19).

Come si anticipava, poi, proprio con riguardo alle procedure di affidamento dei servizi aggiuntivi si pone con estrema evidenza la questione dei contenuti e delle procedure della cooperazione tra pubblico e privato nel sistema dei beni culturali.

La progressiva carenza di risorse e la necessità di introdurre formule gestionali più efficienti ed economiche e di meccanismi di controllo di costi e ricavi, suggerivano in qualche modo l'allargamento dello spettro dei soggetti chiamati a vario titolo a partecipare alle funzioni di valorizzazione(20), aprendo in qualche misura all'idea di una possibile compatibilità tra

valorizzazione di un bene culturale e conseguimento di ritorno patrimoniale o creazione di valore(21) economico"(22).

Non sono mancate, tuttavia, posizioni critiche, ispirate dalla diffidenza verso l'introduzione di logiche di profitto, che avrebbero finito, si temeva, con l'offuscare la necessaria pubblicità degli interessi alla tutela e pubblica fruizione dei beni culturali, realizzando la profezia di un privato come ineluttabile supplente dello Stato(23).

A questo proposito, è utile ricordare come valgano per i beni culturali le premesse che hanno giustificato (specie negli anni '90) l'introduzione di criteri e strumenti di aziendalizzazione della P.A., e di forme di collaborazione pubblico- privato, nel quadro del più generale fenomeno delle esternalizzazioni(24).

A ben guardare, anzi, il settore dei beni culturali è tradizionalmente terreno assai fertile per la sperimentazione e l'analisi di tendenze generali del diritto amministrativo(25).

Tuttavia, come proprio l'esperienza dei servizi al pubblico mostra chiaramente, non è possibile aprire efficacemente al privato, se non rafforzando il pubblico.

La qualità dell'intervento pubblico (anche nel settore dei beni culturali) è infatti condizione necessaria per la qualità dell'intervento del privato(26).

Solo pubbliche amministrazioni in grado di esprimere realmente le proprie prerogative possono infatti efficacemente e con buoni risultati collaborare con i privati(27).

La direzione seguita almeno nei primi anni '90 è stata tuttavia praticamente opposta a quella indicata(28), con l'effetto di mettere fortemente in discussione la realizzazione stessa degli obiettivi inizialmente indicati.

Per altro verso, occorre precisare come, già qualche anno dopo l'approvazione della legge, sia emersa la marginalità dei servizi aggiuntivi(29), rispetto alla copertura dei costi complessivi del sistema museale(30), con differenze significative rispetto alle principali istituzioni culturali straniere(31). È noto, peraltro, che l'obiettivo prioritario dell'istituzione dei servizi aggiuntivi non poteva essere (solo) quello finanziario(32).

Ad ogni modo, la disciplina normativa dei servizi aggiuntivi ha mostrato criticità in ordine a tre profili principali: a) insoddisfazione dell'utenza per il costo elevato a fronte della scarsa differenziazione dell'offerta; b) ritorni economici non soddisfacenti per il Ministero; c) bassa redditività per le imprese e difficoltà di migliorare i risultati di gestione per le rigidità delle amministrazioni(33).

Anticipando qualche conclusione, può osservarsi che nell'impossibilità di realizzare in quegli anni una più compiuta riforma del sistema museale, la legge Ronchey abbia rappresentato il tentativo di "individuare obiettivi minimi da realizzare in qualsiasi ipotesi", con riguardo ad esempio a questioni relative a personale, orari di apertura e sicurezza(34).

L'instabile disciplina dei servizi aggiuntivi

Alla codificazione normativa si accompagna quasi subito un'incessante azione di correzione e integrazione della disciplina dei servizi aggiuntivi(35): una progressiva stratificazione normativa(36), che muta i contorni dell'istituto, pregiudicandone una più significativa applicazione.

Il primo intervento di modifica è l'art. 47 quater del D.L. 23 febbraio 1995, n. 41 conv. in L. n. 85 del 1995 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica e per l'occupazione nelle aree

depresse), con il quale si è ampliata in maniera significativa la gamma delle attività, introducendo per la prima volta la distinzione tra attività riconducibili ad una nozione di servizio pubblico (di valorizzazione)(37) ed attività invece strumentali (servizi di pulizia, biglietteria), di fatto, però assoggettandole ad uno stesso regime giuridico (quello concessorio).

L'idea di fondo era quella di operare una sorta di compensazione negli affidamenti ai privati, tra attività indispensabili al funzionamento stesso delle istituzioni culturali, ma non direttamente remunerative ed attività che invece almeno potenzialmente lo erano.

In questo modo, tuttavia, veniva meno l'originaria distinzione (assai opportuna) della l. Ronchey tra attività essenziali a necessaria titolarità pubblica ed attività aggiuntive, la cui attivazione doveva avvenire nei contesti in cui tali attività potessero effettivamente essere remunerative e come tali appetibili per i privati cui venivano delegate.

È chiaro, invece, che quello che si rivelava un graduale trasferimento ai privati di funzioni pubbliche, recava conseguenze importanti rispetto alla disciplina giuridica dell'esercizio di quelle funzioni, ma anche alla corretta individuazione di ruoli e responsabilità dei diversi attori coinvolti.

In concreto, il modello prefigurato dal legislatore mostrava difficoltà ad attuarsi nella prassi, anche a causa delle diffidenze dei soprintendenti, incaricati della scelta dei servizi da affidare; scelta che cadeva principalmente sui servizi più distanti dalle attività più propriamente di valorizzazione e promozione culturale, che si ritenevano proprie del pubblico. Ne è derivata una crescente distanza tra le imprese, cui si affidava più che altro il compito di svolgere un ruolo servente rispetto alle esigenze (soprattutto finanziarie del pubblico) e le istituzioni culturali, che rinunciavano progressivamente alla propria sovranità rispetto al governo dei processi di valorizzazione(38), contrariamente all'idea di fondo, che avrebbe dovuto essere quella della cooperazione tra pubblico e privato. Ad ogni modo, come si è ricordato, nei servizi aggiuntivi confluivano attività non aggiuntive ma essenziali per l'offerta culturale (biglietteria, vigilanza, guida) e perciò destinate ad incidere sull'effettività della fruizione stessa dei luoghi della cultura. Per altro verso, la persistente carenza di risorse rendeva necessaria l'attivazione dei servizi, in assenza di un'adeguata differenziazione, che tenesse conto degli specifici dati di contesto (dimensionali, territoriali, turistici).

In questo contesto, la previsione di regole uniformi, che poteva aver senso per le grandi realtà statali, non ne aveva ed anzi diventava controproducente nelle variegate realtà locali(39). A ben guardare, però, il punto non era solo come valorizzare, ma anche cosa. È infatti assai difficile valorizzare qualcosa di cui non si conosce l'esatta consistenza da un punto di vista qualitativo e quantitativo(40).

L'ampliamento della gamma di attività riconducibili ai servizi aggiuntivi ha comportato, ad ogni modo, una graduale apertura al privato di veri e propri spazi di valorizzazione (organizzazione delle mostre, cataloghi). La conseguenza (paradossale per certi versi) è stata quella della "pubblicizzazione" delle imprese private(41), a fronte di quella che avrebbe dovuto (potuto) essere la "privatizzazione" di una parte delle attività di gestione del patrimonio culturale.

Il fenomeno è noto, anche al di fuori del sistema dei beni culturali: l'amministrazione si avvicina al "privato" (diritto privato o forme soggettive private) lo contamina con regole e procedure proprie, in una specie di "effetto Re Mida"(42).

La disciplina dei servizi aggiuntivi continuava, intanto, ad essere oggetto di incessanti tentativi di adattamento alle esigenze del sistema.

L'emanazione del Testo Unico sui beni culturali (D.Lgs. n. 29 ottobre 1999), in particolare, attraverso l'introduzione della locuzione "servizi di ospitalità e di assistenza al pubblico" (art. 112), avrebbe dovuto esprimere la ancor più marcata attenzione da parte del legislatore alle esigenze del pubblico dei musei(43).

Al di là della diversa locuzione utilizzata, l'art. 113 del D.Lgs. n. 490/1999 recava il principio per cui i servizi di biglietteria, vigilanza e pulizia potessero essere affidati con un unico affidamento assieme alle altre tipologie di attività.

A fronte delle difficoltà applicative dell'istituto, il legislatore(44) interveniva nuovamente sulla materia con l'approvazione del Codice dei beni culturali (D.Lgs. n. 42 del 2004)(45). Con l'occasione, veniva definitivamente chiarito il rapporto tra servizi di assistenza culturale e ospitalità per il pubblico(46) (che con la novella del Codice nel 2008 diventano "servizi per il pubblico") e valorizzazione(47), rispetto alla quale i primi diventano una delle forme possibili(48).

Le modalità di gestione della valorizzazione(49) diretta, (attraverso le strutture interne all'amministrazione, anche nella forma degli affidamenti in house(50)) e indiretta, (attraverso l'istituto della concessione a terzi) devono utilizzarsi dunque per l'affidamento dei servizi per il pubblico. Peraltro, com'è stato osservato ciò non ha eliminato la specificità dei servizi per il pubblico nel più generale quadro delle attività di valorizzazione(51).

Qualche anno più tardi, con l'art. 14, D.L. 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla L. 29 novembre 2007, n. 222, veniva invece codificato il principio della integrazione sia tra i servizi di cui all'art. 117 del Codice che tra i servizi erogati da diversi istituti culturali, con l'obiettivo (condivisibile) di ottenere un risparmio di risorse, ma anche di migliorare l'efficienza nell'erogazione del servizio.

In questo contesto generale, si inserivano i lavori della Sottocommissione 4 Programmazione e gestione delle attività di valorizzazione. I servizi aggiuntivi, nell'ambito dei lavori della Commissione incaricata di elaborare una proposta per la definizione dei livelli minimi uniformi di qualità della valorizzazione istituita ai sensi del D.M. 1° dicembre 2006(52). All'esito dei lavori, la Commissione evidenziava sostanzialmente due punti. In primo luogo, le attività ascrivibili alla nozione di servizio per il pubblico appartengono a tre tipologie differenti: a) attività economiche di per sé libere e suscettibili di costituire oggetto di contratti tra P.A. ed amministrazione (ad esempio una parte della gestione delle librerie, ma anche la ristorazione, b) attività strumentali o di supporto (biglietteria, pulizia, informazione, guardaroba); c) altre attività che, in ragione della prevalente finalità culturale, sono ascrivibili alla concezione di servizio pubblico (e dunque oggetto di concessione). Il diverso regime giuridico è, d'altra parte, la logica conseguenza dell'ontologica diversità delle attività, sia sotto il profilo degli investimenti richiesti per la loro attivazione che della diversa ripartizione del rischio di impresa.

Lo stesso art. 14 della L. n. 159 del 2007 rinviava ad una disciplina puntuale delle modalità di affidamento, adottata poi con il D.M. 29 gennaio 2008, anche in accoglimento degli spunti e delle osservazioni della IV Sottocommissione di cui si è detto. All'art. 3 (comma 4) del decreto vi è un riferimento esplicito, in particolare, all'integrazione dei servizi (v. infra) ed all'affidamento degli stessi a privati attraverso concessione. Al comma 5, si prevede, poi, esplicitamente che l'integrazione orizzontale tra diverse tipologie di servizi potesse essere estesa anche ai servizi di pulizia, di vigilanza, di custodia e di biglietteria. Al di fuori di tali ipotesi, invece, i suddetti servizi dovevano essere affidati attraverso le procedure previste per l'appalto di servizi (v. anche infra).

Il D.M. 2008 introduceva, inoltre, un ulteriore elemento di novità con particolare riguardo alla relazione tra amministrazioni culturali e imprese private. Nel mutato contesto normativo, da mero esecutore di una prestazione contrattuale per conto dell'amministrazione in cambio di una remunerazione economica, il privato diventava partner dell'istituzione culturale, con la quale collabora per la migliore qualità dell'offerta culturale(53). Ciò si evinceva, in particolare, dalla possibilità che il concessionario potesse proporre progetti migliorativi (comma 3, art. 5), il cui senso era quello di garantire la necessaria flessibilità al sistema, ma emergeva anche dalla possibilità di

utilizzare come forma di selezione quella del dialogo competitivo (comma 5, art. 5). È chiaro, peraltro, che l'ipotesi ordinaria rimaneva quella della gara sulla base di un progetto elaborato dall'amministrazione, che può essere eventualmente integrato dai concorrenti in sede di gara. Ad ogni modo, il tratto più caratterizzante della disciplina dettata dal D.M. 2008 rimaneva l'affermazione del principio di integrazione tra servizi della stessa istituzione culturale e tra servizi di diverse istituzioni culturali nello stesso ambito territoriale, in modo da consentire all'amministrazione di relazionarsi con un interlocutore unico.

D'altra parte, l'eccessiva concentrazione degli affidamenti avrebbe potuto determinare uno strapotere delle imprese, laddove invece il frazionamento degli affidamenti avrebbe contribuito a stimolare la necessaria concorrenza di un settore, altrimenti riservato a pochi grandi. All'art. 5 del D.M. venivano invece disciplinate le procedure di affidamento: procedura aperta, dialogo competitivo e project financing; le ultime due subordinate rispettivamente al parere o all'autorizzazione della direzione generale bilancio, per ipotesi di complessità tale da richiedere l'apporto collaborativo del privato fin dalla definizione del progetto di valorizzazione.

Per altro verso, il D.M. 2008 cercava di ovviare alla confusione di ruoli (di indirizzo, vigilanza e controllo(54) per il pubblico e di gestione per il privato) e responsabilità, che ha rappresentato, come si sa, una delle cause principali dell'incerta applicazione della disciplina dei servizi per il pubblico.

Non può non ricordarsi, infatti, come tra le principali criticità più volte richiamate, vi fosse proprio la conflittualità tra gli attori coinvolti ed il contenzioso che ne è seguito, con riguardo in particolare alla durata degli affidamenti, all'adempimento degli obblighi contrattuali da parte del concessionario ed alla programmazione della valorizzazione(55). L'art. 7, comma 1 disponeva, in proposito, che i singoli capi di istituto, i direttori regionali o la direzione generale per il bilancio e la programmazione economica, la promozione, la qualità e la standardizzazione delle procedure potessero, in ogni momento, procedere o disporre esami, ispezioni, verifiche, accessi o quanto altro utile al fine di accertare il livello di qualità dei servizi erogati e la buona conduzione del servizio da parte del concessionario, senza pretesa alcuna di rimborso o risarcimento da parte del concessionario stesso.

Con l'obiettivo di semplificare l'applicazione delle disposizioni da ultimo richiamate, veniva emanata la circ. 23 marzo 2009, n. 49, con annesse linee guida relative alle procedure di affidamento dei servizi di assistenza al pubblico. In primo luogo, con le linee guida si precisava il senso della previsione normativa che prevedeva l'integrazione tra i servizi nel duplice senso sopra richiamato (verticale tra più servizi e orizzontale rispetto a più istituzioni culturali). L'integrazione non è, si precisava, il risultato di un obbligo imposto in via legislativa, quanto la conseguenza di valutazioni amministrative discrezionali.

Diversamente ragionando, si imporrebbero alle istituzioni culturali scelte potenzialmente non convenienti, in palese contrasto con la ratio delle norme in materia.

Tale impostazione viene poi confermata dal dettato normativo, attraverso l'abrogazione dell'art. 14, D.L. n. 159 del 2007, ad opera dell'art. 8, D.L. n. 64 del 30 aprile 2010 conv. in L. 100 del 20 giugno 2010. L'affermazione in linea di principio dell'affidamento integrato dei servizi può incidere, semmai, sulla sindacabilità delle scelte compiute dalle istituzioni culturali, sulla concreta lesività della decisione assunta e, conseguentemente, sull'idoneità soggettiva dell'impresa a proporre l'impugnativa (sul presupposto della gamma di servizi che la stessa è in grado di offrire(56)). L'integrazione deve infatti ritenersi preferibile, laddove ciò si riveli più conveniente da un punto di vista gestionale, all'esito dell'istruttoria svolta dalla P.A.

Si tratta anche in questo caso di una contraddizione non solo apparente della disciplina dei servizi aggiuntivi che, alla flessibilità più volte invocata contrappone regole puntuali che intendono orientare la discrezionalità amministrativa.

In ogni caso, prima di verificare la convenienza sul piano gestionale ed economico di un'eventuale integrazione dei servizi, le istituzioni culturali dovranno stabilire quali servizi attivare (se quelli strettamente legati alla fruizione) o invece anche quelli funzionali ad un più ampio progetto di valorizzazione; ciò sulla base di alcuni criteri generali indicati dalla stessa circolare (superamento del frazionamento in un'ottica di efficienza e di conseguimento di adeguate dimensioni gestionali)(57). La circolare del 2009 ha dunque rappresentato una significativa inversione di rotta rispetto al D.M. 2008, segnando il passaggio da un'impostazione propriamente regolativa ad una amministrativa, che avrebbe dovuto lasciare maggior spazio all'autonomia organizzativa ed alla definizione di progetti specifici e calibrati sulle diverse realtà(58).

Ancora. La circolare si richiamava ad un principio di flessibilità e differenziazione, laddove imponeva di individuare i servizi da affidare sulla base di una puntuale analisi di contesto, guardando a flussi turistici, disponibilità finanziarie esterne, collegamenti con altri eventi culturali e non ultima la praticabilità di accordi con altri soggetti ex art. 112 del Codice.

Si precisava, in particolare, come la gestione diretta rappresentasse la scelta più efficiente nelle ipotesi in cui i siti culturali non potessero essere inseriti in un più ampio circuito di visita, tale da richiamare adeguati flussi turistici e per i quali fosse perciò ragionevole attivare solo i servizi minimi, utilizzando personale dell'amministrazione e magari prevedendo l'accesso gratuito (si v. invece infra).

Con particolare riguardo alla relazione tra servizi aggiuntivi ed attività di valorizzazione, la circolare precisava come infine la gestione di tali servizi fosse subordinata ad un preventivo progetto di valorizzazione(59).

È poi utile sottolineare come nella circolare fosse precisato che la bigliettazione di ingresso rappresentasse la parte più rilevante del flusso economico e che solo da un punto di vista formale si trovasse a non essere inclusa tra i servizi per il pubblico, rientrando in quelli di carattere strumentale, con la conseguenza che ben avrebbe potuto l'amministrazione scegliere di integrarla con i servizi per il pubblico in senso stretto (v. infra).

In questo senso, la circolare disponeva che, laddove l'amministrazione intendesse procedere all'affidamento integrato, avrebbe dovuto valutare, in relazione ai richiamati dati di contesto, la praticabilità del modulo gestionale e la sua riconducibilità ad un unico rapporto di tipo concessorio.

Ciò sul presupposto che i servizi strumentali rappresentano un costo per l'istituzione culturale da corrispondere al concessionario. Pertanto nelle ipotesi in cui il costo di tali servizi (strumentali) sia superiore ai ricavi dei servizi aggiuntivi in senso proprio, l'amministrazione dovrà optare per modelli gestionali separati.

Relativamente al tema della durata della concessione(60), la circolare richiamata precisava, infine, che il limite temporale dei quattro anni, era superabile, sul presupposto del corretto adempimento dei propri doveri da parte del concessionario e del perdurante equilibrio economico del rapporto, in presenza di un solido apparato motivazionale e di valutazioni oggettive relative ad esempio alla necessità di cospicui investimenti da parte del concessionario (ad es. per l'apertura di nuovi spazi espositivi).

I servizi per il pubblico e le recenti riforme: tra autonomia e centralizzazione

Di recente, il legislatore è tornato su questi temi nell'ambito delle riforme che hanno riguardato il settore del patrimonio culturale.

Con l'art. 14, comma 2, D.L. n. 83 del 31 maggio 2014, conv. in L. 106 del 29 luglio 2014, in particolare, si prevede che istituti e luoghi della cultura dotati di autonomia speciale svolgono, di regola, in forma diretta i servizi di assistenza culturale e di ospitalità per il pubblico di cui all'art. 117, comma 2, lett. a) e g) del Codice, vale a dire il servizio editoriale e di vendita riguardante cataloghi e sussidi catalografici, audiovisivi e informatici, ogni altro materiale informativo e le riproduzioni di beni culturali (lett. a) e l'organizzazione di mostre(61) e manifestazioni culturali, nonché di iniziative promozionali (lett. g).

La modifica appena richiamata ha il senso di limitare il ricorso all'istituto della concessione(62), ma anche di ricondurre al pubblico attività essenziali alla nozione di valorizzazione in senso proprio.

Con l'art. 14, comma 2, il legislatore individua dunque a monte (per gli enti dotati di autonomia speciale) la gestione diretta come scelta più idonea, anche sul presupposto di un'adeguata dotazione di mezzi e personale che la rende finanziariamente più conveniente, oltre che di un'adeguata consistenza dei flussi di visitatori, in considerazione delle dimensioni e della rilevanza delle istituzioni culturali considerate.

Si tratta, come si vede, di un'inversione di rotta significativa rispetto al passato, quando il legislatore propendeva per un modello legale nel quale la singola istituzione culturale avrebbe dovuto valutare, in considerazione di alcuni elementi concreti, quali servizi istituire e come affidarli.

Ciò rimane valido, invece, fuori dalle ipotesi degli istituti autonomi. Una volta individuati i servizi, l'amministrazione dovrà decidere se gestirli direttamente o indirettamente secondo quanto previsto dall'art. 115 del Codice, valutando la ricorrenza di presupposti di economicità e sostenibilità del modello di gestione previsto e più in particolare l'adeguatezza delle risorse interne sul piano scientifico, tecnico, organizzativo, contabile e finanziario.

È chiaro, peraltro, che la scelta del legislatore assume un peso assai rilevante, nel contesto generale dei servizi al pubblico, riguardando quelle istituzioni culturali rispetto alle quali la redditività dei servizi al pubblico, almeno su un piano teorico, è più significativa e rispetto ai quali perciò anche l'interesse dei privati potrebbe essere maggiore.

Vi è, inoltre, nella disposizione citata un'ulteriore novità rispetto al passato, che presuppone l'opportunità di distinguere tra attività diverse e prevedere modelli di affidamento diversi. Anche l'accordo stipulato(63) dal Ministero con Consip S.p.a. (attraverso l'art. 16, comma 1, D.L. n. 78 del 19 giugno 2015, conv. in L. n. 125 del 6 agosto 2015)(64), va interpretato nel senso di restituire all'amministrazione centrale le attività di progettazione scientifica e culturale, oltre che il compito di assicurare maggiore trasparenza alle procedure selettive per l'affidamento dei servizi e di ottenere un risparmio di spesa attraverso la concentrazione delle procedure in un unico soggetto.

La nuova concezione delle procedure per l'affidamento dei servizi prevede, poi, che le gare vengano bandite sulla base dei progetti culturali elaborati dai musei e dalle istituzioni culturali, che avranno anche il compito di stabilire quali servizi affidare all'esterno o quali gestire in house(65). In una prospettiva più generale, il settore del patrimonio culturale è stato investito, come si sa, da un più ampio intervento di riforma, che in particolare attraverso il decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali del 23 dicembre 2014, ha consentito di ridisegnare struttura e funzioni dei musei(66), con alcune prescrizioni che inevitabilmente coinvolgono le questioni qui trattate.

In particolare, un ruolo centrale viene assegnato al Direttore del museo, cui compete, per quanto qui interessa, l'elaborazione, sentito il direttore del Polo museale, "del progetto di gestione del museo comprendente le attività e i servizi di valorizzazione negli istituti e luoghi della cultura di competenza, ivi inclusi i servizi da affidare in concessione, al fine della successiva messa a gara degli stessi.

Al Consiglio di amministrazione, presieduto dal Direttore, (art. 11) spetta, invece, l'approvazione degli strumenti di verifica dei servizi affidati in concessione rispetto ai progetti di valorizzazione predisposti dal direttore del museo, monitorandone la relativa applicazione. Parallelamente, i direttori dei Poli museali regionali elaborano ed approvano, previo parere della Direzione generale Musei, i progetti relativi alle attività e ai servizi di valorizzazione, ivi inclusi i servizi da affidare in concessione, al fine della successiva messa a gara degli stessi.

Con riguardo invece all'amministrazione centrale, il D.P.C.M. n. 171/2014 assegna alla Direzione generale musei (art. 20) "funzioni di indirizzo e controllo in materia di valorizzazione del patrimonio culturale statale, individuando gli strumenti giuridici adeguati ai singoli progetti di valorizzazione ed alle realtà territoriali in essi coinvolte.

La Direzione, prosegue l'art. 20, cura il coordinamento con le Regioni e con gli altri enti pubblici e privati interessati ed offre il necessario sostegno tecnico-amministrativo per l'elaborazione dei criteri di gestione, anche integrata, delle attività di valorizzazione, ai sensi degli artt. 112 e 115 del Codice; elabora linee guida, in conformità con i più elevanti standard internazionali per la individuazione delle forme di gestione delle attività di valorizzazione ai sensi dell'art. 115.

Alla Direzione musei, compete, inoltre, assicurare "il supporto per la predisposizione e l'aggiornamento periodico dei livelli minimi uniformi di qualità dei servizi resi dall'amministrazione, al monitoraggio ed alla revisione della Carta dei servizi, anche con riguardo ai servizi per il pubblico, resi in tutti gli istituti ed i luoghi della cultura dipendenti dal Ministero".

È chiaro che quanto detto incide, ad esempio, sul tema dell'integrazione dei servizi al pubblico su base territoriale. In questo caso, infatti, possono darsi diverse ipotesi, a seconda che i servizi debbano essere affidati da un'istituzione dotata di autonomia speciale o invece un'istituzione che afferisce ad un Polo museale regionale. Nel primo caso, infatti, le scelte strategiche rispetto all'erogazione di servizi al pubblico saranno compiute dal direttore del museo; dal direttore del Polo, nel secondo.

In entrambi i casi, rimane invece fermo il ruolo della Direzione centrale musei, come sede deputata all'esercizio dei poteri indirizzo anche rispetto alla definizione di criteri e modalità di gestione e di coordinamento delle diverse competenze, oltre che di verifica della qualità dei servizi erogati. Dal grado di effettività di questo coordinamento dipende, rispetto ai profili qui considerati, la tenuta del disegno organizzativo delineato dalla riforma.

Per un verso, dunque, la riforma ha inteso garantire maggiore autonomia ai musei, attribuendo centralità al ruolo dei Direttori, coerentemente con l'esigenza di differenziazione e flessibilità richiesta dal sistema. D'altro canto, la "centralizzazione" dei musei(67), realizzata attraverso l'attribuzione alla Direzione musei di funzioni decisive, rappresenta il necessario contrappeso all'autonomia riconosciuta alle istituzioni culturali, rispetto a profili cruciali, quale quello dei servizi al pubblico, ma più in generale della relazione pubblico privato, al fine di verificare contenuti, ambiti e modalità della cooperazione.

Il regime giuridico dei servizi per il pubblico: tendenza all'omogeneità e necessarie differenziazioni

Come si è ricordato, una delle caratteristiche principali dei servizi per il pubblico è l'eterogeneità delle attività ad essi riconducibili(68), con le conseguenze che ne derivano in termini di individuazione del regime applicabile.

Si è già detto anche di come la progressiva estensione della nozione(69) abbia di fatto comportato la riconduzione ad un unico istituto di attività fortemente diverse le une dalle altre (assimilabili a servizi pubblici o ad attività strumentali della pubblica amministrazione e ad attività economiche). Ne è derivata, specie in dottrina, la prospettazione di inquadramenti diversi(70): a) appalto pubblico di servizi(71) (per le attività di pulizia, vigilanza e biglietteria); b) concessione di beni pubblici, strumentali all'erogazione di un servizio (e dunque mista(72), ad esempio per la gestione dei punti vendita o delle biblioteche); c) concessione di servizi pubblici (ad esempio per l'organizzazione delle mostre e in generale per le attività promozionali)(73). La disciplina normativa dell'istituto non prevede, invece, modalità di affidamento differenziate, prevedendo un regime omogeneo a prescindere dalle specificità delle attività da affidare(74), qualora l'amministrazione dovesse optare per la gestione integrata, nel qual caso il regime concessorio eserciterebbe una sorta di attrazione nei confronti delle attività strumentali. Ciò è il risultato, in parte, della volontà del legislatore di privilegiare il rapporto concessorio in ragione della sua specificità, tale da consentire al privato margini di profitto maggiori, correlati al rischio di impresa assunto ed agli investimenti necessari per la realizzazione di iniziative gestionali di livello qualitativo apprezzabile(75).

Sul tema della natura dei servizi aggiuntivi e sul relativo regime giuridico, si era pronunciata la Corte di Cassazione con l'ord. n. 12252 del 29 maggio 2009(76).

Nell'impianto del Codice, premetteva la Corte, i servizi per il pubblico sono ricondotti alle attività di valorizzazione, con la conseguenza che occorrerà ricorrere agli istituti per quella pensati ed in particolare alla concessione di servizio pubblico(77).

Esaminando nella loro essenzialità i servizi aggiuntivi, si rileva, proseguiva la Corte, che essi costituiscono una modalità, un completamento della fruizione del bene culturale. "L'amministrazione, cui il bene culturale appartiene, ammettendo il pubblico alla sua fruizione, eroga agli utenti un servizio, non diverso da quello dell'istruzione. Trasferendo al privato la messa a disposizione (degli utenti) di servizi, integrativi di quello della fruizione del bene culturale e che potrebbe rendere la stessa P.A., concede il pubblico servizio al privato terzo.

Sulla base di tali considerazioni, si deve ritenere che trattasi di concessione di pubblici servizi, senza confondere le regole disciplinatrici del procedimento di scelta del contraente, con quelle di qualificazione dell'oggetto e della natura del contratto".

D'altronde, l'interpretazione seguita dalla Corte di cassazione pare in linea con i principi del diritto comunitario in materia di appalti e concessioni. Per l'ordinamento comunitario(78) "la linea di demarcazione tra appalti pubblici di servizi e concessioni di servizi (per il resto accomunati sia dall'identica qualificazione in termini di "contratti" che dall'omologia dell'oggetto materiale dell'affidamento) è netta, poiché l'appalto pubblico di servizi, a differenza della concessione di servizi, riguarda di regola servizi resi alla pubblica amministrazione e non al pubblico degli utenti(79); non comporta il trasferimento del diritto di gestione quale controprestazione; non determina, infine, in ragione delle modalità di remunerazione, l'assunzione del rischio di gestione da parte dell'affidatario.

In relazione a quest'ultimo punto, va osservato che se l'amministrazione non paga alcun prezzo, deve escludersi che possa configurarsi un appalto di servizi ai sensi del diritto comunitario(80). Tale interpretazione trova conferma anche nell'art. 117, comma 5 che fa espresso riferimento alla riscossione di canoni di concessione.

Quella della Corte sarebbe, in fin dei conti, una forzatura interpretativa che intende ricondurre ad un'unità la frammentazione. Più di recente la Corte di cassazione è tornata sul tema (SS.UU., 9 dicembre 2015, n. 24824), per precisare, come in ipotesi di affidamento integrato di servizi di assistenza in senso proprio e servizi strumentali, le due diverse attività sono riconducibili rispettivamente all'istituto della concessione di servizio pubblico e dell'appalto di pubblico servizio. Tuttavia, come già osservato nell'ordinanza prima richiamata, anche in considerazione del principio di unitarietà della giurisdizione e di concentrazione dei giudizi, può ricorrersi al criterio della prevalenza dell'attività svolta e quindi ricondurre le diverse attività affidate in forma integrata all'unico rapporto concessorio(81).

Nello stesso senso, si era espresso il Consiglio di Stato (Ad. Plen., 6 agosto 2013, n. 19), ribadendo come, sia nell'art. 115 sia nell'art. 117 del Codice, si parli di forma integrata con riferimento alla "gestione", ossia con riguardo non al dato procedurale della gara, bensì alla modalità di svolgimento dei servizi, in esecuzione di un rapporto di carattere unitario. La visione unitaria dei servizi per il pubblico nella pronuncia del Cons. Stato n. 5773 del 2017

La pronuncia in commento presenta non pochi motivi di interesse. Il primo risiede certamente nell'oggetto. Il Colosseo rappresenta, infatti, l'emblema stesso di Roma e il mito che lo avvolge lo ha reso il monumento più visitato di Italia.

Per questo le problematiche legate alla sua fruizione e valorizzazione(82) assumono ancor più rilevanza, in rapporto alle altrettanto delicate esigenze di tutela.

La vicenda ha ad oggetto una procedura di affidamento bandita da Consip S.p.a., in esecuzione del disciplinare sottoscritto con il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo (MIBACT), nell'ambito delle attività di supporto alle amministrazioni assegnatale dall'art. 16, comma 1, D.L. n. 78 del 2015 (convertito con L. n. 125 del 2015). Il bando pubblicato sulla G.U.R.I. 15 febbraio 2017, n. 19, riguardava una gara a procedura aperta per l'affidamento dei servizi di biglietteria e vigilanza presso i siti del Colosseo, Foro Romano-Palatino e Domus Aurea, della durata di 48 mesi, suddivisa in 2 lotti, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per un valore complessivo di euro 45.000.000.

La società D'Uva S.r.l., operante nel settore dei servizi di guida e di informazione ai visitatori dei luoghi di interesse artistico e culturale, anche mediante la progettazione, la realizzazione e la diffusione di sistemi multimediali, impugnava, sul presupposto della immediata lesività, il bando, il disciplinare e la lex specialis di gara (relativamente al lotto 1, servizi di biglietteria).

Sostiene, in particolare, la ricorrente che oggetto della procedura di affidamento non sarebbe soltanto il servizio di biglietteria ma anche altre attività riconducibili ai servizi per il pubblico di cui all'art. 117 del Codice(83). Secondo la ricorrente, ciò comporterebbe una violazione della normativa che assegna un valore centrale al servizio al pubblico e non servente rispetto a quelli di biglietteria e vigilanza, come viceversa appare dalla lettura dei documenti di gara.

Ancora. Nella ricostruzione della ricorrente pare ribaltato il principio per cui i servizi di assistenza vanno affidati mediante concessione, laddove invece i servizi strumentali seguono il regime dell'appalto di servizi. Non ultimo, il criterio della prevalenza opera nel senso di consentire l'affidamento in forma integrata e dunque in regime di concessione dei servizi strumentali rispetto a quelli più propriamente di assistenza e non viceversa, come invece avvenuto nel caso in esame, in cui si utilizza (per i servizi complessivamente considerati) la forma dell'appalto di servizi. Insiste la ricorrente, osservando come la procedura richiamata abbia di fatto inficiato le reali potenzialità di valorizzazione del sito, attraverso lo stravolgimento del modello legale, sottraendo servizi tipicamente attinenti alla valorizzazione propriamente intesa (come quelli di guida ed assistenza didattica) al mercato delle imprese operanti in questi ambiti. In particolare, le censure proposte dalla

ricorrente riguardano tre profili. In primo luogo, il Ministero avrebbe delegato a Consip non solo lo svolgimento della gara, ma anche l'individuazione delle esigenze da soddisfare attraverso la definizione dell'oggetto contrattuale, con ciò rinunciando al proprio ruolo. In secondo luogo, sarebbe stato violato l'art. 103 del Codice dei beni culturali, nella misura in cui la retribuzione dei servizi resi dall'appaltatore pare svincolato dalla vendita dei biglietti. In terzo luogo, come si anticipava, risulterebbe stravolto il modello legale definito agli artt. 115 e 117, che in materia di servizi al pubblico prevede che la gestione indiretta avvenga mediante lo strumento della concessione, perché il trasferimento dei rischi in capo al concessionario rappresenta una sorta di incentivo per la messa a punto di strumenti gestionali effettivamente in grado di migliorare la valorizzazione dei siti. Viene poi dedotto il vizio di carenza di istruttoria rispetto alla definizione dei prezzi per la fornitura dei supporti necessari allo svolgimento delle attività di video guida.

A fronte del rigetto da parte del Tar dell'istanza cautelare, la ricorrente otteneva parziale accoglimento del ricorso, con l'ord. 25 maggio n. 2214 del Consiglio di Stato.

A fronte dell'inottemperanza di Consip S.p.a., la ricorrente proponeva poi ricorso al Cons. Stato, che, con ordinanza n. 2866 del 6 luglio 2017, accoglieva la domanda di esecuzione, precisando che "i chiarimenti della Consip risultano in parte elusivi dell'ord. n. 2214 del 2017 della Sezione, laddove ricomprendono il "servizio di fornitura, vendita e gestione di radioguide, audio guide/video guide" ed il "servizio di vendita e gestione delle visite guidate" nell'ambito del servizio di biglietteria".

La procedura avrebbe dovuto dunque continuare per il solo servizio di biglietteria.

Di diverso avviso il T.A.R. Lazio, (sent. 7 luglio 2017, n. 8009), secondo cui l'oggetto dell'appalto non eccedeva il perimetro dei servizi di biglietteria, dal momento che l'amministrazione avrebbe inteso includere la fornitura dei supporti, vale a dire dell'hardware, delle audio-guide e video-guide e tale scelta sarebbe compatibile con il quadro normativo in materia, trattandosi di un servizio strumentale e non aggiuntivo.

Contro la decisione del Tar, la società D'Uva S.r.l. proponeva ricorso al Consiglio di Stato che, con decreto monocratico del 27 luglio 2017, n. 3186, adottato inaudita altera parte, accoglieva l'istanza cautelare della ricorrente, inibendo la presentazione delle offerte di gara fino al 7 settembre, data della camera di consiglio. Alla base della decisione in commento è, dunque, la qualificazione delle attività dedotte nell'oggetto dell'appalto come servizi al pubblico ai sensi dell'art. 117, dal momento che da tale qualificazione deriva il regime giuridico applicabile (appalto di servizi o concessione di servizio pubblico).

Dalla lettura del capitolato(84) emergono due aspetti degni di nota. In primo luogo, i servizi di noleggio e vendita di audio-guide dedotti nell'appalto difficilmente sarebbero configurabili, come pure prospettato da Consip s.p.a., come meri "sotto servizi" di carattere operativo al servizio (principale) di biglietteria.

Tali attività devono infatti ricondursi ai servizi di assistenza riconducibili all'elenco di cui all'art. 117, con ciò che poi ne consegue. Il secondo aspetto riguarda la circostanza che il capitolato tecnico non si limita a prevedere la vendita di detti servizi, ma anche la relativa gestione, "ossia un intervento organizzativo incompatibile con l'autonomia operativa e gestionale del concessionario".

L'argomento è decisivo, perché incide negativamente sulla possibilità per le imprese interessate di partecipare ad eventuali successive concessioni dei servizi in questione e di poter liberamente ed autonomamente organizzare la gestione del servizio(85).

L'assunzione del rischio di impresa dovrebbe infatti almeno avere come contropartita per il concessionario(86) la piena disponibilità dei poteri di organizzazione, che in questo caso appaiono invece fortemente limitati da quelli dell'appaltatore(87), che tra l'altro appartiene ad un settore diverso (vendita di servizi di biglietteria).

La considerazione, poi, che il contenuto culturale delle visite guidate, il software delle audio -guide o il personale incaricato dell'erogazione del servizio, non rientrino nell'oggetto dell'appalto sembra privo di adeguato rilievo se, come sembra, tali attività non acquistano nel dettato normativo autonoma rilevanza, né concettualmente appaiono scorporabili dal resto in un "rapporto concessorio naturaliter esclusivo".

Sulla base di tali elementi, correttamente, il Consiglio ritiene fondato il nucleo centrale delle censure, volto a stigmatizzare l'avvenuto asservimento dei servizi di valorizzazione rispetto ai servizi strumentali di biglietteria, in antitesi all'opzione suggerita dal legislatore, che considera invece centrale il momento della valorizzazione, integrabile con i servizi di pulizia, di vigilanza e di biglietteria, in una visione unitaria e universale dei servizi per il pubblico, da affidare con il modello concessorio, anche nel rispetto dei principi di economicità e semplificazione delle procedure(88).

Servizi per il pubblico e collaborazione pubblico privato: prove di (ri)composizione di interessi eterogenei

A venticinque anni dalla loro introduzione attraverso la l. Ronchey è da chiedersi se le premesse iniziali dell'istituto siano rimaste immutate.

I servizi aggiuntivi nascevano, come ricordato, da un lato, per implementare l'offerta culturale di musei e luoghi della cultura, ampliandone la fruizione e consentendo alle imprese di trarre qualche profitto ed alle amministrazioni di recuperare risorse(89), ma anche (o maggior ragione) per sperimentare forme di collaborazione con il privato per la realizzazione di nuovi modelli di gestione del patrimonio culturale(90).

L'intenzione del legislatore era, infatti, trasferire all'esterno tutte quelle attività che investono le relazioni del museo con il proprio pubblico (la fruizione), ma anche (progressivamente) parte di quelle che riguardano le politiche di valorizzazione in senso proprio (le mostre), e il marketing (le iniziative promozionali e pubblicitarie, le operazioni di prevendita e prenotazioni dei biglietti) per un'offerta culturale complessiva più adeguata ai tempi moderni(91).

In questo senso, l'istituzione dei servizi aggiuntivi si inserisce nel più ampio fenomeno che viene descritto "come spostamento graduale del visitatore dalla periferia al centro della pratica museale"(92). Una progressiva attenzione al pubblico derivante, peraltro, non soltanto da un mutamento di prospettiva quanto piuttosto dalla necessità di rendere i musei più attrattivi per i visitatori e indirettamente per i privati(93).

Se, dunque, una delle tendenze più evidenti della disciplina del patrimonio culturale degli ultimi anni è il progressivo aumento della domanda di fruizione, al tempo stesso l'acquisita consapevolezza della redditività dei beni culturali impone una torsione stessa della nozione di bene culturale come bene di fruizione, nella misura in cui lo sfruttamento commerciale rischia di diventare non completamente compatibile con la destinazione dei beni culturali a servizio del pubblico(94).

In questo senso, non v'è dubbio che i servizi al pubblico rimangono un interessante campo di osservazione delle trasformazioni del sistema del patrimonio culturale, del quale mostrano con estrema chiarezza uno dei tratti caratterizzanti.

La molteplicità e (non di rado) conflittualità degli interessi coinvolti(95), quello (pubblico) alla destinazione di servizio pubblico del patrimonio culturale e quello (privato) allo sfruttamento commerciale, per quanto qui interessa(96).

Non sempre tali interessi si muovono nella stessa direzione; anzi, non di rado, la soddisfazione dell'uno si oppone ad una piena realizzazione dell'altro.

In questo senso, allora, gli strumenti di collaborazione tra pubblico e privato, sia di tipo consensuale (accordi e forme contrattuali) che strutturale (partecipazione a soggetti a composizione mista) dovrebbero diventare la sede ideale di composizione di interessi contrapposti. La garanzia dell'equilibrio, senza il quale la collaborazione non funziona e finisce inevitabilmente per sbilanciarsi verso una delle due parti, compete, almeno nelle linee essenziali, al legislatore.

Sul punto, pare doversi osservare come l'introduzione dei servizi aggiuntivi sia stata accompagnata, almeno nelle fasi iniziali, da un progressivo sbilanciamento verso il privato, rispetto al quale il pubblico non si è dimostrato capace di assolvere la propria funzione di soggetto programmatore e garante delle regole prima e controllore poi(97), con le conseguenze che si sono ricordate.

Troppo spesso, infatti, le riforme consistono in buone idee senza una verifica di fattibilità ex ante e soprattutto di verifica ex post dei risultati(98).

Se dunque i servizi per il pubblico potevano inserirsi in quella che è stata definita la rivoluzionaria "scoperta del pubblico"(99), in grado di produrre benefici per tutti gli attori coinvolti, occorre concludere che tale rivoluzione ad oggi non si è ancora compiutamente realizzata. Le riforme realizzate negli ultimi anni, per quanto qui rapidamente accennato e per ciò che concerne in particolare il tema della governance dei musei, mostrano, invece, segnali incoraggianti.

Si muove dall'assunto della necessaria centralità del pubblico, per distinguere funzioni (pubbliche) di regolazione e controllo da funzioni di gestione (eventualmente delegabili al privato), in un'ottica di valorizzazione sostenibile del patrimonio culturale.

Su queste premesse è possibile, dunque, rifondare strumenti, contenuti e regole della collaborazione tra pubblico e privato "nel nuovo mondo in cui dimensioni sovranazionali, trasformazioni tecnologiche e il rapporto con i privati e più in generale i soggetti della società civile aprono inediti scenari"(100).

(1) Si rinvia, in proposito, alle considerazioni svolte nei diversi contributi pubblicati su www.aedon.mulino.it, 2/2008.

(2) M. Cammelli, Musei e servizi di accoglienza. Ovvero: come due cose sbagliate non facciano una cosa giusta, in www.aedon.muliono.it, 2/2008.

(3) Sui termini generali e sulla nozione di valorizzazione si vedano tra gli altri: L. Bobbio, (a cura di), Le politiche dei beni culturali in Europa, Bologna, 1992; L. Casini, La valorizzazione dei beni culturali, Riv. trim. dir. pubbl., 2001, 651 ss.; Id., Pubblico e privato nella valorizzazione dei beni culturali, in questa Rivista, 2005, 98-104; S. Casssese, I beni culturali dalla tutela alla valorizzazione, in questa Rivista, 1998, 673 ss.; L. Degrassi, (a cura di), Cultura e Istituzioni. La valorizzazione dei beni culturali negli ordinamenti giuridici, Milano, 2008; F. Merusi, Pubblico e privato e qualche dubbio di costituzionalità nello statuto dei beni culturali, in Dir. amm., 2007, 1 ss. G. Sciullo, Valorizzazione, gestione e fondazioni nel settore dei beni culturali: una svolta dopo il d.lgs. n. 156/2006?, in www.aedon.mulino, 2/2006.

(4) Sul tema, si v. L. Casini, Pubblico e privato, cit.

(5) Si v., in proposito, G. Napolitano, Pubblico e privato nel diritto amministrativo, Milano, 2003, 108 ss.

(6) F. Merusi, Pubblico e privato, cit., 1-2.

(7) S. Cassese - L. Torchia, Diritto amministrativo. Una conversazione, Bologna, 2014, 81.

(8) Sul tema, si v., in particolare, F. Benvenuti, Disegno dell'amministrazione italiana. Linee positive e prospettive, Padova, 1996, 138; S. Cassese, Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation, in Riv. trim. dir. pubbl., 1991, 378 ss,; M. Dugato, La riduzione della sfera pubblica?, in Dir. amm., 2002, 173; M. Mazzamuto, La riduzione della sfera pubblica, Torino, 2000; F. Merusi, Un "viatico costituzionale" per il passaggio dall'ente pubblico alla fondazione privata, Le Regioni, 2004, 274-275; G. Rossi, Diritto pubblico e diritto privato nell'attività della pubblica amministrazione: alla ricerca della tutela degli interessi, Dir. pubbl., 1998, 663. Si v., in proposito, anche il documento di Confindustria in collaborazione con Confucltura, La valorizzazione della cultura tra stato e mercato, Roma, 2008, VII, in http://www.confcultura.it/pdf/205.pdf.

(9) Cfr., F. Merusi, Pubblico e privato, cit., 6.

(10) Distingue, in particolare, tra valorizzazione economica e valorizzazione scientifica, R. Capelli, Politiche e poietiche per l'arte, Milano, 2002, 144-148.

(11) Si rinvia, in proposito, a M.S. Giannini, I beni culturali, in Riv. trim. dir. pubbl., 1976, 1033, che evidenziò i tratti distintivi della categoria dei beni culturali, precisando "il bene culturale è pubblico non in quanto bene di appartenenza ma in quanto bene di fruizione".

(12) È chiaro, peraltro, che le attività riconducibili ai servizi aggiuntivi potevano essere già svolte dalle amministrazioni attraverso l'istituto dell'appalto di servizi e che l'introduzione della disposizione richiamata, ha principalmente carattere simbolico e di opposizione alle resistenze delle amministrazioni stesse. Cfr., M. Cammelli, Decentramento ed outsourcing nel settore della cultura: il doppio impasse, in Dir. pubbl., 2002, 270.

(13) 1. Presso gli istituti di cui all'art. 3 sono istituiti i seguenti servizi aggiuntivi, offerti al pubblico a pagamento:

a) servizio editoriale e di vendita riguardante le riproduzioni di beni culturali e la realizzazione di cataloghi ed altro materiale informativo;

a-bis) servizi riguardanti i beni librari e archivistici per la fornitura di riproduzioni e il recapito nell'ambito del prestito bibliotecario;

b) servizi di caffetteria, di ristorante, di guardaroba e di vendita di altri beni correlati all'informazione museale.

2. Il Ministro per i beni culturali e ambientali, sentito il Consiglio nazionale per i beni culturali e ambientali, fissa indirizzi, criteri e modalità per la gestione dei servizi, con regolamento da emanare entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto;

3. La gestione dei servizi è affidata in concessione, con divieto di subappalto, dal soprintendente o dal capo di istituto competente tre offerte valide, a soggetti privati o ad enti pubblici economici, anche costituenti società o cooperativa;

4. La concessione ha durata quadriennale e può essere rinnovata per una sola volta.

5. I canoni di concessione e le altre somme derivanti dalla applicazione del presente articolo affluiscono ad apposito capitolo dello stato di previsione dell'entrata per essere riassegnati ai

pertinenti capitoli dello stato di previsione del Ministero per i beni culturali e ambientali, in misura non inferiore al 50 per cento del loro ammontare, alle soprintendenze per i musei e gli altri istituti di provenienza:

5 bis. Gli introiti previsti relativamente ai musei della L. 30 marzo 1965, n. 340, nonché del relativo regolamento di esecuzione approvato con decreto del Presidente della Repubblica 2 settembre 1971, n. 1249, affluiscono ad apposito capitolo dello stato di previsione dell'entrata per essere riassegnati ai pertinenti capitoli dello stato di previsione del Ministero per i beni culturali e ambientali.

5 ter. Il Ministero per i beni culturali e ambientali può concedere l'uso dei beni dello Stato che abbia in consegna senza alcun'altra autorizzazione. I componenti organi del Ministero per i beni culturali e ambientali determinano il canone dovuto per l'uso dei suddetti beni, che il concessionario deve versare prima dell'inizio dell'uso. Il soprintendente competente provvede al rilascio delle relative concessioni.

(14) Peraltro solo con l'emanazione del D.M. 24 marzo 1997, n. 139, contenente criteri, indirizzi e modalità di affidamento, le prime convenzioni venivano in effetti attivate.

(15) Il Regolamento emanato con D.M. 24 marzo 1997, n. 129 definiva invece indirizzi, criteri e modalità di istituzione e gestione dei servizi aggiuntivi nei musei e negli altri istituti del Ministero per i beni culturali e ambientali.

(16) Come si è osservato, tre sono gli elementi attorno ai quali si è costruita la trasformazione del settore pubblico, anche quello dei beni culturali, in una prospettiva derivante dalle politiche di New Public Management: autonomia, accountability e orientamento al mercato Cfr., L. Zan, La gestione del patrimonio culturale. Una prospettiva internazionale, Bologna, 2014, 29.

(17) L. Zan, Conservazione e Innovazione nei musei italiani, Milano, 1999, 3 ss.

(18) D. Jalla, Il museo contemporaneo. Introduzione al nuovo sistema museale italiano, Torino, 2003, 95. In proposito, tuttavia, occorre precisare che le politiche volte a migliorare la qualità dell'offerta delle istituzioni culturali dovrebbero muovere da una più puntuale analisi qualitativa e quantitativa dei visitatori, che, invece, in assenza di adeguati strumenti informativi (Osservatorio nazionale sui visitatori dei musei), rischia di essere parziale e di suggerire strategie non sempre del tutto efficaci. In tema, L. Solima, Il pubblico dei musei. Indagine sulla comunicazione nei musei statali italiani, Roma, 2000, http://www.ufficiostudi.beniculturali.it/mibac/export/UfficioStudi/sito-UfficioStudi/Contenuti/Pubblicazioni/Volumi/Tutti-i-volumi/visualizza_asset.html_1124946180.html; L. Solima - A. Bollo, I musei e le imprese: indagine sui servizi di assistenza dei musei statali, Napoli, 2002; e da ultimo, L. Solima, Sui visitatori dei musei e la tirannia dei numeri, Il giornale delle fondazioni, pubblicato il 15 gennaio 2018, http://www.ilgiornaledellefondazioni.com/content/sui-visitatori-dei-musei-e-la-%E2%80%9Ctirannia-dei-numeri%E2%80%9D.

(19) M. Montella, Musei e beni culturali. Verso un modello di governance, Milano, 2003, ristampa, 2005, 268.

(20) C. M. Golinelli, La valorizzazione del patrimonio culturale. Verso la definizione di un modello di governance, Milano, 2008, 134.

(21) Sul concetto di creazione di "valore" applicato al patrimonio culturale, ed in particolare sulla multidimensionalità del valore generato dalle istituzioni culturali, v. S. Baia Curioni, I processi di produzione del valore nei musei, www.aedon.mulino.it, 2/2008.

(22) Sul tema, P. Bilancia, La valorizzazione dei beni culturali tra pubblico e privato, Milano, 2005.

(23) Così, T. Montanari, Privati del patrimonio, Torino, 2015, 158.

(24) Sul punto, M. Cammelli, Decentramento ed outsourcing, cit., 266.

(25) Cfr., L. Casini, Todo es peregrino y raro, in Riv. trim. dir. pubbl., 2015, 987 ss. a proposito dell'opera di M. S. Giannini in materia di diritto dei beni culturali.

(26) Così la Commissione per il rilancio dei beni culturali e del turismo e la revisione del Ministero in base alla disciplina della revisione della spesa, presieduta da Marco D'alberti, la cui relazione finale è consultabile su http://www.aedon.mulino.it/primopiano/relazione_finale_commissione_beni_culturali_2013.pdf.

(27) M. Cammelli, Musei e servizi di accoglienza, cit.

(28) Si v., in proposito, le considerazioni di S. Settis, Italia s.p.a., Torino, 2002 e 2007, spec. 100-101.

(29) Si v. in particolare, La gestione dei servizi aggiuntivi nei Musei e nei siti archeologici: l'applicazione della Legge Ronchey, Primo rapporto Nomisma sulla Legge Ronchey, Autonomia locale e servizi sociali, 2000, 484 ss., in cui si evidenzia che solo il 26% al momento della rilevazione (2000) avevano stipulato convenzioni per l'affidamento di servizi aggiuntivi. Si tratta, peraltro, dei maggiori musei italiani. L'analisi mostrava però un dato interessante vale a dire che la spesa pro capite per i servizi aggiuntivi risultava essere più alta al Nord rispetto al Sud dove invece i flussi di visitatori e contestualmente le entrate derivanti dalla vendita dei biglietti di ingresso erano più elevate, con la conseguenza che il Sud rappresentava, sotto questo profilo, un'area territoriale dalle enormi potenzialità. Con riferimento, invece, alla tipologia di servizi affidati la libreria e la vendita di oggettistica risultavano presenti ovunque, come pure la biglietteria, mentre il servizio di ristorazione era quello meno diffuso.

(30) La letteratura economica in materia ha in particolare sottolineato la non prevalenza dei servizi aggiuntivi rispetto alle entrate dei musei, assestandosi tra il 2% ed il 10% delle entrate. Cfr., L. Harney, Museums and the financial mission, in K. Moore (ed.), Museum Management, Routledge, 1994, 135 e 136.

(31) In tema, S. Baia Curioni - L. Forti, Note sull'esperienza delle concessioni per la gestione del patrimonio culturale in Italia, in www.aedon.mulino, 3/2009.

(32) Si v., in proposito, le considerazioni di C. Fuortes, I servizi aggiuntivi nel sistema museale italiano. Vincoli attuali, obiettivi raggiunti e possibili sviluppi futuri, Economia della cultura, 2, 1999, 197.

(33) L. Covatta (a cura di), I beni culturali tra tutela mercato e territorio, Firenze, 2012, 69.

(34) L'espressione è di D. Jalla, Il museo contemporaneo, cit., 94.

(35) Per una puntuale analisi dell'evoluzione normativa dei servizi aggiuntivi si rinvia a G. Piperata, La nuova disciplina dei servizi aggiuntivi dei musei statali, in www.aedon.mulino.it, 2/2008.

(36) Si v., in proposito, il Documento conclusivo dell'indagine conoscitiva sui nuovi modelli organizzativi per la tutela e la valorizzazione dei beni culturali del 2006, in www.aedon.mulino.it, 1/2002.

(37) M. Dugato, Fruizione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e servizio di pubblica utilità, in www.aedon.mulino.it, 2/2007.

(38) Cfr., R. Cappelli, Il punto di vista delle imprese, in www.aedon.mulino.it, 2/2008.

(39) M. Cammelli, Pubblico e privato nei beni culturali. Condizioni di partenza e punti di arrivo, in www.aedon.mulino.it, 2/2007.

(40) B. Zanardi, Un patrimonio artistico senza, Milano, 2013, 97.

(41) M. Cammelli, Pubblico e privato, cit. Cfr., anche R. Capelli, Politiche e poietiche, cit., 105.

(42) L'espressione è di M. Cammelli, Collaborazioni pubblico privato e regole nella transazione, in A. Quadro Curzio, M. Fortis, (a cura di), Le liberalizzazioni e le privatizzazioni dei servizi pubblici locali, Bologna, 2000, 222.

(43) In un certo senso anche curiosamente, dal momento che la destinazione pubblica è caratteristica intrinseca di ogni museo. Cfr., F. Merusi, La disciplina giuridica dei musei nella Costituzione tra Stato e Regioni, in G. Morbidelli, G. Cerrina Feroni, I musei. Discipline, gestioni, prospettive, Torino, 2010, 28.

(44) Sempre in un'ottica di rilancio delle politiche di fruizione delle istituzioni culturali si v. il D.M. 28 settembre 2005, n. 122 in materia di fissazione del prezzo di biglietto nei luoghi d'arte e la circolare 5 ottobre 2005.

(45) Si v., in proposito, P. Carpentieri, Commento agli artt. 115-117, in a R. Tamiozzo, (a cura di), Il Codice dei beni culturali e del paesaggio, Commento coordinato, Milano, 2005, 506 ss., P. Michiara, Considerazioni sulla partecipazione dei privati alla gestione dei beni culturali di appartenenza pubblica, in A. Police (a cura di), I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione, Milano, 2008, 393 ss., M. Monteduro, L'affidamento a terzi dei "servizi aggiuntivi" negli istituti e luoghi della cultura di appartenenza pubblica, in Riv. trim. app., 2006, 427 ss., S. Foa, Art. 117, in M. Cammelli (a cura di) Il Codice dei beni culturali e del paesaggio, Bologna, 2004, 459 ss., A.L. Tarasco, Commento all'art. 117, in G. Leone (a cura di), Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio, a, Padova, Cedam, 2006, 737 ss., e D. Vaiano, Commento all'art. 117, in G. Trotta, G. Caia e N. Aicardi, (a cura di) Codice dei beni culturali e del paesaggio, in Le nuove leggi civili commentate, 2005, 1457 ss.

(46) Cfr. art. 117 Codice.

(47) Cfr. art. 111 del Codice, in materia di attività di valorizzazione.

(48) Ciò si deve, in particolare, al carattere aperto e dinamico della nozione di valorizzazione. Cfr., L. Casini, Valorizzazione e gestione, in C. Barbati - M. Cammelli - L. Casini - G. Piperata - G. Sciullo, Diritto del patrimonio culturale, Bologna, 2017, 203.

(49) Cfr. art. 115 Codice dei beni culturali.

(50) È il caso, in particolare, di Ales S.p.a. società integralmente partecipata dal Ministero che svolge anche servizi museali. In generale sull'uso delle forme societarie nella gestione del patrimonio culturale, C. Barbati, Arcus s.p.a.: la ricerca di un nuovo soggetto per i beni e le attività culturali, in M. Cammelli, M. Dugato, (a cura di) Studi in tema di società a partecipazione pubblica, Torino, 2008; N. Torrepadula, Le società per la valorizzazione dei beni culturali, in www.aedon.mulino.it, 3/2001. Con la legge di stabilità 2016 Arcus è stata fusa per incorporazione ad Ales. Sul tema si v., inoltre, la pronuncia 15 ottobre 2009 causa C 196/08, Acoset, con cui si ammette la legittimità di affidamenti in house anche ad organismi a partecipazione pubblico privata, purché il socio privato sia scelto con procedura di evidenza pubblica. Per un commento alla pronuncia ed ai suoi risvolti con riguardo all'ambito dei servizi al pubblico, si v. G. Sciullo, Novità sul partenariato pubblico-privato nella valorizzazione dei beni culturali, in www.aedon.mulino, 2/2009. Sull'ambito di applicazione del

modello in house con riguardo al settore del patrimonio culturale si v., inoltre, Cons. Stato, Sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514, e T.A.R. Lazio, Sez. II, 23 agosto 2006, n. 7373, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

(51) Sul punto, D. Vaiano, Art. 117, cit., 1459.

(52) La sintesi dei lavori della IV Sotto Commissione è disponibile su www.aedon.mulino.it, 2/2008. In generale sui lavori della Commissione, M. Montella - P. Dragoni (a cura di), Musei e valorizzazione dei beni culturali. Atti della Commissione per la definizione dei livelli minimi di qualità delle attività di valorizzazione, Macerata, Bologna, 2010.

(53) G. Piperata, La nuova disciplina, cit.

(54) In particolare, sull'insufficienza dei controlli svolti dalle amministrazioni culturali, si v. i risultati dell'indagine svolta dalla Corte dei Conti, delibera 12 dicembre 2005, n. 25, Indagine sulla gestione sui servizi d'assistenza culturale e d'ospitalità per il pubblico negli istituti e luoghi di cultura dello Stato, su http://www.corteconti.it/export/sites/portalecdc/_documenti/controllo/sez_centrale_controllo_amm_stato/2005/delibera_25_2005_g_relazione.pdf, 34.

(55) Si v., in proposito, la sintesi dei lavori della IV Sottocommissione già richiamata.

(56) M. Lipari, I servizi per il pubblico negli istituti della cultura statali. Nuove linee guida del Ministero per i beni e le attività culturali, in G. Morbidelli - G. Cerrina Feroni, I musei, cit., 74.

(57) Si tratta, peraltro, di un principio in precedenza espresso dalla circ. n. 131 del 2005, secondo cui qualunque intervento dovrebbe seguire un'analitica istruttoria volta a fornire gli elementi conoscitivi necessari relativi al contesto di riferimento.

(58) Ancora M. Lipari, ivi, 75.

(59) M. Lipari, I servizi per il pubblico, cit., 71.

(60) Proprio la proroga delle concessioni aveva suscitato forti critiche. Cfr., L. Casini, Valorizzazione e gestione, cit., 226.

(61) Sul tema, L. Casini, Ereditare il futuro, Bologna, 2016, 133-140.

(62) Sull'eccessivo ricorso alle concessioni, si era già espressa la Commissione D'Alberti, nella citata relazione 34-35.

(63) In base all'accordo sono stati individuati tre tipi di gare: la prima bandita a luglio 2015 per i servizi di pulizia, facchinaggio e manutenzione del verde; la seconda gara prevista per i primi mesi del 2016 riguarda l'attivazione di un sistema di biglietteria on line; il terzo tipo riguarda procedure aventi ad oggetto servizi per il pubblico.

(64) Art. 16 Misure urgenti per gli istituti e luoghi della cultura di appartenenza pubblica. 1. Al fine di accelerare l'avvio e lo svolgimento delle procedure di gara per l'affidamento in concessione dei servizi di cui all'art. 117 del D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 e successive modificazioni, presso gli istituti e luoghi della cultura di appartenenza pubblica, nonché allo scopo di razionalizzare la spesa pubblica, le amministrazioni aggiudicatrici possono avvalersi, sulla base di apposite convenzioni per la disciplina dei relativi rapporti, di Consip S.p.a., anche quale centrale di committenza, per lo svolgimento delle relative procedure.

(65) Sul tema, L. Casini, Ereditare il futuro, cit., 137.

(66) Sul tema si v., C. Barbati, Organizzazioni e soggetti, in C. Barbati - M. Cammelli - L. Casini - G. Piperata - G. Sciullo, Diritto del patrimonio culturale, cit., 121 ss.; L. Casini, Il nuovo statuto giuridico dei musei italiani, in www.aedon.mulino.it, 3/2014; P. Forte, I musei statali: un primo passo nella giusta direzione, in www.aedon.mulino, 1/2015.

(67) Cfr., L. Casini, Learning by experience"? La riforma del ministero dei Beni e delle Attività culturali e del Turismo, in www.aedon.mulino, 3/2017.

(68) Cfr., G. Piperata, Servizi per il pubblico e sponsorizzazioni: gli artt. 117 e 120, in www.aedon.mulino.it, 3/2008.

(69) Cfr., l'art. 117 del Codice."1. Negli istituti e nei luoghi della cultura indicati all'articolo 101 possono essere istituiti servizi di assistenza culturale e di ospitalità per il pubblico. 2. Rientrano tra i servizi di cui al comma 1: a) il servizio editoriale e di vendita riguardante i cataloghi e i sussidi catalografici, audiovisivi e informatici, ogni altro materiale informativo, e le riproduzioni di beni culturali; b) i servizi riguardanti beni librari e archivistici per la fornitura di riproduzioni e il recapito del prestito bibliotecario; c) la gestione di raccolte discografiche, di diapoteche e biblioteche museali; d) la gestione dei punti vendita e l'utilizzazione commerciale delle riproduzioni dei beni; e) i servizi di accoglienza, ivi inclusi quelli di assistenza e di intrattenimento per l'infanzia, i servizi di informazione, di guida e assistenza didattica, i centri di incontro; f) i servizi di caffetteria, di ristorazione, di guardaroba; g) l'organizzazione di mostre e manifestazioni culturali, nonché di iniziative promozionali. 3. I servizi di cui al comma 1 possono essere gestiti in forma integrata con i servizi di pulizia, di vigilanza e di biglietteria. 4. La gestione dei servizi medesimi è attuata nelle forme previste dall'articolo 115. 5. I canoni di concessione dei servizi sono incassati e ripartiti ai sensi dell'articolo 110". Il D.L. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito con modificazioni dalla L. 26 febbraio 2010, n. 25, ha disposto (con l'art. 7, comma 5) che "Al fine di assicurare la continuità nell'erogazione dei servizi di assistenza culturale e di ospitalità per il pubblico istituiti presso gli istituti ed i luoghi della cultura ai sensi dell'articolo 117 del codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e successive modificazioni, e di consentire il completamento della relativa attività istruttoria e progettuale avviata dal Ministero per i beni e le attività culturali, i rapporti comunque in atto relativi ai medesimi servizi restano efficaci fino alla loro naturale scadenza ovvero, se scaduti, fino all'aggiudicazione delle gare da bandirsi entro il 30 giugno 2010".

(70) Sul tema, M. Monteduro, L'affidamento a terzi, cit., par. 3, 456 ss. Si v., ancora i risultati dei lavori della IV Sottocomissione.

(71) Cfr., tra gli altri T. Alibrandi, I musei italiani tra pubblico e privato, in Foro amm., 1995, 2880; S. Foà, Art. 117, in M. Cammelli (a cura di) La nuova disciplina dei beni culturali e ambientali, Bologna, 2004, 460. In questo senso anche Cons. Stato, Sez. V, 8 novembre 1995, n. 1532.

(72) L. Casini, La valorizzazione dei beni culturali, cit., 676.

(73) Cfr. M. Monteduro, L'affidamento a terzi, cit., 467 ss.

(74) Cfr., art. 117, comma 2 che rinvia alle forme di gestione previste dall'art. 115.

(75) In base all'art. 3 del D.Lgs. n. 50 del 2016, Codice dei contratti pubblici, con la concessione di servizi si riconosce "a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi".

(76) La pronuncia è commentata da G. Piperata, Natura e funzione dei servizi aggiuntivi nei luoghi della cultura, in www.aedon.mulino.it, 1/2010.

(77) Cfr., F. Merusi, La disciplina giuridica dei musei, cit., 27 ss.

(78) Ex multis, Corte Giustizia CE, Sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, Corte Giustizia CE, Sez. III, 10 settembre 2009, C-206/08. www.europa.eu.int.

(79) Così anche Cons. Stato 4 settembre 2012, n. 4682; Sez. V, 9 settembre 2011, n. 5068; Sez. V, 6 giugno 2011, n. 3377), in www.giustizia-amministrativa.it.

(80) Cfr., ancora l'ordinanza della Corte.

(81) Cfr., anche le considerazioni de l'Autorità di vigilanza sui lavori, forniture e servizi, deliberazione n. 10 del 6 marzo 2013, "Gare per l'affidamento in concessione di servizi per il pubblico, ex art. 117 del Codice dei beni culturali e di servizi strumentali presso siti culturali nazionali, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

(82) Cfr., ancora R. Cappelli, Politiche e poietiche, 126-131.

(83) Si tratta, in particolare, delle attività di supporto gestionale e di tesoreria; servizio di gestione postazioni di vendita sui siti; servizio di fornitura, noleggio e gestione di radioguide, audioguide/video-guide; servizio di gestione delle code; servizio di supporto ai controlli di sicurezza; servizio informazioni; servizio di vendita e gestione delle visite guidate; servizio di controllo accessi e uscite; servizi di biglietteria off site; servizio di gestione gruppi. Per la documentazione di gara, http://consip.it/bandi-di-gara/gare-e-avvisi/gara-biglietteria-e-vigilanza-colosseo-palatino-foro-romano-e-domus-aurea.

(84) Più nello specifico, l'art. 7.6 (Servizio informazioni) precisa, per quanto qui interessa, che "Il servizio consiste nella erogazione di informazioni ai visitatori nei Siti del Colosseo e del Foro romano-Palatino. Le informazioni saranno erogate sia dal personale operativo previsto nell'appalto sia dai sistemi di cui al paragrafo 9.5. Le informazioni ai visitatori saranno fornite, sia all'esterno dei Siti che all'interno degli stessi ...". Ancora, l'art. 7.7 (Servizio di vendita e gestione delle visite guidate) chiarisce che "Il servizio consiste nella vendita delle visite guidate e nell'organizzazione del calendario giornaliero e orario delle stesse, per i Siti oggetto della gara. Il Fornitore dovrà gestire tutte le visite con richieste provenienti sia da visitatori singoli che da gruppi. Il servizio prevede la gestione sia delle visite guidate richieste alla biglietteria fisica, sia di quelle acquistate sui canali off site".

Al riguardo, il successivo art. 7.7.1, relativo alle modalità di erogazione del suddetto servizio, precisa che "Il servizio sarà gestito attraverso la realizzazione di un programma gestionale basato su un database della turnazione di tutte le visite guidate. Il database, realizzato grazie all'infrastruttura informatica di supporto secondo le indicazioni che saranno fornite dall'Amministrazione, dovrà gestire sia le visite a orari fissi sia quelle su richiesta. Le caratteristiche del database dovranno includere a titolo esemplificativo e non esaustivo:

- elenco delle guide classificate per: tipologia di accreditamento, lingua, disponibilità orarie e giornaliere;

- tipologia di visita;

- itinerari;

- numero persone del gruppo;

- elenco feedback dei visitatori.

Dovrà anche prevedere orari prefissati di visite guidate e relativa copertura e i meccanismi di rotazione e priorità delle guide (first in, first out). Si specifica che il presente appalto non comprende

né la fornitura del personale accreditato allo svolgimento del servizio di guida né il contenuto culturale della visita stessa. Pertanto il Fornitore darà un supporto organizzativo e logistico al servizio e si coordinerà con l'Amministrazione o con eventuali terzi.

Il Fornitore dovrà dettagliare in Offerta Tecnica, nel Piano di Erogazione dei Sevizi, le modalità di gestione del servizio, incluso il personale operativo impiegato nei Siti, per favorire l'incontro tra le guide e i fruitori delle visite guidate.

Le visite guidate vendute, dovranno essere gestite nel rispetto degli orari previsti pena l'applicazione delle penali di cui al paragrafo 17.2. La penale sarà applicata in caso di mancata erogazione della visita o di ritardo nell'erogazione per cause dipendenti dall'organizzazione ed esecuzione del servizio di gestione e vendita". Quindi, l'art. 7.10, relativo al "Servizio di gestione gruppi", stabilisce che "La visita di gruppo rappresenta un importante strumento di fruizione dei Siti oggetto della gara. In particolare sia la vendita del titolo di accesso, sia la vendita di eventuali servizi accessori (visite guidate e radioguide), nonché le modalità di accesso ai Siti, devono prevedere delle procedure in linea con quanto definito al capitolo 13. Nella categoria gruppi si comprendono anche gli studenti delle scuole in uscita didattica".

(85) È chiaro ad esempio, che la fornitura dell'hardware (i.e., dell'apparecchio radiofonico) ad opera dell'appaltatore di fatto non potrà non vincolare - in primo luogo per le caratteristiche tecniche, che dovranno risultare compatibili - l'ipotetico, eventuale futuro concessionario del software.

(86) Ex multis, Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2012, n. 4682; Sez. V, 9 settembre 2011, n. 5068; Sez. V, 6 giugno 2011, n. 3377, in www.giustizia-amministrativa.it.

(87) Ciò emerge, in particolare, dall'art. 7.7.1 del Capitolato, in cui si fa riferimento ad una precisa responsabilità verso l'amministrazione - con pagamento di una penale - laddove le visite guidate vendute, non vengano poi gestite nel rispetto degli orari previsti, subendo cancellazioni o ritardi.

(88) Sotto diverso profilo, tuttavia, la pronuncia in commento suggerisce qualche riflessione con riguardo alla compatibilità del quadro normativo vigente in materia di procedure di affidamento (e della relativa interpretazione giurisprudenziale) con le esigenze legate al rapido e costante sviluppo delle tecnologie, che rispetto ad alcune particolari tipologie di servizi al pubblico pongono problematiche di non scarso rilievo (ad esempio, app audioguida per telefoni).

(89) Sul punto, si v. S. Cassese, I beni culturali dalla tutela alla valorizzazione, in questa Rivista, 1998, 673 ss.

(90) R. Capelli, Politiche e poietiche, cit., 104.

(91) R. Cappelli, ivi, 110.

(92) Sono parole di K. Schubert, Museo. Storia di un'idea, Milano, 2004, 84.

(93) A ben guardare, occorre distinguere lo "scopo immediato" dei servizi per il pubblico, che consiste nell'agevolare la più ampia fruizione dei servizi essenziali offerti dalle istituzioni culturali con il massimo possibile di agio materiale, dallo "scopo mediato", che consiste invece nel rendere i musei più attrattivi e quindi maggiormente capaci di assolvere la propria funzione. In un ideale circuito virtuoso, un maggiore afflusso di visitatori ciò consentirebbe di recuperare risorse tali da implementare la stessa gamma di servizi offerti e così via. Sul punto, M. Monteduro, L'affidamento a terzi, cit., 430-431.

(94) S. Cassese, Il futuro della disciplina dei beni culturali, in questa Rivista, 2012, 781 ss.

(95) Sul tema, in particolare, L. Casini, Ereditare il futuro, cit., spec. 27-30.

(96) Più in generale, il rapporto tra pubbliche amministrazioni e privati, presenta attualmente una struttura multilaterale. Cfr., L. Casini, Valorizzazione e gestione, cit., 200.

(97) M. Cammelli, Pubblico e privato, cit.

(98) L. Torchia, I nodi della pubblica amministrazione, Napoli, 2016, 13.

(99) Ancora K. Schubert, Museo, cit., 80-97.

(100) M. Cammelli, Il diritto del patrimonio culturale: sfide aperte, scenari possibili, in www.aedon.mulino.it, 3/2017.

TRASPORTO PUBBLICO LOCALE - L'AFFIDAMENTO DIRETTO DEL SERVIZIO DI TRASPORTO PASSEGGERI PER FERROVIA AL VAGLIO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Annalisa Giusti(*)

Con una serie di ordinanze non molto distanti nel tempo l'una dall'altra, i giudici amministrativi italiani hanno segnalato la necessità alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sui limiti dell'affidamento diretto del servizio di trasporto locale ferroviario con riferimento al Reg. CE n. 1370/2007, "relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia..." nelle more della sua completa entrata in vigore. La pronuncia in esame affida ai giudici del Lussemburgo quattro questioni il cui denominatore comune è la definizione dei rapporti fra esternalizzazione e autoprestazione nella gestione del servizio, in particolare quando affidato a un operatore interno. A fronteggiarsi sono, sostanzialmente, un'interpretazione formale del dato normativo (che lascia maggiore spazio agli affidamenti diretti) e una sostanziale, che conduce a risultati più restrittivi in ordine all'applicazione della norma del Regolamento sull'"aggiudicazione di contratti di servizio pubblico" (art. 5).

Sommario: Premessa - Il quadro normativo di riferimento - Le questioni rimesse alla Corte: la definizione di "operatore interno" e il divieto di gare extramoenia - (segue): il "controllo analogo" fra disciplina speciale e regole generali - Il regime transitorio per gli affidamenti diretti - Conclusioni

Premessa

Con una serie di ordinanze non molto distanti nel tempo l'una dall'altra, i giudici amministrativi italiani hanno segnalato la necessità alla Corte di Giustizia(1) di pronunciarsi sui limiti dell'affidamento diretto del servizio di trasporto locale ferroviario con riferimento al Reg. CE n. 1370/2007, "relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia..." nelle more della sua completa entrata in vigore. Occorre sinteticamente anticipare - salvo tornare diffusamente sul punto - che l'art. 8 del Regolamento differisce al 3 dicembre 2019 l'applicazione delle norme dell'art. 5 sull'"aggiudicazione di contratti di servizio pubblico", ponendo comunque in capo agli Stati membri l'obbligo di conformarsi gradualmente alle sue previsioni.

Con la pronuncia in rassegna, il tribunale amministrativo per il Lazio, Sez. Latina, ha affidato ai giudici eurounitari quattro quesiti per la definizione dell'ambito di applicazione delle norme relative agli affidamenti diretti, a partire dalla qualificazione dell'"operatore interno" e sui limiti di accesso alle gare per esso previsti dallo stesso regolamento (quesito n. 2, n. 3 e n. 1) fino ad arrivare ai chiarimenti circa la durata dei contratti medio tempore conclusi, alla luce della disciplina transitoria prevista all'art. 8, Reg. cit. (quesito n. 4).

L'ordinanza di rimessione fa seguito a quella del 29 maggio 2017, n. 2554 con cui il Consiglio di Stato ha sollecitato la Corte di Giustizia sulle medesime questioni, per un'ulteriore procedura di evidenza pubblica impugnata avanti al T.A.R. Toscana(2).

Ancora, a due mesi dalla rimessione del T.A.R. Latina, il Consiglio di Stato, Sez. V., con l'ordinanza 16 luglio 2018, n. 4303(3) ha sollecitato la decisione dei giudici del Lussemburgo sulla possibilità di affidare direttamente il servizio di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, alle condizioni previste dalla disciplina eurounitaria, in presenza di una legislazione nazionale che affermi la regola generale della gara pubblica. Sullo sfondo delle tre ordinanze vi è la richiesta alla Corte di Giustizia di chiarire i rapporti fra il principio di autorganizzazione nell'erogazione del servizio e la sua esternalizzazione, nella cornice del necessario rispetto dei principi di "economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità ..."(4). Per l'ordinamento europeo, in base al principio della neutralità rispetto al regime di proprietà, è irrilevante che i servizi di trasporto pubblico di passeggeri siano prestati da imprese pubbliche o private. La facoltà di scegliere liberamente gli operatori del servizio pubblico (considerando n. 9) si manifesta, di conseguenza, nella possibilità di una esternalizzazione (considerando n. 20) o nella scelta per l'autoprestazione, fornendo la stessa autorità pubblica il servizio nel suo territorio oppure affidandolo a un "operatore interno senza ricorrere a procedure di gara". In entrambe le ipotesi, il Regolamento pone delle specifiche condizioni normative. L'esternalizzazione del servizio deve avvenire "nell'osservanza della normativa comunitaria in tema di appalti pubblici e di concessioni" nonché dei principi di trasparenza e di parità di trattamento. Il Regolamento, ancora, esige che la facoltà di autoprestazione sia "soggetta a controlli rigorosi", per garantire "eque condizioni di concorrenza"(5); il presupposto minimo per garantire tale assetto concorrenziale è conservare la relazione fra autoprestazione e territorio, evitando che l'affidatario diretto del servizio (sia esso "autorità competente" o "operatore interno") partecipi a gare bandite al di fuori del territorio dell'autorità medesima.

La delimitazione dei confini dell'autoprestazione è strettamente collegata alla definizione di "autorità competente" e di "operatore interno", per quanto riguarda sia l'an dell'affidamento diretto sia, con riferimento più specifico alla pronuncia annotata, la portata del divieto di partecipazione a gare extramoenia.

Parimenti essenziale ai fini della legittimità degli affidamenti diretti e del rispetto del divieto di gare extramoenia è l'individuazione dell'ambito temporale di applicazione delle regole sull'"aggiudicazione di contratti di servizio pubblico" dettate dall'art. 5 del Reg. Come anticipato, per consentire agli Stati membri di adeguarsi gradualmente alla nuova disciplina eurounitaria, evitando "gravi problemi strutturali, in particolare per quanto riguarda la capacità di trasporto" (considerando n. 31), **gli affidamenti del servizio di trasporto per ferrovia o su strada si conformano alle norme sull'"aggiudicazione di contratti di servizio pubblico" a partire dal 3 dicembre 2019.** L'art. 8, nel regolare la fase transitoria, fa un generale riferimento alla graduale applicazione dell'art. 5, senza specificarne i paragrafi e chiarire, di conseguenza, se il differimento nel tempo interessi ogni tipo di affidamento, diretto o esternalizzato.

I profili sopra menzionati confluiscono nelle prime tre questioni rimesse alla Corte di Giustizia. In chiave di eccezione rispetto alla regola generale, l'art. 8, al par. 2, definisce le sorti dei contratti già in essere, distinguendoli in base alla data di aggiudicazione e alla relativa procedura, in particolare regolamentandone la scadenza. Avanti a un affidamento diretto dalla durata superiore a quella ammessa dalla disciplina transitoria, per lo più aggiudicato nelle more della piena entrata in vigore del Regolamento, ai giudici della Corte di Giustizia si domanda se considerare, ex se, tale contratto illegittimo oppure se, in forza di un automatico adeguamento ai termini regolamentari, possa comunque ritenersi valido, ricomprendendolo così fra le fattispecie elencate nella disciplina transitoria. Anche in quest'ipotesi non si tratta soltanto di una mera questione classificatoria dell'affidamento in essere (seppur rilevante ai fini della decisione del caso concreto) piuttosto di definire, ancora una volta, i confini fra autoprestazione ed esternalizzazione, nell'obiettivo ulteriore di non vanificare, al momento della sua entrata in vigore, la disciplina del Regolamento del 2007.

Metodologicamente, per i profili sin qui messi in rilievo, l'indagine si concentrerà sulla dialettica fra autoprestazione ed esternalizzazione nell'affidamento del trasporto locale ferroviario, così come emerge dai quesiti formulati dai giudici nazionali alla Corte di Giustizia(6). A tal fine, dopo aver ampliato e meglio definito il quadro normativo di riferimento, fin qui soltanto accennato attraverso il richiamo ai considerando del Regolamento, l'analisi si soffermerà sul concetto cardine di "operatore interno" quale fulcro delle prime tre questioni affidate ai giudici del Lussemburgo nel definire i limiti dell'autoprestazione, concludendo con l'esame dei profili collegati all'interpretazione delle regole sul regime transitorio.

Il quadro normativo di riferimento

Dopo un periodo di elaborazione piuttosto lungo e un percorso segnato da diversi arresti(7), nel 2007 è stato adottato il nuovo regolamento relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia(8), abrogando i precedenti Reg. del Consiglio CEE n. 1191/69 e CEE n. 1107/70. La rinnovata disciplina si applica "all'esercizio di servizi nazionali e internazionali di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia e altri modi di trasporto su rotaia e su strada, ad eccezione dei servizi di trasporto prestati prevalentemente in ragione del loro interesse storico o del loro valore turistico". Il regolamento del 2007 è stato ulteriormente modificato dal Reg. UE n. 2016/2338 del Parlamento europeo e del Consiglio, per "rafforzare la qualità, la trasparenza, l'efficienza e le prestazioni dei servizi di trasporto pubblico ferroviario di passeggeri" (considerando n. 5), anche quando i contratti di servizio pubblico non siano aggiudicati mediante una procedura di gara (considerando n. 11). Il Regolamento del 2016 ha introdotto significative novità anche in relazione alla disciplina degli affidamenti diretti ed è entrato in vigore il 24 dicembre 2017.

Per comprendere le scelte del legislatore europeo, è opportuno soffermarsi sulla ratio della riforma del 2007 e sui suoi obiettivi. Il trasporto passeggeri per ferrovia rappresenta una "necessità sul piano dell'interesse economico generale" e non può essere gestito "secondo una logica meramente commerciale" (considerando n. 5). La necessità di contemperare le esigenze del mercato con l'indispensabile prestazione di tali servizi si è così tradotta nella scelta a favore di una "concorrenza regolamentata" (considerando n. 4) in cui, pur assumendosi come primari i principi di trasparenza e di efficienza, si è preferito un approccio temperato rispetto alla piena apertura al mercato, in chiave cioè di vera e propria liberalizzazione(9), valorizzando il principio di sussidiarietà(10) e con una specifica attenzione alle esigenze di tutela di soggetti più deboli(11).

Il riflesso più immediato di questo approccio temperato è, innanzitutto, la possibilità di affidare senza gara i servizi, provvedendovi la stessa amministrazione (rectius, "autorità competente") ovvero un soggetto terzo che di essa sia una longa manus ("operatore interno"). A questa possibilità si aggiunge l'opzione per l'affidamento diretto di servizi di minore portata, in ragione del valore annuo o per i chilometri percorsi(12).

Per il trasporto ferroviario è, inoltre, prevista una terza forma di affidamento diretto, senza limitazioni legate alla dimensione del servizio(13). Tale facoltà non deve essere vietata dalla legislazione nazionale; laddove ammesso, la durata del contratto non può essere superiore a dieci anni, inferiore rispetto al termine generale (di quindici anni) fissato per i servizi di trasporto di passeggeri per ferrovia. Il Regolamento del 2016 ha, infine, introdotto ulteriori disposizioni relative all'affidamento diretto dei servizi di trasporto ferroviario, in presenza delle circostanze eccezionali, fra cui quelle indicate nello stesso art. 5, par. 3 bis oppure quando sia giustificato "dalle pertinenti caratteristiche strutturali e geografiche del mercato e della rete interessati .... e qualora tale contratto si traduca in un miglioramento della qualità dei servizi o dell'efficienza (o di entrambi) in termini di costi rispetto al contratto di servizio aggiudicato in precedenza" (par. 4 bis).

Nella prospettiva della "concorrenza regolamentata", il Regolamento del 2007 legittima l'intervento delle autorità competenti anche mediante strumenti quali l'attribuzione agli operatori di diritti di esclusiva o la concessione di compensazioni finanziarie. Seppur estraneo all'oggetto di questa indagine, occorre brevemente ricordare che il Regolamento, circa la compatibilità con la disciplina degli aiuti di Stato, stabilisce che le compensazioni di servizio pubblico erogate a norma del Regolamento medesimo sono dispensate dall'obbligo di notifica in quanto "compatibili con il mercato comune". Gli Stati membri, inoltre, anche al di fuori dei casi in esso contemplati ma in conformità con l'art. 73 del Trattato(14), possono concedere aiuti al settore dei trasporti che "soddisfano l'esigenza di coordinamento dei trasporti o costituiscono un rimborso per le servitù di determinati obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico". In particolare, l'art. 9, al par. 2, elenca le ipotesi in cui o tali aiuti siano concessi alle imprese che devono sostenere le spese dell'infrastruttura da esse utilizzate, quando altre imprese non abbiano il medesimo onere o gli aiuti mirati alla promozione della ricerca e allo sviluppo di sistemi e di tecnologie di trasporto più economici per la Comunità in generale.

Nonostante il Regolamento miri a creare certezza giuridica riguardo i diritti degli operatori dei servizi pubblici e agli obblighi delle autorità competenti, grazie anche all'uniformazione delle regole sulle circostanze e sulle modalità di aggiudicazione dei relativi contratti, questo obiettivo rischiava (e rischia) di essere disatteso a causa di talune incertezze interpretative su aspetti centrali.

Assumendo come premessa che "l'applicazione coerente e corretta delle sue disposizioni è importante sia a livello economico sia politico" e che "interpretazioni divergenti delle disposizioni relative alla definizione degli obblighi di servizio pubblico, all'ambito di applicazione dei contratti di servizio pubblico, all'aggiudicazione di tali contratti e alla compensazione degli obblighi di servizio pubblico possono ostacolare la creazione di un mercato interno per il trasporto pubblico e causare indesiderate distorsioni di mercato", la Commissione ha così adottato una Comunicazione sugli orientamenti interpretativi concernenti il Reg. CE n. 1370/2007. L'entrata in vigore delle "nuove" direttive sui contratti di appalto e concessioni ha inciso in maniera differente sull'ambito di applicazione del Regolamento. Il trasporto tramite autobus o tram, se il contratto è un appalto, è soggetto alla disciplina generale della direttiva; se il modulo è quello concessorio si applica invece la lex specialis del regolamento. Le Dir. 2014/24/UE e 2014/25/UE non disciplinano il servizio di trasporto passeggeri ferroviario, che è cosi regolato solo dal Reg. n. 1370/2007(15).

Per il codice dei contratti pubblici italiano, di conseguenza, si è in presenza di uno dei c.d. contratti esclusi, comunque sottoposti, ai sensi dell'art. 4, DLgs n. 50/2016, ai "principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica".

Le "interferenze" fra le direttive, il codice dei contratti e il Regolamento non si esauriscono nella definizione dei rispettivi ambiti di applicazione.

Le norme sul servizio pubblico di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia, per la prima volta, seppur limitatamente al settore interessato, hanno codificato i presupposti per l'affidamento in house, fino a quel momento di matrice soltanto giurisprudenziale. La medesima operazione è stata compiuta dalle direttive del 2014(16) che, nel definire il perimetro della loro applicazione, hanno introdotto una disciplina generale dell'in house, traducendo in norme i principi elaborati dalla Corte di Giustizia sui due requisiti del "controllo analogo" e dell'"attività prevalente". Il legislatore eurounitario del 2014 non è rimasto immune dai condizionamenti della già esistente disciplina regolamentare. Con un'eccezione rispetto a quanto costantemente affermato dalla giurisprudenza(17) - e comunque ribadito anche in termini di disciplina generale - è oggi previsto che l'amministrazione eserciti un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi quando "nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati,

ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto, prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata"(18). È evidente in questa disposizione l'eco dell'art. 5, par. 2 lett. a) del Regolamento(19) che, nel delineare i contenuti del controllo analogo dell'autorità competente sull'operatore interno, precisa che "conformemente al diritto comunitario, la proprietà al 100 % da parte dell'autorità pubblica competente, in particolare in caso di partenariato pubblico-privato, non è un requisito obbligatorio per stabilire il controllo ai sensi del presente paragrafo (n.d.r. analogo), a condizione che vi sia un'influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri".

Concludendo l'analisi del quadro normativo, con specifico riguardo al servizio di trasporto passeggeri per ferrovia, è necessario il richiamo anche alla disciplina interna, di particolare rilievo soprattutto ai fini del quarto quesito affidato alla Corte(20). L'art. 18, D.Lgs. n. 422/1997 ha previsto che i contratti di trasporto pubblico locale e regionale, con qualsiasi modalità effettuato e con qualsiasi forma affidati, siano regolati con contratti di servizio di durata non superiore a nove anni e debbano rispondere ai principi di economicità ed efficienza "da conseguirsi anche attraverso l'integrazione modale dei servizi pubblici di trasporto". Quanto alle modalità di affidamento, "allo scopo di incentivare il superamento degli assetti monopolistici e di introdurre regole di concorrenzialità", è privilegiata la procedura concorsuale "per la scelta del gestore del servizio o dei soci privati delle società che gestiscono i servizi ... e in conformità alla normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici di servizi e sulla costituzione delle società miste". Successivamente all'adozione del Regolamento, l'art. 61, L. n. 99/2009 ha precisato che "al fine di armonizzare il processo di liberalizzazione e di concorrenza nel settore del trasporto pubblico regionale e locale con le norme comunitarie, le autorità competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio, anche in deroga alla disciplina di settore, possono avvalersi delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2, 4, 5 e 6, e all'articolo 8, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007". Si è così espressamente introdotta la possibilità di "restringere" l'iniziale apertura al mercato mediante un affidamento in house in conformità alle regole eurounitarie o nelle ulteriori ipotesi di aggiudicazione diretta già menzionate. Occorre infine ricordare che il D.L. n. 78/2009, all'art. 4 bis, proprio per "promuovere l'efficienza e la concorrenza nei singoli settori del trasporto pubblico" ha stabilito che le autorità competenti che si avvalgano delle previsioni di cui all'art. 5, par. 2, del Reg. CE n. 1370/2007 "devono aggiudicare tramite contestuale procedura ad evidenza pubblica almeno il 10 per cento dei servizi oggetto dell'affidamento a soggetti diversi da quelli sui quali esercitano il controllo analogo"(21).

Su questo "riallineamento" fra la disciplina nazionale ed europea non ha inciso, sostanzialmente, l'ulteriore riforma della legislazione sui servizi pubblici locali, a seguito delle note vicende referendarie(22). In continuità con gli obblighi di trasparenza e pubblicità previsti dallo stesso Regolamento, l'art. 34, D.Lgs. n. 179/2012, per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, "al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento" ha previsto che l'affidamento del servizio sia effettuato "sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante" che dia conto "delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste"(23).

Le questioni rimesse alla Corte: la definizione di "operatore interno" e il divieto di gare extramoenia

Il servizio di trasporto passeggeri per ferrovia, alla luce del quadro normativo sopra tratteggiato, anche in Italia, può essere svolto o dall'"autorità competente a livello locale"(24) oppure da un "operatore interno", cioè "un soggetto giuridicamente distinto dall'autorità competente, sul quale

quest'ultima o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi" (art. 2, lett. j). Con una chiara eco della giurisprudenza della Corte di Giustizia(25), il Regolamento(26) elenca una serie di indici di riconoscimento, alias sintomatici, dell'esistenza di una simile situazione di controllo, quali il livello di rappresentanza dell'autorità competente in seno agli organi di amministrazione, di direzione o vigilanza, "le relative disposizioni negli statuti, l'assetto proprietario, l'influenza e il controllo effettivi sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione". Come anticipato, una minima partecipazione privata non interrompe, di per sé, il vincolo fra l'autorità locale competente e il soggetto terzo, purché persista l'influenza pubblica dominante e "il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri". La legittimità dell'affidamento in house è soggetta a due ulteriori condizioni: una prima, generale, relativa all'inesistenza di un divieto da parte della "legislazione nazionale"; una seconda, da verificare caso per caso, legata al fatto che "l'operatore o qualsiasi soggetto sul quale detto operatore eserciti un'influenza anche minima esercitino le loro attività di trasporto pubblico di passeggeri all'interno del territorio dell'autorità competente a livello locale, escluse eventuali linee in uscita o altri elementi secondari di tali attività che entrano nel territorio di autorità competenti a livello locale vicine, e non partecipino a procedure di gara per la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri organizzate fuori del territorio dell'autorità competente a livello locale". Nel caso all'attenzione del T.A.R. Lazio l'affidatario del servizio è un R.T.I. in cui la mandataria (RATP DEV Italia s.r.l.) è un soggetto partecipato a maggioranza assoluta da un altro soggetto (la francese RATP s.a.), a sua volta interamente partecipato da un ente pubblico a carattere industriale e commerciale sulla base dell'ordinamento francese (RATP) a cui lo Stato francese ha affidato la gestione del trasporto passeggeri nella regione della Île de France (dunque, sarebbe RATP l'operatore interno). RATP è controllato dal Governo francese (che nomina i due terzi dei membri del consiglio di amministrazione); il governo ne esercita il controllo economico e finanziario tramite un organismo che opera sotto l'autorità dei ministri responsabili per l'economia e il bilancio(27). Questo controllo è esercitato anche nei confronti di tutte le società in cui RATP detiene, anche indirettamente, la maggioranza assoluta delle quote di capitale, dunque anche RATP s.a. e RATP DEV Italia s.r.l. Seguendo la tesi del ricorrente, così come sintetizzata nell'ordinanza, la mandataria "si trova in una situazione di controllo da parte della Francia" e non potrebbe partecipare, pertanto, a una gara nel territorio italiano (che sarebbe extramoenia) poiché tale divieto è esteso dal Regolamento a "qualsiasi soggetto" sul quale l'operatore interno eserciti un'influenza anche minima (oltre a essere valido per l'"operatore interno").

La definizione di "operatore interno" e, soprattutto, la dimensione del controllo analogo, assume un ruolo centrale nella vicenda in commento, giacché rappresenta il fulcro delle questioni rimesse alla Corte di Giustizia. Con il primo quesito, infatti, il giudice nazionale chiede al Collegio del Lussemburgo di pronunciarsi sulla vigenza per un operatore interno del divieto di gare extramoenia, prima della completa entrata in vigore del Regolamento, prevista il 3 dicembre 2019 e, dunque, sulla sua applicabilità per gli affidamenti anteriori a tale data. È evidente che, nel caso in esame, laddove tale divieto ancora non fosse operativo, verrebbe meno il presupposto impeditivo all'affidamento al R.T.I. controinteressato(28). La vigenza di questa parte della norma, a dire il vero, è stata già oggetto di interpretazione della già menzionata Comunicazione del 2014. Secondo la Commissione "non ha ... senso che gli Stati membri applichino 'gradualmente' il concetto di operatore interno" così come le altre norme sull'affidamento diretto "se introducono disposizioni più accomodanti rispetto ai principi generali del trattato e alla giurisprudenza in materia", giacché il termine del dicembre 2019 è funzionale a consentire agli Stati membri di conformarsi gradualmente all'"obbligo di applicare procedure aperte, trasparenti, non discriminatorie e corrette ai fini dell'aggiudicazione di contratti di servizio pubblico" sancito come principio generale dall'art. 5 del Regolamento.

Seguendo questa tesi, stante la cogenza del divieto di partecipare a gare extramoenia, RATP avrebbe violato la disposizione regolamentare, con la conseguente illegittimità dell'ammissione dell'impresa

controinteressata alla competizione italiana. Diversamente argomentando, dovrebbe comunque desumersi che si applichino i principi generali sull'in house, oggi codificati dal D.Lgs. n. 50/2016 (e, prima ancora, delle Dir. 2014/23 e 2014/24). La ratio del divieto di gare extramoenia risiede nella necessità di limitare l'affidamento diretto alla dimensione dell'autoconsumo, per le esigenze dell'autorità competente; è questo, a ben vedere, quanto espresso dalla giurisprudenza prima e dalle direttive ora con la sintesi dell'"attività prevalente" quale presupposto degli affidamenti in house. Se l'affidatario eroga le proprie prestazioni anche a favore di soggetti terzi, si pone sul mercato in condizioni di ingiustificato vantaggio rispetto alle altre imprese; d'altro canto, una proiezione sul mercato verrebbe a recidere il rapporto di delegazione organica con l'ente.

Seguendo le argomentazioni dei giudici europei(29), l'attività prevalente è esclusa se l'impresa possa esercitare "ancora una parte importante della sua attività economica presso altri operatori", anche se le decisioni sono prese dall'ente pubblico che la detiene. Eventuali altre attività devono avere un carattere marginale, pena un'ingiustificata alterazione delle regole della concorrenza. Omettendo la predeterminazione di percentuali in grado di sintetizzare, numericamente, il requisito dell'attività prevalente, la Corte ha proposto un approccio caso per caso, ritenendo esistente tale presupposto quando "il fatturato determinante è rappresentato da quello che l'impresa in questione realizza in virtù delle decisioni di affidamento adottate dall'ente locale controllante, compreso quello ottenuto con gli utenti in attuazione di tali decisioni". Abbandonando l'impostazione empirica della giurisprudenza, le Direttive del 2014 richiedono invece che "oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata" siano effettuate "nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre amministrazioni aggiudicatrici controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi"(30). Non vi è, dunque, alcuna preclusione ex ante a partecipare a gare al di fuori del territorio di riferimento, purché sia mantenuto il requisito dell'attività prevalente(31).

Al contrario della giurisprudenza e delle Direttive, il Regolamento ritiene incompatibili le logiche dell'autoconsumo con quelle di una minima presenza dell'operatore interno sul mercato del trasporto ferroviario di passeggeri, negando a tale soggetto la possibilità di divenire affidatario diretto del servizio. È evidente che, laddove la Corte optasse per una soluzione interpretativa diversa da quella proposta dalla Commissione con la Comunicazione del 2014, il mercato dei servizi pubblici di trasporto per ferrovia, prima del 3 dicembre 2019, subirebbe un'ulteriore restrizione, allargando il campo degli affidamenti diretti anche a coloro che, nei limiti del requisito dell'attività prevalente, operino come soggetti imprenditoriali al di fuori del territorio di riferimento.

(segue): il "controllo analogo" fra disciplina speciale e regole generali

Come anticipato, le relazioni fra la disciplina generale sull'in house e la lex specialis regolamentare sono invocate dallo stesso giudice remittente nel sollecitare la Corte, con la seconda questione, a chiarire la definizione di "operatore interno", considerando, testualmente, anche l'"eventuale analogia di ratio con la giurisprudenza formatasi sull'in house providing". L'operatore interno, seguendo la definizione normativa è "un soggetto giuridicamente distinto dall'autorità competente, sul quale quest'ultima o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi". In base alle prescrizioni del Regolamento, possono quindi ipotizzarsi le due "classiche" situazioni del controllo analogo e del controllo analogo congiunto, rispettivamente quando l'autorità o, "nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi"(32). Nel caso in esame, RATP è un ente pubblico a carattere industriale e commerciale (un E.P.I.C.) in cui il governo francese nomina due terzi dei membri del consiglio di amministrazione e il presidente direttore generale. Il controllo economico e finanziario è esercitato da un ulteriore organismo sotto l'autorità dei ministri responsabili dell'economia e del bilancio (STIF) con funzioni organizzative, non più

controllato dallo Stato ma del tutto privo di attribuzioni con cui incidere su titolarità, modalità, oggetto e attribuzioni della concessione assegnata a RATP ex lege.

Alla Corte di Giustizia - con la seconda questione - si chiede non solo di stabilire se RATP possa essere qualificato come operatore interno ma anche - con la quarta questione - se il controllo attraverso STIF che, di per sé, non esercita alcun controllo analogo, interrompa il vincolo in house nei confronti di RATP, così da escluderne la natura di "operatore interno" o se esso debba comunque ritenersi esistente nei confronti dello Stato francese, unico titolare del rapporto concessorio.

La risposta a tali quesiti passa, innanzitutto, attraverso l'ulteriore chiarimento del concetto di "autorità competente" che il regolamento definisce "un'amministrazione pubblica o un gruppo di amministrazioni pubbliche(33) di uno Stato membro, o di Stati membri, che ha il potere di intervenire nei trasporti pubblici di passeggeri in una zona geografica determinata, o qualsiasi altro organismo investito di tale potere".

Proponendo una prima lettura sostanziale del caso in esame, siffatto potere di intervento spetta allo Stato francese; di conseguenza, la presenza dell'ente intermedio non andrebbe a interrompere il controllo analogo con l'Amministrazione, inverando i presupposti per la qualificazione di RATP come "operatore interno". Concretamente, è lo Stato francese che su di esso esercita un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della controllata; parimenti difficile, del resto, è ipotizzare che un ente con funzioni organizzative possa dirsi "destinatario del servizio". La giurisprudenza sul controllo analogo e, più in generale sull'in house, a partire dalla sentenza Parking Brixen(34), ha sempre proposto un approccio caso per caso, mirato a un'interpretazione sostanziale delle norme, in maniera tale da non sacrificare l'auto - organizzazione delle amministrazioni ed evitando tuttavia surrettizie chiusure del mercato.

Leggendo l'ordinanza, lo stesso giudice remittente sembrerebbe essere persuaso di un'interpretazione sostanziale del testo del Regolamento, specialmente alla luce dei considerando nonché della natura (e funzione) di ente regolatore assunta da STIF; la possibile alternativa per un'interpretazione formale della norma, suggerisce però al T.A.R. Lazio di deferire alla Corte la delimitazione del perimetro della definizione di autorità competente e del conseguente legame del controllo analogo.

Il regime transitorio per gli affidamenti diretti

Per consentire agli Stati membri di conformarsi gradualmente alle nuove regole, il Regolamento non solo ha differito la piena attuazione delle norme al 3 dicembre del 2019 ma ha altresì disciplinato le sorti di affidamenti già in essere alla data della completa entrata in vigore del Regolamento, distinguendoli in base alla data di assegnazione e al tipo di procedura. Sui termini originariamente indicati è intervenuto anche il successivo Reg. UE n. 2016/2338. In base all'art. 8, par. 3 lett. a) proseguono fino alla loro scadenza i contratti aggiudicati prima del 26 luglio 2000, con un'equa procedura di gara. I contratti affidati prima del 26 luglio 2000 ma senza un'equa procedura di gara (lett. b) e quelli invece aggiudicati fra il 26 luglio 2000 e il 3 dicembre 2009 con un'equa procedura di gara (lett. c) possono rimanere attivi fino alla loro scadenza ma non più di 30 anni. Quelli aggiudicati fra il 26 luglio e anteriormente al 24 dicembre 2017(35) senza un'equa procedura di gara (lett. d) possono rimanere in vigore ma senza superare il termine fissato dall'art. 4. La norma, in verità, parla di "termine comparabile a quello dell'art. 4", con una formula che, seguendo l'orientamento interpretativo della Commissione, deve essere interpretata restrittivamente, così da attribuire a tali affidamenti, per il servizio di trasporto passeggeri per ferrovia, una durata massima di 15 anni. La novella del 2016 ha introdotto un'ulteriore ipotesi, specifica per i servizi di trasporto pubblico ferroviario di passeggeri: se aggiudicati direttamente in base a una procedura diversa da un'equa procedura di gara a decorrere dal 24 dicembre 2017 fino al 2 dicembre 2019 possono restare

in vigore fino alla data di scadenza. La durata di tali contratti non è però superiore a dieci anni, salvo i casi di proroga previsti dall'art. 4, par. 4.

Occorre precisare che il Regolamento(36) è intervenuto anche sulla durata dei contratti, stabilendo che per i servizi di trasporto su ferrovia o altri modi di trasporto su rotaia non possano eccedere i 15 anni. Nel caso di affidamenti diretti non a operatori interni il termine massimo è invece di 10 anni. Il Collegio, nel rimettere la questione alla Corte di Giustizia, non si interroga sulla durata dei contratti, quanto sulla correttezza dell'operato dell'autorità competente che, pur consapevole dell'obbligo di adeguarsi gradualmente alle disposizioni del Regolamento, essendo lo stesso già in vigore, ha disposto un affidamento diretto a un operatore interno dalla durata di trenta anni, con scadenza al 31 dicembre 2039. Una simile scelta può infatti condurre a due diversi esiti, di non poco rilievo ai fini della decisione del caso concreto: l'illegittimità dell'aggiudicazione a favore del R.T.I. oppure la sua validità, considerando l'art. 8 par. 3 una sorta di elenco aperto ad accogliere e legittimare affidamenti diretti, avvenuti nelle more della "piena" entrata in vigore del regolamento, non conformi ai parametri temporali da esso previsti e tuttavia suscettibili di essere "automaticamente" ridotti, sanando, di conseguenza anche la possibile contrarietà alle norme nazionali. L'art. 18, 2° comma, D.Lgs. n. 422/1997 stabilisce infatti che "... le società, anche le loro controllanti, collegate e controllate che, in Italia o all'estero, sono destinatarie di affidamenti non conformi al combinato disposto degli articoli 5 e 8, paragrafo 3, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, e la cui durata ecceda il termine del 3 dicembre 2019, non possono partecipare ad alcuna procedura per l'affidamento dei servizi, anche se già avviata".

La prima soluzione, oltre a rilevare ai fini del divieto nazionale, darebbe particolare vigore all'impegno richiesto agli Stati membri per adeguarsi, seppur gradualmente, alle nuove disposizioni regolamentari, sanzionando il suo mancato rispetto con l'esclusione della società controinteressata. Di converso, la sostituzione automatica sanante con il termine massimo fissato dal Regolamento, pur avallando la legittimità della scelta, porrebbe diversi dubbi "sistematici" in ordine alla cogenza dell'obbligo di graduale adeguamento degli Stati membri ai precetti del Regolamento e, nelle more della sua piena entrata in vigore, legittimerebbe condotte contrarie alla ratio della nuova disciplina che se, da un lato, ammette una "concorrenza regolamentata", dall'altro richiede il controllo rigoroso sulle scelte per l'autoprestazione, rigore che verrebbe meno laddove la Corte consentisse la sostituzione automatica sanante a discapito di un rispetto formale (ed ex ante) delle condizioni di accesso ai servizi di trasporto pubblico passeggeri.

Conclusioni

Guardando, nel complesso, alle questioni sollevate dal giudice italiano, alla Corte si domanda di indicare quale, fra un'interpretazione formale o sostanziale, debba essere preferita nel definire i confini dell'autoprestazione, fino alla completa entrata in vigore del Regolamento. Sullo sfondo vi è un contesto in cui, nonostante la richiesta agli Stati membri di adeguarsi gradualmente alle nuove regole, continua a essere frequente, se non prevalente, il ricorso agli affidamenti in house. È questo quanto è emerso, più di recente, nella Segnalazione congiunta di AGCM, ANAC e ART del 25 ottobre 2017 "in merito alle procedure per l'affidamento diretto dei servizi di trasporto ferroviario regionale", intervenuta all'indomani dell'entrata in vigore del Reg. n. 2016/2338 che, come già riferito, ha introdotto all'art. 8 l'ulteriore ipotesi del par. 2 bis, per i contratti aggiudicati direttamente in base a una procedura diversa da un'equa procedura di gara a decorrere dal 24 dicembre 2017 fino al 2 dicembre 2019(37).

Di fronte al rischio di nuovi affidamenti diretti, anche mediante la risoluzione di quelli già esistenti seguita da un successivo rinnovo con l'operatore uscente e, dunque, di un sostanziale "congelamento" del Regolamento(38), le tre Autorità hanno precisato i rapporti fra esternalizzazione e autoprestazione, focalizzando l'attenzione sugli obblighi di natura informativa e motivazionale che devono presidiare la scelta di derogare al principio dell'evidenza pubblica a favore di un affidamento diretto.

Seguendo, seppur sinteticamente, le indicazioni delle Authorities, le disposizioni del Regolamento vanno lette alla luce dei principi generali in materia di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento, già codificati dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea e ripresi dall'art. 4, D.Lgs. n. 50/2016, quali principi validi anche per i c.d. contratti esclusi. Da qui, l'esigenza che la scelta per l'in house sia accompagnata da un avviso di preinformazione che non si riduca a un atto di pubblicità fine a sé stesso ma sia funzionale alla partecipazione procedimentale di soggetti terzi potenzialmente interessati alla procedura di aggiudicazione. Questa partecipazione, seguendo ancora le indicazioni della Segnalazione, si concretizza nella facoltà di presentare offerte alternative a quelle dell'operatore storico (o inizialmente prescelto dall'ente), grazie a una tempestiva, nonché completa ed esaustiva messa a disposizione delle informazioni all'uopo necessarie. A tale obbligo informativo "a monte" corrisponde quello "a valle" di rendere pubbliche le informazioni relative all'avvenuta concessione, giustificando adeguatamente le ragioni per cui gli obiettivi di servizio pubblico siano meglio garantiti, in termini di efficacia e di efficienza, dall'affidamento diretto, le modalità in cui nella scelta dell'affidatario si siano rispettati i principi di imparzialità e parità di trattamento nonché, laddove vi siano state manifestazioni di interesse alternative, un'analisi comparativa delle offerte presentate.

La Segnalazione delle Authorities assume quale premessa la preferenza del Regolamento per le procedure di evidenza pubblica, ritenendo legittimo, seppur sottoposto a specifiche condizioni, il ricorso a ulteriori modalità organizzative, quali l'in house e le altre forme di affidamento diretto.

Come anticipato, con l'ordinanza del 16 luglio 2018, il Consiglio di Stato ha ulteriormente rimesso alla Corte di Giustizia la questione relativa all'an dell'affidamento diretto dei servizi di trasporto pubblico locale, avanti alla possibile identificazione del favor per il confronto concorrenziali espresso dalle leggi nazionali con il divieto della "legislazione nazionale" indicato dal Regolamento come condizione ostativa per l'applicazione dell'art. 5, par. 2, 4, 6. Laddove la Corte accogliesse tale interpretazione, per l'affidamento del servizio di trasporto passeggeri per ferrovia (cui pure l'ordinanza fa riferimento) dovrebbe negarsi tout court la libertà dell'amministrazione di scelta fra autorganizzazione ed esternalizzazione sancito dal Regolamento, con una riconquista al mercato di una parte consistente delle commesse.

Una soluzione così radicale, laddove i giudici europei, in risposta alla prima questione rimessa dal T.A.R. Latina, ritenessero direttamente applicabile l'art. 5, par. 3, determinerebbe l'illegittimità degli affidamenti in house, legittimandosi la permanenza soltanto dei contratti già affidati e ricompresi nell'elenco dell'art. 8, par. 3. Qualora, invece, la Corte di Giustizia dovesse ritenere l'entrata in vigore di tutte le norme dell'art. 5 differite al 3 dicembre 2019, potrebbero continuare ad applicarsi le regole generali sull'in house, così come descritte dalla giurisprudenza europea e dal codice dei contratti pubblici.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) I giudici laziali, infatti, domandano alla Corte di Giustizia di applicare il rito accelerato ai sensi e per gli effetti dell'art. 23 bis dello Statuto della Corte e dell'art. 105 del relativo Regolamento di procedura.

(2) Si tratta di Cons. Stato, Sez. V, ord. 29 maggio 2017, n. 2554, in www.giustizia-amministrativa.it.

(3) Si legga Cons. Stato, Sez. V, ord. 16 luglio 2018, n. 4303, in www.giustizia-amministrativa.it.

(4) La norma citata nel testo è l'art. 4, D.Lgs. n. 50/2016 che, riprendendo i principi generali in tema di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento a fondamento del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, ne estende la generale applicazione anche ai c.d. contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice (cioè, come sarà ulteriormente approfondito nel testo, anche ai contratti oggetto della decisione in rassegna).

(5) Il considerando n. 18 aggiunge infatti che "il necessario controllo dovrebbe essere esercitato dall'autorità competente o da un gruppo di autorità competenti che forniscano servizi integrati di trasporto pubblico di passeggeri in modo collettivo o tramite i propri membri". A completamento di tale sistema di garanzie, il considerando n. 21 richiama altresì la necessità di garantire una "protezione giuridica efficace", sollecitando (art. 5, par. 7) gli Stati membri ad adottare le misure necessarie per garantire che le decisioni per l'affidamento diretto "possano essere verificate con efficacia e rapidità, su richiesta di qualsiasi persona che sia o fosse interessata a ottenere un contratto particolare e che sia stata o rischi di essere danneggiata da una presunta infrazione, motivata dal fatto che tali decisioni hanno violato il diritto comunitario o le leggi nazionali che applicano tale diritto". Qualora tali rimedi non abbiano natura giurisdizionale, il Regolamento richiede comunque che le decisioni degli organi preposti a tale controllo siano motivate e ricorribili avanti a una autorità giurisdizionale.

(6) Non saranno invece esaminati i profili, pure di particolare interesse ai fini del diritto processuale nazionale, circa l'ammissibilità dell'azione ai sensi dell'art. 120, comma 2°bis, D.Lgs. n. 104/2010 e gli aspetti inerenti la tutela del c.d. interesse strumentale.

(7) Sul percorso che ha accompagnato il Regolamento, si veda C. Iaione, La regolazione del trasporto pubblico locale. Bus e taxi alla fermata delle liberalizzazioni, Napoli, 2008, 31 e segg.; L. Carpaneto, Il diritto comunitario dei trasporti fra sussidiarietà e mercato. Il caso del trasporto per ferrovia, Torino, 2009, 304 e segg.

(8) In base alle definizioni del Regolamento (art. 2, lett. a) per "trasporto pubblico di passeggeri" si intendono "i servizi di trasporto di passeggeri di interesse economico generale offerti al pubblico senza discriminazione e in maniera continuativa".

(9) Per un quadro complessivo delle misure di liberalizzazione del settore ferroviario, si veda N. Rangone, I trasporti pubblici di linea, in S. Cassese (a cura di), Diritto amministrativo speciale, tomo III, Milano, 2003, 2277 e segg.; M. Delsignore, Il sistema ferroviario e la liberalizzazione incompiuta, in Riv. It. Dir. Pub. Com., 2014, 449.

(10) Sul punto, si legga C. Iaione, La regolazione, cit., 35 che individua nel principio di sussidiarietà il "terzo pilastro" del nuovo approccio della Commissione (unitamente alla semplificazione e al temperamento delle precedenti proposte di Regolamento) e che si manifesta nell'aver lasciato alla autorità competenti maggiori margini di discrezionalità nell'organizzazione delle procedure di gara.

(11) Si vedano, in particolare, il considerando n. 4 e n. 5.

(12) L'art. 5, al par. 4 prevedeva inizialmente le medesime limitazioni di valore e di percorrenza per tutti i servizi di trasporto disciplinati dal Regolamento. Con la riforma del 2016 la disciplina è stata diversamente articolata. Il testo vigente dell'art. 5 par. 4 stabilisce infatti che "ameno che non sia vietato dalla legislazione nazionale, l'autorità competente ha facoltà di aggiudicare direttamente i contratti di servizio pubblico: a) il cui valore annuo medio stimato è inferiore a 1 000 000 EUR o, nel caso di contratto di servizio pubblico che include servizi di trasporto pubblico ferroviario di

passeggeri, inferiore a 7 500 000 EUR; oppure b) che riguardano la prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri inferiore a 300 000 chilometri l'anno o, nel caso di contratto di servizio pubblico che include servizi di trasporto pubblico di passeggeri ferroviario, inferiore a 500 000 chilometri l'anno". Il regolamento dedica specifica attenzione alle piccole e medie imprese; sempre lo stesso paragrafo 4, infatti, stabilisce che "qualora un contratto di servizio pubblico sia aggiudicato direttamente a una piccola o media impresa che ha in esercizio non più di 23 veicoli stradali, dette soglie possono essere aumentate a un valore annuo medio stimato inferiore a 2 000 000 EUR oppure alla prestazione di servizi di trasporto pubblico di passeggeri inferiore a 600 000 chilometri l'anno".

(13) Si tratta dell'ipotesi inizialmente prevista al paragrafo 6 e rimasta immutata nei contenuti anche dopo la riforma del 2016.

(14) Ora art. 93 TFUE.

(15) Cfr. art. 10, lett. j), Dir. 2014/24 e considerando n. 27 della medesima.

(16) Su questo passaggio dal diritto giurisprudenziale al diritto positivo in materia di in house providing, sia consentito rinviare alla più ampia trattazione svolta in A. Giusti, Lo statuto dell'in house al traguardo della codificazione, in Nuove Autonomie, 2017, 57 e segg.

(17) A partire dalla nota sentenza Stadt Halle, Corte Giust. CE, Sez. I, 11 gennaio 2005, causa C-26/03, in Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit., 2005, 992 annotata da V. Ferraro, La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di Giustizia nella sentenza Stadt Halle, 1004 e segg. Su questi profili, si legga R. Ursi, Società ad evidenza pubblica. La governance delle imprese partecipate da Regioni ed Enti locali, Napoli, 2012, 299.

(18) Si tratta di una previsione che ha avuto particolare rilevanza nel dibattito giurisprudenziale nazionale, nelle more della scadenza del termine per il recepimento delle direttive, in relazione al c.d. caso Cineca (sul punto, Cfr. Consiglio di Stato, Sez. II, parere 30 gennaio 2015, n. 298, in Foro Amm., 2015, 1, 126 e Cons. Stato, Sez. VI, 26 maggio 2015, n. 2660 in Foro Amm., 2015, 4, 1444; in dottrina: A. Bartolini, Prime pronunce giurisprudenziali sull'in house nella Dir. 2014/24/UE: il caso Cineca, in Giur. It., 2015, 1976; G. Carullo, Luci ed ombre sulla legittimità dell'affidamento in house, in www.giustamm.it, 2/2015).

(19) Su questo particolare partenariato pubblico-privato, si veda A. Cabianca, Profili evolutivi delle modalità di gestione del trasporto pubblico locale: verso un mutamento di "paradigma", in Istit. Del feder., 2010, 604 e C. Iaione, La regolazione, cit., 46.

(20) Per questi aspetti, si veda M. Nunziata, L'affidamento diretto del trasporto locale tra concorrenza e protezionismo, in Riv. It. Dir. Pub. Com., 2018, 183.

(21) La norma conclude stabilendo che "alle società che, ai sensi delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafi 2, 4 e 5, e all'articolo 8, paragrafo 2, del medesimo regolamento (CE) n. 1370/2007, risultano aggiudicatarie di contratti di servizio al di fuori di procedure ad evidenza pubblica è fatto divieto di partecipare a procedure di gara per la fornitura di servizi di trasporto pubblico locale organizzate in ambiti territoriali diversi da quelli in cui esse operano".

(22) Per la descrizione di questo "quadro di instabilità normativa", si veda N. Rangone, Qualità delle regole e concorrenza nel trasporto ferroviario, in P. Chirulli (a cura di), Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario, Napoli, 2016, 59.

(23) Per completare il quadro normativo, occorre infine ricordare che il D.L. n. 50/2017 ha affidato alle Regioni la possibilità di definire i bacini di mobilità per i servizi di trasporto pubblico regionale e locale "sulla base di analisi della domanda che tengano conto delle caratteristiche socio-

economiche, demografiche e comportamentali dell'utenza potenziale, della struttura orografica, del livello di urbanizzazione e dell'articolazione produttiva del territorio di riferimento", incidendo, di riflesso, sull'individuazione dell'"autorità locale competente". Su questi aspetti, M. Pani, C. Sanna, Affidamento in house nel trasporto pubblico locale, in www.lexitalia.it, 7/2018.

(24) L'art. 2 del Reg. n. 1370/2007 definisce, alla lett. b) "autorità competente" "un'amministrazione pubblica o un gruppo di amministrazioni pubbliche di uno Stato membro, o di Stati membri, che ha il potere di intervenire nei trasporti pubblici di passeggeri in una zona geografica determinata, o qualsiasi altro organismo investito di tale potere", specificando, alla successiva lett. c), che l'"autorità competente a livello locale" è invece "qualsiasi autorità competente la cui zona di competenza geografica non è estesa al territorio nazionale". Il Regolamento del 2017 ha dettato disposizioni specifiche per il trasporto ferroviario, precisando all'art. 5, par. 2 che "in caso di servizio pubblico ferroviario di passeggeri, il gruppo di autorità di cui al primo comma può essere composto soltanto da autorità competenti a livello locale la cui zona di competenza geografica non è estesa al territorio nazionale".

(25) Il riferimento è alla giurisprudenza sull'in house a partire dalla sentenza Teckal, Corte Giust. UE, 18 novembre 1999, Causa C-107/1998, in Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit., 2000, 1393 annotata da G. Greco, Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara, 1461 e segg.

(26) Art. 5, par. 2, lett. a).

(27) Sull'esperienza francese nel trasporto ferroviario, si veda L. Lorenzoni, Regolazione e concorrenza nel trasporto ferroviario in Francia, in P. Chirulli (a cura di), Concorrenza, regolazione, cit., 253 e segg.

(28) Legge questo divieto come un ostacolo all'apertura effettiva del mercato dei servizi di trasporto passeggeri per ferrovia M. Sebastiani, Le ferrovie fra Stato e mercato, in P. Chirulli (a cura di), Concorrenza, regolazione, cit., 88.

(29) Corte di Giustizia Unione Europea, 11 maggio 2006, Causa C-340/04, in Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit., 2007, 2, 526.

(30) A tal fine, deve essere preso in considerazione il fatturato totale medio o "un'idonea misura alternativa basata sull'attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione". La norma prevede, infine, una modalità residuale di computo per i casi in cui non sia possibile determinare il fatturato degli ultimi tre anni o la misura alternativa basata sull'attività, stabilendo sia sufficiente dimostrare "segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile".

(31) Sul punto, si legga T.A.R. Liguria, Sez. II, 10 giugno 2016, n. 606, in Redazione Giuffrè amministrativo, 2016. È interessante notare come la citata sentenza sottolinei che una simile limitazione debba o essere prevista autonomamente dallo statuto dei soggetti stessi ovvero dalla legge. Seguendo le argomentazioni del Tar Liguria, "è assente nella legislazione italiana un obbligo di esclusiva in capo alle società in house", né simile limitazione deriverebbe dall'art. 13, D.L. 4 luglio 2006, n. 223 convertito nella L. 4 agosto 2006 n. 248 che, al comma 1, stabilisce "al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali e dei servizi di committenza o delle centrali di committenza apprestati a livello regionale a supporto di

enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale...". La norma, infatti, introduce un obbligo di esclusiva che investe soltanto "le società costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti in funzione della loro attività" ed esclude espressamente quelle destinate allo svolgimento di servizi pubblici locali. Di conseguenza, l'attività extra moenia di una società in house è legittima nei limiti previsti dalla disciplina eurounitaria (svolgere più dell'80% della propria attività a favore dell'amministrazione controllante).

(32) Le direttive hanno codificato questa particolare forma di in house, seppur richiedendo che tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti compongano gli organi decisionali della persona giuridica controllata, anche rappresentate e che esercitino "congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative" della persona giuridica e, da ultimo, quest'ultima non persegua interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici. Si soffermano sulle specificità del controllo analogo congiunto, A. Cassatella, Partecipazione "simbolica" alle società in house e requisito del controllo analogo, in Giur. It., 2014, 7 e F. Manganaro, In house e sistema idrico integrato - un caso di controllo analogo anche senza maggioranza azionaria pubblica, in Giur. It., 2015, 1, 187.

(33) Innovando il testo dell'art. 5, par. 2 il Reg. n. 2016/2338 ha precisato che "in caso di servizio pubblico ferroviario di passeggeri, il gruppo di autorità ... può essere composto soltanto da autorità competenti a livello locale la cui zona di competenza geografica non è estesa al territorio nazionale".

(34) Corte di Giustizia Unione Europea 13 ottobre 2005, Causa C-458/03, in Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit., 2005, 6, 1907.

(35) Il testo originario della norma faceva riferimento al periodo fino al 3 dicembre 2009.

(36) Cfr. art. 4, par. 3 e 4.

(37) Sulla genesi di questa segnalazione e sulle sue implicazioni nell'applicazione delle disposizioni del Regolamento, si veda L. Saltari, Anomalie di una segnalazione "normativa", in Giornale Dir. Amm., 2018, 256.

(38) Riprendendo le considerazioni di M. Sebastiani, La Segnalazione di AGCM, ART e ANAC sugli affidamenti dei servizi di trasporto ferroviario regionale: luci, ombre e prospettive, in http://www.astrid-online.it.

INDENNITÀ DI RISCATTO DEI PUBBLICI SERVIZI - SULLA DETERMINAZIONE "ARBITRALE" DELL'INDENNITÀ DI RISCATTO DEI PUBBLICI SERVIZI: CONSIDERAZIONI A MARGINE DELLA CORTE COST., 13 GIUGNO 2018, N. 123

Paola Widmann(*)

Corte cost., 13 giugno 2018, n. 123

A fronte della recente sentenza della Corte Costituzionale che ha dichiarato parzialmente illegittima la disposizione di cui all'art. 24, commi 7° - 8°, R.D. n. 2578/1925 sulla premessa della natura di arbitrato rituale obbligatorio della fattispecie ivi contemplata, l'A. si interroga sulla effettiva

condivisibilità di tale qualificazione dell'istituto, e così sull'effettiva natura dei "collegi arbitrali" cui è ex lege attribuita - in difetto di accordo delle parti - la determinazione dell'indennità di riscatto dei pubblici servizi affidati in concessione. In particolare, una volta escluso che si tratti di una ipotesi di giurisdizione speciale, l'A. si sofferma a considerare l'alternativa qualificatoria fra la sussunzione della figura nel genus dell'"arbitrato obbligatorio" ovvero dell'"arbitraggio necessario", con i relativi corollari quanto a pertinenza delle garanzie costituzionali in tema di tutela giurisdizionale dei diritti.

Sommario: La fattispecie e la pronuncia della Corte - La ribadita contrarietà dell'arbitrato obbligatorio ai principi costituzionali - L'opinabile premessa in punto di qualificazione dell'istituto come arbitrato c.d. obbligatorio - L'effettivo carattere di obbligatorietà. Il rilievo della affermazione ovvero esclusione della natura arbitrale - L'assenza dei caratteri tipici della giurisdizione speciale - La determinazione dell'indennità di riscatto quale specifica ipotesi di arbitraggio - Segue. Le peculiarità della fattispecie rispetto al modello generale dell'art. 1349 c.c. - Segue. La non significatività delle indicazioni di segno diverso desumibili dai lavori preparatori - Considerazioni conclusive

La fattispecie e la pronuncia della Corte

Con la pronuncia in commento la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 24, R.D. n. 2578/1925, laddove dispone - ai commi 7° ed 8° - che ai fini della determinazione dell'indennità di riscatto dei servizi pubblici precedentemente affidati in concessione le parti debbono necessariamente rivolgersi, in difetto di accordo, ad un collegio arbitrale(1); la Corte ha invero ritenuto che una disposizione siffatta valga ad imporre il ricorso all'arbitrato a prescindere da una manifestazione di volontà delle parti in tal senso, ed in quanto tale sia in contrasto con la garanzia costituzionale del diritto di azione giudiziale di cui all'art. 24 Cost., nonché col principio del monopolio statale della giurisdizione presidiato dall'art. 102, comma 1° della Carta Costituzionale(2).

La questione di legittimità costituzionale era stata sollevata nel mese di marzo 2017 da un collegio arbitrale di Milano, nel corso del procedimento dinanzi a sé instaurato - a seguito della translatio iudicii disposta dal Tribunale di Brescia originariamente adito - ai fini della determinazione dell'indennità di riscatto di cui al suddetto art. 24, R.D. n. 2578/1925; nel caso di specie, si trattava di stabilire l'importo dell'indennità che il Comune di Calcinato, avendo esercitato il diritto di riscatto del servizio di illuminazione pubblica, era tenuto a versare a Enel Sole s.r.l. in qualità di società proprietaria dei relativi impianti. Il collegio remittente, nell'invocare l'intervento del Giudice delle leggi, aveva in particolare evidenziato come la norma in questione, nella misura in cui devolve la determinazione dell'indennità di riscatto dei servizi pubblici ad un collegio arbitrale in via esclusiva, e così senza possibilità per le parti di adire l'autorità giudiziaria ordinaria, era presumibilmente in contrasto con gli artt. 24, comma 1° e 102, comma 1°, Cost., posto che in base a tali disposizioni soltanto la volontà delle parti (e non, anche, un obbligo di legge) può costituire valido fondamento per il ricorso alla via arbitrale.

Queste argomentazioni erano state difese, nel giudizio di legittimità costituzionale, da Enel Sole s.r.l., mentre il Presidente del Consiglio dei ministri aveva dedotto l'inammissibilità e l'infondatezza della questione. In tal senso l'Avvocatura generale aveva sostenuto, anzitutto, che l'istituto contemplato all'art. 24, R.D. n. 2578/1925 non avesse natura di arbitrato rituale bensì di arbitraggio oppure di arbitrato libero, e ne aveva inferito l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale, ed ancor prima la sua inammissibilità; l'inammissibilità della questione era stata poi motivata, fra l'altro, facendo leva sull'asserita sussistenza, nel caso di specie, della concorde volontà delle parti di addivenire alla decisione arbitrale; quale ulteriore ragione di infondatezza, era stata invece addotta la possibilità di salvare la compatibilità costituzionale della disposizione prospettandone una lettura costituzionalmente orientata.

Tali eccezioni sono state tuttavia integralmente disattese dalla Corte, che ha pertanto dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 24, commi 7° e 8°, R.D. n. 2578/1925, nella parte in cui non riconosce il diritto di ciascuna parte, in caso di mancato accordo sulla determinazione dell'indennità di riscatto degli impianti afferenti l'esercizio dei servizi pubblici, di adire l'autorità giudiziaria ordinaria ai fini di tale determinazione.

La ribadita contrarietà dell'arbitrato obbligatorio ai principi costituzionali

Nella misura in cui nega che l'imposizione legislativa della via arbitrale possa ritenersi compatibile coi principi costituzionali, la pronuncia in esame si colloca sulla scia della consolidata giurisprudenza costituzionale in materia di arbitrato obbligatorio(3). Ed invero, la Consulta ha fatto applicazione al caso di specie del convincimento, più volte ribadito, secondo cui sono illegittime le disposizioni di legge che impongono alle parti il ricorso all'arbitrato come modalità esclusiva di soluzione della controversia, in tal modo disconoscendo il diritto di ciascuna di esse di adire l'autorità giudiziaria ordinaria(4).

Come noto (e come la pronuncia in commento espressamente rammenta) i precetti costituzionali sui quali si misura la legittimità della devoluzione ad arbitri di controversie che in astratto spetterebbero alla giurisdizione del giudice statale ordinario sono essenzialmente individuati, a partire dalla sentenza n. 127/1977 che per prima ha dichiarato l'incompatibilità dell'arbitrato necessario con la Carta costituzionale(5), nel combinato disposto degli artt. 24, comma 1° e 102, comma 1°, Cost.(6). Da tali norme si evince che il monopolio statale dell'esercizio della giurisdizione, presidiato dall'art. 102 (e tendenzialmente riservato al giudice ordinario, fatte salve le residue eccezionali ipotesi di giurisdizione speciale), è suscettibile di deroga soltanto se e nella misura in cui quest'ultima si fondi su di una concorde manifestazione di volontà delle parti, sì da risultare espressione del principio - che la Costituzione sancisce all'art. 41 con una disposizione di rango primario - della salvaguardia dell'autonomia privata dei soggetti dell'ordinamento; più in particolare, l'autonomia privata si esplica nel caso di specie nel senso di disporre negativamente del diritto di azione giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost., col risultato che la devoluzione della controversia agli arbitri in deroga al monopolio statale della giurisdizione risulta in definitiva compatibile anche con quest'ultimo precetto costituzionale(7). È dunque sulla sussistenza o meno di un comune intento delle parti di devolvere la controversia al giudizio degli arbitri, che si misura la compatibilità costituzionale dell'arbitrato; sicché, ferma la legittimità della figura dell'arbitrato c.d. volontario (e, con essa, delle disposizioni del codice di rito che espressamente la contemplano), risultano essere all'inverso costituzionalmente illegittime tutte quelle disposizioni di legge che impongano alle parti il ricorso all'arbitrato come modalità esclusiva di soluzione della controversia.

La premessa sottesa alla soluzione - dunque, costantemente ribadita nelle pronunce della giurisprudenza costituzionale in tema di arbitrato obbligatorio - che individua nella fonte negoziale dell'opzione per l'arbitrato la condizione ed il limite del legittimo ricorso ad esso(8), consiste, com'è evidente, nel convincimento in merito alla mancata piena assimilabilità di quest'ultimo alla giurisdizione statale. In particolare, una siffatta integrale equivalenza non può essere affermata nemmeno facendo leva sull'identità degli effetti di accertamento che lodo e sentenza esplicano in forza dell'espresso disposto dell'art. 824-bis c.p.c., e dunque sul carattere giurisdizionale riconosciuto (sebbene, sul piano meramente oggettivo) anche all'arbitrato rituale; così come non può essere a tal fine valorizzato (diversamente da quanto era stato ipotizzato da una parte degli interpreti)(9) l'elemento del c.d. convogliamento del fenomeno arbitrale nell'ambito della giurisdizione statale a mezzo del controllo - peraltro, solo eventuale e comunque circoscritto entro margini ristretti - che il giudice ordinario è tenuto a porre in essere in occasione dell'impugnazione ovvero dell'omologazione del dictum arbitrale. Invero, la circostanza che l'ordinamento assimili ex post la

decisione degli arbitri a quella del giudice togato, non significa affatto che l'attività posta in essere dai primi possa ritenersi pienamente fungibile con quella del secondo; e d'altra parte una siffatta piena fungibilità dev'essere senz'altro negata, se si considera che soltanto al giudice statale spettano quei poteri, c.d. di imperium (e così coercitivi, cautelari, nonché di emanare provvedimenti idonei ad imporsi coattivamente fra le parti), i quali si caratterizzano per essere la diretta emanazione della sovranità dello Stato(10).

L'opinabile premessa in punto di qualificazione dell'istituto come arbitrato c.d. obbligatorio

L'effettivo carattere di obbligatorietà. Il rilievo della affermazione ovvero esclusione della natura arbitrale

Se dunque, una volta qualificata la fattispecie disciplinata all'art. 24, R.D. n. 2578/1925 come figura di arbitrato rituale obbligatorio, la contrarietà di detta previsione ai precetti costituzionali risulta difficilmente revocabile in dubbio(11), v'è semmai da chiedersi se la premessa in questione sia effettivamente condivisibile.

Una prima obiezione in astratto ipotizzabile, attiene al carattere "obbligatorio" dell'istituto in esame; ovvero - in altre parole - all'effettiva impossibilità di ravvisare, a fondamento del ricorso al collegio arbitrale disciplinato all'art. 24 cit., una convergente manifestazione di volontà delle parti che sia idonea a fungerne da base volontaria. A tal riguardo, è stato invero sostenuto che le parti nel caso di specie coinvolte - ovvero, l'ente pubblico ed il concessionario del pubblico servizio -, nell'accordarsi reciprocamente per la stipula della concessione, accetterebbero di sottoporsi alla disciplina disposta inderogabilmente per il rapporto che ne scaturisce; sicché esse presterebbero implicitamente il loro assenso, fra l'altro, pure alla previsione secondo cui, nell'ipotesi di un futuro riscatto e di mancata intesa fra loro, la determinazione dell'indennità è rimessa ex lege ad un collegio arbitrale: di qui, il carattere solo apparentemente obbligatorio, ed invece sostanzialmente volontario, che connoterebbe la procedura arbitrale de qua(12). È questa, tuttavia, una argomentazione che non persuade, potendo ad essa essere agevolmente obiettato che la manifestazione di assenso per il ricorso alla via arbitrale è rilevante soltanto se e nella misura in cui il suo oggetto sia specifico; è imprescindibile, in altri termini, una prestazione di consenso che sia specificamente riferita alla stipula della clausola compromissoria, non essendo sufficiente la generica manifestazione di volontà negoziale diretta a concludere il contratto, e quindi a istituire il rapporto, cui una fonte eteronoma ricolleghi la via arbitrale(13). E poiché, d'altra parte, una siffatta specifica manifestazione di assenso delle parti non è affatto contemplata dall'art. 24, R.D. n. 2578/1925, il ricorso al collegio arbitrale ivi disciplinato presenta effettivamente caratteri di "obbligatorietà".

Ulteriore profilo di - per lo meno astratta - opinabilità della qualificazione dell'istituto dalla quale la Corte ha preso le mosse onde pervenire alla relativa declaratoria di illegittimità costituzionale, attiene alla riconduzione di esso alla figura dell'arbitrato rituale.

Peraltro, se una siffatta qualificazione dell'istituto (invero prospettata, prima ancora che dalla Consulta, dal collegio arbitrale remittente)(14) fosse realmente adeguata, è questione che nel contesto del giudizio in esame era stata espressamente posta all'attenzione della Consulta da parte della difesa della Presidenza del Consiglio dei ministri; in particolare, quest'ultima aveva sostenuto che la fattispecie contemplata all'art. 24, commi 7°-8°, R.D. n. 2578/1925 fosse invece un arbitraggio, ovvero un arbitrato irrituale, e aveva pertanto eccepito che la questione di legittimità costituzionale fosse stata proposta inammissibilmente e fosse comunque infondata. La Corte ha tuttavia ritenuto che le perplessità in tal guisa manifestate in merito alla reale natura del "collegio arbitrale" disciplinato all'art. 24 cit. non meritassero pregio alcuno, ciò che si desume dal passaggio della sentenza in cui ci si limita ad affermare, sul punto, che "come rilevato dalla Corte di cassazione

(Cass., sez. I, 1.3.2002 n. 3026), l'art. 24 del r.d. n. 2578 del 1925 prevede un arbitrato rituale". Merita peraltro segnalare come la menzionata Cass. n. 3026/2002, nello statuire che "i collegi previsti dall'art. 24 del r.d. n. 2578/1925, chiamati a decidere sull'indennità spettante agli ex concessionari di pubblici servizi a seguito della assunzione diretta del servizio da parte dei Comuni, hanno natura di collegi arbitrali rituali", a sua volta motiva tale affermazione semplicemente facendo rinvio alla risalente Cass., Sez. un., n. 3178/1972(15); e, del resto, tale arresto delle Sezioni Unite è - a quanto consta - la sola pronuncia ove la questione della natura dell'istituto disciplinato all'art. 24, R.D. n. 2578/1925 risulta espressamente e compiutamente trattata (in specie, come si evidenzierà infra, dal punto di vista della riconducibilità di esso alla categoria dell'arbitrato rituale obbligatorio ovvero a quella della giurisdizione speciale), esaurendosi invece il contenuto delle ulteriori prese di posizione giurisprudenziali in merito ad un mero rinvio adesivo, non ulteriormente motivato, a quella statuizione(16).

Ebbene: quella dell'individuazione dell'esatta natura dei collegi arbitrali contemplati all'art. 24 cit. è questione di indubbio rilievo ai fini del giudizio di legittimità costituzionale che la Corte, nel caso di specie, è stata chiamata a porre in essere. Si consideri, invero, che le qualificazioni alternative prospettate nel corso del giudizio in esame dalla difesa della Presidenza del consiglio dei ministri, e più in generale le diverse configurazioni dell'istituto che in passato sono state ipotizzate dalla dottrina che con esso ha avuto occasione di misurarsi, consistono essenzialmente nell'attribuzione ai collegi arbitrali in questione della natura di arbitratori, o di arbitri liberi oppure, ancora, di giudici speciali; e si consideri, d'altra parte, che l'assegnazione all'istituto di una natura non giurisdizionale, così come - sebbene per ragioni diverse - la riconduzione di esso alle ipotesi di giurisdizione speciale, comporterebbe in linea di principio l'infondatezza (se non, prima ancora, l'inammissibilità) della questione di legittimità costituzionale(17): in entrambi i casi, sebbene per ragioni diverse, il diritto di azione giudiziale dovrebbe ritenersi pienamente garantito, ed il monopolio statale della giurisdizione non risulterebbe in misura alcuna intaccato(18).

L'assenza dei caratteri tipici della giurisdizione speciale

La compatibilità costituzionale dovrebbe essere dunque senz'altro affermata, anzitutto, qualora si muovesse dalla premessa secondo cui la fattispecie disciplinata all'art. 24, R.D. n. 2578/1925 integri una ipotesi di giurisdizione speciale. D'altra parte, l'eccezionalità del regime che il legislatore costituzionale ha ritenuto di dover riservare alle (preesistenti) figure di giurisdizione speciale - ovvero la loro sopravvivenza, per quanto in astratto solo temporanea, in deroga al principio di esclusività della giurisdizione ordinaria sancito all'art. 102, comma 1°, Cost. - impone di delimitare il novero di dette figure in termini particolarmente restrittivi(19).

In ogni caso, l'opzione qualificatoria consistente nella sussunzione della fattispecie fra le manifestazioni di giurisdizione speciale sembra poter essere esclusa, nell'ipotesi in esame, con ragionevole sicurezza, ed altresì a prescindere da quali siano i tratti distintivi della giurisdizione speciale - in particolare, rispetto alla figura attigua dell'arbitrato obbligatorio - che, fra quelli (molteplici e non sempre univoci) individuati in via interpretativa, si ritenga di dover valorizzare come decisivo(20). Invero, gli organi in questione non presentano alcuno dei vari caratteri prospettati come tipici delle figure di giurisdizione speciale, ed in particolare mancano dei requisiti che l'opinione prevalente ritiene essere a tal fine dirimenti, ovvero la "permanenza" (intesa come destinazione dell'organo giudicante alla soluzione di plurime controversie non individuabili ex ante - rispetto alle quali detto organo risulta essere dunque "precostituito" -) e la sottrazione della scelta dei membri del collegio alla volontà delle parti della controversia(21). A quest'ultimo proposito è stato in particolare osservato, condivisibilmente, che ai soggetti coinvolti risulta essere demandata, nel caso di specie, la nomina di due fra i tre componenti del collegio di primo grado, e che tale ingerenza può dirsi di per sé sufficiente ad escludere la configurabilità di una ipotesi di giurisdizione speciale(22); più in particolare, sembra doversi ritenere che una siffatta modalità di individuazione

dei membri dell'organo giudicante disciplinato all'art. 24, comma 7° valga ad escludere la natura di giurisdizione speciale dell'istituto in esame complessivamente inteso, apparendo priva di senso una qualificazione di quest'ultimo che assegni ai collegi - rispettivamente - di primo e secondo grado una natura non omogenea(23).

Peraltro, la non sussumibilità dell'istituto disciplinato all'art. 24, R.D. n. 2578/1925 fra le fattispecie di giurisdizione speciale eccezionalmente sopravvissute all'avvento della Costituzione repubblicana, è stata affermata anche dalle Sezioni Unite nel già menzionato arresto n. 3178/1972. Il convincimento in parola è motivato, in quel contesto, facendo leva non solo e non tanto su di un criterio generale previamente individuato come dirimente, bensì piuttosto sulla considerazione complessiva di una pluralità di elementi che - a giudizio della Suprema Corte - varrebbero a delineare la fisionomia dell'istituto(24); in tal senso, le Sezioni Unite hanno ritenuto di dover valorizzare, in particolare: la terminologia impiegata dal legislatore, ed al contempo la voluntas legis quale si desumerebbe dai lavori preparatori; la ravvisata corrispondenza strutturale fra il procedimento arbitrale in esame e quello delineato in generale per l'arbitrato rituale dal codice di rito allora vigente (rectius, dal codice in vigore all'epoca della formulazione della L. n. 103/1903, sul cui art. 25 è stato poi modellato l'art. 24, R.D. n. 2578/1925); la destinazione del collegio giudicante alla definizione di una sola e ben determinata controversia, e la posteriorità della costituzione del primo rispetto al sorgere della seconda; l'assenza di specifiche disposizioni in ordine all'efficacia esecutiva della decisione, ciò che deporrebbe per l'assoggettamento di quest'ultima alla disciplina comune dettata per i lodi arbitrali rituali(25).

La determinazione dell'indennità di riscatto quale specifica ipotesi di arbitraggio

Una ben più attenta considerazione merita la prospettata riconduzione dei collegi contemplati all'art. 24, R.D. n. 2578/1925, invece, alla figura dell'arbitratore.

Le Sezioni Unite, nel loro arresto del 1972, hanno ritenuto - con poche righe di motivazione - che tale qualificazione fosse da escludere "in modo assoluto"; ma l'argomento a tal proposito addotto, secondo cui "si ha [arbitraggio] solo quando si tratta di determinare un prezzo o una prestazione, non quando si deve comporre un conflitto di interessi, sia pure ridotto al quantum debeatur, con l'applicazione di norme e principi giuridici"(26), suscita quale perplessità.

Beninteso: non v'è dubbio che fra coloro i quali si rivolgono ai collegi di cui all'art. 24, commi 7° e 8°, R.D. n. 2578/1925 sussista una situazione di conflitto; basti considerare che la legge pone quale imprescindibile requisito per il ricorso a detti organismi, per l'appunto, il "mancato accordo" fra le parti, in tal modo delineando un meccanismo per così dire "preventivo" il cui effettivo funzionamento vale ad impedire, grazie ad una soluzione consensuale, l'esigenza dell'intervento del terzo. Nondimeno, sembra che tale elemento non possa ritenersi di per sé solo sufficiente ad escludere la sussunzione dell'istituto in esame nel genus dell'arbitraggio, posto che l'assenza di accordo fra le parti - per quanto non individuata dall'art. 1349 c.c. come elemento imprescindibile per il deferimento al terzo della determinazione della prestazione contrattualmente dovuta - è senz'altro (per lo meno) compatibile coi caratteri di quest'ultima figura(27).

Semmai, l'elemento preclusivo dell'attribuzione ai collegi di cui all'art. 24 cit. della natura di arbitratori potrebbe essere individuato, una volta che ci sia posti nella prospettiva ora considerata, negli specifici caratteri del conflitto che tali organismi sono chiamati a dirimere, e più precisamente nella fisionomia di vera e propria "controversia giuridica" che in tale conflitto dovesse - in ipotesi - ravvisarsi; del resto, proprio questo sembra essere il convincimento sotteso alla suddetta presa di pozione delle Sezioni Unite, nella misura in cui si fa ivi riferimento all'attività di composizione di un conflitto di interessi "con l'applicazione di norme e principi giuridici" che il terzo, ai fini della quantificazione dell'indennità di riscatto, sarebbe chiamato a porre in essere(28).

Ma nemmeno tale soluzione - e, con essa, l'assunto secondo l'alternativa qualificatoria fra arbitrato ed arbitraggio dovrebbe essere sciolta avendo riguardo alla circostanza, in sé e per sé considerata, della sussistenza o meno di una vera e propria "controversia" di carattere "giuridico" - può essere condivisa; ciò, se non altro perché, sulla scorta di tale premessa, risulta essere poi tutt'altro che agevole definire quali siano gli elementi - da individuarsi, necessariamente, in termini oggettivi ed univoci - che, laddove positivamente riscontrati, connoterebbero un determinato conflitto di interessi in termini di vera e propria controversia giuridica(29).

In particolare - diversamente da quanto hanno ritenuto le Sezioni Unite -(30), non sembra che la natura "giuridica" del conflitto che i collegi disciplinati all'art. 24, R.D. n. 2578/1925 sono chiamati a dirimere possa essere fatta dipendere dal presunto carattere "giuridico" dei criteri che i collegi in parola (rectius, quello fra essi che non può affidarsi ad una determinazione meramente equitativa) sono, a tal fine, tenuti ad applicare. Quei criteri sono invero "giuridici" solo nel senso che sono contenuti in una norma di legge; solo nel senso - in altre parole - che è la legge, contestualmente all'imposizione di una specifica procedura per la quantificazione dell'indennità di riscatto, a definire altresì i parametri cui quella valutazione deve attenersi(31). Laddove li si consideri invece nel loro contenuto, i criteri di riferimento enumerati all'art. 24, commi 4° e 5° risultano essere, piuttosto, di carattere essenzialmente tecnico-economico, nel senso che hanno carattere economico le valutazioni alle quali i criteri in questione fanno rinvio(32).

D'altra parte, alla prospettazione di chi ritenesse di dover riannodare l'attributo di giuridicità del conflitto sul quantum dell'indennità di riscatto, invece, semplicemente alla circostanza dell'inerire di quel conflitto - pur sempre - ad un diritto(33) (benché con particolare riferimento alla relativa quantificazione)(34), si potrebbe agevolmente obiettare che, in tal senso, ha carattere giuridico anche il conflitto di interessi sotteso all'intervento dell'arbitratore(35).

In definitiva, sembra dunque che né la sussistenza di una situazione di contrasto fra le parti, né il carattere di vera e propria "controversia giuridica" che in tale situazione di contrasto si ritenga doversi ravvisare, possano essere valorizzati come indici decisivi nel senso dell'esclusione della natura di arbitratori dei collegi disciplinati all'art. 24, R.D. n. 2578/1925, ed al contempo della qualificazione degli stessi, invece, come arbitri. Altro è, invero, l'elemento la cui adeguata valorizzazione consente di sciogliere con relativa sicurezza l'alternativa fra la riconduzione dell'istituto in esame, rispettivamente, al genus dell'arbitraggio ovvero a quello dell'arbitrato; peraltro, inducendo ad optare per la prima - anziché per la seconda - fra le soluzioni predette.

Il profilo da prendere a tal fine in considerazione è quello, che potrebbe dirsi "funzionale", relativo alla destinazione finalistica dell'attività del terzo, nel caso di specie, al completamento della disciplina di un rapporto giuridico in corso di formazione, in specie a mezzo della determinazione di un elemento costitutivo di quel rapporto rimasto sino ad allora imprecisato. Ed invero, la ragion d'essere dell'intervento dei collegi di cui all'art. 24 cit. va ravvisata nell'esigenza che all'esercizio del diritto di riscatto da parte dell'ente pubblico concedente possa far seguito in ogni caso, e così pure qualora le parti non siano in grado di pervenire ad una soluzione concorde in merito, la determinazione dell'indennità di riscatto spettante al privato ex concessionario; sicché la funzione di detti collegi consiste propriamente nel contribuire a delineare il contenuto di un rapporto giuridico non ancora compiutamente definito, mentre la soluzione del conflitto di interessi fra le parti non è che il mezzo grazie al quale la funzione predetta può essere in concreto espletata(36).

Ebbene: l'elemento così individuato vale - esso, sì - a connotare inequivocabilmente l'istituto in esame nell'ambito dell'alternativa fra la sussunzione di esso, rispettivamente, nel genus dell'arbitraggio ovvero dell'arbitrato; ciò in quanto, se può risultare opinabile la caratterizzazione di

una determinata fattispecie nell'uno o nell'altro senso ogniqualvolta essa sia giustificata con le caratteristiche del conflitto di interessi che il terzo si trova a dover dirimere, non v'è invece dubbio alcuno che l'incompletezza del rapporto giuridico sul quale la determinazione del terzo interviene con funzione integrativa costituisca un indice tale da deporre, univocamente, per la natura di arbitratore di quel soggetto(37).

È dunque quest'ultimo, in definitiva, l'argomento dirimente onde escludere la natura propriamente arbitrale dei collegi disciplinati all'art. 24, R.D. n. 2578/1925, e ricondurre gli stessi, invece, alla figura dell'arbitratore(38).

Segue. Le peculiarità della fattispecie rispetto al modello generale dell'art. 1349 c.c.

Nel prospettare la sussumibilità dell'istituto in esame nella fattispecie dell'arbitraggio, non si intendono tuttavia disconoscere, d'altra parte, le rilevanti peculiarità che connotano i collegi di cui all'art. 24, R.D. n. 2578/1925 rispetto alla fisionomia generale dell'arbitratore, quale si desume dall'art. 1349 c.c. Tali particolarità sono, invero, d'immediata evidenza, ed attengono essenzialmente al fondamento - negoziale, o invece normativo - su cui poggia il rilievo giuridico della determinazione del terzo nonché, specularmente, alle caratteristiche del rapporto giuridico il cui contenuto quest'ultima contribuisce a forgiare. Viene in considerazione, a tal proposito, l'opinione di quella autorevole dottrina che ha ritenuto di dover delineare una autonoma figura c.d. di arbitraggio necessario di diritto pubblico, qualificata rispetto alla fattispecie di arbitraggio del codice civile da una relazione analoga a quella sussistente, rispettivamente, fra l'arbitrato obbligatorio e l'arbitrato volontario del codice di rito; più in particolare, l'essenza della figura in parola è stata individuata nell'imposizione ex lege dell'intervento di un organo estimatore, a composizione paritetica, cui sia demandata la valutazione (imparziale, e basata su criteri tecnici) di un elemento ancora indeterminato nell'ambito di un negozio di diritto pubblico in via di formazione(39). E, del resto, non mancano in dottrina le espresse prese di posizione nel senso della riconducibilità alla - così individuata - categoria di arbitrato necessario, fra l'altro, dei "collegi arbitrali" ex art. 24, R.D. n. 2578/1925(40).

Ebbene: a prescindere dall'opinione che si ritenga di dover accogliere quanto all'opportunità o meno di enucleare una autonoma figura di arbitraggio qualificata nei predetti termini, è per lo meno indubbio che la fisionomia dell'istituto dell'arbitraggio necessario di diritto pubblico, così come delineata dai suoi fautori, consente di far luce sulle peculiarità che connotano (fra l'altro) i collegi di cui all'art. 24, R.D. n. 2578/1925 rispetto alla figura generale dell'arbitratore di diritto privato.

Il tratto caratterizzante essenziale della fattispecie disciplinata all'art 24 cit., che la qualifica rispetto al modello dell'arbitraggio come tratteggiato all'art. 1349 c.c., consiste, com'è evidente, nella "necessarietà", ovvero "obbligatorietà"; nella circostanza, in altri termini, che l'intervento del terzo non trovi in tal caso fondamento nella concorde manifestazione di volontà delle parti di rimettersi alla determinazione del terzo medesimo, ma si giustifichi invece, unicamente, in virtù di una disposizione di legge che prescrive autoritativamente il ricorso a tale soggetto. Ciò che spiega, peraltro, la circostanza che l'attività del terzo sia concepita, nel contesto in esame, come strumento suppletivo dell'accordo delle parti per la determinazione di un aspetto del rapporto che sottende valutazioni di carattere squisitamente tecnico(41); invero, è proprio con riferimento a profili di questo genere che il legislatore (necessariamente: ragionando in termini astratti), può ravvisare a priori l'utilità della previsione dell'intervento di un soggetto terzo, magari dotato di specifiche conoscenze tecniche, il quale sopperisca all'irriducibile discordanza che dovesse in ipotesi manifestarsi fra il punto di vista dei soggetti coinvolti(42).

Ancora, ed anche in tal caso quale riflesso del fondamento - non negoziale - dell'attività dell'arbitratore, la fattispecie di arbitraggio in esame si distingue dalla figura generale dell'art. 1349 c.c. sotto il profilo della cornice entro la quale l'intervento del terzo si colloca, e così del rapporto giuridico il cui contenuto costui contribuisce a determinare. Da questo punto di vista, i collegi di cui all'art. 24, R.D. n. 2578/1925 si caratterizzano per il fatto che la relativa determinazione non è affatto finalizzata - come accade, invece, nei casi di arbitraggio volontario di diritto comune - alla delineazione dell'oggetto di un diritto di fonte contrattuale, e così al completamento del contenuto di un contratto che le parti hanno voluto concludere. Diversamente, ai suddetti organismi è demandata la definizione nel quantum di un diritto di credito - quello, avente ad oggetto l'indennità di riscatto - di cui il privato diviene titolare ex lege, in specie per effetto dell'esercizio del diritto di riscatto da parte dell'ente pubblico concedente(43); sicché, nel caso in esame, la determinazione del terzo rileva quale elemento integrativo del contenuto di una regolamentazione alla quale non può riconoscersi, in sé, natura contrattuale - se non, al più, avuto riguardo alla circostanza dell'inserirsi di quella regolamentazione nella più ampia cornice del rapporto di concessione del quale costituisce l'epilogo -. Considerato, poi, che l'importo dell'indennità di riscatto risulta dal contenuto degli atti mezzo dei quali la p.a. esercita il diritto di riscatto e delibera l'assunzione diretta del servizio(44), ben può dirsi che la determinazione del terzo individua, altresì, l'elemento di un atto (non autoritativo)(45) della pubblica amministrazione(46). Ciò che preme a questo punto ulteriormente ribadire è che le peculiarità della fattispecie in esame, per quanto innegabili, non escludono tuttavia la possibilità di ravvisare, anche con riferimento ad essa, quello che è stato individuato come il tratto distintivo caratterizzante l'istituto dell'arbitraggio; ovvero, la funzionalizzazione del dictum del terzo alla delineazione compiuta della fisionomia di un rapporto giuridico che, allo stato, non risulta ancora ultimata. A conforto della soluzione cui si è così pervenuti, sembra potersi peraltro addurre un significativo elemento di diritto positivo, in specie desunto dalla disciplina dettata dal codice civile per il recesso del socio dalla società. In particolare, vengono in considerazione quelle disposizioni, introdotte in occasione della riforma del diritto societario di cui al D.Lgs. n. 6/2003, che con riferimento alla determinazione del valore di liquidazione delle azioni, ovvero del rimborso delle partecipazioni, per cui il socio - rispettivamente, di una s.p.a. ovvero di una s.r.l. - esercita il diritto di recesso, prescrivono l'intervento, "in caso di disaccordo" fra le parti(47), di un esperto nominato dal tribunale. Ebbene: sembra essere alquanto significativa la circostanza che il legislatore, nel disciplinare le modalità di determinazione del quantum di un diritto, quale è quello facente capo al socio recedente nei confronti della società, che è - anch'esso - un diritto di credito sorto ex lege per effetto dello scioglimento "potestativo" di un vincolo negoziale, abbia rimesso tale determinazione ad un soggetto terzo, in specie disponendo che "si applica in tal caso il primo comma dell'art. 1349 c.c."(48); invero, avuto riguardo a quest'ultimo inciso, non è seriamente contestabile che la fattispecie de qua abbia natura di arbitraggio, che dunque è in tal caso imposto da una disposizione - per quanto, non imperativa - del codice civile.

Segue. La non significatività delle indicazioni di segno diverso desumibili dai lavori preparatori

Rimane a questo punto da prendere posizione in merito all'obiezione, cui la prospettata riconducibilità della fattispecie in esame all'istituto dell'arbitraggio indubbiamente presta il fianco, per cui una qualificazione siffatta sarebbe contrastata dall'esplicito convincimento del legislatore storico di introdurre, a mezzo della disposizione di cui all'art. 24, R.D. n. 2578/1925 - rectius: a mezzo della disposizione di cui all'art. 25, L. n. 103/1903, che l'art. 24 cit. ripropone letteralmente - , una particolare figura di arbitrato(49).

Orbene: risponde in effetti al vero che la disamina dell'intentio legis fa propendere per la configurazione dei collegi deputati alla determinazione dell'indennità di riscatto, nella mente del legislatore storico, come peculiari collegi arbitrali. Agli indici che si evincono in tal senso dalla

lettera della legge (a cominciare dalla designazione dei soggetti in questione, per l'appunto, come collegi composti da "arbitri")(50), si aggiungono ulteriori elementi - di segno conforme - risultanti dai lavori preparatori della L. n. 103/1903(51); in particolare, dalla documentazione del dibattito parlamentare che ha condotto alla formulazione definitiva del testo legislativo, si evince che i conditores concepirono la determinazione del quantum dell'indennità di riscatto ad opera del "collegio arbitrale" come soluzione alternativa al processo dinanzi al giudice statale ordinario, e d'altra parte a quest'ultima preferibile in considerazione, soprattutto, delle esigenze di celerità nonché di ricorso al criterio di giudizio equitativo (all'epoca, precluso al giudice statale)(52) che la disciplina della materia avrebbe dovuto - a loro avviso - soddisfare(53). Eppure, non sembra che all'intentio legis possa essere assegnato nel caso di specie un rilievo decisivo, o comunque preponderante rispetto al - diverso - criterio di qualificazione, sin qui valorizzato, incentrato sulle caratteristiche oggettive (in specie, funzionali) della figura in esame nonché, al contempo, sulla sistematica degli istituti così come attualmente configurati nell'ordinamento giuridico vigente(54).

Occorre invero tener conto della presumibile insussistenza, in capo al legislatore storico, di una piena consapevolezza teorica in merito alla portata dell'alternativa fra la riconduzione della fattispecie de qua, rispettivamente, alla categoria dell'arbitrato ovvero a quella dell'arbitraggio(55); ciò che si evince, se non altro, dall'uso promiscuo dei termini "arbitrato" ed "arbitraggio" che emerge da alcuni passaggi dei lavori preparatori(56). Del resto, è diffusa in dottrina la constatazione dell'insufficiente rigore - riflesso, a sua volta, della scarsa contezza sistematica - con cui le ipotesi di legge speciale che prescrivono il ricorso a figure lato sensu arbitrali, variamente denominate, sono state delineate dal legislatore(57).

A ciò si aggiunga, che i "collegi arbitrali" di cui all'art. 25, L. n. 103/1903 (successivamente: art. 24, R.D. n. 2578/1925), per quanto concepiti dai conditores come speciali figure di arbitro, non sono stati però assoggettati ad un regime modellato sulla disciplina generale dell'arbitrato contenuta nel codice di rito, la quale non risulta invero richiamata dalla disposizione predetta né in via generale né con riferimento a specifiche norme quali quelle in tema di deposito del lodo ai fini della pronuncia del relativo decreto di esecutorietà, o di mezzi di impugnazione esperibili avverso la decisione arbitrale(58); con la conseguenza, che non è nemmeno la disciplina dell'istituto a deporre inequivocabilmente nel senso della natura propriamente arbitrale di esso. Né - diversamente da quanto si è talora sostenuto - può ravvisarsi una effettiva corrispondenza strutturale fra la procedura per la determinazione dell'indennità di riscatto da parte dei collegi in parola ed il procedimento per arbitrato rituale come delineato dal(l'allora vigente) codice di rito del 1865, in specie con riguardo alla (presunta) configurazione di entrambi in duplice grado(59); ciò, in quanto lo svolgersi del giudizio di seconde cure - anch'esso - dinanzi agli arbitri anziché all'autorità giudiziaria statale non era affatto contemplato dalla disciplina allora vigente come configurazione ordinaria del giudizio arbitrale, bensì costituiva oggetto della (mera) facoltà, implicitamente riconosciuta alle parti in sede di stipula della convenzione d'arbitrato, di derogare in tal senso alla fisionomia tipica del procedimento arbitrale risultante dalle norme codicistiche(60).

Considerazioni conclusive

L'esito cui l'indagine in merito alla effettiva natura dei "collegi arbitrali" contemplati all'art. 24, R.D. n. 2578/1925 ha infine condotto, è di rilievo tutt'altro che trascurabile ai fini della soluzione della questione con la quale la pronuncia in commento è stata chiamata a misurarsi. Invero, la sussunzione dell'istituto in esame - secondo quella che sembra essere, dunque, la soluzione più coerente in una prospettiva d'indagine sistematica - nella fattispecie dell'arbitraggio, e così l'affermazione dell'inerenza dello stesso al terreno sostanziale piuttosto che a quello processual-giurisdizionale, vale di per sé a rimuovere ogni perplessità in punto di compatibilità della relativa disciplina con quelle disposizioni della Costituzione (quali sono, fra l'altro, gli artt. 24 e 102 Cost.) che concernono invece, per l'appunto, la tutela giurisdizionale dei diritti(61). Non solo: alla luce della prospettata

qualificazione dell'istituto, la questione di legittimità costituzione che nel caso di specie è stata posta al vaglio della Consulta dovrebbe ritenersi, prima ancora che infondata, anzitutto inammissibilmente proposta(62).

D'altro canto, non ci nascondiamo che una soluzione siffatta - per quanto, vale la pena di ribadirlo, probabilmente obbligata allorché ci si ponga in una prospettiva dogmaticamente rigorosa - non avrebbe potuto essere accolta dal Giudice delle leggi, per così dire, "a cuor leggero".

Si consideri invero, da un primo punto di vista, che le descritte incertezze relative alla qualificazione dell'istituto in esame (peraltro emblematiche della difficoltà di individuare una netta linea di confine fra ciò che è negozio e ciò che è processo, e così fra quanto è o meno ricompreso nell'ambito della garanzia del diritto di azione giurisdizionale) fanno sì che qualsiasi sia la soluzione ricostruttiva cui si ritenga di dover pervenire, essa risulti, comunque, in una certa qual misura opinabile. Al contempo, va considerato che la sussunzione dei "collegi arbitrali" di cui all'art. 24, R.D. n. 2578/1925 nel genus degli arbitratori potrebbe financo risolversi, in astratto, nella sottrazione della relativa determinazione a qualsiasi forma di controllo giurisdizionale(63); ciò in quanto, stante l'insussistenza nel testo dell'art. 24 cit. di un esplicito rinvio (peraltro, all'epoca in cui la disposizione è venuta in essere, nemmeno immaginabile) all'art. 1349 c.c.(64), non è affatto scontata la possibilità, per le parti, di assoggettare la valutazione del terzo - in specie quella definitiva, provenga essa dal collegio di primo grado ovvero da quello di seconde cure - al controllo sostitutivo del giudice statale ai sensi della suddetta disposizione codicistica(65).

Sicché, in definitiva, alla luce delle pesanti ripercussioni in termini di accesso alla giustizia statale che la (qui prediletta, ma pur sempre opinabile) qualificazione della figura in esame come ipotesi di arbitraggio avrebbe potuto in astratto comportare, la diversa soluzione accolta dalla Consulta risulta essere apprezzabile, se non altro, in una prospettiva - che potrebbe dirsi - di salvaguardia, "nel dubbio", delle garanzie; in virtù di tale soluzione, invero, la determinazione del quantum dell'indennità spettante al concessionario, che in forza del congegno di cui all'art. 24 commi 7°, 8° qualificato - ma, lo ribadiamo ancora, in base ad una soluzione tutt'altro che incontrovertibile - come ipotesi di arbitraggio, sarebbe rimasta affidata ad un regime potenzialmente idoneo a precludere in toto il ricorso delle parti all'autorità giudiziaria, può essere invece rimessa oggi, in virtù della libera opzione in tal senso dell'una o dell'altra parte, ad un processo di cognizione dinanzi al giudice statale. Certo, la prospettiva - dischiusa dalla sentenza in commento - di un giudizio avente ad oggetto la sola questione dell'ammontare di un diritto piuttosto che quest'ultimo pienamente inteso (e così, anzitutto, l'accertamento della sua esistenza), non può non destare qualche perplessità; ma, a ben vedere, è questo un ostacolo agevolmente superabile, se non altro in considerazione del fatto che la stessa situazione si verifica ogniqualvolta, a valle della pronuncia di una sentenza di condanna generica (eccezionalmente voluta dalle parti come) definitiva del giudizio(66), venga instaurato un secondo processo deputato - esclusivamente - alla determinazione del quantum(67). Piuttosto, il punto di vista va ribaltato, chiedendosi se non sia invece la struttura del processo di cognizione dinanzi al giudice statale ordinario, a risultare forse difficilmente compatibile con la disciplina del riscatto come complessivamente delineata dal legislatore nel R.D. n. 2578/1925. E, a tal proposito, le ragioni di perplessità sono effettivamente serie e gravi, tenuto conto che la quantificazione dell'indennità da parte dei "collegi arbitrali" di cui all'art. 24 del suddetto R.D., è soluzione nient'affatto assimilabile, né per modalità né per tempistiche, a quella consistente nell'affidamento di quella determinazione ad un processo a cognizione piena dinanzi al giudice statale; basti considerare che ai predetti collegi non è imposto ex lege alcuno specifico regime procedimentale e, ancora, che una delle più rilevanti motivazioni dell'introduzione degli stessi da parte del legislatore della L. n. 103/1903 (e della loro conservazione nel successivo R.D. n. 2578/1925) consiste nella maggior sollecitudine - rispetto al giudizio statale - che essi avrebbero assicurato(68). Sembra essere dunque reale il rischio che per effetto del mancato operare del meccanismo di determinazione

"arbitrale" dell'indennità originariamente contemplato dal legislatore, l'intera disciplina del riscatto delle concessioni di servizi pubblici risulti irrimediabilmente compromessa nella sua capacità di funzionamento(69); ma sul punto, evidentemente, non ci si può che rimettere alla concreta applicazione di cui l'art. 24 cit., come inciso dalla Consulta, verrà in concreto fatto oggetto.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

(1) Art. 24, R.D. 15 ottobre 1925 n. 2578 ("Approvazione del testo unico della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province"): "1) I comuni possono valersi delle facoltà consentite dall'art. 1° per i servizi che siano già affidati all'industria privata quando dall'effettivo cominciamento dell'esercizio sia trascorso un terzo della durata complessiva del tempo per cui la concessione fu fatta. Tuttavia i comuni hanno sempre diritto al riscatto quando siano passati venti anni dall'effettivo cominciamento dell'esercizio; ma in ogni caso non possono esercitarlo prima che ne siano passati dieci. 2) Qualora i comuni non facciano uso delle facoltà di riscatto nelle epoche sopra determinate, non possono valersene se non trascorso un quinquennio, e così in seguito di cinque in cinque anni. 3) Il riscatto deve essere sempre preceduto dal preavviso di un anno. 4) Quando i comuni procedono al riscatto debbono pagare ai concessionari un'equa indennità, nella quale si tenga conto dei seguenti termini: a) valore industriale dell'impianto e del relativo materiale mobile ed immobile, tenuto conto del tempo trascorso dall'effettivo cominciamento dell'esercizio e dagli eventuali ripristini avvenuti nell'impianto o nel materiale ed inoltre considerate le clausole che nel contratto di concessione siano contenute circa la proprietà di detto materiale, allo spirare della concessione medesima; b) anticipazioni o sussidi dati dai comuni, nonché importo delle tasse proporzionali di registro anticipate dai concessionari e premi eventualmente pagati ai comuni concedenti, sempre tenuto conto degli elementi indicati nella lettera precedente; c) profitto che al concessionario viene a mancare a causa del riscatto e che si valuta al valore attuale che avrebbero, nel giorno del riscatto stesso, al saggio dell'interesse legale, tante annualità eguali alla media dei profitti industriali dell'ultimo quinquennio, quanti sono gli anni per i quali dovrebbe ancora durare la concessione, purché un tale numero di anni non superi mai quello di venti. 5) L'importo di tali annualità si calcola sulla media dei redditi netti accertati ai fini dell'imposta di ricchezza mobile dell'ultimo quinquennio, tolti dal medesimo l'anno di maggiore e di minore profitto e depurato dell'interesse del capitale, rappresentato da ciò che si corrisponde al concessionario per i titoli di cui alle lettere a) e b) di questo articolo. 6) L'ammontare dell'indennità può essere determinato d'accordo fra le parti con l'approvazione della giunta provinciale amministrativa. 7) In mancanza dell'accordo decide in primo grado, con decisione motivata, un collegio arbitrale composto di tre arbitri, di cui uno è nominato dal consiglio comunale, uno dal concessionario ed uno dal presidente del tribunale nella cui giurisdizione è posto il comune. 8) Avverso la decisione di tale collegio, così il comune come il concessionario possono appellarsi ad un altro collegio di tre arbitri i quali saranno nominati dal primo presidente della corte d'appello e decideranno come amichevoli compositori...".

(2) La pronuncia in commento reca dunque in sé l'implicita affermazione della attuale - perdurante - vigenza delle disposizioni di cui al R.D. n. 2578/1925. A tal proposito va rammentato che l'art. 123, comma 3°, D.Lgs. n. 267/2000 ("Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali"), ove era disposto che "le norme del regio decreto 15 ottobre 1925, n. 2578 si applicano fino all'adeguamento delle aziende speciali alla disciplina del presente testo unico; si applicano altresì per l'esercizio del diritto di riscatto relativo ai rapporti in corso di esecuzione", è stato successivamente abrogato dall'art. 35, comma 12°, lett. g), L. n. 448/2001. Quanto poi alla prospettata abrogazione tacita dell'art. 24, commi 7° e 8° per effetto del sopraggiungere del vigente codice di rito, in specie motivata con la non compatibilità della disciplina in tema di arbitrato ivi contenuta con il peculiare regime dettato dall'art. 24 cit., v. infra, nt. 59.

(3) Sulla figura del c.d. arbitrato obbligatorio (detto anche "necessario", "legale" o "forzato"), il cui tratto caratterizzante consiste, per l'appunto, nell'identificarsi del fondamento dell'opzione arbitrale

con una norma di legge o comunque con una disposizione autoritativa (anziché con la volontà delle parti) v., per tutti, Biamonti, Arbitrato, in Enc. Dir., II, Milano, 1958, 893 e segg., spec. 930 e segg. e Carnacini-Vasetti, Arbitri, in Nuovo Dig. it., I, Torino, 1937, 648 e segg., spec. 705 e segg.

(4) A proposito degli orientamenti espressi dalla giurisprudenza costituzionale sul tema dell'arbitrato, in specie obbligatorio, cfr. Punzi, Disegno sistematico dell'arbitrato, I, Padova, 2000, 21 e segg.

(5) V. Corte cost., 14 luglio 1977 n. 127, in Leggi Civ. Comm., 1978, 559 e segg., con nota di Tavormina, e in Giur. It., 1978, I, 1, 1809 e segg., con nota di Scozzafava. In verità, la Consulta aveva espresso considerazioni analoghe già in occasione delle precedenti pronunce n. 50/1966 e n. 62/1968, anche se in quei casi aveva al contempo escluso che si fosse in presenza di un vero e proprio arbitrato obbligatorio.

(6) Il ravvisato contrasto con tale duplice precetto costituzionale rende poi superflua la disamina dell'ulteriore prospettato profilo di non compatibilità dell'arbitrato obbligatorio con la Costituzione, consistente nella presumibile contrarietà di esso al principio della precostituzione del giudice sancito all'art. 25 Cost.

(7) V. in tal senso, oltre alle pronunce menzionate alla nota precedente, anche le successive sentenze nn. 488/1991, 49/1994, 206/1994, 232/1994, 54/1996, 381/1997, 325/1998, 221/2005; e v. altresì Corte cost., n. 152/1996, ove si è ulteriormente precisato che non sono costituzionalmente legittime nemmeno le disposizioni di legge che pur ammettendo la deroga alla competenza arbitrale, la subordinino tuttavia all'accordo delle parti, posto che in tal modo l'arbitrato è reso pur sempre obbligatorio per il soggetto che non l'abbia voluto e ne sia risultato ciononostante soggetto per effetto della discorde volontà del proprio avversario.

(8) Il convincimento in merito alla non compatibilità dell'arbitrato obbligatorio con i principi sanciti dalla Costituzione italiana può dirsi, ad oggi, pressoché pacifico anche fra gli interpreti: v. sul punto, per tutti, Fazzalari, Contro l'arbitrato obbligatorio, in Riv. Arb., 1993, 215 e segg. Semmai, ciò che viene ipotizzato - sebbene, allo stato, in via meramente ipotetica -, è la possibilità di giustificare la legittimità costituzionale delle disposizioni di legge che devolvano determinate specie di controversie all'arbitrato facendo leva sull'attuale stato di crisi della giustizia civile, nel contesto del quale l'attività giurisdizionale svolta da soggetti privati potrebbe alleviare il carico di lavoro gravante sui giudici statali, con conseguente vantaggio in termini di effettività della tutela giurisdizionale e così in armonia col disposto dell'art. 24 Cost.: v. in tal senso Luiso, Diritto processuale civile, Milano, 2017, V, 116 (che ha cura di precisare, d'altra parte, come tali ipotesi siano meramente "futuribili") ed altresì, in una prospettiva analoga, Alpa, Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie, in Attualità forensi, 1997, 2, 40; ma v. anche, a questo proposito, Punzi, op. cit., I, 22 nt. 8, che osserva come un siffatto modo di argomentare non consentirebbe, comunque, di superare l'(ulteriore) ostacolo costituito dal principio di precostituzione del giudice sancito all'art. 25 Cost.

Va peraltro rammentato come il trattamento giuridico riservato all'arbitrato obbligatorio nell'ordinamento italiano non corrisponda affatto ad una soluzione unanimemente accolta in tutti i Paesi europei; al contrario, molti ordinamenti - evidentemente, nell'ambito di una diversa cornice di principi costituzionali - riconoscono tutt'oggi all'istituto piena legittimità ed anzi attribuiscono ad esso notevole importanza. D'altra parte, e di riflesso, la giurisprudenza C.e.d.u. è solita ritenere che l'arbitrato obbligatorio sia linea di principio del tutto compatibile col disposto dell'art. 6 par. 1 della Convenzione, fatta salva l'esigenza di verificare che siano rispettate - alternativamente, già nel giudizio davanti agli arbitri, o al più nel successivo giudizio di impugnazione a cognizione piena dinanzi al giudice statale - le garanzie procedimentali che la predetta norma convenzionale impone

(cfr. in arg., anche per ulteriori riferimenti, Consolo, L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, § 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in Riv. Dir. Civ., 1994, 453 e segg., spec. 459 e segg.).

(9) V., per tutti, Capaccioli, L'arbitrato nel diritto amministrativo, I, Padova, 1957, 120.

(10) Cfr., in tal senso, già Corte cost., n. 127/1977, cit. e in dottrina, per tutti, Cavallini, Profili costituzionali della tutela arbitrale, in Riv. Dir. Proc., 2003, 797 e segg.

(11) D'altra parte, si tende ad escludere che la compatibilità costituzione degli arbitrati obbligatori contemplati in norme di legge ordinaria possa essere salvata - semplicemente - a mezzo di una lettura costituzionalmente orientata del disposto normativo, che faccia salva la facoltà di ciascuna parte di adire il giudice statale (v. su punto Briguglio, Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2003, 81 e segg., spec. 88-89); sicché non stupisce che, nel caso di specie, la Consulta non si sia nemmeno soffermata sulla corrispondente eccezione di infondatezza della questione di legittimità costituzionale che la Presidenza del Consiglio dei ministri aveva sollevato (cfr. tuttavia, per una espressa presa di posizione in senso opposto, Corte cost., 13 aprile 2000 n. 115, in Riv. Arb., 2000, 275 ss., con nota di Auletta; e v. altresì - peraltro, con specifico riferimento alla disposizione di cui all'art. 24, R.D. n. 2578/1925 - Andrioli, L'arbitrato obbligatorio e la costituzione, in Giur. Cost., 1977, I, 1143 e segg., spec. 1148).

(12) Così Gallo, L'arbitrato ex art. 24 T.U. 15-10-1925 n. 2578 sulla municipalizzazione e la sua pretesa abrogazione ad opera del c.p.c., in Rass. Arb., 1973, 153 e segg., spec. 160; v. anche 166 nt. 35, 170, nonché 167 nt. 36, ove l'a. ne desume che il problema della legittimità costituzionale dell'istituto in relazione agli artt. 25 e 102 Cost. non ha, pertanto, nemmeno ragione di porsi. Conforme è l'opinione di chi ha sostenuto, in una prospettiva più generale, che solo con riferimento alle controversie relative a rapporti non contrattuali o paracontrattuali siano ipotizzabili dei veri arbitrati obbligatori, poiché "quando la controversia avesse per oggetto un contratto, la clausola compromissoria imposta dalla legge o da altra norma dovrebbe essere inserita nel contratto medesimo il che ci riporterebbe, in dipendenza della accettazione delle parti, all'arbitrato volontario": v. Vecchione, L'arbitrato nel sistema del processo civile, Napoli, 1953, 224 e segg., spec. 225-226.

(13) V., in questi termini, Luiso, op. cit., V., 116-117 (il quale evidenzia d'altra parte - sulla scorta dell'opinione prevalentemente accolta - come la prestazione di assenso al ricorso all'arbitrato, per quanto dunque necessariamente specifica, possa essere meramente implicita, ovvero consistente nel mancato esercizio della facoltà, riconosciuta a ciascuna delle parti, di sottrarsi ad una eventuale previsione eteronoma di arbitrato invocando l'intervento del giudice; contra, nel senso che una manifestazione di assenso meramente tacita non valga ad escludere la natura eteronoma della fonte dell'arbitrato, e la conseguente illegittimità di quest'ultimo, v. Fazzalari, Contro l'arbitrato obbligatorio, cit., 216-217). Cfr. altresì, per considerazioni convergenti, Tavormina, Commento a Corte cost. 14 luglio 1977, n. 127, in Leggi Civ. Comm., 1978, 563 e segg., spec. 569.

(14) Nonché, stando a quanto si legge nella sentenza in commento, dal Tribunale di Brescia, posto che esso, originariamente adito da Enel Sole s.r.l., ha ritenuto di dover declinare la propria competenza in favore del Collegio arbitrale milanese.

(15) V. Cass., Sez. un., 21 ottobre 1972 n. 3178, in Foro It., 1972, I, 3404 e segg. e in Giur. It., 1973, I, 1, 169 e segg. Invero, Cass., n. 3026/2002 riporta anche un ulteriore precedente della giurisprudenza di legittimità (Cass., 16 ottobre 1974, n. 2874, in Foro It., 1974, I, 3312 e segg.), che però contiene, a tal riguardo, un mero rinvio adesivo alla menzionata pronuncia delle Sezioni Unite.

(16) La natura di arbitrato rituale della figura disciplinata all'art. 24, R.D. n. 2578/1925 è affermata, per l'appunto motivando tale affermazione semplicemente a mezzo di rinvio a Cass., Sez. un., n. 3178/1972, cit., fra le altre, da: Cass., n. 2874/1974, cit.; App. Roma, 16 maggio 1973, in Foro It., 1973, I, 1935 e segg. (in tal caso, peraltro, in base a un richiamo anche formale a quanto statuito sul punto dalle Sezioni Unite, la cui pronuncia era stata resa fra le stesse parti e in sede di impugnazione del medesimo dictum arbitrale); Coll. arb. Brescia, 13 gennaio 1981, in Finanza locale 1981, 345 e segg., con nota di Trimeloni. Fra le pronunce che, nell'affrontare ulteriori specifiche questioni relative alla disciplina dell'istituto, danno financo per scontato che ci si trovi al cospetto di una fattispecie di arbitrato rituale, v. poi Coll. arb. Palermo, 22 marzo 1984, in Dir. Fall., 1984, II, 488 e segg. e Coll. arb. Livorno, 4 marzo 1973, in Foro It., 1974, I, 1207 e segg. Da segnalare, tuttavia, Cass., 7 agosto 1972 n. 2630, in Giust. Civ., 1973, I, 309 e segg., che giustifica con una propria argomentazione la qualificazione dei collegi arbitrali in questione come arbitri rituali, seppure considerando la sola alternativa fra una qualificazione siffatta e la riconduzione della figura - invece - alle ipotesi di giurisdizione speciale. Anche la dottrina si è talvolta espressa a favore della natura di arbitri rituali dei collegi di cui all'art. 24, R.D. n. 2578/1925, benché nel contesto di una indagine specificamente dedicata ad altri profili dell'istituto e, comunque, senza affrontare ex professo il problema qualificatorio; v.: Andrioli, op. cit., 1148, che muovendo dalla premessa (prospettata come pacifica) che quella in esame sia una fattispecie di arbitrato rituale obbligatorio, propone di correggere la relativa disposizione di legge in via interpretativa, in specie integrandola con l'affermazione del diritto di ciascuna delle parti di adire il giudice ordinario; D'Ovidio, Doppio grado di giudizio arbitrale, nota a App. Roma, 16 maggio 1973 n. 1290, in Arbitrati, 1972, 358 e segg., il quale affronta la questione della struttura del procedimento in esame (per l'appunto qualificato come "arbitrale"), proponendosi di dimostrare che non si tratterebbe di un giudizio arbitrale in duplice grado bensì di un'unica fase arbitrale complessa, ciò che renderebbe del tutto prive di ragion d'essere le preoccupazioni manifestate da una parte degli interpreti in merito alla compatibilità del procedimento con la sopraggiunta disciplina in tema di arbitrato contenuta nel codice di rito del 1940; Borsi, Le funzioni del comune italiano, in Orlando (a cura di), Trattato di diritto amministrativo, II, 2, Milano, 1915, 187, Capaccioli, op. cit., 100 e segg. e Camera-Magnani, Commento alla legge 29 marzo 1903 sulla assunzione dei pubblici servizi da parte dei comuni, Rocca S. Casciano, 1903, 173, che sebbene nulla affermando in merito alla natura dei collegi in esame, sostengono che essi debbano ritenersi disciplinati (per quanto non espressamente disposto dal R.D. n. 2578/1925) dalle norme in tema di arbitrato contenute nel codice di rito; La Torre, L'arbitrato nel diritto amministrativo, in Riv. Dir. Pubbl., 1935, I, 327 e segg., spec. 334, che annovera i collegi in parola fra gli esempi di organi arbitrali deputati alla determinazione di una indennità spettante ad un soggetto privato da parte della pubblica amministrazione; v. altresì a questo proposito Fazzalari, I processi arbitrali nell'ordinamento italiano, in Riv. Dir. Proc., 1968, 459 e segg., spec. 479 (sulla cui prospettazione ci si soffermerà infra: v. nt. 46).

(17) Per quanto riguarda i corollari che dovrebbero farsi derivare, in punto di ammissibilità e fondatezza della questione di legittimità costituzionale, dalla riconduzione dell'istituto alla figura dell'arbitrato irrituale, v. però più specificamente infra, nt. 62.

(18) In considerazione dell'esigenza - di valutare la compatibilità del disposto dell'art. 24, R.D. n. 2578/1925 coi principi costituzionali - cui la qualificazione dei collegi arbitrali ivi disciplinati è specificamente diretta, una soluzione che si limitasse ad attribuire a tali organi una natura atipica non potrebbe ritenersi soddisfacente (a tal proposito v. Gallo, op. cit., spec. 169, che pur riconoscendo la sussistenza di numerosi punti di contatto fra la disciplina dell'istituto in esame e quella dettata per le figure dell'arbitrato, dell'arbitraggio e delle giurisdizioni speciali, ritiene che ogni tentativo di riconduzione di esso ad una categoria tipica debba essere decisamente respinto).

(19) Si consideri, da questo punto di vista, che il sopraggiungere della Costituzione repubblicana (avuto in specie riguardo alle disposizioni di cui all'art. 102 e disp. trans. VI, comma 1°) ha investito di un significato nuovo la distinzione, sulla quale la dottrina e la giurisprudenza già si erano ampiamente soffermate, fra arbitrato obbligatorio e giurisdizione speciale; invero, alla luce del nuovo ordinamento costituzionale, il rilievo di quella distinzione, che precedentemente era in sostanza limitato all'individuazione degli effetti della decisione e alla delineazione del relativo regime impugnatorio, ha finito per investire la stessa possibilità di sopravvivenza dell'istituto che venga qualificato nell'uno o nell'altro senso (v., sul punto Tavormina, op. cit., 567).

(20) Per una ricognizione degli orientamenti interpretativi in merito cfr. anzitutto Vecchione, L'arbitrato nel sistema del processo civile, cit., 216 e segg.; cfr. altresì Biamonti, op. cit., 931 e segg. e Carnacini-Vasetti, cit., 706 e segg., a parere dei quali, peraltro, l'opzione per la qualificazione di una determinata fattispecie come giurisdizione speciale ovvero come arbitrato obbligatorio non potrebbe essere affidata a soluzioni uniformi di carattere generale.

(21) Nel senso che la natura di giurisdizione speciale - anziché di arbitrato obbligatorio - di un determinato istituto debba essere affermata attribuendo rilievo decisivo ai caratteri della preordinazione e della permanenza, nonché all'assenza di libertà delle parti in ordine alla scelta dei componenti del collegio giudicante (o, per lo meno, della maggior parte di essi) v., anzitutto, Calamandrei, Contributo alla teoria dell'arbitraggio necessario nel diritto pubblico, in Giur. It., 1924, I, 1, 759 e segg., spec. 765 e segg. V. poi, per l'attribuzione di rilievo decisivo al secondo dei predetti indici, e pluribus: Cass., 20 luglio 1951, n. 2030, in Foro It., 1952, I, 1555 e segg.; Cass., 27 aprile 1957 n. 1426, in Foro It., Rep. 1957, voce Arbitrato, n. 11; Cass., 27 giugno 1961 n. 1547, in Giust. Civ., 1095 e segg.; Cass., 21 ottobre 1961 n. 2311, in Foro It., Rep. 1962, voce Arbitrato, n. 29; C 20 novembre 1964 n. 2776, in Giust. Civ., 1965, 306 e segg.; Cass., n. 2630/1972, cit.; e v. altresì, in dottrina: La Torre, op. cit., 329 e Scialoja, Gli arbitrati liberi, in Riv. Dir. Comm., 1922, I, 496 e segg., spec. 507 nt. 1, nonché id., Nota a Cass., Sez. un., 6 agosto 1946 n. 1093, in Foro it., 1944-1946, I, 840; cfr. poi Satta, Procedura ex art. 24, comma 8° T.U. 15 ottobre 1925, n. 2578: arbitrato obbligatorio o giurisdizione speciale?, in Giur. It., 1973, I, 1, 169 e segg., spec. 169, a parere del quale il modo di nomina degli arbitri, pur non essendo un criterio assoluto, avrebbe però valore decisivo ogniqualvolta sia accompagnato da circostanze che portino a escludere in toto la possibilità di ricorso alla autorità giudiziaria. Cfr. infine, nel senso che sarebbero la permanenza e la preordinazione gli indici effettivamente dirimenti, Zanobini, L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici, in Orlando (a cura di), Trattato di diritto amministrativo, II, Milano, 1935, 594 n. 150. Difforme, l'opinione di chi ha ravvisato nel regime dell'efficacia esecutiva della decisione il criterio discretivo di riferimento (cfr. in tal senso Lipari, Sui criteri distintivi tra arbitrati obbligatori e giurisdizioni speciali, in Giur. It., 1925, I, 2, 297 e segg., spec. 299 e segg.); e, ancora, l'opinione di chi ha ritenuto di dover individuare quale indicatore decisivo della natura giurisdizionale il carattere di "esclusività" dell'organo giudicante (v. Mortara, Arbitrato obbligatorio: Giurisdizione speciale, in Giur. it., I, 1, 1936, 679 e segg., spec. 680; conf. Jamalio, Giurisdizione speciale, "arbitrato obbligatorio" e norme di recezione, in Giur. it., 1938, IV, 212 e segg., spec. 218 e segg., che portando tale opinione alle estreme conseguenze giunge ad affermare la reale natura di giurisdizione speciale delle fattispecie apparentemente qualificate come arbitrato obbligatorio, e così in definitiva l'inconsistenza di quest'ultima figura; una conclusione siffatta è altresì prospettata, per lo meno in forma dubitativa, anche da Guicciardi, Arbitrato rituale, arbitrato necessario, giurisdizione speciale, in Riv. Dir. Pubbl., I, 1943, 259 e segg., spec. 271 e segg.).

(22) Così Cass., n. 2630/1972, cit., 310. V. anche, nel senso che gli organi giudicanti di cui all'art. 24, R.D. n. 2578/1925 siano connotati dalla occasionalità e dalla nomina non integralmente eteronoma dei relativi componenti, Calamandrei, op. cit., 767 e Silvestri, Il riscatto delle concessioni amministrative, Milano, 1956, 230.

(23) V. però, a tal proposito Satta, Procedura ex art. 24, comma 8° T.U. 15 ottobre 1925 n. 2578: arbitrato obbligatorio o giurisdizione speciale?, cit., 169 e segg., il quale contesta la qualificazione come arbitrato obbligatorio riferita al procedimento di secondo grado ex art. 24, comma 8°, in specie ritenendo, in base ad una serie di elementi (ed in particolare, oltre alle modalità di nomina del collegio, il criterio di giudizio equitativo imposto dalla legge), che si sia in questo caso al cospetto, invece, di una ipotesi di giurisdizione speciale; in tal modo l'a. riconosce, implicitamente, di non avere alcuna obiezione da muovere alla qualificazione come arbitrato obbligatorio che sia riferita, invece, al (solo) procedimento di primo grado.

(24) È questo, come già evidenziato, l'approccio suggerito da una autorevole dottrina: v. supra, nt. 20.

(25) V. Cass., Sez. un., n. 3178/1972 cit., 3407 e segg. Sulla effettiva condivisibilità dell'argomentazione delle Sezioni Unite, in specie per quanto concerne la reale portata degli indici valorizzati, nonché - soprattutto - la riconduzione dell'istituto in esame, in positivo, alla categoria dell'arbitrato rituale obbligatorio, v. però infra.

(26) Cfr. Cass., Sez. un., n. 3178/1972 cit., 3407, in espressa adesione alla presa di posizione in tal senso da parte di Satta, nel parere pro veritate che egli aveva reso su incarico delle amministrazioni ricorrenti (e v. infatti, per un analogo rilievo, Satta, Procedura ex art. 24, comma 8° T.U. 15 ottobre 1925 n. 2578: arbitrato obbligatorio o giurisdizione speciale?, cit., 169, ove si legge che "nella specie ... si ricorre al collegio perché risolva autentiche e gravi controversie di carattere giuridico, come si evince dalla stessa legge che stabilisce i termini dei quali si deve tenere conto nella determinazione dell'indennità di riscatto, e come dimostrano in concreto il presente conflitto e le questioni sottoposte al collegio, in primo e secondo grado. Il quantum dovuto è la risultante della soluzione delle controversie, che pertanto ne costituiscono il presupposto, e sono il vero oggetto del giudizio. Siamo quindi palesemente fuori dell'arbitraggio").

(27) Come noto, la dottrina - soprattutto in epoca meno recente - ha talvolta ravvisato nel conflitto di interessi, financo, un tratto caratterizzante strutturale della figura dell'arbitraggio. Fra le prese di posizione in tal senso, peraltro non univoche (cfr. sul punto, anche per ulteriori riferimenti, per tutti: Zuddas, L'arbitraggio, Napoli, 1992, 83 e segg. e Carnacini-Vasetti, op. cit., 689 e segg.), basti qui rammentare quella di Carnelutti, in specie laddove l'a. osserva che "se le parti determinano meno strettamente, con la loro volontà, il rapporto, e rimettono la determinazione al terzo, questo significa che permane fra loro, nell'orbita del difetto di determinazione, il contrasto; se non permanesse, procederebbero alla determinazione da sé" (v. Carnelutti, Arbitrato estero, in Riv. dir. comm., 1916, I, 374 e segg., spec. 398; conf. id., Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro, Padova, 1927, 14). V. anche, per un analogo rilievo, Satta, Commentario al codice di procedura civile, IV, 2, Milano, 1971, 191; e v. altresì, più di recente, Punzi, op. cit., I, 38 e segg., spec. 38 nt. 20: l'a., nel motivare il convincimento secondo cui anche l'arbitraggio - al pari dell'arbitrato - sarebbe connotato dalla sussistenza di una res litigiosa, osserva che "se la situazione fosse [invece] pacifica, non si comprende perché mai le parti non provvedano direttamente alla determinazione di quell'elemento del contratto e, invece, debbano sopportare i costi inevitabili e la perdita di tempo, anch'essa inevitabile dell'arbitraggio".

(28) Il riferimento al concetto di "controversia giuridica" è, poi, financo esplicito nella presa di posizione di quell'autore, il Satta, al cui parere pro veritate le Sezioni Unite si sono, sul punto, espressamente allineate (v. Satta, Procedura ex art. 24, comma 8° T.U. 15 ottobre 1925 n. 2578: arbitrato obbligatorio o giurisdizione speciale?, cit., 169 - cfr. supra, nt. 26 -).

(29) L'alternativa - fra generico conflitto di interessi e controversia giuridica stricto sensu intesa - così ipotizzata ricorda da vicino quella, teorizzata da Carnelutti, fra "controversia economica" (o

"conflitto di interessi semplice") e "controversia giuridica" (ovvero, vera e propria "lite"), il cui elemento discriminante era individuato dall'a. nelle modalità di soluzione della controversia medesima, e più precisamente nella circostanza che solo nel secondo caso - e non anche nel primo - il conflitto fra le parti avrebbe potuto trovare soluzione, in difetto di accordo, grazie ad un provvedimento del giudice (v. Carnelutti, Arbitri e arbitratori, in Riv. Dir. Proc. Civ., 1924, I, 121 e segg., spec. 123 e segg.; id., Arbitrato estero, cit., 397 e segg.); a questo proposito, v. anche infra nt. 37.

(30) V. Cass., Sez. un., n. 3178/1972 cit., ibidem.

(31) In effetti, è in tal senso che le Sezioni Unite hanno inteso, verosimilmente, l'attributo di "giuridicità" individuato come proprio delle norme e dei principi in base ai quali il conflitto fra le parti deve essere nel caso di specie risolto; è significativa, a riprova di ciò, la circostanza che lo stesso convincimento si trovi espresso, ed in termini maggiormente espliciti, in Satta, Procedura ex art. 24, comma 8° T.U. 15 ottobre 1925 n. 2578: arbitrato obbligatorio o giurisdizione speciale?, cit., 169 (v. in proposito supra, nt. 26); v. anche sul punto Coll. arb. Brescia, 13 gennaio 1981, cit., 355-356, laddove, nel richiamare Cass., Sez. un. n. 3178/1972, si afferma che l'arbitraggio "non può consistere nelle risoluzioni di controversie, mediante l'applicazione di criteri indicati dalla legge, come avviene ai sensi dell'art. 24 T.U. 2578/25, perché, in tal caso, l'attività stessa, pur integrando un determinato rapporto in un suo elemento - l'entità dell'indennizzo - si risolve sostanzialmente in un giudizio, il che, evidentemente, è incompatibile con l'arbitraggio".

(32) Il solo profilo di valutazione giuridica ex lege prescritto sembra essere quello relativo alle "clausole che nel contratto di concessione siano contenute circa la proprietà [del] materiale, allo spirare della concessione medesima" (cfr. art. 24, comma 4°: v. supra, nt. 1); ma è evidente che questo elemento non sia di per sé solo sufficiente a spostare i termini della questione.

(33) Per l'osservazione che qualsiasi questione di fatto la quale si ponga in relazione con un conflitto relativo a diritti soggettivi ha, per definizione, un sostrato di natura prettamente giuridica, si fa rinvio in particolare a Kassis, Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international, I, Paris, 1987, 143.

(34) La parziarietà, in tal senso, dell'oggetto del giudizio, non vale d'altra parte ad escludere che il contrasto fra le parti possa essere configurato in termini di controversia su diritti (così come non esclude che un contrasto siffatto possa essere autonomamente reso oggetto di un giudizio ordinario di cognizione oppure - ed in tal caso con ancor meno riserve - di un procedimento arbitrale: in proposito v. anche infra).

(35) È stato osservato, a proposito del conflitto di interessi fra le parti che affidano all'arbitratore la determinazione del quantum di una prestazione, che solo apparentemente esso ha rilievo solo economico, posto che anche in tal caso sussiste - a ben vedere - una vera e propria lite in senso giuridico: cfr. Punzi, op. cit., I, 39 e segg., ove si evidenzia altresì come la caratterizzazione in senso giuridico del conflitto di interessi devoluto alla soluzione dell'arbitratore sia ancor più evidente laddove questi abbia il compito di determinare un elemento contrattuale complesso, come ad es. l'ammontare del corrispettivo col regime degli adempimenti e delle correlative sanzioni a carico di una delle parti contraenti.

(36) V., espressamente nel senso che la funzione del "collegio arbitrale" consista, nel caso di specie, non già nel comporre una lite, bensì nell'emettere un giudizio di stima in sostituzione del mancato accordo, sì da precisare un elemento lasciato indeterminato, Silvestri, op. cit., 232 e segg., spec. 232. L'a. evidenzia, peraltro, come la situazione sarebbe diversa qualora - come del resto è disposto con riferimento ad altre ipotesi di riscatto di concessioni amministrative - l'intervento del terzo si ponesse a valle della previa quantificazione dell'indennità che la legge rimettesse, in prima battuta,

alla determinazione unilaterale del soggetto riscattante; invero, in questa seconda ipotesi, l'attività svolta dal terzo consisterebbe e si esaurirebbe, a tutti gli effetti, nella definizione di una controversia (che, altrimenti, dovrebbe essere risolta dal giudice ordinario) relativa all'esattezza della misura del corrispettivo come determinata dall'ente riscattante (op. cit., 236-237).

(37) Il convincimento secondo cui è nella funzione sostitutiva delle parti nella determinazione di uno o più elementi di un rapporto giuridico allo stato incompleto che va individuato il tratto essenziale caratterizzante la figura dell'arbitraggio - idoneo a distinguerlo dall'arbitrato, in specie libero - può dirsi del resto, per lo meno oggi, unanimemente condiviso (v. in tal senso, anzitutto: Vecchione, L'arbitrato nel sistema del processo civile, cit., 67 e segg.; Schizzerotto, Arbitrato irrituale e arbitraggio, Milano, 1963, 257 e segg.; Marani, In tema di arbitrato, arbitraggio, perizia contrattuale, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1983, 610 e segg.; Punzi, op. cit., I, 34-35, 38; Gabrielli, Il contratto di arbitraggio, in Gabrielli-Luiso (a cura di), I contratti di composizione delle liti, Milano, 2005, II, 1143 e segg., spec. 1151 e segg.; conforme, l'opinione della dottrina francese: cfr. sul punto, anche per ulteriori riferimenti, Marinelli, La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali, Torino, 2002, 48-49 nt. 107; con riguardo invece allo stato del dibattito in epoca meno recente, si rinvia a Carnacini-Vasetti, op. cit., 691 e segg.). Quanto all'ulteriore specificazione, che talvolta si rinviene in sede di descrizione della figura dell'arbitraggio, per cui esso non sarebbe invece destinato alla soluzione di controversie giuridiche (cfr. a tal proposito, fra gli altri, Biamonti, op. cit., 935, 950 e segg. e Zuddas, op. cit., 84), va considerato che una volta individuato quale tratto caratterizzante essenziale dell'istituto - per l'appunto - la funzione di completamento di un rapporto giuridico in via di formazione, pure la nozione di "controversia giuridica" viene ad assumere dei contorni definiti: in questa accezione, invero, risulta essere "giuridica" la controversia che, per il fatto di innestarsi su di un rapporto giuridico preesistente, ha ad oggetto delle situazioni giuridiche soggettive perfette, già compiutamente delineate in tutti i loro elementi (cfr. sul punto, in termini particolarmente nitidi, Kassis, op. cit., 171-172, il quale evidenzia che, se indubbiamente una situazione di contrasto fra le parti può sussistere anche nel caso dell'arbitraggio, essa non può consistere in una controversia giuridica "dans la mesure où il n'y a pas de droit litigieux dont l'une ou l'autre se prévaut; ni l'une ni l'autre ne peut prétendre à un droit à la conclusion d'un contrat qui est en train d'être créé, sans que sa création soit pourtant achevée"). È peraltro significativa la circostanza che lo stesso Carnelutti, nell'individuare l'elemento discretivo fra arbitrato ed arbitraggio nel carattere di vera e propria controversia giuridica - anziché di mero conflitto di interessi - del contrasto sussistente fra le parti (v. supra, nt. 29), finisca poi per identificare il carattere giuridico del conflitto, in definitiva, con la finalizzazione di quest'ultimo all'individuazione di quale fra gli interessi delle parti sia "già protetto dal diritto obiettivo", riservando invece all'arbitratore il compito di "comporre il conflitto [degli] interessi mediante la costituzione o il completamento di un (nuovo) rapporto" (v. Carnelutti, Arbitrato estero, cit., 402).

(38) Quanto all'obiezione, che in astratto potrebbe essere a questo punto sollevata, per cui l'argomentazione svolta imporrebbe in verità di riservare la qualifica di arbitratore al collegio di cui al comma 7° - posto che quello disciplinato al comma successivo pronuncia, pur sempre, a valle della già avvenuta quantificazione dell'indennità -, sembra che essa trascuri di considerare come nulla osti alla configurazione di un arbitraggio in duplice grado (a quest'ultimo proposito v., - implicitamente - in senso conforme, Scialoja, Gli arbitrati liberi, cit., 505 nt. 2; contra, sebbene a proposito di una fattispecie diversa, Lipari, op. cit., 305); del resto, l'attribuzione ai due predetti organismi di una natura omogenea, oltre ad apparire come la soluzione maggiormente sensata, corrisponde altresì alle indicazioni che si desumono dal dato normativo, ove il rapporto fra i due collegi è descritto in termini, rispettivamente, di "appello" avverso la decisione presa "in primo grado".

Preme inoltre precisare, sempre a proposito della prospettata riconduzione dell'istituto oggetto di disamina al genus dell'arbitraggio, che l'alternativa qualificatoria consistente nell'assimilazione dello

stesso - invece - alla figura della perizia arbitrale non ha, a ben vedere, nemmeno ragione d'essere vagliata. Invero, anche supponendo di poter individuare, quale elemento distintivo di quest'ultima figura, il carattere tecnico della valutazione rimessa al terzo (elemento, questo, che per le ragioni sopra evidenziate è però in linea astratta non agevole da definirsi), ovvero l'assenza di discrezionalità in capo a detto soggetto (v. però, per convincenti considerazioni in merito alla piena compatibilità dell'oggetto tecnico della valutazione con la discrezionalità rimessa al soggetto che la compie Marinelli, La natura dell'arbitrato irrituale, cit., 137), si dovrebbe poi comunque riconoscere, con la dottrina prevalente, che si è al cospetto di fattispecie riconducibili pur sempre, dal punto di vista strutturale, alternativamente alla figura dell'arbitrato ovvero dell'arbitraggio (cfr., a proposito della non rinvenibilità, con riferimento alla perizia contrattuale, di elementi caratterizzanti strutturali che la distinguano dalle predette figure tipiche, per tutti: Vecchione, L'arbitrato nel sistema del processo civile, cit., 70 e segg. e Schizzerotto, op. cit., 261 e segg.; cfr. altresì in proposito, anche per ulteriori riferimenti: Marinelli, ibidem; Nardelli, Patto di perizia contrattuale ed eccezione di arbitrato, in Giur. It., 1994, I, 2, 1188 e segg.; Punzi, op. cit., I, 35-36, 40-41; più in generale, sul tema della perizia contrattuale, cfr. ampiamente Bove, La perizia arbitrale, Torino, 2001).

(39) Così Calamandrei, op. cit., 773 e segg., spec. 775, che per primo ha delineato compiutamente la figura, in specie riferendola al collegio incaricato di stabilire l'indennità di espropriazione ai sensi dell'art. 10 della L. 22 giugno 1913 n. 702, nonché "ad altre disposizioni analoghe di altre leggi speciali". Va peraltro precisato come a quell'epoca, vigente il codice civile del 1865, la fattispecie dell'arbitraggio di diritto privato non era espressamente disciplinata in una disposizione normativa di portata generale, corrispondente a quella contenuta, oggi, nell'art. 1349 c.c. (v. in proposito Gabrielli, op. cit., 1144 e Carnacini-Vasetti, op. cit., 690); tant'è vero che l'a. predetto, al fine di individuare la figura di arbitraggio della quale il c.d. arbitraggio necessario di diritto pubblico costituirebbe il corrispondente "obbligatorio" e "pubblicistico", ne indica quale riferimento normativo l'art. 1454 c.c., dettato in materia di contratto di compravendita ed avente contenuto analogo a vigente art. 1473 c.c.

L'intuizione di Calamandrei - e, così l'opportunità di isolare una specifica figura di arbitraggio necessario di diritto pubblico - è poi strenuamente difesa da Vecchione, L'arbitrato nel sistema del processo civile, cit., 229 e segg.; e v. altresì, di opinione conforme, Silvestri, op. cit., 233-234. Altra dottrina ha invece sostenuto (peraltro, con argomentazioni poco persuasive: v. sul punto Vecchione, ibidem) che l'elemento della coazione sarebbe concettualmente incompatibile con la fattispecie dell'arbitraggio, e ne ha desunto l'essenza di vero e proprio arbitrato di quello che si vorrebbe qualificare come arbitraggio necessario (cfr. Lipari, op. cit., 297-298 nt. 3, alla cui opinione sembrano prestare implicita adesione anche Carnacini-Vasetti, op. cit., 707 e Jamalio, op. cit., 214); analogamente, ravvisa nella figura un'"intima contraddittorietà" anche Capaccioli, op. cit., 101 nt. 74.

(40) Cfr. in tal senso, anzitutto, Silvestri, op. cit., 232 e segg., ad esito di una accurata disamina delle caratteristiche proprie della determinazione arbitrale cui è ex lege affidata la quantificazione dell'indennità di riscatto della concessione amministrativa. Quella in esame è poi espressamente menzionata come fattispecie esemplificativa della figura dell'arbitraggio necessario di diritto pubblico da Vecchione, L'arbitrato nel sistema del processo civile, cit., 231 nt. 3; e v. altresì, per l'esplicita menzione della determinazione dell'indennità di riscatto dovuto a seguito di municipalizzazione dei servizi pubblici fra i casi di "arbitraggio", in quanto tali non sussumibili fra le ipotesi di "arbitrato vero e proprio", Scialoja, Gli arbitrati liberi, cit., 504-505 nt. 2 (il quale non fa tuttavia riferimento alla più specifica categoria dell'arbitraggio necessario di diritto pubblico, che all'epoca non era stata ancora enucleata). V. poi, a tal proposito, Gallo, op. cit., 169, che pur riconoscendo nei collegi di cui all'art. 24, R.D. n. 2578/1925 dei significativi punti di contatto - fra l'altro - con l'arbitraggio, ritiene d'altra parte che essi non siano sufficienti per qualificare in tal senso

la figura in esame. Cfr. infine, per una presa di posizione contraria alla sussumibilità dei collegi de quibus nella categoria dell'arbitrato necessario di diritto pubblico, Capaccioli, op. cit., 101 nt. 74 (il quale peraltro, come già evidenziato, nega la possibilità stessa di ipotizzare una figura di arbitraggio imposto dalla legge).

(41) Corrispondentemente, anche il concetto di "equità" cui ha riguardo l'art. 24, comma 8° allorché prescrive al collegio arbitrale ivi disciplinato di decidere come "amichevole compositore", è qualcosa di diverso dall'equità c.d. mercantile, e fa piuttosto riferimento al carattere necessariamente approssimativo di una valutazione - quella relativa all'ammontare dell'indennità di riscatto - che il legislatore ha ritenuto essere particolarmente complessa ed al contempo intrisa di discrezionalità, sia tecnica che economica (cfr., per rilievi conformi, anche Cass., Sez. un., n. 3178/1972, cit., 3409-3410 nonché, in dottrina, Borsi, op. cit., 185 e conf. Silvestri, op. cit., 223 nt. 93; lo stesso emerge anche dai lavori preparatori: v. Collezione legislativa Anidel, Serie Atti e discussioni parlamentari, Municipalizzazione dei pubblici servizi, Roma, 1961, spec. 584). Che la valutazione predetta sia stata intesa dal legislatore come strutturalmente approssimativa, si evince peraltro anche dalla circostanza che l'art. 24, comma 4°, nell'indicare i parametri di riferimento per la quantificazione dell'indennità di riscatto, designa al contempo quest'ultima come "equa"; con la conseguenza, che già il collegio di primo grado, per quanto in astratto tenuto a porre in essere una valutazione basata sui criteri ex lege indicati piuttosto che ispirata all'equità, è in sostanza chiamato a fare applicazione di quei criteri in modo elastico (a tal proposito, è stato peraltro osservato che la scelta del legislatore di non imporre il criterio di giudizio equitativo - già - al collegio di prima istanza, si spiegherebbe soltanto con la volontà del legislatore medesimo di assicurare che la decisione di quest'ultimo sia corredata da una motivazione completa e analitica, sì da consentire un adeguato controllo da parte del giudice di secondo grado: v. Borsi, ibidem; e v. altresì, in arg., D'Ovidio, op. cit., 360, ed ivi il rilievo che la prevalenza conferita alla seconda pronuncia sarebbe spiegabile "con l'opportunità di valorizzare, in caso di insoddisfazione per la prima decisione, la maggiore rispondenza dell'aequitas sia alla sensibilità sociale, normalmente diffidente di fronte alle rigoristiche astrazioni dello jus, sia alla non formalistica concretezza dell'arbitrato"). La considerazione della premessa - quanto al carattere necessariamente approssimativo della quantificazione dell'importo dell'indennità di riscatto - dalla quale il legislatore ha dunque, verosimilmente, preso le mosse, consente probabilmente anche di spiegare per quale ragione il regolamento di esecuzione del testo unico di cui al r.d. n. 2578/1925 attribuisca invece la valutazione dello stato di consistenza dell'impianto - evidentemente ritenuta, questa sì, suscettibile di una stima rigorosa -, in difetto di accordo delle parti, ad un collegio di "periti" (v. art. 10, D.P.R. n. 902/1986).

(42) D'altra parte, non v'è ragione di ritenere che il carattere tecnico della valutazione rimessa al terzo sia incompatibile con i caratteri strutturali dell'arbitraggio: v. per tutti Marinelli, La natura dell'arbitrato irrituale, cit., 137.

(43) Cfr. Silvestri, op. cit., passim, ove si evidenzia come la legge attribuisca in tal caso alla pubblica amministrazione, nell'ambito di un rapporto - di concessione - paritetico, un diritto (che l'a. qualifica come) potestativo, quello di "riscatto", il cui esercizio determina la risoluzione anticipata del rapporto di concessione, ed al contempo il sorgere ex lege di un rapporto giuridico di credito-debito, avente natura privatistica, intercorrente fra l'ente pubblico ed il soggetto privato ex concessionario.

(44) A proposito della necessaria concomitanza - ancorché non implicante, altresì, una immancabile coincidenza cronologica - fra questi due atti v., per tutti, Silvestri, op. cit., 176-177, ove si evidenzia come l'assunzione diretta costituisca l'antecedente logico necessario del riscatto, e così il presupposto legislativamente imposto affinché quest'ultimo possa essere esercitato.

In particolare, l'art. 25, R.D. n. 2578/1925 dispone che l'indennità sia indicata nel suo presumibile ammontare già nella deliberazione con cui il Consiglio comunale manifesta la volontà di esercitare

il diritto di riscatto, ed in particolare nel progetto di massima tecnico-finanziario ivi contenuto; ancora, la suddetta norma precisa che qualora, dopo la decisione favorevole della giunta provinciale amministrativa, l'ammontare definitivo dell'indennità venga determinato ai sensi dell'art. 24, commi 6°-8° (ovvero: d'accordo fra le parti, o ad opera dei "collegi arbitrali") in misura maggiore rispetto a quello presumibile posto alla base del piano di massima, occorre provocare una nuova deliberazione consiliare da sottoporre successivamente all'approvazione della g.p.a. (v. anche art. 217, R.D. n. 108/1904, abr.).

(45) Non c'è dubbio che la situazione giuridica facente capo al privato nei confronti dell'ente pubblico riscattante abbia natura di diritto soggettivo, anziché di interesse legittimo. Sul punto hanno peraltro preso posizione anche le Sezioni Unite nel loro arresto del '72; in specie laddove, nell'escludere che alla procedura in esame possa essere assegnata natura di "procedimento amministrativo in forma contenziosa per l'emanazione di un provvedimento amministrativo incidente su situazioni giuridiche protette", esse motivano tale convincimento osservando come venga in questo caso in gioco una situazione giuridica di diritto soggettivo del concessionario (v. Cass. Sez. Un., n. 3178/1972, cit., 3407; conf.: Coll. arb. Brescia, 13 gennaio 1981, cit., 356-357, che richiama a questo proposito la pronuncia delle Sezioni Unite). Cfr. infine Tavormina, op. cit., 567, spec. nt. 29, ed ivi il rilievo che le ipotesi in cui la determinazione del terzo è destinata ad essere assorbita in un provvedimento autoritativo della p.a. - che non lascia spazio ad una regolamentazione paritetica quale è, per definizione, quella posta in essere dall'arbitratore -, non possono essere accomunate alle fattispecie di arbitraggio.

(46) Cfr. Vecchione, L'arbitrato nel sistema del processo civile, cit., 231, che nel menzionare l'art. 24, R.D. n. 2578/1925 quale esempio (peraltro, indicato per primo) di arbitraggio necessario, motiva tale affermazione osservando che "solo dopo la determinazione dell'indennizzo può essere deliberata l'assunzione diretta". V. anche Fazzalari, I processi arbitrali nell'ordinamento italiano, cit., 479, che pur ritenendo di dover assegnare all'istituto natura arbitrale (in specie avuto riguardo al rinvio alla disciplina dell'arbitrato che il testo normativo a suo avviso conterrebbe), individua quale particolarità del procedimento in esame il concludersi di esso con l'inserzione del dictum dell'arbitro in un atto della p.a.: "donde" - osserva l'a. - "il singolare profilo di un arbitrato quale processo di formazione di un atto amministrativo, apparentabile, perciò, a quello che, fra litiganti privati, è l'arbitrato irrituale.".

(47) Quest'ultima espressione è testualmente contenuta, in particolare, nell'art. 2473 concernente il recesso del socio di s.r.l. (v. art. 2473, comma 3°, c.c.). L'art. 2437-ter, in tema di recesso dalla s.p.a., dispone invece che il valore di liquidazione delle azioni sia rimesso alla determinazione dell'esperto "in caso di contestazione" (art. 2437-ter, comma 6°, c.c.), ove si ha riguardo alla contestazione che il socio sollevi con riferimento al valore di liquidazione delle azioni come previamente stimato "dagli amministratori, sentito il parere del collegio sindacale e del soggetto incaricato della revisione legale dei conti" (art. 2437-ter, comma 2°, c.c.).

(48) V. artt. 2437-ter, comma 6° e 2473, comma 3°, c.c.

(49) Evidentemente, la species di arbitrato cui si ha qui riguardo è, più in particolare, quella dell'arbitrato rituale; che il legislatore abbia pensato invece ad una fattispecie di arbitrato libero, è ipotesi da escludere se non altro in considerazione del fatto che il primo riconoscimento - per lo meno giurisprudenziale - di tale istituto è fatto risalire, come noto, ad una pronuncia della Cassazione torinese del 1904, e dunque si colloca in un momento temporale successivo a quello in cui è stato formulato l'art. 25 della L. n. 103/1903 (per quanto concerne, poi, la questione - peraltro, logicamente preliminare - concernente l'astratta configurabilità di una fattispecie di arbitrato libero obbligatorio, si rinvia a infra, nt. 62).

(50) È inoltre significativo, fra l'altro, l'impiego della locuzione "amichevoli compositori", se si considera che l'art. 20 del codice di rito allora vigente riferiva espressamente quell'espressione al giudizio arbitrale, in specie per l'ipotesi in cui gli arbitri avessero dovuto decidere secondo equità (art. 20 c.p.c. 1865: "gli arbitri decidono secondo le regole di diritto, se il compromesso non li abbia autorizzati a decidere come amichevoli compositori").

(51) V. Collezione legislativa, cit.; i più rilevanti elementi desumibili in tal senso dai lavori preparatori si trovano sintetizzati nella motivazione di Cass., Sez. un., n. 3178/1972 (cfr. spec. 3408).

(52) Cfr. Carnelutti, Istituzioni del nuovo processo civile italiano, I, Roma, 1951, 34, 67.

(53) V. tal proposito Gallo, op. cit., 154 e segg.

(54) L'opportunità di prediligere il criterio di qualificazione logico-sistematico, anche indipendentemente dalle espressioni usate dal legislatore e della presunta intentio legis, è stata espressamente affermata con specifico riferimento al caso di specie (e, più in particolare, ai fini della qualificazione del "collegio arbitrale" di cui all'art. 24, comma 8°) da D'Ovidio, op. cit., 359. V. altresì, nel senso che la procedura di cui all'art. 24 debba essere qualificata "con gli occhi dell'ordinamento vigente", Satta, Procedura ex art. 24, comma 8° T.U. 15 ottobre 1925 n. 2578: arbitrato obbligatorio o giurisdizione speciale?, cit., 170.

(55) Cfr. peraltro, a proposito della concezione dei rapporti fra arbitrato rituale ed arbitraggio diffusa all'epoca del codice civile previgente, in virtù della quale la figura dell'arbitro era intesa quale mera specificazione del genus dell'arbitratore, per tutti, Catricalà, Arbitraggio, in Enc. Giur. Treccani, Roma, 1988, II, 1.

(56) V. ad es. Collezione legislativa, cit., 570. Ma si consideri altresì, quale ulteriore esemplificazione dello scarso rigore concettuale che verosimilmente ha connotato il processo di configurazione dell'istituto, la circostanza - riferita, sebbene traendone conclusioni diverse, anche nella motivazione di Cass., Sez. un., n. 3178/1972 (cfr. spec. 3408) - che di fronte al quesito di uno dei deputati il quale chiedeva se la decisione degli arbitri fosse impugnabile per nullità ai sensi dell'art. 32 c.p.c. (1865) e quale dovesse essere il giudice competente, il presidente di tornata ed il ministro dell'interno risposero evasivamente.

(57) Cfr. in proposito Carnacini-Vasetti, op. cit., 705 e segg., spec. 706, i quali osservano, fra l'altro, che la legislazione riguardante questa materia si è svolta alluvionalmente e senza direttive costanti e, ancora, che al legislatore non sempre è stata presente la figura tipica dell'arbitrato rituale; v. anche, per analoghi rilievi, Guicciardi, op. cit., 260, 272 e Scialoja, Gli arbitrati liberi, cit., 504 e segg., 530; e cfr. altresì, in arg., Mortara, Commentario del codice e delle leggi di procedura civile, I, Milano, 1923, 655 e segg.

(58) In tal senso, incisivamente, Silvestri, op. cit., 231-232, 226. V. però, di diverso avviso, Fazzalari, I processi arbitrali nell'ordinamento italiano, cit., 479, che ritiene di dover ravvisare nel disposto dell'art. 24, R.D. n. 2578/1925 un espresso rinvio alla disciplina dell'arbitrato, nonché Capaccioli, op. cit., 100 e segg. e Gallo, op. cit., 169, a parere dei quali il legislatore, nel servirsi di termini tecnici quali "arbitri", "collegio arbitrale", ecc..., avrebbe manifestato la volontà di fare rinvio, per quanto non diversamente disposto, alla disciplina comune in tema di arbitrato; e v. altresì, per il convincimento per cui dovrebbero trovare in tal caso applicazione, in difetto di diversa disposizione, le norme in tema di arbitrato contenute nel codice di rito, Borsi, op. cit., 187 e Camera-Magnani, op. cit., 173.

(59) Cfr. in particolare App. Roma, 16 maggio 1973, cit., che muovendo dalla premessa dell'avvenuto formale recepimento, da parte del legislatore della L. n. 103/1903 (e, poi, del R.D. n. 2578/1925), della configurazione generale in duplice grado caratterizzante - secondo il convincimento della

Corte - il procedimento arbitrale come disciplinato dal codice di rito del 1865, è giunta alla conclusione che per effetto del sopraggiungere del codice di rito del 1940, e con esso di una disciplina dell'arbitrato che non lascia spazio all'ammissibilità di un secondo grado di giudizio rimesso agli arbitri, l'istituto di cui all'art. 24, R.D. n. 2578/1925 dovesse ritenersi abrogato; questa tesi è rimasta però isolata, sicché non stupisce che la Consulta abbia ritenuto di non doversi nemmeno soffermare sulla questione. La possibilità che il legislatore della L. n. 103/1903 avesse tratto ispirazione dalla disciplina dell'arbitrato contenuta nel codice di rito allora vigente è poi prospettata, ma in via meramente ipotetica, da Capaccioli, op. cit., 100 e da Satta, Procedura ex art. 24, comma 8° T.U. 15 ottobre 1925 n. 2578: arbitrato obbligatorio o giurisdizione speciale?, cit., 170. V. infine, anche a tal proposito, Cass., Sez. un., n. 3178/1972, cit., 3408.

(60) La norma di riferimento era l'art. 28 c.p.c. 1865, che nel disporre l'appellabilità delle sentenze arbitrali dinanzi all'autorità giudiziaria, faceva salva, fra l'altro, l'ipotesi in cui gli arbitri avessero pronunciato "come giudici di appello": da tale disposizione si desumeva, in via interpretativa, che fosse consentito alle parti deferire agli arbitri anche il giudizio di seconde cure, eventualmente attribuendo loro, al contempo, il potere di decidere come amichevoli compositori. A proposito della non condivisibilità dell'assunto secondo cui l'arbitrato d'appello previso dalla legge del 1903 sarebbe stato introdotto sul paradigma del procedimento arbitrale comune, cfr. in particolare Gallo, op. cit., 161 e segg., il quale evidenzia come tale assunto sia smentito non solo dalla disciplina dell'arbitrato dettata dal codice di rito del 1865 unitariamente considerata, ma anche dall'esame dei lavori preparatori della legge del 1903: dalle risultanze di questi ultimi si evince infatti che il doppio grado di giudizio arbitrale, lungi dall'essere stato introdotto perché reputato conforme alle norme del codice di rito allora vigente, fu invece voluto e conservato sino alla stesura del testo di legge definitivo perché, per quanto non conforme al modello generale della procedura arbitrale, venne ritenuto maggiormente idoneo alle specifiche esigenze cui la disciplina del riscatto delle concessioni di servizi pubblici doveva far fronte. In giurisprudenza cfr. nello stesso senso, fra le altre: Coll. arb. Palermo 22 marzo 1974, cit., 490 e Coll. arb. Livorno, 4 marzo 1973, cit., 1209.

(61) Per l'affermazione dell'estraneità del fenomeno dell'arbitraggio alla problematica della legittimità costituzionale dell'arbitrato obbligatorio cfr., per tutti, Tavormina, op. cit., 567; e v. altresì, sul punto, Andrioli, op. cit., 1148. In giurisprudenza, v. ad es. Cass., Sez. un., 17 febbraio 1972, n. 425, in Foro It., 1972, I, 1252 e segg., spec. 1254-1255, che nel dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, L. n. 1718/1962 con riferimento - per quanto qui rileva - all'art. 25 Cost., ha ritenuto di non dover ravvisare alcuna violazione del principio della precostituzione del giudice "giacché non si è in presenza né di un giudice speciale, né di un arbitro imposto dalla legge, ma solo ... di un arbitratore, e le parti, dopo la determinazione dell'elemento contrattuale da parte del collegio sono sempre libere di ricorrere al giudice per impugnare, nei limiti loro consentiti (manifesta iniquità o erroneità, secondo la disposizione generale dell'art. 1349 c.c.) quella determinazione". Né tale constatazione risulta alterata allorché si abbia riguardo alle particolarità - evidentemente: ulteriori, rispetto al carattere dell'obbligatorietà in sé e per sé considerato - proprie di quelle fattispecie che la dottrina ha ricondotto alla species del c.d. arbitraggio necessario di diritto pubblico, posto che si è anche in tal caso al cospetto, pur sempre, di un fenomeno di diritto sostanziale (v. Calamandrei, op. cit., 776).

(62) Una volta individuato nella natura non giurisdizionale dell'istituto oggetto di disamina - e così nell'inidoneità dell'attività del terzo a condurre, nel caso di specie, ad un dictum avente la portata e gli effetti propri della sentenza - l'elemento dirimente onde escludere l'interferenza dell'istituto medesimo con l'operare delle disposizioni di cui agli artt. 24 e 102 Cost., se ne dovrebbe in linea di principio desumere che alle stesse conclusioni si sarebbe dovuti pervenire qualora si fosse attribuita ai "collegi arbitrali" de quibus, invece, natura di arbitri liberi; ciò, in considerazione del fatto che anche l'attività dell'arbitro irrituale si colloca su di un piano concettualmente diverso da quello in

cui operano i principi - del diritto all'azione giudiziale e della riserva di giurisdizione statale - che le suddette disposizioni costituzionali sanciscono (cfr. a tal proposito, sebbene con riferimento al diverso profilo della riferibilità o meno, anche all'arbitrato libero, delle garanzie presidiate dall'art. 6 C.e.d.u., gli incisivi rilievi di Consolo: v. Consolo, L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, § 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cit., 468-469). Per vero, il carattere strettamente procedimentale (benché, per l'appunto, non giurisdizionale) proprio dell'arbitrato irrituale, e soprattutto la sostanziale alternatività di quest'ultimo alla soluzione giurisdizionale della controversia - e, d'altra parte, l'ambito ben circoscritto entro il quale il controllo del giudice statale sul lodo degli arbitri liberi può in concreto estrinsecarsi -, potrebbero forse indurre sollevare, a tal proposito, qualche perplessità. In altri termini: se è certo indiscutibile che l'arbitrato libero sia un fenomeno non giurisdizionale, è d'altra parte vero che l'imposizione del ricorso ad esso vale in definitiva ad escludere il diritto delle parti di sottoporre la controversia, ab origine e pienamente, ad una decisione che abbia - essa sì, invece - natura giurisdizionale; a fronte dell'intervenuta composizione arbitrale della controversia, la garanzia di azione giurisdizionale risulta invero circoscritta all'annullamento della determinazione arbitrale ai sensi dell'art. 808-ter, comma 2°, c.p.c., o comunque all'invalidazione del negozio che in quella determinazione si sostanzia. Su tali perplessità non vale comunque la pena di soffermarsi, e questo se non altro perché, a ben vedere, una fattispecie di arbitrato libero obbligatorio non è nemmeno teoricamente concepibile. Invero, se - come già evidenziato - non è dato ravvisare alcuna ragione ostativa alla compatibilità concettuale dell'elemento della coazione con la struttura dell'arbitraggio, al contrario detto elemento non risulta invece riferibile all'arbitrato libero; ciò, in quanto quest'ultimo, una volta privato del carattere della volontarietà, viene necessariamente a configurarsi come arbitrato rituale. Si consideri invero, per quanto concerne la compatibilità concettuale fra l'elemento della coazione e la configurazione strutturale dell'arbitraggio, che il fondamento (meramente) legislativo - anziché (anzitutto) contrattuale - dell'attività dell'arbitratore, non vale affatto ad alterare l'essenza dell'istituto, posto che risulta anche in tal ravvisabile, pur sempre, quel tratto distintivo fondamentale di esso, che consiste nella finalizzazione dell'attività del terzo al completamento di un rapporto giuridico in via di formazione. Lo stesso non può dirsi per l'arbitrato libero: qualora il legislatore imponga alle parti di risolvere una controversia astrattamente deducibile in un processo giurisdizionale statale rimettendola, invece, ad un giudice privato, ci si trova al cospetto di una fattispecie di arbitrato (obbligatorio) che - per quanto, evidentemente, soggetto ad una disciplina non coincidente con quella generale dell'arbitrato rituale contenuta nel codice di rito - non presenta (rectius, ragionevolmente non può presentare) alcun elemento che valga a caratterizzarla come arbitrato irrituale, piuttosto che rituale; in particolare, non è ipotizzabile che il legislatore, nell'imporre autoritativamente il ricorso al giudice privato, preveda altresì - altrettanto autoritativamente - che le relative decisioni abbiamo tra le parti forza contrattuale (cfr., per una decisa presa di posizione contraria alla prospettabilità di un arbitrato libero necessario, in base alla constatazione che esso si risolverebbe in una - inconcepibile - ipotesi di transazione forzata, Vecchione, Natura dell'arbitrato obbligatorio in materia di brevetti, in Foro pad., 1952, I, 1343 e segg., spec. 1346 e Id., L'arbitrato nel sistema del processo civile, cit., 229; e v. altresì, a proposito della "volontà dispositiva" quale elemento imprescindibilmente connaturato alla species dell'arbitrato irrituale, Consolo, L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, § 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cit., 469). Preme infine evidenziare che l'ipotetica qualificazione dei collegi di cui all'art. 24, R.D. n. 2578/1925 come arbitri liberi - in concreto non prospettabile per le plurime ragioni già esposte -, potrebbe indurre a ravvisare un (ulteriore) profilo di contrasto coi principi costituzionali; ciò per lo meno qualora ci si attenga al convincimento secondo cui il ricorso all'arbitrato irrituale, allorché sia riferito a controversie di cui sia parte una pubblica amministrazione, comporti una lesione dei principi - anzitutto, in tema di pubblicità e di trasparenza - cui quest'ultima è tenuta ad attenersi nel suo agire a tutela dell'interesse pubblico (cfr. Cass., Sez. un., 16 aprile 2009 n. 8987).

(63) Il dictum dei collegi arbitrali in parola è invero definito "inoppugnabile" da Fazzalari, I processi arbitrali nell'ordinamento italiano, cit., 479. V. però, per una diversa prospettazione, Silvestri, op. cit., 234-235: l'a., una volta esclusa la pertinenza alla fattispecie in esame delle impugnazioni proprie degli atti giurisdizionali nonché (implicitamente) dei rimedi esperibili avverso gli atti negoziali, ed esclusa altresì la rilevanza dei vizi in procedendo, individua quale possibile motivo di censura avverso la determinazione arbitramentale quello relativo all'esorbitanza dell'incarico, peraltro soggiungendo che "trattandosi di questioni concernenti il diritto soggettivo all'indennità, le parti dovranno rivolgersi all'autorità giudiziaria ordinaria instaurando un giudizio di cognizione".

(64) Se è evidente che il legislatore della L. n. 103/1903 (così come quello del R.D. n. 2578/1925) non avrebbe potuto fare rinvio ad una disposizione, quale l'art. 1349 c.c., che a quel tempo non esisteva, va d'altra parte considerato che il codice civile del 1865 contemplava esclusivamente delle specifiche fattispecie applicative dell'istituto dell'arbitraggio e non, invece, una norma che - al pari del vigente art. 1349 - quell'istituto disciplinasse in via generale (v. in proposito Gabrielli, op. cit., 1144; ed altresì Carnacini-Vasetti, op. cit., 689 e segg., ove si precisa peraltro che l'istituto trovava applicazione, nella prassi, anche in ambiti diversi da quelli legislativamente disciplinati).

(65) Merita peraltro precisare che una volta ammessa - dunque, in via interpretativa - la riferibilità alla fattispecie in esame del rimedio di cui all'art. 1349 c.c., la concreta esperibilità dell'impugnativa per manifesta iniquità ai sensi di tale disposizione non troverebbe poi ostacolo, verosimilmente, in quell'orientamento interpretativo (peraltro, scarsamente persuasivo) che esclude la possibilità di impugnare per manifesta iniquità le determinazioni dei terzi che sottendano valutazioni di carattere tecnico, delle quali si assume la natura - immancabilmente - non discrezionale (cfr. in particolare Cass., 30 giugno 2005 n. 13954, in Foro It., 2006, I, 482 e segg.; ma v., contra: Marinelli, La natura dell'arbitrato irrituale, cit., 137); invero, nel caso di specie la valutazione affidata al "collegio arbitrale", per quanto basata su criteri tecnici, è palesemente concepita dal legislatore come discrezionale e necessariamente approssimativa, tant'è vero che al collegio di seconde cure è imposto expressis verbis di attenersi al criterio dell'equità (v. a questo proposito supra).

(66) A proposito della domanda autonoma di condanna generica, cfr., per tutti, Consolo, Spiegazioni di diritto processuale civile, I, Torino, 2017, 86-87.

(67) Più in generale, è pacifico che il legislatore possa prevedere espressamente specifiche figure di processo di cognizione, il cui oggetto sia circoscritto all'accertamento di un singolo aspetto o profilo di un più complesso rapporto giuridico soggettivo; e si ritiene altresì - sebbene non sia questa un'opinione unanimemente condivisa - che l'azione di mero accertamento di una singola questione debba ritenersi ammissibile, anche al di fuori delle ipotesi specificamente contemplate dal legislatore, ogniqualvolta la parte vi abbia un interesse giuridico concreto ed attuale ai sensi dell'art. 100 c.p.c. (a tal proposito, si rinvia a Marinelli, La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli, Trento, 2005, 137 e segg.).

(68) V. ad es. il passaggio dei lavori preparatori riportato in Collezione legislativa, cit., 390.

(69) È stato osservato, a tal riguardo, che l'affidamento della quantificazione dell'indennità alle forme ed ai tempi del processo statale rende oltremodo difficile il rispetto del termine - di un anno dal preavviso di riscatto - entro il quale, ai sensi dell'art. 24, R.D. n. 2578/1925, la procedura di riscatto deve essere portata a termine a mezzo dell'esercizio di quest'ultimo con apposita delibera del Consiglio comunale; in particolare, la circostanza che fino al momento in cui l'indennità di riscatto viene definitivamente fissata non sia possibile per l'ente pubblico ottenere dal concessionario la restituzione degli impianti, fa sì che all'allungamento dei tempi per la quantificazione dell'indennità si accompagni necessariamente il prolungamento della gestione da parte del concessionario "in stato di crisi ed incertezza (quale si ha ... dopo il preavviso) con gravi conseguenze per il buon andamento

del servizio, per la manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti e gli ampliamenti", col risultato che il pubblico servizio risulta in sostanza paralizzato (v. Gallo, op. cit., 156 e segg., in specie con riferimento agli effetti cui avrebbe dato luogo l'affermarsi dell'orientamento interpretativo - in verità, rimasto invece isolato: v. supra, nt. 59 - che prospettava la concreta abrogazione dell'art. 24, commi 7°-8° quale conseguenza del sopraggiungere del codice di rito del 1940).

L'ambiente nella Costituzione italiana tra presente e futuro dopo la bocciatura del referendum costituzionale

(di Cristian Rovito)

L'ambiente e la tutela nella Costituzione italiana.

A similitudine di altre costituzioni europee nate nel dopoguerra, anche la Costituzione del 1948 non presenta espliciti riferimenti all'ambiente per il semplice fatto che all'epoca vi era una sensibilità diversa rispetto a quella degli ultimi lustri.

Autorevole dottrina ha correttamente osservato come alcuni articoli che si occupavano di materie alle quali oggi viene riconosciuta un'ampia valenza ambientale, come l'art. 44, riguardante il razionale sfruttamento del sottosuolo, facessero riferimento a «orientamenti volti a promuovere e imporre la bonifica delle terre, la trasformazione del latifondo . . . senza avere consapevolezza riguardo a temi, ora preminenti, come quello della sostenibilità ambientale delle attività umane e quello della conservazione di un equilibrato rapporto fra sviluppo e ambiente[1]».

Durante i lavori dell'Assemblea Costituente non poche furono le difficoltà incontrate da quanti sostenevano norme per la tutela di valori di rilevanza ambientale, successivamente riportati nell'alveo della tutela dell'ambiente lato sensu.

Il dibattito costituente sviluppatosi attorno all'articolo 9 della Costituzione[2] è caratterizzato da una miriade di risentimenti ideologico – politici, basati prevalentemente sulla convinzione della superfluità e addirittura inutilità di una previsione costituzionale da porre a tutela del paesaggio.

La circostanza quindi che nel nostro ordinamento giuridico non si rilevi un compiuto status costituzionale dell'ambiente non può certamente addebitarsi ai padri costituenti, ma piuttosto all'incapacità che negli anni a venire l'ordinamento giuridico ha palesato nel non riuscire a completare una riforma sistematica dell'impianto costituzionale, con cui riuscire ad assegnare all'ambiente quel valore dimostratosi sempre più necessario ed impellente. E' grazie alla dottrina ed alla giurisprudenza se attualmente nel panorama giuridico è possibile rinvenire un inquadramento, seppur parziale, della materia ambientale. Si prendono le prime mosse dapprima dal citato art. 9 Cost., il cui comma secondo individua «la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della nazione» tra i compiti assegnati alla Repubblica. Di primo acchito quindi l'ambiente assume costituzionalmente la veste di "paesaggio", dovendosi intendere, secondo il Predieri, «la forma del paese, creata dall'azione cosciente e sistematica della comunità umana che vi è insediata, in modo intensivo o estensivo, nella città o nella campagna, che agisce sul suolo, che produce segni nella sua cultura». Con questa nozione di paesaggio si ricomprendono pertanto da un lato «ogni preesistenza naturale, l'intero territorio, la flora e la fauna»; dall'altro «ogni intervento umano che operi nel divenire del paesaggio qualunque possa essere l'area in cui viene svolto». E' in questo contesto dottrinario che la nozione di paesaggio esprimerebbe una sorta di "volontà giuridica" ad aggregare nel suo significato non solo latamente la disciplina urbanistica, ma anche la nozione giuridica di ambiente.

L'interpretazione estensiva operata dal Giudice delle leggi della nozione di paesaggio merita di essere tenuta sempre in considerazione proprio perché ha avuto (e continua ad avere, anche e

soprattutto alla luce del chiaro ed inequivocabile risultato referendario!) la capacità di intercettare quell'evoluzione culturale ed istituzionale che negli anni ha caratterizzato l'ordinamento italiano, assorbendo tralatiziamente l'altrettanto rilevante nozione di governo del territorio.

Secondo la Consulta, il paesaggio assume rilevanza nel senso di intenderlo quale valore estetico – culturale, la cui tutela non può realisticamente essere concepita in termini statici, di assoluta immodificabilità dei valori paesaggistici registrati in un dato momento ma, a contrariis, deve attuarsi dinamicamente e cioè tenendo conto delle esigenze poste dallo sviluppo socio – economico del paese per quanto la soddisfazione di esse possa incidere sul territorio e sull'ambiente (Corte Cost., sentenza n. 4 del 1985). La nozione estensiva di paesaggio come «forma del paese» può costituire, ad avviso della Consulta, un elemento o un momento della tutela ambientale, ma non può esaurirla, né risolvere il problema dello status costituzionale ambientale ut supra accennato.

In extrema ratio, «la tutela paesaggistica come quella ambientale o come quella urbanistica possono riguardare gli stessi oggetti … ma diverse sono le finalità in relazione alle quali lo stesso oggetto viene riguardato, e le finalità paesaggistiche costituiscono una parte delle finalità di tipo ambientale».

L'art. 32 della Costituzione affida alla Repubblica la tutela della salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività.

Il rapporto instaurantesi tra l'ambiente e la salute si caratterizzerebbe per la complementarietà, poiché esisterebbe, secondo l'ermeneutica mortatiana[8], l'intrinseco presupposto del mantenimento di una salubrità ambientale tale da garantire l'integrità fisica e la vita degli individui. Nel momento in cui il rapporto ambiente – salute viene messo a repentaglio, tale assioma ermeneutico «esprime una reazione» nella prospettiva di tutela successiva e riparatoria[9].

Questo orientamento ha trovato conferme a partire dagli anni Settanta, sia nella dottrina, sia nella giurisprudenza venendo ad emergere la corrispondenza di interessi connessi ad ambiente e salute nell'ottica dell'integrità fisica dell'individuo. Sulla stessa medaglia è stato inciso un diritto soggettivo ed un diritto collettivo all'ambiente salubre. Il Comporti inquadra il diritto dell'ambiente fra i diritti della personalità, collocandolo con il diritto alla salute tra i diritti fondamentali ed inviolabili dell'uomo, sostenendo altresì la compatibilità tra concezione del diritto soggettivo dell'ambiente e la concezione oggettiva del bene ambiente sotto il profilo dell'interesse generale della collettività: «Anche nella tutela dell'ambiente, dunque, può bene evidenziarsi, senza alcuna contrapposizione o contrasto, questo duplice profilo di qualificazione del bene, ora come oggetto di un diritto soggettivo fondamentale dell'uomo, che potrà essere garantito dalle azioni consentite al soggetto, ora come oggetto di protezione da parte dei pubblici poteri, sia sotto l'aspetto amministrativo che sotto quello penale». La necessità di creare istituti giuridici specifici per la protezione dell'ambiente è stata ulteriormente rimarcata dalla Corte Costituzionale, la quale, nelle sentenze n. 210 e 640 del 1987, ha sentenziato partendo da un approccio soggettivo del diritto all'ambiente salubre. Con l'affermazione della unitarietà del bene ambiente, a cui ha peraltro connesso la necessità della tutela della salute in tutte le condizioni in cui si svolge la vita di ogni persona, il Giudice delle leggi ha rilevato che l'ordinamento tutela l'ambiente come elemento determinativo della vita e come «valore primario assoluto (Corte Cost., sentenza n. 127 del 1990)».

Ciò posto non vale tuttavia a dare definitività al rapporto ambiente – salute, così come è stato inquadrato da dottrina e giurisprudenza, in quanto, si rimane vincolati all'inquadramento come situazione giuridica soggettiva accessoria della tutela ambientale. Tra l'altro è in grado di ampliare orizzonti della tutela sanitaria in considerazione dell'evoluzione europea del diritto dell'ambiente, in specie per quanto concerne l'attuazione del principio di precauzione. L'opportunità di prevedere un intervento normativo, indipendentemente dall'effettività di un danno e dalla disponibilità di un

supporto scientifico circa la dannosità di un'attività, è certamente prodromica all'esercizio di un'azione più efficacie sotto l'aspetto precauzionale a tutela della salute in una logica preventiva. Proprio attraverso l'approccio e la tutela precauzionale è stato creato un sistema giuridico di protezione/tutela di più ampia portata rispetto al tradizionale diritto alla salute, venendosi in tal modo a consolidare definitivamente ciò che è stata individuata come «dimensione sociale dell'ambiente».

La comparsa dell'ambiente nella Repubblica delle autonomie.

La Riforma del Titolo V della Costituzione avvenuta con l'adozione della Legge Costituzionale n. 3 del 2001, dopo molti anni di dibattiti e di proposte, tra le molte criticità, ha però avuto il merito di aver inserito nel nuovo art. 117 Cost. la parola "ambiente".

Tra le materie assegnate a titolo esclusivo dal legislatore alla competenza dello Stato, nell'elenco di cui al comma 2 del citato articolo, vengono specificate: «la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali»; mentre a titolo concorrente alle Regioni vengono assegnate: «valorizzazione dei beni ambientali e culturali». L'inserimento della materia ambientale tanto nella legislazione esclusiva statale, quanto nella legislazione concorrente tra Stato e Regioni, pur in un peculiare trittico con quelle relative all'ecosistema ed ai beni ambientali, ne ha senza dubbio rafforzato lo status costituzionale, benché tale processo sia avvenuto in via indiretta ed incompleta.

In dottrina, successivamente alla modificazione del Titolo V della Costituzione ad opera della supra richiamata legge costituzionale, autorevoli giuristi sono concordi nel ritenere più corretto parlare di "Repubblica delle autonomie", essendo stato operato un forte ridimensionamento del ruolo statale a vantaggio di una forma di regionalismo, senza dubbio matura, in linea con la diffusa tendenza europea riconducibile nella specificazione del ruolo delle istituzioni regionali e locali. Rimane tuttavia il vulnus, non compensato dal riparto delle competenze, prodotto da una «costituzionalizzazione indiretta», per lo più ancora incompleta dell'ambiente, non potendosi registrare una definizione chiara del termine ambiente o, almeno, dei suoi contenuti, nonché il problema della sua collocazione all'interno della scala dei valori della Costituzione. Prima dell'entrata in vigore (8 novembre 2001) della Legge Costituzionale n.3 del 2001, la protezione dell'ambiente è stata prevalentemente nelle mani del Giudice delle leggi che, con il fondamentale supporto della dottrina, aveva individuato negli articoli 2, 9 e 32 della Costituzione, alcune situazioni giuridiche soggettive per arrivare alla successiva affermazione dell'ambiente come «valore costituzionale». Il principio personalistico di tradizione cristiano – cattolica di cui all'art. 2 della Costituzione, manifestatosi sotto forma di aggregato giuridico dei «diritti della personalità», è stato spesso preso in esame dalla dottrina per postulare l'esistenza di un diritto soggettivo all'ambiente, riscuotendone però scarsa applicazione a livello giurisprudenziale.

L'art. 9, invece, che attiene come è noto alla "tutela del paesaggio", è stato piuttosto utilizzato come elemento di giustificazione dell'imposizione di vincoli ambientali, pur non essendo stato dotato di una cogenza tale da poter permettere la collocazione delle materie riconducibili all'ambiente, né, ancor meno, per riuscire ad affermare un diritto all'ambiente. Inoltre, l'art. 32 Cost. riguardante la tutela della salute può costituire una piattaforma su cui installare la tutela di un diritto soggettivo all'ambiente salubre, pur con l'inequivocabile limite dell'applicazione esclusiva a quei casi di tutela dell'ambiente coincidenti con quelli della tutela della salute umana.

La riforma della "Repubblica delle autonomie" del 2001, pur nelle intenzioni, non è tuttavia riuscita ad offrire grandi prospettive né per ciò che attiene la definizione del termine ambiente e del suo

significato giuridico, né a favore dell'affermazione in via diretta di un diritto soggettivo all'ambiente. Oggettivamente, è senz'altro ascrivibile ad essa il merito di essere riuscita, come si è supra evidenziato, ad inserire, attraverso l'inclusione di una materia nuova fra le competenze di Stato e Regioni, un obbligo dell'ordinamento alla tutela dell'ambiente idoneo comunque a rafforzare la già consolidata teoria che sostiene la costituzionalità valoriale dell'ambiente (ambiente come valore costituzionale).

La lettura dell'art. 117 Cost. e la sua interpretazione sistematica devono necessariamente essere esegeticamente rapportate alle altre norme costituzionali. Il nuovo assetto ha individuato tre settori di competenza legislativa: esclusivo dello Stato (lista di materie statali), concorrente fra Stato e Regioni, e residuale in capo alle Regioni, le quali possono autonomamente legiferare in tutte quelle materie non contenute nelle due liste succitate. La materia "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali" è affidata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato; la "valorizzazione dei beni culturali e ambientali" è invece assegnata alla legislazione concorrente fra Stato e Regioni.

Il problema inziale sorto in dottrina, e non solo, circa le materie assegnate all'esclusiva competenza dello Stato e a quella concorrente Stato – Regioni che vedeva, tra l'altro, accese critiche fino al punto di denunciare «un preoccupante centralismo ambientale»[14] a discapito degli importanti passi in avanti compiuti nell'ottica marcatamente federalista che aveva visto la nascita di "sistemi regionali di tutela dell'ambiente", identificabili nella creazione di istituti quali la Valutazione di impatto ambientale regionale, le Agenzie regionali per l'ambiente, con competenza per quanto riguarda i controlli ambientali, i parchi naturali regionali, anche in questo caso ha trovato una soluzione nella giurisprudenza costituzionale.

La Consulta, con la sentenza 104 del 2008, ha ridimensionato anche la lettura che veniva data dei termini "ambiente" ed "ecosistema" come biosfera, nel senso in cui questa nozione viene utilizzata nella Dichiarazione di Stoccolma del 1972. Per «ambiente ed ecosistema» deve intendersi quella parte della biosfera che riguarda l'intero territorio nazionale. A tal proposito, appaiono utili gli orientamenti del giudice delle leggi, con i quali, operando un revirement giurisprudenziale, ha sottolineato come sia «evidente che sul territorio gravano più interessi pubblici: quelli concernenti la conservazione ambientale e paesaggistica, la cui cura spetta in via esclusiva allo Stato, e quelli concernenti la fruizione del territorio, che sono affidati alle competenze regionali, concernenti il governo del territorio e la valorizzazione dei beni culturali e ambientali».

Oggetto della tutela non è quindi soltanto il concetto astratto di "bellezze naturali", ma l'insieme dei beni materiali e delle loro composizioni, che conferiscono un certo aspetto al paesaggio. La tutela ambientale e paesaggistica precede la fruizione del territorio, costituendo nel contempo un limite ad essa, per cui la competenza affidata in via esclusiva allo Stato centrale serve a delimitare i confini entro i quali può avvenire tale fruizione. Per contro, le Regioni, nell'esercitare le loro competenze in materia di governo del territorio e valorizzazione dei beni culturali, devono assicurare che la fruizione avvenga entro i limiti prescritti a livello nazionale.

Per la Corte Costituzionale, l'ambiente non deve essere considerato come «bene immateriale», ma un «bene della vita, materiale e complesso, la cui disciplina comprende la tutela e la salvaguardia della qualità e degli equilibri delle sue singole componenti». Ai sensi dell'art. 117 della Costituzione, spetta, inevitabilmente allo Stato disciplinare l'ambiente come «entità organica», nella consapevolezza che accanto al bene giuridico ambiente in senso unitario, possono coesistere altri beni giuridici che, pur avendo ad oggetto aspetti del bene ambiente, riguardano interessi giuridici diversi. Occorre ancora evidenziare il ragionamento giurisprudenziale seguito dalla Corte

Costituzionale nella sentenza n. 378 del 2007, nel quale i giudici hanno considerato la materia esattamente come l'oggetto della tutela giuridica, superando il vecchio orientamento secondo cui la "materia" costituiva un complesso normativo agglomeratosi attorno ad uno specifico interesse pubblico. Indirizzo che peraltro ha trovato conferma nella sentenza n. 105 del 2008 in materia di boschi e foreste, rispetto al quale è stata individuata, oltre alla funzione economico – produttiva, una più importante «multifunzionalità ambientale».

Sullo stesso bene della vita (boschi e foreste) insistono due distinti beni giuridici: il primo legato alla multifunzionalità ambientale del bosco, un secondo, invece, che fa riferimento alla sua funzione economico produttiva. Sulla base di questa fisionomia, pertanto, è inevitabile che la competenza regionale in materia di boschi e foreste (con riferimento alla funzione economico produttiva) incontri dei «limiti invalicabili» posti dallo Stato a tutela dell'ambiente e che, dunque, una tale funzione possa essere esercitata nella misura in cui verrà rispettata ed «assicurata la sostenibilità degli ecosistemi forestali»[16]. Ulteriore conferma (e non solo) si riscontra ancora nella sentenza n. 61 del 2009, la quale, occupandosi di rifiuti, ha ribadito che le Regioni devono rispettare la normativa statale relativa alla tutela dell'ambiente, potendo, nell'esercizio delle competenze loro affidate (si pensi alla salute), disporre livelli di tutela più elevati.

Secondo un'autorevole dottrina, peraltro condivisa e stabilizzatasi anche nella giurisprudenza della Corte Costituzional, la tutela dell'ambiente ha un contenuto «oggettivo», in quanto riferito ad un bene della vita, e «finalistico», perché diretto alla sua migliore conservazione; sullo stesso «bene della vita» concorrono diverse competenze che restano distinte tra loro e sono chiamate a perseguire autonomamente le loro finalità attraverso la previsione di distinte discipline giuridiche, statali o regionali. La competenza statale, quando è espressione della tutela dell'ambiente, costituisce un vero e proprio limite all'esercizio delle competenze regionali.

Le Regioni, purché restino nell'ambito dell'esercizio delle competenze loro attribuite, possono pervenire a livelli di tutela più elevati incidendo alla fine però solo in modo riflesso e indiretto sulla tutela dell'ambiente. Appiano quindi superate o superabili quelle formule astratte di «intreccio o incrocio inestricabile di competenze», e di conseguenza auspicabile l'utilizzo, ai fini dell'interpretazione dell'art. 117 Cost., del concetto di «concorso» di più competenze, statali e regionali, sullo stesso oggetto o materia, per un ambiente che è di tutti e per tutti.

RIVISTA QUADRIMESTRALE
DI
DIRITTO DELL'AMBIENTE
NUMERO 1-2/2012
MAURO RENNA
I principi in materia di tutela dell'ambiente
G. Giappichelli editore
RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO DELL'AMBIENTE
ANNO 2012 / NUMERO 1-2
62
MAURO RENNA*
I principi in materia di tutela dell'ambiente**
1. Lo scopo di questo contributo è quello di offrire uno spaccato dei principi europei in materia di tutela dell'ambiente.
La meritevolezza della tutela, in questo contesto, si apprezza sul fronte dell'oggetto della tutela stessa, che per l'appunto coincide con il bene "ambiente".

Si tratta, tuttavia, di un bene di cui usufruiamo tutti: si potrebbe, pertanto, anche affermare che i soggetti meritevoli di godere della tutela di cui sopra, a ben vedere, siamo tutti noi, in veste di fruitori del bene "ambiente".
Una volta chiarito, così, il nesso che lega il presente intervento agli altri interventi svolti nel ciclo di lezioni dottorali in cui lo stesso si inserisce, va osservato che negli ultimi decenni si è assistito, nell'ordinamento giuridico, a una certa ipertrofia della materia della tutela ambientale. Essa, indubbiamente centrale, è stata, di recente, considerata talmente centrale da rasentare l'identificazione con il diritto amministrativo in sé. Oggi, dunque, parlare di diritto dell'ambiente significa per lo più parlare dello stesso diritto amministrativo.
I principi del diritto dell'ambiente, in realtà, sono principi di derivazione comunitaria. Il diritto dell'ambiente, in altre parole, è una creazione dell'ordinamento europeo le cui origini possono collocarsi negli anni '70 del secolo scorso.
La matrice europea del diritto dell'ambiente si apprezza, tuttavia, non solo quando le fonti nazionali di disciplina della materia realizzano il recepimento di specifiche norme comunitarie. Anche la normativa interna priva di diretta derivazione europea, infatti, si ispira sempre, in modo alquanto evidente, ai principi comunitari di tutela ambientale. Si pensi, ad esempio, alla normativa sull'elettrosmog, cioè sull'inquinamento elettromagnetico, che garantisce l'attuazione del principio di precauzione, pur senza recepire alcuna puntuale fonte comunitaria di disciplina del settore.
Ciò premesso, questo contributo può essere suddiviso in due parti: una relativa allo sviluppo della materia ambientale nel diritto comunitario; un'altra relativa all'esplicazione dei singoli principi della materia.
2. Sul fronte dell'evoluzione del diritto dell'ambiente, la prima domanda da porsi riguarda le ragioni per cui il diritto comunitario, giunto a un determinato
stadio del proprio sviluppo, abbia cominciato a occuparsi di tutela dell'ambiente.
La normativa ambientale comunitaria nacque, come si è detto, negli anni '70 dello scorso secolo; ma nel Trattato di Roma, istitutivo della CEE, non c'era traccia della parola «ambiente»: nell'allora art. 36 del Trattato si rinveniva solo un riferimento alla possibilità di porre limiti al commercio e alla circolazione dei beni al fine di tutelare gli animali e i vegetali, oltre che naturalmente la salute e la vita delle persone.
L'assenza, allora, di riferimenti espliciti all'ambiente non deve, invero, stupire, almeno per due ordini di ragioni. Anzitutto, tale assenza non deve stupire perché nel 1957 il problema ambientale, pur esistente, non aveva ancora assunto una pregnante consistenza politica. L'Europa viveva la fase della ricostruzione post-bellica e del conseguente *boom* economico: ben si comprende come, in tale contesto, le priorità nelle agende politiche dei vari Paesi avessero poco a che fare con l'esigenza di salvaguardare l'ambiente. Anche la Costituzione italiana del 1948, infatti, non si occupava espressamente del problema dell'ambiente (a parte la considerazione del paesaggio nell'art. 9).
Il Trattato del 1957 istitutivo della Comunità *Economica* Europea egualmente non menzionava le tematiche ambientali; l'aggettivo "*economico*"attribuito alla Comunità, del resto, rispecchiava adeguatamente l'originaria
connotazione, appunto, soltanto economica dell'esperienza europea: in ciò risiede, dunque, il secondo ordine di ragioni per cui non deve stupire che il Trattato, all'epoca, non prendesse in espressa considerazione la tutela dell'ambiente.
Solo nel 1972, con la Conferenza di Stoccolma dell'ONU sull'ambiente
umano, si cominciò a ragionare anche sul possibile ruolo delle istituzioni europee nel perseguimento di obiettivi di tutela delle risorse ambientali.
Fu in occasione della predetta Conferenza che la tutela mondiale ed europea dell'ambiente assunse lo spessore di problema *politico*, e solo allora emerse la consapevolezza della grande disparità rintracciabile in materia di ambiente nelle legislazione dei vari Stati membri della Comunità. Si viaggiava, già allora, a diverse velocità; e l'Italia, in tale contesto, figurava tra quei Paesi che procedevano

più lentamente nello sviluppo di un sistema di regole in materia di tutela ambientale.
La situazione appena rappresentata evidenzia, tuttavia, il problema di fondo degli esordi del diritto europeo dell'ambiente: quello relativo al fondamento delle iniziative comunitarie in materia di ambiente. A fronte di un Trattato che non contemplava la tutela ambientale tra le materie di competenza della Comunità, occorreva, cioè, rintracciare il titolo formale in forza del quale predisporre i primi interventi normativi orientati a perseguire la protezione ambientale.
Lo strumento utilizzato a tal fine fu, quindi, quello dei poteri impliciti e del principio di sussidiarietà. Nonostante il Trattato omettesse ogni riferimento all'ambiente, il legislatore europeo ha cioè potuto intervenire anche in tale materia, in quanto intervenire era necessario per riallineare gli *standard* nazionali di attuazione di qualche specifica finalità del Trattato (finalità ovviamente diversa da quella, non menzionata, della tutela ambientale).
Vero è, dunque, che nel Trattato non figurava la protezione dell'ambiente come obiettivo ispiratore del'azione comunitaria.
Tuttavia, nell'art. 2 dell'originaria versione del Trattato si prevedeva che, tra i compiti della Comunità, vi fosse quello di promuovere «uno sviluppo armonioso delle attività economiche e un'espansione continua ed equilibrata».
Negli aggettivi «armonioso» ed «equilibrata» si è, quindi, agevolmente intravisto l'embrione del principio dello sviluppo sostenibile, in uno con il tema del necessario bilanciamento tra le libertà economiche e i valori "antagonisti" delle medesime libertà.
Lo sviluppo, insomma, non avrebbe potuto essere «armonioso» e l'espansione non avrebbe potuto essere «equilibrata» ove gli stessi fossero avvenuti in modo incompatibile con l'esigenza di salvaguardare l'ambiente.
Per questa via il legislatore comunitario cominciò a intervenire in materia ambientale, nella consapevolezza del fatto che la realizzazione di un mercato unico europeo, omogeneo, uniforme e concorrenziale, avrebbe potuto essere compromessa dalle differenze, in alcuni casi macroscopiche, rintracciabili tra le legislazioni ambientali dei vari Paesi.
Per omogeneizzare il mercato all'interno della Comunità, in altre parole, si resero necessari anche interventi di armonizzazione in materia ambientale (si pensi, segnatamente, alla libertà di stabilimento delle imprese e alla possibilità che, in assenza di detti interventi di armonizzazione, le stesse si stabilissero nei Paesi aventi legislazioni ambientali meno rigide, determinandosi così un'alterazione dell'equilibrio del mercato).
Per tali motivi, negli anni '70 videro la luce le prime direttive comunitarie in materia: il diritto dell'ambiente nacque, perciò, quale fattore strumentale al perseguimento degli obiettivi di uniformazione del mercato; in tal modo esso fortunatamente nacque, anche se è un "marchio", questo della strumentalità al mercato, da cui il diritto dell'ambiente, ancora oggi, non si è certo del tutto emancipato.
Negli anni '70 e nella prima metà degli anni '80 furono dunque adottate, fra le altre, diverse direttive sui veicoli a motore e sui rifiuti, la prima direttiva sulle attività a rischio di incidenti rilevanti, cd. direttiva "Seveso 1", e la prima direttiva sulla valutazione di impatto ambientale (V.I.A.), oltre ad alcuni regolamenti e direttive sulla protezione della fauna e della flora.
In definitiva, il primo gruppo di norme comunitarie rilevanti in materia di ambiente fu concepito tra la seconda metà degli anni '70 e la prima metà degli anni

'80, sebbene in un'ottica di "compromesso", determinata dalla finalizzazione ultima delle iniziative in materia di ambiente al perseguimento di obiettivi di uniformità del mercato europeo.
Nel 1986, poi, con l'Atto Unico Europeo, finalmente si realizzò quello che mancava al diritto ambientale delle origini: la materia ambientale comparve nel Trattato quale ambito di intervento autonomo rispetto agli obiettivi di unificazione del mercato. Si trattava delle norme corrispondenti a quelle che si rintracciano negli odierni artt. 191-192-193 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (da non confondere col Trattato sull'UE).
È, quindi, a partire dall'entrata in vigore dell'Atto Unico Europeo – intervenuta a distanza di ben oltre 15 anni dall'adozione delle prime iniziative europee in materia di tutela dell'ambiente – che il diritto comunitario testualmente annovera, tra le materie di propria competenza, anche la materia ambientale.
Con l'Atto Unico, sono stati anche introdotti nel Trattato CEE alcuni principi fondamentali della materia ambientale, come quello dell'azione preventiva, quello della correzione, anzitutto alla fonte, dei danni causati all'ambiente e il noto principio «chi inquina paga».
Per la prima volta sono stati altresì sanciti, benché non menzionati nel Trattato con la loro denominazione attuale, pure il principio di integrazione e quello di sussidiarietà.
Con l'introduzione di queste norme nel Trattato è stata, inoltre, istituzionalizzata una duplicazione dei titoli di legittimazione formale e delle procedure per l'adozione degli interventi europei in materia ambientale: a partire dall'Atto Unico esistono, infatti, la via, nuova, della tutela dell'ambiente in quanto tale e quella, più risalente, ma ancora sfruttabile, dell'uniformazione delle legislazioni, ai sensi dell'allora art. 100A del Trattato, oggi art. 115 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).
Le conseguenze di tale situazione sono assai rilevanti. Oggi, infatti, il legislatore europeo può giustificare le proprie iniziative in materia di tutela dell'ambiente in funzione, alternativamente, dell'obiettivo della protezione ambientale *tout court* ovvero dell'obiettivo – diverso e ulteriore – della tutela del mercato europeo.
Perciò, da una parte, se l'intervento in ambito ambientale non serve a porre rimedio ad alcuna alterazione del mercato, gli organi comunitari dovrebbero attivare i poteri e le procedure di cui agli artt. 191 e seguenti del TFUE. Dall'altra, invece, ove vengano in rilievo problemi di uniformità del mercato, i medesimi organi potrebbero intraprendere le dovute iniziative anche in materia ambientale facendo leva sui predetti obiettivi di uniformazione e, dunque, utilizzando il corrispondente titolo di legittimazione, di cui all'attuale art. 115 dello stesso TFUE.
La distinzione è importante anche e soprattutto perché dall'utilizzo dei poteri e delle procedure di cui agli artt. 191 e ss. oppure di quelli di cui all'art. 115 discendono conseguenze differenti in ordine alla possibilità, per gli Stati membri, di derogare agli *standard* di tutela ambientale fissati dal legislatore comunitario.
Certamente, in entrambi i casi tali *standard* non sono derogabili *in peius* dagli Stati membri, salvo che siano le stesse norme comunitarie a consentirlo in presenza, segnatamente, di specifiche situazioni regionali o locali.
Più articolata e complessa è, invece, la questione con riguardo alla possibilità che le deroghe nazionali siano deroghe migliorative degli *standard* fissati a livello europeo, cioè che esse consistano in disposizioni più rigorose e maggiormente protettive dell'ambiente.

La domanda centrale e da tempo dibattuta è, infatti, la seguente: gli Stati membri possono incrementare gli *standard* di tutela dettati a livello europeo, prevedendo deroghe *in melius* alla normativa ambientale comunitaria? E, in caso di risposta affermativa, a quali condizioni?2.

La delicatezza del tema si percepisce riflettendo sul fatto che le disposizioni di tutela ambientale costituiscono pur sempre l'esito di un bilanciamento di interessi, il raggiungimento di un punto di equilibrio tra valori antagonisti, e che, pertanto, l'idea di una massima tutela dell'ambiente, a tutti i costi, non è praticabile.

Il diritto comunitario, inoltre, anche quando interviene in materia di ambiente non può perdere di vista le esigenze di uniformità del mercato, le quali verrebbero inevitabilmente compromesse da incrementi di *standard* di tutela realizzati in modo disomogeneo e incontrollato nei vari ordinamenti nazionali.

Così, per le norme di tutela ambientale adottate al fine di uniformare il mercato europeo, ai sensi dell'art. 115 del TFUE la regola è che, se uno Stato membro ritiene di voler migliorare la protezione dell'ambiente, può farlo solo al sussistere di condizioni alquanto rigorose e seguendo una ben precisa procedura; diversamente da quanto è previsto, invece, nel caso in cui le norme comunitarie siano state adottate ai sensi degli artt. 191 e seguenti del TFUE.

Quanto alle condizioni previste dall'art. 115, occorre che vi sia un problema sopravvenuto relativo al territorio di quello specifico Stato – o ad una sua parte – per il quale si ritiene di voler aumentare a livello nazionale la protezione dell'ambiente, sulla scorta di adeguate prove scientifiche.

La procedura, poi, prevede che detto Stato motivi espressamente e notifichi alla Commissione europea la misura migliorativa, con un periodo di *standstill* di sei mesi, decorso il quale, se la Commissione non si sarà espressa, la misura potrà entrare in vigore nel singolo ordinamento nazionale. Viceversa, se la Commissione riterrà che la misura non sia sufficientemente motivata, sia arbitrariamente discriminatoria o, comunque, ostacoli o alteri il funzionamento del mercato, potrà precluderne l'efficacia. A quel punto, allo Stato membro che vorrà far valere le proprie ragioni non resterà che presentare eventualmente ricorso alla Corte di giustizia europea avverso la decisione della Commissione3.

Se la misura ambientale comunitaria è stata invece adottata ai sensi degli artt. 191 e ss., la procedura e le condizioni previste per le deroghe *in melius* sono meno rigorose: l'art. 193 del TFUE, infatti, si limita a stabilire che gli Stati membri possono introdurre disposizioni di maggiore tutela ambientale, purché, nel farlo, non violino le norme del Trattato.

Non si prevede qui alcun termine di *standstill*, né occorre seguire le tappe della procedura poc'anzi descritta. La misura nazionale va, comunque, notificata alla Commissione europea, ma sarà quest'ultima a dover eventualmente fare ricorso alla Corte di giustizia contro lo Stato membro, ove riterrà che la misura migliorativa della tutela ambientale sia tale da alterare il mercato4. Il meccanismo che consente le deroghe in *melius* è, dunque, ben diverso da quello illustrato in precedenza.

Pertanto, il fatto che le misure comunitarie di protezione ambientale siano introdotte per uniformare il mercato, ovvero allo scopo di salvaguardare l'ambiente in quanto tale, ancora oggi conduce a conseguenze sensibilmente differenti sul fronte della derogabilità degli *standard* di tutela dettati a livello europeo.

Tornando all'evoluzione delle norme del Trattato CEE, va poi soggiunto che nel 1992, con il Trattato di Maastricht, tra gli scopi dell'azione delle istituzioni

europee fu finalmente inserito, nell'art. 2 dello stesso Trattato – divenuto Trattato CE – quello di una «crescita sostenibile … che rispetti l'ambiente», completandosi, così, l'operazione di riforma iniziata con l'Atto Unico Europeo. Venne in tal modo recepito, nella sostanza, il principio dello sviluppo sostenibile.
Venne, inoltre, generalizzata la sfera di applicazione del principio di sussidiarietà, con il conseguente spostamento della sua previsione nella prima parte del Trattato CE; mentre, con riguardo agli articoli che in ultimo sono diventati gli attuali artt. 191 e ss. del TFUE, venne altresì introdotto il fondamentale principio di precauzione.
L'inserimento della parola «ambiente» nella parte iniziale del Trattato CE ha segnato un passaggio importante per il diritto dell'ambiente, soprattutto da un punto di vista valoriale. Dopo il Trattato di Maastricht, infatti, non abbiamo più avuto un'Europa di soli "mercanti", tutta proiettata verso il perseguimento di obiettivi di natura economica, ma si è cominciato a realizzare un'Europa di cittadini, che deve garantire e tutelare non solo i diritti economici, ma anche quelli sociali, civili e politici delle persone; e la tutela dell'ambiente, in questo rinnovato contesto, non avrebbe più potuto non comparire nella prima parte del Trattato istitutivo della Comunità.
Per effetto del Trattato di Maastricht, com'è noto, la Comunità Economica Europea è diventata Comunità Europea *tout court*, il che ha rispecchiato efficacemente il superamento dell'originaria impronta esclusivamente economica degli obiettivi perseguiti dalla Comunità.
Una modifica ulteriore si è avuta, poi, ad opera del Trattato di Amsterdam del 1997, che è intervenuto di nuovo sull'art. 2 del Trattato istitutivo della Comunità, puntualizzando che la stessa perseguiva l'obiettivo specifico di promuovere «un elevato livello di protezione dell'ambiente ed il miglioramento della qualità di quest'ultimo», oltre a quello generale di promuovere «uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche» e «una crescita sostenibile».
Col Trattato di Amsterdam, entrato in vigore nel 1999, si è giunti, quindi, a una formulazione ancora più completa ed esaustiva dell'art. 2 del Trattato CE – che oggi corrisponde, nella sostanza, all'art. 3 del Trattato sull'Unione Europea – e degli obiettivi in materia ambientale della Comunità (o dell'Unione, come dobbiamo dire oggi).
Il valore "ambiente" è definitivamente assurto a valore in sé nell'ordinamento europeo, oggetto di tutela diretta in quanto tale e non solo di protezione mediata in quanto valore potenzialmente compromettibile con il processo di crescita.
Si è inoltre provveduto, sempre con il Trattato di Amsterdam, a spostare la previsione del principio di integrazione nella prima parte del Trattato CE, riconoscendone in tal modo correttamente la sua valenza di principio generale dell'azione comunitaria. Il principio è stato formulato meglio rispetto alla versione risalente all'Atto Unico Europeo ed è stato altresì collegato esplicitamente al concetto e principio dello sviluppo sostenibile, che per la prima volta è stato menzionato testualmente all'interno del Trattato istitutivo della Comunità (si v. oggi l'art. 11 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea).
3. A questo punto, dopo la breve panoramica, fin qui compiuta, sulle tappe più significative del diritto europeo dell'ambiente, si può passare alla seconda parte di questa riflessione, che, come si è detto in apertura, consiste nella esplicazione e sistemazione dei vari principi vigenti nel nostro ordinamento in materia

ambientale, molti dei quali possono peraltro essere scomposti in serie più o meno ampie di sottoprincipi e/o corollari.
I principi in questione – va, in primo luogo, ricordato – sono tutti principi di origine comunitaria: non sembrano esistere, infatti, principi del diritto ambientale italiano che non siano al contempo e innanzitutto principi del diritto ambientale europeo (i quali, a loro volta – è opportuno rammentarlo – derivano pressoché totalmente dai principi in materia di ambiente affermatisi sul piano internazionale).
Dopodiché, a proposito della rilevanza dei principi europei in materia di ambiente, occorre ricordare che l'art. 1 della legge n. 241/1990 richiama, tra i principi che devono essere rispettati nello svolgimento del'attività amministrativa, quelli dell'ordinamento comunitario.
Ciò conferma, dunque, che questi principi vincolano non soltanto i legislatori, ma anche direttamente le pubbliche amministrazioni nazionali. La violazione di questi principi, da parte dell'amministrazione pubblica, può portare, quindi, all'adozione di provvedimenti amministrativi illegittimi e, pertanto, passibili di annullamento.
Al riguardo, giova inoltre menzionare anche il cd. codice dell'ambiente, approvato con il d.lgs. n. 152/2006, il cui art. 3-*ter*, inserito dal d.lgs. n. 4/2008, sancisce (in modo, invero, del tutto ridondante rispetto a quanto già previsto a livello europeo) che: «la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio «chi inquina paga» che, ai sensi dell'articolo 174, comma 2, del Trattato delle unioni europee, regolano la politica della comunità in materia ambientale»5 (il riferimento all'art. 174, comma 2, del Trattato deve oggi intendersi effettuato all'art. 191, § 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea).
Ciò posto, ecco l'elenco dei principi del diritto ambientale che qui si propone: principi di sussidiarietà e di differenziazione; principi di integrazione e di sviluppo sostenibile; principio dell'elevato livello di tutela; principio di informazione; principio di prevenzione; principio di proporzionalità (che ovviamente non vale solo per il diritto dell'ambiente, ma per esso è particolarmente importante); principio di precauzione; principio di correzione dei danni innanzitutto alla fonte; principio «chi inquina paga».
Si noti che quelli appena elencati sono principi che per lo più figurano nell'art. 191 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.
Ve ne sono, tuttavia, di ulteriori rispetto a quelli indicati da detto articolo, a cominciare, segnatamente, da quello di sussidiarietà, pacificamente applicato anche al di fuori della materia ambientale.
Certamente, il **principio di sussidiarietà** (che oggi è sancito all'art. 5 del Trattato sull'Unione Europea) è un principio che in seno all'ordinamento comunitario è nato in materia ambientale; ma presto questo principio si è espanso con riguardo a tutte le materie di competenza concorrente della Comunità.
Senza la sussidiarietà, ad ogni modo, non sarebbe nato il diritto dell'ambiente, nel periodo storico in cui esso è nato: nella tutela ambientale, infatti, la sussidiarietà è servita a far sì che la Comunità potesse attrarre verso l'alto e, di conseguenza, svolgere competenze normative che al livello più basso, ossia al livello degli Stati membri, non potevano essere o, comunque, non erano svolte *adeguatamente*, a motivo, in particolare, delle *dimensioni* degli obiettivi da

realizzare e delle competenze da esercitare.
Ciò, se si vuole, in controtendenza rispetto a quanto è accaduto in via generale in Italia, dove storicamente, dalla cd. prima legge Bassanini6 in poi, la sussidiarietà ha per lo più funzionato – in materia di ambiente, comunque, molto meno che in altre materie – come un metaforico ascensore che viaggia dall'alto verso il basso; ossia come un dispositivo che alloca le competenze, segnatamente quelle amministrative, secondo un percorso che progressivamente scende dai livelli di governo superiori e più ampi a quelli inferiori e più prossimi ai cittadini.
In realtà, si tratta, in entrambe le situazioni, dell'applicazione del medesimo principio, posto che, al di là della direzione ascendente o discendente delle attribuzioni di competenze, quel che conta è in ogni caso l'adeguatezza del livello di allocazione di ciascuna funzione – sia essa normativa o amministrativa – rispetto alla dimensione della stessa.
Adeguatezza significa, in breve, capacità (organizzativa, finanziaria, etc.) di un determinato livello di governo di occuparsi dei problemi di volta in volta sottesi alle competenze di cui trattasi. Il canone dell'adeguatezza non è, quindi, un antagonista del principio di sussidiarietà (nel senso che il secondo spingerebbe le funzioni verso il basso, mentre il primo le spingerebbe verso l'alto), ma anzi si può identificare con esso, costituendone un elemento fondante7: infatti, la regola è che, (soltanto) quando un livello di governo non è *dimensionalmente* adeguato allo svolgimento di una determinata funzione, deve intervenire, *sussidiariamente*, il livello di governo superiore.
Le due dinamiche, quella della sussidiarietà e quella dell'adeguatezza, sono pertanto destinate a funzionare in sinergia.
Ora, giacché il nostro ordinamento, diversamente da quello comunitario (e pure da quelli di alcuni Stati membri della Comunità: si pensi, in particolare, alla Germania e al Belgio), è nato come ordinamento unitario e centralista, la sussidiarietà, nei confini nazionali, ha necessariamente implicato lo scivolamento delle funzioni – segnatamente, quelle amministrative – per lo più verso il basso: ove ci si avveda che certe funzioni siano realizzabili in modo soddisfacente a un livello di governo più prossimo al territorio, l'allocazione delle stesse deve, infatti, appuntarsi su quel livello.
Nell'ordinamento comunitario, che è nato dall'aggregazione di più Stati e che, dunque, per sua natura persegue obiettivi di uniformazione, il problema che si è posto e che si pone tuttora è, invece, esattamente l'opposto. Si è trattato e si tratta, cioè, di accentrare le funzioni – segnatamente quelle normative – verso l'alto: l'ascensore delle competenze ha quindi funzionato, nel contesto europeo, nella direzione opposta.
principio di sussidiarietà è stata inoltre ribadita dall'art. 3-*quinquies*, commi 3 e 4, del d.lgs. n.152/2006, inserito nel "codice dell'ambiente" dal d.lgs. n. 4/2008.
A livello concettuale, però, il meccanismo nostrano e quello comunitario appaiono identici, ossia egualmente imperniati sul parametro dell'adeguatezza.
Nella materia ambientale, ad ogni modo, sia in ragione della dimensione difficilmente circoscrivibile dei fenomeni che costituiscono l'oggetto di tale materia, sia a motivo della complessità, anche di carattere tecnico-scientifico, della stessa, tanto nell'ordinamento europeo quanto nell'ordinamento nazionale risultano essere i livelli di governo superiori, piuttosto che quelli inferiori, i livelli in genere più adeguati a esercitare la maggior parte delle funzioni, sia normative che amministrative.
Non deve dunque meravigliare che, in nome del principio di sussidiarietà, i

legislatori nazionali in materia di ambiente continuino a subire una sorta di invadenza del legislatore comunitario.
Tuttavia, se sussidiarietà e adeguatezza sono in definitiva destinate a identificarsi, specialmente in materia ambientale deve trovare naturale applicazione anche il **principio di differenziazione**, il quale non è altro, a ben vedere, che una declinazione o, se si preferisce, un corollario del canone dell'adeguatezza.
L'adeguatezza implica, infatti, correttamente, che non si possano appiattire le soluzioni in nome del principio di sussidiarietà: parlare di sussidiarietà e adeguatezza significa anche, perciò, che possono esservi diverse soluzioni efficaci pure allo stesso livello di governo.
Applicata al diritto dell'ambiente – e guardando, in particolare, alle disposizioni comunitarie che si trovano nell'art. 191, §§ 2 e 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione – la differenziazione implica, dunque, che la Comunità, oggi Unione, nel legiferare in base al principio di sussidiarietà, debba comunque lasciare aperta la possibilità che i singoli Stati membri, o determinati enti territoriali che abbiano capacità normativa nei singoli ordinamenti nazionali, per fronteggiare situazioni peculiari e specifiche relative ai territori dei medesimi Stati introducano integrazioni, deroghe, miglioramenti o anche possibili peggioramenti del livello di tutela ambientale previsto in ambito europeo.
In base ai principi di sussidiarietà e differenziazione, le funzioni normative in materia ambientale vengono quindi esercitate in alto, dalle istituzioni comunitarie, salvo poi, in particolare, essere consentito ai singoli Stati membri, (soltanto) al ricorrere di determinate condizioni (più o meno rigorose a seconda dei casi: si v. *supra*), di prevedere un regime di tutela migliorativo o, eccezionalmente, finanche un regime di tutela peggiorativo rispetto agli *standard* stabiliti in sede europea.
Riguardo al principio di sussidiarietà, si può aggiungere, altresì, per inciso, che talvolta si ricollega alla sussidiarietà pure il principio di partecipazione o di "democrazia ambientale".
In tal caso, la sussidiarietà è intesa nella sua dimensione orizzontale, come ampiezza della partecipazione dei cittadini alle decisioni amministrative in materia ambientale (si pensi, per esempio, alla disciplina della partecipazione dei cittadini alla procedura di valutazione ambientale strategica – V.A.S.).
Veniamo, ora, all'**integrazione** e allo **sviluppo sostenibile**. Si tratta, in realtà, di principi diversi, che tuttavia in concreto finiscono per fondersi in un unico principio.
Integrazione significa, in breve, carattere trasversale del diritto dell'ambiente: ogni intervento normativo, ogni azione amministrativa, in qualsiasi materia, in qualsiasi settore di attività, deve sempre farsi carico del problema della tutela ambientale. L'ambiente si tutela, cioè, in ogni settore di disciplina, giacché qualsiasi attività umana può costituire una minaccia, un pericolo, un danno per l'ambiente.
Se questo è vero, si deve allora conseguentemente dedurre che per il legislatore, sia europeo che nazionale, farsi carico in qualsiasi settore delle esigenze di tutela dell'ambiente significa considerare la tutela ambientale come parte del processo di sviluppo, non separabile da questo. Concettualmente, insomma, non può esservi alcuna disciplina di fenomeni di sviluppo che, all'interno, non abbia in qualche modo introitato la tutela ambientale, per garantire che lo sviluppo sia realizzato con equilibrio ed equità – cioè sia, appunto, "sostenibile" – in modo da non compromettere la qualità dell'ambiente e la

disponibilità delle risorse naturali, la qualità della vita e le stesse possibilità di sviluppo non solo delle generazioni attuali, ma pure di quelle future.
La tutela ambientale, dunque, perde i suoi vetusti caratteri antagonistici rispetto alle logiche dello sviluppo, per divenire, piuttosto, il volano con cui garantire i diritti delle generazioni future. Sviluppo e ambiente, in definitiva, sono ormai da considerarsi elementi destinati a una costante e reciproca integrazione9.
Ciò, poi, si noti, vale non solo per il legislatore, ma anche per la pubblica amministrazione.
L'art. 3-*quater* del "codice dell'ambiente", in proposito, ha per l'appunto esplicitato la regola per cui, in applicazione del principio dello sviluppo sostenibile, in qualsiasi procedimento amministrativo che comporti il bilanciamento di istanze e interessi pubblici e privati contrapposti, l'interesse alla tutela ambientale deve essere tenuto in prioritaria considerazione nella ponderazione e comparazione degli interessi in gioco.
La pubblica amministrazione, ove debba esercitare un potere discrezionale, è sempre tenuta, perciò, in osservanza del ridetto principio, a considerare prioritariamente gli interessi ambientali, a prescindere da puntuali previsioni legislative in tal senso. Il peso specifico degli interessi ambientali, dunque, deve essere sempre maggiore del peso specifico degli altri interessi posti sulla bilancia della comparazione, anche se ciò – giova rimarcarlo – non implica che i primi debbano necessariamente prevalere sui secondi.
L'art. 3-*quater* del d.lgs. n. 152/2006 riconosce, quindi, correttamente, il principio dello sviluppo sostenibile come limite interno della discrezionalità amministrativa – valevole per l'emanazione di tutti i provvedimenti discrezionali in grado di incidere su un interesse ambientale, in qualsiasi settore del diritto amministrativo – il quale va ad aggiungersi agli altri limiti interni del potere discrezionale, fermo restando, ovviamente, il necessario rispetto dei limiti esterni di ciascun potere (e, segnatamente, dei principi di nominatività e di tipicità dei poteri amministrativi).
Quanto al principio dell'**elevato livello di tutela**, che si trova oggi affermato nell'art. 3 del Trattato UE, nonché negli artt. 115 e 191 del TFUE, occorre puntualizzare che esso, a sua volta, tende a sovrapporsi a quello dello sviluppo sostenibile.
Questo principio, infatti, è stato inizialmente affermato con lo scopo di far sì che, quando si uniforma il mercato, l'"asticella" della protezione dell'ambiente sia mantenuta adeguatamente "alta". Esso, tuttavia, è subito diventato un principio cui devono conformarsi tutti gli interventi di tutela ambientale e implica, in breve, che il bilanciamento tra gli interessi ambientali e gli altri interessi debba sempre avvenire riservando alla protezione dell'ambiente una considerazione, appunto, "elevata".
Al tempo stesso, però, occorre precisare che si tratta di un principio che, come si evince dalla sua stessa denominazione, impone un *elevato* livello di tutela, non un livello massimo, essendo le misure di protezione ambientale pur sempre il frutto di un bilanciamento di interessi.
Ciò posto, soffermarsi su questo principio significa essenzialmente dar conto di due circostanze.
La prima consiste nel fatto che il legislatore comunitario ha progressivamente elevato il livello della tutela ambientale introducendo misure ispirate dall'idea di anticipare vieppiù la tutela stessa (elevarla, dunque, pure nel senso di anticiparla, rispetto a quanto operato in precedenza: si pensi, in proposito,

anche alle normative fondate sul principio di precauzione, su cui si v. *infra*).
La seconda consiste nella *relatività* del concetto di elevata protezione dell'ambiente. Tutelare l'ambiente, infatti, come si diceva, significa bilanciare con gli interessi ambientali altri interessi e libertà quali la libertà di impresa, la libertà di circolazione, etc.; e il punto di equilibrio fra questi valori deve essere collocato a un livello di elevata, ma non massima, protezione ambientale.
Tra gli istituti in cui si concretizza con maggiore evidenza il principio dell'elevato livello di tutela è l'autorizzazione integrata ambientale (A.I.A.), la quale è stata prevista per sostituire numerose autorizzazioni ambientali. Non si tratta, infatti, di un istituto di mera semplificazione funzionale e procedimentale: l'A.I.A., insomma, è un'autorizzazione non soltanto *unica*, ma anche *integrata* in senso sostanziale. Non tutte le autorizzazioni ambientali, invero, sono sostituite dall'A.I.A., ma essa oggi consente, con riguardo, in particolare, agli impianti industriali di maggior rilievo, di considerare contestualmente e unitariamente i fattori di inquinamento rispetto ai quali operavano in precedenza, in modo settoriale e frammentario, le singole autorizzazioni sostituite, realizzandosi, così, un indubbio "innalzamento" dell'efficacia complessiva della protezione dell'ambiente.
Un altro esempio di applicazione del principio in esame è, poi, costituito dalle B.A.T. (*Best Available Techniques*). In genere, si ricorre alle B.A.T. con riguardo alle autorizzazioni alle emissioni, e segnatamente con riguardo alle autorizzazioni alle emissioni atmosferiche: la regola generale prevede, infatti, che, nel fissare i valori limite di emissione e rilasciare tali autorizzazioni, si debba tener conto delle B.A.T.. In breve, l'ente che rilascia le autorizzazioni deve farsi carico di individuare quali siano le migliori tecnologie disponibili e, sulla base di queste, dettare le prescrizioni di propria competenza all'interno dei provvedimenti autorizzatori. Si ponga attenzione al fatto, però, che le B.A.T., spesso molto costose, non sono le migliori tecnologie disponibili *in assoluto*, dal punto di vista tecnico, in un certo momento, posto che la loro individuazione, ai sensi delle norme vigenti, deve passare anche attraverso una valutazione economica e di proporzionalità, sorretta da un'adeguata analisi costi/benefici: sicché, evidentemente, una nuova tecnologia che garantisca una riduzione minima di un determinato tasso di inquinamento, a fronte di un costo troppo elevato, non potrà verosimilmente considerarsi una B.A.T..
Venendo al **principio di informazione**, si deve innanzitutto osservare che esso non è esplicitato nei trattati europei.
Tuttavia, leggendo la Dichiarazione di Rio de Janeiro del 1992 sull'ambiente e lo sviluppo e la Convenzione di Aahrus del 1998, alla quale ha aderito pure la Comunità Europea e che è dedicata, in particolare, all'accesso alle informazioni e alla partecipazione del pubblico ai procedimenti in materia ambientale, si ricava che, nonostante la sua omessa formulazione nei trattati comunitari, anche il principio di informazione deve essere incluso nel novero dei principi del diritto ambientale europeo.
Esso è strettamente collegato, del resto, quantomeno ad altri tre principi o gruppi di principi:
- ai principi di sussidiarietà e di partecipazione o "democrazia ambientale", poiché senza informazione, ovviamente, non ci possono essere né democrazia ambientale, né sussidiarietà10;
- al principio internazionalistico di cooperazione fra gli Stati e al principio costituzionale di leale collaborazione tra le pubbliche amministrazioni;

- al principio di prevenzione, di cui si dirà fra breve.
Relativamente al primo collegamento, si pensi, in particolar modo, alla trasparenza, che è certamente necessaria affinché ci siano democrazia ambientale e partecipazione, almeno per tre ordini di ragioni: in primo luogo, perché l'informazione è importante in quanto tale, dovendo i cittadini avere accesso a tutte le informazioni sui problemi ambientali che possono peraltro riguardare anche la loro salute; in secondo luogo, perché la compartecipazione alle decisioni ambientali richiede necessariamente che ci sia informazione; in terzo luogo, perché l'informazione dovrebbe pure servire a sensibilizzare i cittadini sulle tematiche ambientali e indurli a mutare i loro comportamenti poco virtuosi dal punto di vista della tutela dell'ambiente.
Perciò, segnatamente, le direttive comunitarie che si sono succedute in materia di informazioni ambientali si sono curate di introdurre una disciplina del diritto di accesso alle stesse particolarmente incisiva, finalizzata a riconoscere tale diritto in capo ai singoli individui nella misura più ampia possibile; oltre a curarsi della predisposizione di meccanismi di diffusione al pubblico delle informazioni relative all'ambiente.
Circa invece il principio di **cooperazione**, va osservato che esso impone agli Stati, così come alle pubbliche amministrazioni all'interno dei confini nazionali, di scambiarsi reciprocamente tutte le informazioni ambientali (anche scientifiche e tecnologiche) in loro possesso, al fine di perseguire al meglio l'obiettivo della protezione e del miglioramento dell'ambiente (ma anche, naturalmente, allo scopo di garantire un'efficace informazione del pubblico).
Tale scambio di informazioni dovrebbe comunque servire, soprattutto, tanto a prevenire il verificarsi di danni ambientali incidenti su più territori, dentro o fuori dai confini di ciascun Paese, quanto ad affrontarli tempestivamente, ove non si sia riusciti a prevenirli.
Il cenno alla prevenzione consente, quindi, di ritornare pure sul terzo collegamento poc'anzi individuato, giacché, con ogni evidenza, gli obblighi di cooperazione e gli obblighi di informazione al pubblico di cui si è detto sono fondamentali sia allo scopo di consentire l'adozione di misure immediate di protezione nel caso di disastri ambientali, sia, prima ancora, al fine di prevenire i danni all'ambiente.
A fini soprattutto preventivi è, inoltre, fondamentale anche l'imposizione di obblighi informativi nei confronti delle autorità pubbliche in capo ai soggetti privati, segnatamente a quelli che svolgono attività produttive in grado di compromettere l'ambiente (si pensi, in proposito, agli obblighi informativi previsti dalle norme sul danno ambientale, nonché, in particolare, a quelli previsti dalle norme sulle attività a rischio di incidenti rilevanti).
Dal quadro che si è rapidamente tracciato emerge, dunque, come il principio in esame informi di sé tutta la disciplina ambientale e si traduca, in definitiva, nella creazione di un circuito cooperativo avente quali protagonisti le istituzioni pubbliche, internazionali, europee e nazionali, le imprese e pure le popolazioni e i singoli individui.
Si devono, a questo punto, prendere specificamente in considerazione i principi di prevenzione, di proporzionalità e di precauzione.
Il **principio di prevenzione** o **di azione preventiva** è un principio cardine del diritto dell'ambiente11 e si può sintetizzare, sia pure al costo di una certa banalizzazione, richiamando un semplice e famoso *slogan* pubblicitario che recita: «prevenire è meglio che curare».

Esso, quindi, significa che si deve intervenire prima che siano causati i danni ambientali, al fine, nella misura in cui ciò sia possibile, di eliminare o, almeno, di ridurre fortemente il rischio che gli stessi si verifichino.
Ciò, si noti, non solo perché i danni, una volta che si siano verificati, non sempre sono riparabili, ma anche perché, pur laddove lo siano, i ripristini generalmente costano molto di più delle attività di prevenzione. Anche il principio di prevenzione, pertanto, non è affatto estraneo alla considerazione di profili economici.
Evidenti esplicazioni del principio di prevenzione si ritrovano, per esempio, oltre che nelle norme sul danno ambientale e in quelle sulle attività a rischio di incidenti rilevanti, in tutte le discipline di pianificazione ambientale: pianificare significa, infatti, programmare, pensare per il futuro, dunque anche prevenire.
Analogamente, costituiscono una chiara esplicazione del principio di prevenzione pure tutte le discipline le quali prevedono che, affinché possa essere svolta un'attività potenzialmente nociva per l'ambiente, questa debba essere previamente autorizzata; così come si deve ritenere espressione del medesimo principio la tendenziale esclusione della possibilità che le autorizzazioni ambientali siano rilasciate silenziosamente, o che il loro posto sia preso da una qualsivoglia forma di dichiarazione di inizio attività (D.I.A.) o segnalazione certificata di inizio attività (S.C.I.A.)12.
Altro principio fondamentale da prendere in considerazione – pur trattandosi di un principio non esclusivo della materia ambientale, bensì trasversale rispetto all'intero diritto amministrativo – è, poi, quello ben noto di **proporzionalità**, oggi affermato nell'art. 5 del Trattato UE, unitamente al principio di sussidiarietà.
Tale principio, com'è risaputo, vale tanto per il legislatore quanto per la pubblica amministrazione, laddove essa debba esercitare un potere discrezionale bilanciando interessi.
Esso riveste una grandissima rilevanza in materia ambientale; e, del resto, nell'art. 191, § 3, del TFUE si rinviene una parziale traccia dello stesso, dove è disposto che l'azione comunitaria in materia di ambiente deve tenere conto pure «dei vantaggi e degli oneri che possono derivare dall'azione o dall'assenza di azione».
Applicare il principio di proporzionalità, in materia ambientale, implica, in breve, che siano adottate le misure di tutela dell'ambiente che, a parità di efficacia, siano le meno restrittive per le libertà antagoniste – le quali sono in genere di natura economica – e che, in ogni caso, nel comprimere queste libertà, si agisca in modo tale che vi sia, appunto, proporzione tra l'entità delle limitazioni imposte e i risultati perseguiti attraverso le stesse.
In applicazione del principio in esame, dunque, dovrebbe essere impedito che siano adottate misure di protezione ambientale eccessivamente e ingiustificatamente invasive e restrittive delle libertà dei singoli e, nelle ipotesi di compressione di libertà economiche, anche discriminatorie e distorsive della concorrenza; ciò che, invece, la Corte di giustizia europea ha dovuto ripetutamente riscontrare, sin dalla fine degli anni '80 del secolo scorso, con riguardo segnatamente a misure adottate da Stati membri della Comunità, dando così luogo alla formazione di una ricca e importante giurisprudenza sull'operatività del principio di proporzionalità in materia ambientale13.
Va poi soggiunto che un'applicazione o, se si vuole, un corollario importante del principio di proporzionalità in materia ambientale si rintraccia nel

principio, da osservarsi con particolare cura, di **gradualità**.
Si tratta di quel principio per cui, quando viene adottata una nuova misura che impone a un soggetto, segnatamente a un imprenditore, di rispettare limiti ambientali più rigorosi, di emettere ad esempio minori quantitativi di determinate sostanze inquinanti in atmosfera, oppure nelle acque, deve essere concesso al destinatario dell'obbligo un tempo ragionevole, una "finestra temporale", per poter adeguare la propria attività – senza doverla frattanto limitare eccessivamente o addirittura bloccare – ai nuovi *standard*, attuando, appunto, gradualmente le nuove prescrizioni di tutela ambientale.
Ciò si traduce, in alcuni casi, nella previsione normativa di piani di progressivo adeguamento alle nuove condizioni di esercizio degli impianti, piani che i gestori di questi ultimi possono sottoporre all'approvazione delle pubbliche amministrazioni competenti (si pensi, per esempio, ai piani di ammodernamento che possono essere presentati all'amministrazione in occasione del rinnovo o del riesame dell'A.I.A., oppure ai piani di risanamento che sono stati previsti, in via transitoria, dalle norme nazionali sull'inquinamento elettromagnetico).
La proporzionalità, inoltre – è opportuno precisarlo – non opera solo con riguardo al bilanciamento tra gli interessi ambientali e gli interessi privati ad essi antagonisti, ma può operare anche ove debbano essere ponderati e comparati fra loro *diversi interessi ambientali*: si pensi, in proposito, al caso di scuola dell'installazione delle pale eoliche, le quali, se, per un verso, non possono che costituire un beneficio per l'ambiente, trattandosi di fonti di energia rinnovabile, per altro verso possono confliggere con l'esigenza di proteggere un interesse paesaggistico.
Venendo, ora, al **principio di precauzione**14, si pone innanzitutto un preliminare problema di perimetrazione dei confini semantici dello stesso e, di conseguenza, dei suoi ambiti di applicazione, rispetto al "limitrofo" principio di prevenzione.
Il suo significato si ricava dalla Dichiarazione di Rio de Janeiro, nonché, nel nostro ordinamento, dall'art. 301 del d.lgs. n. 152/2006; e si può dire, a ben vedere, che esso rappresenti uno sviluppo del principio di prevenzione, per quanto nell'art. 191 del TFUE il principio di precauzione figuri prima di quello di prevenzione.
Applicare il principio di precauzione significa, infatti, adottare misure di tutela e prevenzione ambientale anche quando non sia assolutamente certo che un determinato fenomeno sia nocivo per l'ambiente, ma, al contempo, sussista un dubbio scientificamente attendibile che possa esserlo. In altri termini, secondo tale principio, il legislatore e la pubblica amministrazione, allorché questa debba esercitare poteri discrezionali, sono chiamati, ciascuno per la propria parte, ad agire cautelativamente pur in presenza soltanto di un rischio che l'ambiente possa subire danni significativi per effetto di determinate condotte od omissioni, senza che la mancanza di una prova scientifica certa al riguardo possa essere usata come pretesto per non adottare o rinviare l'adozione di efficaci misure preventive.
Gli esempi più importanti di discipline ambientali adottate sulla base del principio in esame sono le norme comunitarie sui microrganismi geneticamente modificati (M.O.G.M.) e sugli organismi geneticamente modificati (O.G.M.) e le norme nazionali sull'inquinamento elettromagnetico.
A proposito del principio di precauzione è, comunque, importante sottolineare che la sua affermazione non deve in alcun modo tradursi nella possibilità di dare seguito a suggestioni o paure destituite di qualsiasi fondamento. Occorre, cioè, che, nell'applicazione del principio in questione,

l'individuazione del rischio di un danno all'ambiente che legittimi o imponga l'adozione di una misura di tutela avvenga sulla base di *valutazioni scientifiche obiettive*, secondo quanto disposto, del resto, dall'art. 191, § 3, del TFUE, per cui l'azione in materia ambientale deve essere sempre fondata sui dati scientifici e tecnici disponibili.
Posto che le misure precauzionali non sono basate su certezze assolute ma, di contro, hanno un costo spesso molto elevato, occorre, inoltre, per tacitare i detrattori di questo dibattuto principio, che esse siano adottate in esito a un'applicazione particolarmente severa della regola della *proporzionalità*, cosicché le stesse non risultino eccessivamente onerose e vi sia sempre una rigorosa proporzione tra il grado di probabilità dei rischi e di gravità dei danni temuti, da una parte, e il grado di incisività delle medesime misure sulle libertà antagoniste, dall'altra.
La proporzionalità, a ben vedere, in materia ambientale si pone quale una sorta di "controlimite" rispetto alle possibili enfatizzazioni di principi come quello dello sviluppo sostenibile e, soprattutto, quello di precauzione15.
Bisogna, insomma, evitare che l'applicazione del principio di precauzione possa risolversi nell'adozione di blocchi generalizzati di attività di ogni tipo, non fondati su adeguati riscontri scientifici, poiché una situazione di tal fatta sarebbe, invero, posta in violazione del medesimo principio. Non si deve, cioè, in alcun modo chiamare in causa il principio in esame per dare la stura a fenomeni quali la nota sindrome N.I.M.B.Y. (acronimo dell'inglese *Not In My Back Yard*) o, addirittura, la sindrome B.A.N.A.N.A. (acronimo dell'inglese *Build Absolutely Nothing Anywhere Near Anything*).
Le stesse avvertenze, poi, devono essere rigorosamente osservate pure nell'applicazione di una norma come il menzionato art. 301 del "codice dell'ambiente", secondo il quale, in attuazione del principio di precauzione, quando emergano «pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente», gli operatori interessati sono tenuti ad adempiere tempestivamente a specifici obblighi informativi nei confronti delle pubbliche autorità e il Ministero dell'ambiente può adottare in qualsiasi momento apposite misure di prevenzione, ai sensi dell'art. 304 dello stesso codice.
Ove dette avvertenze non dovessero essere osservate con rigore, infatti, i detrattori del principio di precauzione avrebbero buon gioco nel ritenere tale norma perniciosa, in ragione della grande latitudine del suo ambito di operatività.
Immediatamente dopo quelli di precauzione e di prevenzione, nell'art. 191, § 2, del TFUE, figurano, infine, tra i principi costitutivi della tutela ambientale, il principio della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente e il principio «chi inquina paga».
Ciò vale a dire, ovviamente, che, se non si è riusciti a prevenire i danni, occorre intervenire *ex post* a correggerli, per ripristinare, in quanto possibile, lo *status quo ante*, intervenendo in primo luogo sulla fonte dei danni riscontrati; e che, inoltre, i costi degli interventi di ripristino ambientale e dei risarcimenti dei danni gravano sui soggetti responsabili degli inquinamenti. Si pensi, in particolare, al caso di scuola dei siti inquinati che devono, *in primis*, essere messi in sicurezza, innanzitutto isolandoli dalle sorgenti delle contaminazioni riscontrate, e i cui costi di bonifica sono posti a carico di chi ha causato, con la propria condotta eventualmente anche omissiva, le medesime contaminazioni.
Tuttavia, sia il principio della correzione dei danni alla fonte, sia il principio «chi inquina paga», devono essere intesi non solo in chiave *ex post*, ossia solo in

chiave riparatoria, ma anche in chiave preventiva.
È chiaro, insomma, che **correzione dei danni innanzitutto alla fonte** significa, testualmente, andare a correggere danni che si sono già verificati, intervenendo, appunto, sulle fonti produttive dell'inquinamento.
Se questo è vero (si pensi, oltre alle norme sulla messa in sicurezza e la bonifica dei siti inquinati, pure alle norme che, in caso di superamento di determinati valori limite di certe sostanze nell'aria, consentono di bloccare o limitare il traffico nei centri abitati), occorre però anche ammettere che il principio in questione manifesta altresì una valenza preventiva: le norme di protezione ambientale che introducono *standard* per la fabbricazione di certi prodotti come gli autoveicoli sono, ad esempio, norme di prevenzione che intervengono sulle fonti degli inquinamenti, al pari di tutte le norme di tutela dell'ambiente basate sulla fissazione di limiti di emissione; e, sempre in tema di autoveicoli, si possono ricordare pure le norme che permettono di vietarne o limitarne la circolazione non già perché siano state superate determinate soglie di concentrazione di sostanze inquinamenti nell'aria, bensì, per l'appunto, a scopo preventivo.
Infine, anche il principio **«chi inquina paga»**, che potrebbe sembrare, a uno sguardo superficiale, connotato eminentemente in chiave riparatoria/sanzionatoria (si pensi, ancora una volta, alle norme sulle bonifiche, nonché a quelle sul risarcimento del danno ambientale16), ha, invero, una fondamentale valenza preventiva.
Il principio in questione, infatti, è rivolto a richiamare l'attenzione di tutti sul fatto che il consumo delle risorse naturali e i fenomeni di inquinamento ambientale implicano dei costi e richiede che questi – i costi delle misure di prevenzione, prima ancora che quelli degli interventi riparatori – anziché ricadere sulla collettività attraverso la fiscalità generale, siano "internalizzati" dai soggetti – in particolar modo le imprese – che utilizzano dette risorse e svolgono attività di rilevante impatto sull'ambiente.
Il principio "chi inquina paga" ha come scopo ultimo, in definitiva, quello di disincentivare e ridurre lo svolgimento di attività e comportamenti incidenti in maniera negativa sull'ambiente e di incentivare, invece, le condotte e le scelte ambientalmente virtuose (quali, ad esempio, la scelta di un'impresa di investire in tecnologie pulite, oppure di puntare sull'energia da fonti rinnovabili).
Un terreno privilegiato di applicazione del principio in esame è, dunque, quello dei sempre più diffusi *"strumenti economici" o "volontari"* di tutela dell'ambiente17, con cui si confida di fare prevenzione puntando sulla incentivazione o disincentivazione economica di determinati comportamenti e rimettendo alla volontà e responsabilità di ciascuno la decisione di porli o non porli in essere, piuttosto che imponendoli o, rispettivamente, vietandoli secondo il classico modello autoritativo del *command and control.*
«Chi inquina paga», a ben vedere, significa proprio questo: che, nei limiti in cui certe attività sono possibili e non vietate, si impone un onere economico a coloro che inquinano maggiormente e/o, viceversa, si concede un incentivo a quanti inquinano meno (si pensi, per esempio, alle norme che prevedono le cd. ecotasse, oppure a quelle che prevedono agevolazioni fiscali, agevolazioni creditizie o contributi per gli investimenti in nuove tecnologie produttive ambientalmente compatibili, per la produzione di energia da fonti rinnovabili, per la rottamazione dei vecchi autoveicoli e dei vecchi elettrodomestici, etc.; ma si pensi anche alle disposizioni che hanno creato un mercato per la negoziazione di "permessi" o "diritti di inquinamento", ossia di quote virtuali di emissioni dei gas a

effetto serra oggetto del Protocollo di Kyoto, oppure alla disciplina dei cd. certificati verdi e dei cd. certificati bianchi, relativi, rispettivamente, alla produzione di energia da fonti rinnovabili e al risparmio energetico).
Esiste, insomma, tutto un ambito di attività ecologicamente impattanti rispetto alle quali l'ordinamento non impone divieti né limiti, preferendo l'assoggettamento delle attività medesime al rispetto del principio «chi inquina paga», declinato in chiave preventiva.
Non è detto, ovviamente, che la descritta logica dell'incentivazione/disincentivazione centri in termini del tutto soddisfacenti l'obiettivo della riduzione dell'inquinamento.
Saranno soprattutto le scienze economiche a dover fornire, nel prossimo futuro, un riscontro sulla concreta attitudine di questi innovativi strumenti a garantire il perseguimento degli obiettivi ambientali senza compromettere gli standard di sviluppo prefissati dalle politiche di crescita elaborate a livello europeo e nazionale.

ABSTRACT
Mauro Renna, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*
L'articolo analizza diversi aspetti dei principi europei in materia di tutela dell'ambiente.
Dopo aver trattato dell'evoluzione del diritto dell'ambiente nell'ordinamento comunitario a partire dagli anni Settanta, vengono esaminati i singoli principi della materia e, in particolare, i principi di sussidiarietà e di differenziazione, il principio dello sviluppo sostenibile, il principio dell'elevato livello di tutela, il principio di informazione, i principi di precauzione e di prevenzione, il principio di proporzionalità (che ovviamente non vale solo per il diritto dell'ambiente, ma per esso è particolarmente importante), il principio di correzione dei danni innanzitutto alla fonte, il principio "chi inquina paga".

Il Danno ambientale
Definizione di danno ambientale
(di Stefano Maglia)

Ai sensi dell'art. 300 della Parte VI, è danno ambientale, qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima.
Sono specificate le seguenti quattro tipologie di danno:

– danno alle specie e agli habitat naturali protetti dalla normativa nazionale e comunitaria;

– alle acque interne, mediante azioni che incidano in modo significativamente negativo sullo stato ecologico, chimico e/o quantitativo oppure sul potenziale ecologico delle acque interessate, quali definiti nella direttiva 2000/60/CE, ad eccezione degli effetti negativi cui si applica l'art. 4, paragrafo 7, di tale direttiva;

– alle acque costiere ed a quelle ricomprese nel mare territoriale mediante le azioni suddette, anche se svolte in acque internazionali;

– al terreno, mediante qualsiasi contaminazione che crei un rischio significativo di effetti nocivi, anche indiretti, sulla salute umana a seguito dell'introduzione nel suolo, sul suolo o nel sottosuolo di sostanze, preparati, organismi o microrganismi nocivi per l'ambiente.

La disciplina si applica anche in caso di sola "minaccia imminente" di danno (ex art. 302, comma 7), ovvero quando si verifichi – con valutazione scientifica obiettiva – il rischio sufficientemente probabile che stia per verificarsi uno specifico danno ambientale, e ciò in aderenza al principio di precauzione richiamato espressamente all'art. 301.

Il TUA prevede l'alternativa tra l'azione risarcitoria in sede giudiziaria e l'ordinanza a contenuto risarcitorio ricorribile in via amministrativa, che può adottare il Ministero dell'Ambiente sulla base dei parametri fissati dagli articoli 311 comma 3, 312 e 314.
È fatta salva la disciplina delle azioni di prevenzione, descritte al Titolo II.
L'art. 305 stabilisce, infatti, che quando si è verificato un danno ambientale, l'operatore[1] deve comunicare senza indugio tutti gli aspetti pertinenti della situazione alle autorità competenti, ovvero comune, provincia e regione, nonché il prefetto competente. Egli ha inoltre l'obbligo di adottare immediatamente tutte le iniziative praticabili per controllare, circoscrivere, eliminare o gestire in altro modo, con effetto immediato, qualsiasi fattore di danno, allo scopo di prevenire o limitare ulteriori pregiudizi ambientali ed effetti nocivi per la salute umana o ulteriori deterioramenti ai servizi, anche sulla base delle specifiche istruzioni formulate dalle autorità competenti relativamente alle misure di prevenzione necessarie da adottare e le necessarie misure di ripristino di cui all'art. 306. In caso di inerzia dell'obbligato il Ministro dell'Ambiente ha la facoltà di attuare le misure di ripristino, con diritto di rivalsa nei confronti di chi ha causato o concorso a causare le spese stesse.

[1] Tale definizione è ripresa nell''art. 302 comma 4 – dalla Direttiva Comunitaria che intende con operatore: "qualsiasi persona, fisica o giuridica, pubblica o privata, che esercita o controlla un'attività professionale avente rilevanza ambientale oppure chi comunque eserciti potere decisionale sugli aspetti tecnici e finanziari di tale attività, compresi il titolare del permesso o dell'autorizzazione a svolgere detta attività". La nozione è ampia, tale da intendersi riferita a tutti coloro – privati e pubblici anche controllori – che verificano nell'ambito delle loro funzioni un episodio di danno ambientale, ciascuno secondo le proprie competenze. Del resto, come conferma il Procuratore generale della Corte dei Conti (relazione scritta presentata il 17 febbraio 2010, esiste la competenza del Procuratore regionale della Corte dei conti per la lesione dei beni ambientali che coinvolge soggetti legati alla P.A. da rapporto di impiego o di servizio. Essa attiene innanzitutto alla responsabilità per danno indiretto, relativo all'esborso sostenuto dagli Enti pubblici per effetto di sentenze di altre giurisdizioni, ma la Corte dei conti, per i medesimi soggetti cui è imputabile un danno ambientale (art. 313 d.lg.vo 152/06), ha altresì competenza nei casi di responsabilità diretta, prima attribuiti al giudice ordinario, per il risarcimento in forma di equivalente patrimoniale, non solo verso lo Stato ma anche nei confronti dell'ente pubblico titolare dei beni pubblici.

Il risarcimento per il danno ambientale
(di Stefano Maglia)

L'art. 311 prevede al comma 2 una azione risarcitoria in forma specifica a carico di 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.

Nella versione originaria l'obbligo era: "… al ripristino della precedente situazione e, in mancanza, al risarcimento per equivalente patrimoniale nei confronti dello Stato", mentre ora la norma, rendendo prioritario il ripristino dello stato dei luoghi, prevede l'obbligo: "… 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 n. 2004/35/Ce secondo le modalità previste dall'Allegato II della Direttiva"; inoltre, prosegue la nuova versione del comma 2 solo: "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".

È stato anche integrato il successivo comma 3 circa i criteri di determinazione del risarcimento: il riferimento a carattere generale è agli Allegati della Parte VI, in particolare la quantificazione del danno prevede l'applicazione dei criteri enunciati negli Allegati 3 e 4 della Parte VI, l'accertamento delle responsabilità risarcitorie ed alla riscossione delle somme dovute per equivalente patrimoniale invece il riferimento alle procedure di cui al titolo III della Parte VI del presente decreto. Invero gli Allegati citati sono generici e meramente descrittivi tanto che l'articolo riserva al Ministero il compito di emanare un apposito decreto definitorio dei 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".

Il comma 3 fornisce anche l'indicazione di due parametri generali in caso di concorso nello stesso evento di danno: ciascuno risponde nei limiti della propria responsabilità personale ed il relativo debito si trasmette, secondo le leggi vigenti, agli eredi nei limiti del loro effettivo arricchimento.

La disposizione di chiusura del comma 3 recita: "Il presente comma si applica anche nei giudizi di cui ai commi 1 e 2" il che significa che i criteri per la quantificazione di cui ai commi 1 e 2 senz'altro si applicano nel caso dell'azione risarcitoria giudiziale ma "anche" alla procedura per l'ordinanza risarcitoria.[1]

Qualora invece il Ministero decidesse di non promuovere l'azione civile, è prevista, a suo esclusivo favore, la possibilità di emettere un'ordinanza immediatamente esecutiva per ingiungere, a coloro che in base agli accertamenti siano risultati responsabili del fatto di danno, il ripristino ambientale a titolo di risarcimento in forma specifica (art. 313, comma 1, D. Lgs. 152/2006).

Se il responsabile del fatto che ha provocato danno ambientale non provvede in tutto o in parte al ripristino (nel termine ingiunto), o il ripristino risulta in tutto o in parte impossibile, oppure eccessivamente oneroso ai sensi dell'art. 2058 Cod. civ., il Ministro dell'Ambiente, con una successiva ordinanza, deve ingiungere il pagamento, entro il termine di sessanta giorni dalla notifica, di una somma pari al valore economico del danno accertato o residuato, a titolo di risarcimento per equivalente pecuniario.

L'ordinanza è ricorribile al TAR non più in sede di giurisdizione esclusiva, per effetto della riforma del processo amministrativo.

[1] Così, P: FIMIANI, "Il risarcimento del danno ambientale dopo la legge salva-infrazioni", Rifiuti, Bollettino di informazione normativa, n. 02/2010, pag. 2 e ss.

L'azione di classe a disposizione del cittadino/consumatore quale nuovo strumento per la tutela dell'ambiente. Prospettive di analisi e sviluppo
(di Cristian Rovito)
L'azione di classe quale nuovo strumento per la tutela dell'ambiente

Le Regioni, province autonome e enti locali, anche associati, nonché le persone fisiche e giuridiche che sono o potrebbero essere colpite dal danno ambientale o che vantino un interesse legittimante la partecipazione al procedimento per l'adozione delle misure di precauzione, di prevenzione o di ripristino previste dalla parte VI, ex art. 309 del Codice dell'ambiente, rubricato "richiesta di intervento statale", sono state inserite all'interno dell'area degli interventori procedimentali.
Le associazioni ambientaliste, in forza dei nuovi dettati normativi potranno agire non già avverso il danno ambientale stricto sensu, bensì a fronte del solo nocumento derivante dall'attivazione tardiva del Ministro in sede di adozione delle misure contenute nella parte VI^ del Codice dell'ambiente, cioè specificatamente a fronte della mancata adozione delle misure di prevenzione, precauzione e di contenimento del danno[1].
La linea codicistica del 2006 sembra recuperare una rete di contenimento nella clausola generale del danno ambientale. L'art. 300, prevede infatti una definizione di danno ambientale che purtuttavia apparendo vaga e generica dà la possibilità di affermare che i poteri spettanti alle associazioni possono essere esercitati in qualsiasi ipotesi di danno all'ambiente[2]. A questo si aggiunge l'accentramento della tutela del danno ambientale introdotto con il D. lgs 152/'06, il quale, sistematicamente intendendo, avrebbe eluso il passaggio ad un'unità – differenziazione, sotteso al principio di sussidiarietà verticale/istituzionale/territoriale.
In tal senso è opportuno ricordare che nella relazione di accompagnamento al codice, veniva evidenziato che «tutte le figure pubbliche e associative diverse dallo Stato vengono rese destinatarie soltanto di un compito di immediata segnalazione dell'esistenza del danno ambientale al Ministero (…) e, di contro, sono state dotate di una specifica pretesa verso il Ministero stesso avente ad oggetto l'intervento immediato in sede di prevenzione o di risarcimento del danno, non senza trascurare l'ipotesi di una reazione giurisdizionale contro l'illegittimo silenzio – inerzia degli uffici del Ministero».
In seguito all'abrogazione del comma 3 dell'art. 9 del Testo unico degli Enti locali, alle associazioni riconosciute è stato impedito di proporre quelle azioni risarcitorie di competenza del giudice ordinario che spettino al Comune e alla Provincia a seguito di danno ambientale. E' rimasto tuttavia in vigore il comma 5 dell'art. 18 l. 349/86 talché è stata mantenuta a favore delle associazioni la facoltà di ricorrere alla giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi adottati nella materia ambientale, sia a livello ministeriale, sia da altre amministrazioni diverse dal Ministero.
Aprendo ora una riflessione su quanto appena asserito, in continuità con il fil rouge finora seguito dall'intervento del legislatore in materia di risarcibilità del danno ambientale, è possibile constatare che molte delle indicazioni provenienti da livelli politico – legislativi sovraordinati sono state puntualmente disattese.
Le restrizioni qualitative rispetto agli strumenti di garanzia introdotti «hanno costituito un vero e proprio vulnus in sede di definizione di un livello di tutela effettiva per la salvaguardia dell'ambiente[3]».
In effetti, non può non ricordarsi l'orientamento delle SS.UU. della Corte di Cassazione sulla questione degli interessi diffusi/interessi collettivi. Il giudice di legittimità ha infatti specificato come «l'esclusione dell'accesso dei singoli alla tutela giudiziale appare giustificata dall'esigenza di evitare che una pluralità infinita di interessi identici sia richiesta con un numero indeterminato di iniziative individuali seriali miranti agli stessi effetti, con inutile aggravio del sistema giudiziario e conseguente dispersione di una risorsa pubblica; e con frustrazione, inoltre, dell'effetto di incentivazione dell'aggregazione spontanea di più individuai in un gruppo esponenziale, il che soprattutto in sistemi cui è ignota la tutela dei diritti individuali omogenei da parte dei singoli, tipica, invece, delle class actions, nelle quali il costo del processo non è però sopportato in proprio dall'attore (Cass. civ., SS. UU., 28 marzo 2006, n. 7046)».
Iniziando ora un nuovo approccio alle questioni evidenziate, occorre partire dalla constatazione che sul piano dell'innovazione giuridica hanno iniziato ad affacciarsi sul panorama della tutela ambientale nuovi istituti, tra i quali si è fatta progressivamente strada la class action.

Il Codice del Consumo di cui al D. lgs 206/2005, modificato dalla l. 99/2009, attraverso l'art. 140-bis, ha introdotto nell'ordinamento italiano l'istituto dell'azione collettiva risarcitoria o più notoriamente class action.
Per ciò che attiene la materia più strettamente inerente alla tutela dell'ambiente, significativo è stato l'intervento, rispetto alla citata class action, con cui è stato introdotto il rito speciale del ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici, noto come «azione di classe amministrativa», disciplinata dal D. lgs 20 dicembre 2009, n. 198. Benché si sia registrata una fugace comparsa nella bozza del codice del procedimento amministrativo, non è poi entrata a far parte del testo definitivo.
Nell'ambito della tutela ambientale, nell'art. 1, comma 1 («Al fine di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio, i titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori possono agire in giudizio, con le modalità stabilite nel presente decreto, nei confronti delle amministrazioni pubbliche e dei concessionari di servizi pubblici, se derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi, dalla violazione di termini (…)», il decreto prevede che la legittimazione debba essere riconosciuta ai portatori di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori, condizionatamente all'essere la lesione diretta, concreta ed attuale; mentre al successivo comma 4, estende la legittimazione ad associazioni e comitati («Ricorrendo i presupposti di cui al comma 1, il ricorso può essere proposto anche da associazioni o comitati a tutela degli interessi dei propri associati, appartenenti alla pluralità di utenti e consumatori di cui al comma 1»).
Prima della sua entrata in vigore, ma in effetti anche dopo l'entrata in vigore, è emersa la necessità di un'indagine sulla natura giuridica dell'interesse sottostante alle disposizioni appena enunciate. Tra l'altro, tanto la legge delega, quanto la bozza di decreto delegato sottoposto al consulto del Consiglio di Stato (Cons. Stato in sede consultiva, adunanza del 9.6.2009, n. 1943/09), facevano un riferimento alla «lesione di interessi giuridicamente rilevanti per una pluralità di utenti o consumatori». Esprimendosi in merito al decreto introduttivo dell'azione di classe, il Supremo consesso giurisdizionale ha provveduto ad una qualificazione dei contenuti della situazione di titolarità difesa in giudizio in termini interesse diffuso, sostenendo in proposito che «l'interesse tutelato dalla class action pubblica non coincide esattamente con l'interesse diffuso, rispetto al quale può vantare una maggiore specificità relativamente al requisito soggettivo, in quanto si tratta di situazione soggettiva riferibile non all'intera collettività indistintamente, ma ad una particolare categoria; quella degli utenti e dei consumatori[4]».
La fattispecie astratta contenuta nella norma si caratterizza per il fatto che «l'evento lesivo deve palesarsi nei termini di un mal funzionamento della macchina amministrativa foriero di conseguenze valutabili in una prospettiva plurioffensiva della condotta, che interessi un interesse legittimo isoforme oggettivamente rilevante per una pluralità di soggetti[5]». Tale conformazione appare ben circoscrivile nel perimetro normativo concentrico sull'interesse ambientale.
Il principio di sussidiarietà orizzontale, ampiamente riconosciuto nell'attività di trasfusione dei principi comunitari (e non solo) in materia di accesso alla giustizia (terzo pilastro della Convenzione Aarhus) per Giglioni[6], nell'ordinamento nazionale ha permesso che sotto l'aspetto sociale «gli eventuali conflitti che insorgessero nel corso della relazione cui esso ha dato vita possono legittimare azioni giurisprudenziali promosse da cittadini, singoli o associati, anche laddove questi non trovino in norme positive derogatorie il diritto alla legittimazione processuale e gli interessi invocati a tutela siano quelli della collettività indistinta». Per Cintioli[7] si tratta di «un allargamento (…) motivato, o sostanzialmente giustificato, per il tipo di diritti e valori che si collegavano con l'azione e col controllo giudiziale (…) la tutela dell'ambiente e la protezione degli individui dalla società del rischio».
L'implementazione che si è registrata con gli interventi della richiamata ed autorevole dottrina, ha però incontrato degli ostacoli per quanto concerne le prerogative riconosciute alla platea dei

soggetti legittimati, i quali sono assegnatari della possibilità di agire in via ordinaria limitatamente alla violazione delle disposizioni di cui alla parte VI^ del D. lgs 152/'06 e ss. mm. e ii.. Limitazione che ha subito un ridimensionamento con l'introduzione dell'azione collettiva amministrativa per la quale non rileva la dimensione contenutistica attribuita al danno ambientale.
Ricorrere pertanto alla class action pubblica per tutelare l'ambiente è una procedura pertinente alla natura del giudizio attivabile, dando la possibilità di ridurre il gap funzionale a favore dei titolari di interessi diffusi, così favorendo nel contempo quella che Trentini individua come «una sorta di espansione della responsabilità delle amministrazioni[8]».
In termini di risorse strumentali, finanziarie ed umane, ed in ragione dei suoi compiti, il giudice amministrativo, potrà disporre il ripristino del corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio, in relazione alle concrete disponibilità delle pubbliche amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici.
Con la class action quindi, i soggetti lesi possono ottenere la «rimozione dell'eventuale disfunzione» con la possibilità di portare a galla una tipologia di accertamento che, superato il sindacato volto all'accertamento della rispondenza e conformità alla legge, muove verso un vaglio della correttezza. Ed è questo passaggio controllante che consente un diverso apprezzamento del giudice, ampliandone i poteri circa la determinazione del corretto svolgimento della funzione o del corretto svolgimento del servizio.

Le denunce e le osservazioni dell'art. 309 del Codice dell'ambiente

L'art. 309 del D. lgs 152/'06 rubricato "Richiesta d'intervento statale", con la disposizione di cui al comma 1 ha stabilito che «Le regioni, le province autonome e gli enti locali, anche associati, nonché le persone fisiche o giuridiche che sono o che potrebbero essere colpite dal danno ambientale o che vantino un interesse legittimante (…) possono presentare al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio, depositandole presso le Prefetture – Uffici territoriali del Governo, denunce e osservazioni, corredate da documenti ed informazioni, concernenti qualsiasi caso di danno ambientale o di minaccia imminente di danno ambientale e chiedere l'intervento statale a tutela dell'ambiente a norma della parte sesta del presente decreto».
Si tratta come è facilmente intuibile della possibilità di avviare un procedimento destinato a chiudersi con una decisione motivata di accoglimento o di rigetto e può legittimare il ricorso avverso il silenzio serbato dal Ministero, con la previsione della eventuale richiesta di risarcimento del danno subito a causa del ritardo nell'attivazione delle misure di precauzione, di prevenzione o di ripristino.
Il Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio ha ex lege (comma 3 dell'art. 309: «Il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio valuta le richieste di intervento e le osservazioni ad esse allegate afferenti casi di danno o di minaccia di danno ambientale e informa senza dilazione i soggetti richiedenti dei provvedimenti assunti al riguardo») l'obbligo valutare le richieste di intervento e le osservazioni ad esse allegate, il che sta ad individuare un primo vaglio della questione di cui il dicastero è investito, per poi successivamente assumere ogni doverosa e vincolata azione di precauzione, prevenzione e recupero. In questo modo, il legislatore ha voluto distinguere i due momenti allo scopo di evidenziare opportunamente lo schema da seguire in caso di denunce od osservazioni presentate dagli enti e soggetti supra elencati.

Riflessioni conclusive e sviluppi per il futuro

I diversi passaggi compiuti dal legislatore nel trasmigrare il danno ambientale dal campo degli illeciti contabili, sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti, a quello degli illeciti civili, sottoposti alla giurisdizione del Giudice ordinario (Civile, ma anche penale), passando per la qualificazione di illecito amministrativo, rientrante, invece, nella giurisdizione del competente Giudice Amministrativo, hanno determinato confusione, non solo in termini di sistematicità, ma anche di certezza del diritto.
Dall'originaria configurazione come illecito contabile ad oggi sono stati compiuti dei passi normativi al punto che nel Codice dell'ambiente è stata fatta propria la tesi del «danno ambientale pubblico

collettivo» risarcito esclusivamente allo Stato, benché possa in quest'ottica ritenersi possibile un ritorno della Corte dei Conti.
Le strade percorribili dipendono a questo punto dalla considerazione che viene data al concetto di «interesse diffuso», se cioè lo si accetta quale «interesse alla protezione dell'ambiente», riconoscendo solo al soggetto pubblico la doppia protezione ordinanza-ingiunzione, azione in giudizio e lasciando a disposizione del privato e degli altri Enti uno strumento, ovvero quello di cui agli artt. 2043 e 2059 c.c., sicuramente importante, ma dotato indubitabilmente di una minore efficacia.
Orbene, l'ambiente non può non essere considerato un bene pubblico o di pertinenza dello Stato. Del resto, già la Corte dei Conti aveva in merito teorizzato, al punto che de iure condendo apparirebbe auspicabile un'espansione della giurisdizione anche per i danni causati all'ambiente da cittadini privati, essendo stato affermato dal Maddalena, tra l'altro, che la responsabilità per danno ambientale, quale danno alla collettività, ripudia discriminazioni tra soggetti che siano egualmente corresponsabili per la lesione di un interesse pubblico obiettivo. Questa linea interpretativa appare illuminante perché prevede le stesse conseguenze a carico di tutti i soggetti, siano essi dipendenti pubblici o privati cittadini, con l'ausilio della leva sulla comune responsabilità ambientale.
Si profila la proposta di affidare in via esclusiva al Pubblico ministero presso la Corte dei Conti questo "ampliamento di compiti" in materia di giudizio contabile, dopo aver superato l'osservazione secondo la quale l'attuale apparato processuale contabile non sarebbe adeguato alla prospettate esigenze di giustizia. Ad esse il legislatore ha risposto con l'introduzione di nuove norme[9], il che garantirebbe l'imparzialità dell'organo inquirente che vedrebbe la riconquista di ciò che ora è rimesso alla discrezionalità del Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare. In tal modo, accanto alla garanzia dell'imparzialità, si darebbe sicurezza anche all'efficacia dell'azione di risarcimento del danno ambientale, trattandosi altresì di interessi permanenti e non disponibili[10].
Ad adiuvandum, non sarebbe azzardato quindi prospettare un affidamento dell'esercizio dell'azione di danno ambientale ad un soggetto che, subendo una necessaria mutatio legis, acquisisca maggiori competenze in virtù dell'evenienza di ritenerlo il soggetto inquirente più adeguato sotto molteplici profili. Mentre infatti ante abrogazione dell'art. 18 l. 349/86 aveva certamente un senso argomentare sui diritti riconosciuti agli Enti a percepire il riconosciuto risarcimento del danno ambientale, ora non avrebbe più ragione di esistere una questione di tal tenore ermeneutico essendo divenuto lo Stato l'unico titolare dell'azione e quindi il dominus chiamato a rappresentare ex lege l'interesse della collettività ovvero il diritto pubblico ambientale come lesione degli interessi della collettività.
In tempi di spending review, prodromica alle varie proposte di riforma della giustizia oggi disponibili sui banchi del Parlamento, non apparirebbe percorribile la prospettiva di concentrare l'azione in materia ambientale in un Pubblico ministero, prevendendo altresì, tenuto conto della previsione dell'art. 103 Cost., l'istituzione di un Tribunale Specializzato per l'ambiente, composto da giudici ordinari, amministrativi e contabili, competente sia in materia penale, sia di risarcimento del danno ambientale e di annullamento degli atti amministrativi lesivi degli interessi ambientali[11].
Tale innovazione costituirebbe un "precedente" tale da giustificare la richiesta di istituzione di altri giudici speciali, il che di primo acchito non è certamente conforme agli indirizzi politico – amministrativi che devono inevitabilmente fare i conti con le sempre più impellenti esigenze di bilancio.
Una possibile via d'uscita all'impasse creatasi, nell'intento non secondario di non far sembrare la riflessione de qua puramente ottativa, potrebbe essere, quanto meno come blocco di partenza" per la rotta che s'intende seguire, definire la situazione soggettiva prevalente che dovrebbe stare alla base di una tutela per danno ambientale.
A parere di chi scrive essa non potrebbe che rinvenirsi quanto meno nel riconoscimento del carattere della soggettività trattandosi del bene – ambiente ovvero del contesto nel quale ognuno è

completamente ed inevitabilmente immerso, nel quale interagisce con gli altri simili secondo molteplici dinamiche, che non sono solo sociali, ma anche ecologiche, politiche, economiche e se si vuole anche etiche.
Nella regolamentazione di una così complessa materia, quale appunto quella del danno ambientale e del connesso risarcimento, non bisogna mai dimenticare la stretta simbiosi che lega l'uomo allo spazio, concepito secondo Simmel come «spazio riempito in un senso qualsiasi da un gruppo sociale come un'unità che esprime e sorregge l'unità di quel gruppo nello stesso modo in cui è sorretta da esso». In questo spazio esisterebbe una «forza generatrice dei luoghi[12]».
In questo quadro non bisogna tralasciare le indicazioni di Hans Jonas, il quale, con la sua «Teoria della responsabilità» fornisce degli spunti interessanti per un'ipotesi tutt'altro che peregrina qualora la si supportasse con la previsione di ulteriori e più sostanziali istituti giuridici, specie se poi accompagnata anche da un salto culturale. Tale opzione è quella di ritenere la funzione preventiva se non adeguatamente svolta, un parametro valutativo si fini della responsabilità.
Se si verificasse un danno ambientale, la responsabilità sarebbe di tutti i soggetti che non hanno operato per prevenirlo ossia «farsi carico delle proprie azioni e delle conseguenze sull'altro delle proprie azioni». Si evince sic et simpliciter uno smottamento semantico innestato sulla radice della responsabilità: dalla mera imputazione di un fatto, nel senso di responsabilità di qualcosa ex post facto, si giunge alla diversa accezione che allude al farsi carico delle proprie azioni, al cioè «preoccuparsi per» e quindi alla «cura per (responsabilità per qualcosa)».
Concludendo sempre con Jonas, la responsabilità per un altro essere, qualora venga riconosciuto come un dovere, si trasforma in apprensione nel momento in cui venga ad essere minacciata la sua vulnerabilità. Se poi l'altro essere si identifica con l'ambiente da lasciare alle generazioni future (principio dello sviluppo sostenibile), non v'è dubbio che un dovere di protezione dell'ambiente divenga una responsabilità di tutti i «cittadini del mondo» ai quali si potrebbe garantire un ulteriore diritto, utilizzare una green class action, che comporti chiarezza, dipani dubbi e sia utile a dare giustizia alle ingiustizie.

[1] G. Boccone, Responsabilità e risarcimento per danno ambientale, in l'Attualità del diritto (a cura di G. Cassano), RN, 2006, p. 125.

[2] A. Iacopino, La tutela dell'ambiente dalla legge 349/86 alla class action, in www.giustamm.it, p. 20.

[3] D. Siclari, Profili di diritto processuale amministrativo: class actions e tutela degli interessi collettivi e diffusi, in Op. cit. pp. 403 – 426.

[4] D. Zonno, Class action pubblica: nuove forme di tutela dell'interesse diffuso?, in Giur. Merito, 2010, 10, p. 2362.

[5] G. Veltri, Class action pubblica: prime riflessioni, in www.lexitalia.it.

[6] F. Giglioni, Il principio di sussidiarietà orizzontale si riferisce all'esercizio di potestà amministrative e non può incidere sui cardini della funzione giurisdizionale, in www.labsus.org.

[7] F. Cintioli, Note sulla cosiddetta class action amministrativa, in www.giustamm.it.

[8] A. Trentini, La Class action pubblica. Riflessione in tema di azioni collettive, p.a. e istanze risarcitorie, in www.filodiritto.it

[9] In data 11.08.2016 il Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente Matteo Renzi ha approvato, in esame definitivo, il decreto legislativo relativo al Codice di giustizia contabile adottato ai sensi dell'articolo 20 della legge 7 agosto 2015, n. 124. Nel Codice, la cui delega ed i principi e criteri direttivi sono contenuti nell'art. 20 della L.124/2015 (delega Madia), sono racchiuse le disposizioni processuali di tutte le tipologie di giudizi che si svolgono davanti alla Corte dei conti, dai più noti giudizi di responsabilità erariale, ai giudizi di conto, a quelli sanzionatori e pensionistici.

[10] M. P. Gracca, Danno Ambientale, Op. cit.. p. 610.

[11] P. Maddalena, L'evoluzione della tutela ambientale e l'azione popolare prevista dall'art. 4 della legge 265/1999. Relazione tenuta alla seconda giornata internazionale dell'ambiente Roma, Corte di Cassazione, 6 ottobre 1999, L'autore precisa che la proposta non è nuova, poiché fu lanciata in un Convegno sul tema "Ambiente ed unità della giurisdizione", promosso dal Centro elettronico della Corte di Cassazione e svoltosi a Latina dal 1 al 3 marzo 1985. Sarebbe forse il caso di riprenderla.

[12] G. Simmel, Sociologia (1908) trad. it. di G. Giordano, con intr. di A. Cavalli, Torino, 1988, pp. 523 – 529.

La disciplina della prevenzione e riparazione del danno ambientale

(di Cristina Rossi)
Categoria: Danno ambientale

La Direttiva 2004/35/CE

Le radici della disciplina europea della responsabilità civile per il danno ambientale affondano nella bozza della Direttiva sulla sorveglianza e sul controllo all'interno della Comunità delle spedizioni transfrontaliere di rifiuti pericolosi del 1984[1]. Essa conteneva disposizioni sulla responsabilità e sull'assicurazione obbligatoria che però non furono mantenute nel testo definitivo[2].
La responsabilità civile per danno ambientale quale espressione del principio "chi inquina paga" è descritta per la prima volta nel Quarto Programma d'Azione[3] del 1987 e l'importanza della sua previsione è stata ribadita nel successivo Quinto Programma d'Azione[4] del 1993, in cui si afferma che "l'imputazione di responsabilità civile sarà l'arma cui ricorrere per punire il saccheggio dell'ambiente", nonché "un chiarissimo incentivo economico per la gestione e il controllo dei rischi, dell'inquinamento e dei rifiuti". Nel 1993 il Libro Verde sulla responsabilità civile per danno ambientale[5] individuò le linee generali per un sistema europeo di responsabilità composto da: un regime generale fondato sulla colpa, un regime speciale di responsabilità oggettiva per le attività a rischio aggravato ed un fondo di indennizzo per i danni non imputabili a soggetti individuabili. Accanto al Libro Verde, atto meramente consultivo, furono per anni oggetto di studio e discussione la Convenzione di Lugano sulla responsabilità civile per danno derivante da attività pericolose per l'ambiente[6], redatta nello stesso anno nell'ambito del Consiglio d'Europa, ed inoltre il sistema statunitense contenuto nel C.E.R.C.L.A. (Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act) del 1980, oltreché i regimi nazionali degli Stati membri.
Nel 2000 la Commissione europea pubblicò il Libro Bianco sulla responsabilità per danni all'ambiente"[7], in cui la responsabilità ambientale viene definita "una maniera per attuare i principi

fondamentali della politica ambientale enunciati nel Trattato CE ed in particolare il principio "Chi inquina paga". Viene sottolineata l'importanza dell'applicazione del principio, e quindi della disciplina della responsabilità, ai fini dell'effettività della tutela ambientale: "Se questo principio non è applicato al fine di coprire i costi connessi al risanamento del danno all'ambiente, anche l'ambiente non verrà bonificato, oppure questi costi devono essere pagati dallo Stato e in ultima analisi dal contribuente". La prescrizione della responsabilità secondo la Commissione avrebbe svolto altresì una funzione deterrente incentivando un maggior rispetto della legislazione ambientale comunitaria. Il punti cardine della disciplina europea, in parte su modello della Convenzione di Lugano, sarebbero dovuti essere: irretroattività del regime, coperura sia del danno all'ambiente che di quello tradizionale, responsabilità oggettiva per il danno causato da attività intrinsecamente pericolose, responsabilità per colpa per il danno alla biodiversità causato da un'attività non pericolosa, responsabilità in capo all'operatore che ha il controllo dell'attività dannosa, obbligo di destinare le somme pagarte dall'autore dell'inquinamento al ripristino dell'ambiente, maggiori possibilità di accesso alla giustizia in caso di danni ambientali, previsione di una garanzia finanziaria e coordinamento con le convenzioni internazionali.
La proposta di Direttiva fu formulata dalla Commissione europea nel 2002[8], essa abbandonava l'ambiziosa ipotesi di disciplinare anche i danni tradizionali, prevedeva il modello di responsabilità oggettivo e il criterio della responsabilità solidale dei coautori del danno, a cui poi si rinunciò nel testo definitivo. Anche la previsione dell'obbligo per gli Stati di intervenire in caso di assenza, inerzia o assenza di responsabilità degli operatori non fu conservata. La proposta fu oggetto di accese discussioni che condussero ad alcune modifiche per approdare il 21 aprile 2004 all'approvazione della Direttiva 2004/35/CE[9] sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, pubblicata il 30 aprile dello stesso anno.
L'uniformità a livello europeo della disciplina ambientale è presupposto necessario alla lotta contro l'inquinamento, nel rispetto delle regole della concorrenza e del mercato. La Direttiva 2004/35 avrebbe dovuto in questo senso introdurre norme comuni sostanziali e procedurali, invece essa ha finito con l'offrire una disciplina quadro piuttosto limitata, definita "minimalista". La sua importanza, d'altra parte, sta nell'aver offerto una definizione di danno ambientale, attribuendogli autonomia rispetto al concetto di danno tradizionale, nonché nell'aver affrontato il tema della responsabilità dal duplice punto di vista della prevenzione e della riparazione.
La Direttiva 2004/35/CE non si applica a ogni possibile alterazione negativa dell'ambiente, essa offre una definizione di danno ambientale e ad esso limita la propria azione. Il suo campo di applicazione è assai circoscritto: a differenza di quanto era stato proposto nel Libro Bianco, è escluso il danno tradizionale che rimane esclusivamente l'oggetto dei relativi accordi internazionali, nonché delle discipline nazionali[10]. Non si applica dunque ai casi di lesioni personali, danni alla proprietà privata, perdite economiche e non interferisce con le discipline di tali tipi di danni tradizionali[11]. Non conferisce ai privati il diritto di indennizzo[12].
Essa fornisce una nozione autonoma di danno che vale per l'ambito da essa disciplinato: "un mutamento negativo misurabile di una risorsa naturale o un deterioramento misurabile di un servizio di una risorsa naturale, che può prodursi direttamente o indirettamente"[13], ove per servizio s'intende l'insieme delle "funzioni svolte da una risorsa naturale a favore di altre risorse naturali e/o del pubblico"[14]. La delimitazione del suo ambito applicativo continua nel medesimo articolo dediacto alle definizioni dei concetti, in cui si distinguono tre tipologie di danno a seconda delle risorse naturali prese in considerazione: le specie e gli habitat naturali protetti; le acque; il terreno.
La prima categoria consiste in qualsiasi danno che produca significativi effetti negativi sul raggiungimento o il mantenimento di uno stato di conservazione favorevole delle specie e degli habitat naturali protetti. Questi ultimi sono quelli individuati[15] nella Direttiva sugli uccelli selvatici[16] e nella Direttiva Habitat[17] ma anche nella legislazione nazionale sulla conservazione della natura avente effetto equivalente[18] e finalizzata ad adattare gli ordinamenti

interni ad alcune Convenzioni internazionali a cui la Comunità ha aderito. Le specie e gli habitat protetti nell'Unione europea riguardano per ora un'esigua parte del territorio del nostro continente. Per stato di conservazione di un habitat naturale si intende "l'insieme dei fattori che intervengono su tale habitat e sulle sue specie tipiche che possono influenzarne la distribuzione naturale, la struttura e le sue funzioni a lungo termine, nonché la sopravvivenza a lungo termine delle sue specie tipiche"[19]. Esso è considerato "favorevole" quando la sua area naturale (e le zone in essa racchiuse) è stabile o in aumento, le strutture e le funzioni specifiche necessarie per il suo mantenimento a lungo termine esistono e continueranno presumibilmente ad esistere in un futuro prevedibile, e lo stato di conservazione delle sue specie tipiche è favorevole[20]. Osservo che si tratta di definizione un pò contorta: è favorevole se è favorevole.
Con riferimento ad una specie, per stato di conservazione si intende "l'insieme dei fattori che intervengono sulla specie interessata che possono influenzarne la distribuzione e l'abbondanza a lungo termine delle sue popolazioni[21]. Esso deve considerarsi favorevole "quando i dati relativi alla dinamica della popolazione della specie interessata mostrano che essa si sta mantenendo, a lungo termine, come componente vitale dei suoi habitat naturali, quando l'area naturale della specie non si sta riducendo né si ridurrà verosimilmente in un futuro prevedibile, e esiste e verosimilmente continuerà ad esistere, un habitat sufficientemente ampio per mantenere la sua popolazione a lungo termine[22].
La Direttiva definisce "significativi" gli effetti negativi che tale tipologia di danno deve produrre sul raggiungimento o il mantenimento dello stato di conservazione favorevole di tali specie e habitat, ai fini dell'applicazione della disciplina. Inoltre precisa che l'entità di tali effetti deve valutarsi con riferimento alle "condizioni originarie"[23], tenendo conto dei criteri stabiliti nell'Allegato I"[24] alla Direttiva medesima. Ai sensi di quanto disposto da tale documento, il carattere significativo di un danno è da valutare in riferimento a tre elementi: 1) lo stato di conservazione al momento del danno; 2) i servizi offerti dai valori ricreativi connessi; 3) la capacità di rigenerazione naturale. Gli effetti negativi significativi rispetto alle condizioni originarie dovrebbero essere determinati con dati misurabili come, per esempio: il numero degli individui, la loro densità o l'area coperta; il ruolo di determinati individui o dell'area danneggiata in rapporto alla specie o alla conservazione dell'habitat, alla rarità della specie o dell'habitat, la capacità di propagazione della specie e la sua vitalità o la capacità di rigenerazione naturale dell'habitat; la capacità della specie o dell'habitat, dopo che il danno si è verificato, di ripristinarsi in breve tempo, senza interventi diversi da misure di protezione rafforzate. Ancora, ai sensi di quanto enunciato nell'Allegato I, deve essere classificato come significativo il danno con un provato effetto sulla salute umana, mentre, al contrario non devono essere ritenuti tali: le variazioni negative inferiori alle fluttuazioni naturali; le variazioni negative dovute a cause naturali o risultanti da interventi connessi con la normale gestione dei siti; il danno a specie o habitat per i quali è stabilito che si ripristineranno entro breve tempo e senza interventi, o nelle condizioni originarie o in condizioni ritenute equivalenti o superiori.
Oggetto di critica è stata la scelta di escludere la responsabilità per il danno ambientale alle specie e agli habitat naturali protetti, qualora esso sia suscettibile di autoriparazione, perché non è specificato il soggetto che dovrebbe valutare tale caratteristica del danno, e soprattutto perché il termine temporale indicato per il ripristino naturale è vago[25].
E' stato altresì rilevato che, ai fini di garantire una certa uniformità nella valutazione dell'entità del danno ambientale, sarebbe opportuno che il concetto di "significativi effetti negativi" che fosse interpretato anche tenendo conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia relativa alla Habitat che, per esempio, in un caso[26], ha ritenuto significativo qualsiasi effetto negativo sullo stato di conservazione dell'habitat o della specie.
La seconda categoria di danno disciplinata dalla Direttiva, quella che interessa le acque, è così descritta[27]: "qualsiasi danno che incida in modo significativamente negativo sullo stato e sul potenziale ecologico, chimico e/o quantitativo delle acque superficiali e sotterranee come definite e disciplinate dalla Direttiva 2000/60/CE". Quest'ultima[28] disciplina che istituisce un quadro per

l'azione dell'Unione europea in materia di acque, che ha per oggetto l'organizzazione della gestione delle acque interne superficiali, sotterranee, di transizione e costiere per prevenire e ridurne l'inquinamento, promuoverne l'utilizzo sostenibile, proteggere l'ambiente, migliorare le condizioni degli ecosistemi acquatici e mitigare gli effetti delle inondazioni e della siccità. Sono dunque escluse le acque e la'mbiente marino oltre la linea immaginaria che delimita le acque territoriali.
La terza categoria di danno oggetto della disciplina in esame è quello al terreno. Esso è descritto come "qualsiasi dann che consista in una contaminazione del terreno che crei un rischio significativo di effetti negativi sulla salute umana a seguito dell'introduzione diretta o indiretta nel suolo, sul suolo o nel sottosuolo di sostanze, preparati, organismi o microrganismi"[29]. L'ampiezza della tutela in questo caso è circoscritta all'inquinamento che produca un rischio per la salute umana, escludendosi, per esempio, l'erosione al terreno e il dissesto idrogeologico.
Si può notare che la risorsa "aria" è presa in considerazione soltanto nella misura in cui la contaminazione da essa subita può causare danni alle altre risorse prese direttamente in considerazione[30], mentre il paesaggio è tutelato indirettamente, soltanto in quanto la sua lesione danneggi l'habitat naturale protetto a cui appartiene.
In vista della funzione preventiva, il sistema di responsabilità delineato dalla Direttiva si applica non soltanto in caso di danno, bensì anche a qualsiasi minaccia imminente di danno, definita come "il rischio sufficientemente probabile che si verifichi un danno ambientale in un futuro prossimo"[31]. La dottrina ha parlato a tal proposito di "applicazione flessibile del principio di precauzione", in quanto, in quanto tale principio imporrebbe di intervenire anche in assenza di prove scientifiche certe, mentre in questa sede l'accertamento della probabilità del rischio deve basarsi su prove scientifiche certe[32].
E' fondamentale tener presente che l'efficaccia della responsabilità civile, e di conseguenza la sua applicazione, è subordinata a tre presupposti: l'individuabilità dei soggetti responsabili; la concretezza e quantificabilità del danno; l'accertamento del nesso causale tra l'evento dannoso e l'attività dei responsabili[33]. Ne deriva che le forme di inquinamento a carattere diffuso, come per esempio quella causata dalla circolazione automobilistica, oppure i cambiamenti climatici, non trovano rimedio nella disciplina del danno della Direttiva 2004/35/CE[34], fintanto che non sia possibile individuare una responsabilità in soggetti singoli.
La Direttiva contempla due diversi regimi di reponsabilità che differiscono per l'oggetto della tutela (risorsa naturale interessata), il soggetto che ha causato il danno (tipo di attività svolta) e il criterio di imputazione della responsabilità (oggettiva oppure per colpa o dolo). Il testo della Direttiva 2004/35/CE recita "La presente direttiva si applica: al danno ambientale causato da una delle attività professionali elencate nell'allegato III e a qualsiasi minaccia di tale danno a seguito di una di dette attività; al danno alle specie e agli habitat naturali protetti, causato da una delle attività professionali non elencate nell'allegato III e a qualsiasi minaccia di tale danno, a seguito di una di dette attività, in caso di comportamento doloso o colposo dell'operatore"[35].
E' dunque previsto il regime di responsabilità oggettiva, in base alla quale è sufficiente la sussistenza del nesso causale tra azione e danno, per l'ipotesi di danno causato o minacciato nell'ambito di attività professionali che presentino un rischio potenziale o reale per la salute umana o l'ambiente[36]. Tali attività sono elencate nell'Allegato III della Direttiva e sono principalmente quelle industriali o agricole sottoposte ad autorizzazione da parte degli organi nazionali ai sensi della Direttiva 1996/61/CE sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento[37]. Si tratta di attività che implicano lo scarico di metalli pesanti nell'acqua o nell'aria, impianti che producono sostanze pericolose, prodotti fitosanitari e biocidi, attività di gestione di rifiuti[38] e attività che implicano l'uso, il trasporto, il rilascio nell'ambiente nonché il commercio di microrganismi geneticamente modificati. Si è ritenuto che chi esercita attività intrinsecamente pericolose debba assumere direttamente il rischio di eventuali danni, essendo oltretutto in questo modo incentivato a prendere le misure di precauzione necessarie. Per "attività professionale" si intende "qualsiasi attività svolta nel corso di un'attività economica, commerciale o imprenditoriale,

indipendentemente dal fatto che abbia carattere pubblico o privato o che persegua o meno fini di lucro[39].
In secondo luogo la Direttiva si applica in caso di comportamento doloso o colposo dell'operatore[40]. Questa seconda fattispecie concerne attività che non sono intrinsecamente pericolose per l'ambiente e per la salute, e in questi casi la responsabilità è condizionata alla colpa o al dolo. L'operatore è "qualsiasi persona fisica o giuridica, sia essa pubblica o privata, che esercita o controlla un'attività professionale oppure, quando la legislazione nazionale lo prevede, a cui è stato delegato un potere economico decisivo sul funzionamento tecnico di tale attività, compresi il titolare del permesso o dell'autorizzazione a svolgere detta attività, o la persona che registra o notifica l'attività medesima"[41].
Si nota che il criterio di responsabilità oggettivo è formulato a contrario, non è esplicitato, cioè non è specificato e descritto, neppure nominato, il tipo di responsabilità, bensì semplicemente distinto dal differente criterio "soggettivo", individuato nella seconda fattispecie di responsabilità. Tale imprecisione ha dato spazio a difformità tra le diverse versioni linguistiche[42].
Dalla tipizzazione delle fattispecie di danno esaminate sopra, ne deriva che sono esclusi dall'applicazione della Direttiva i danni, derivanti da un'attività non compresa tra quelle indicate nell'Allegato III, alle acque e al terreno, nonché alle specie e agli habitat naturali protetti, qualora non vi sia colpa, né dolo. Si è già fatto cenno ad altre ipotesi di danno ambientale, o minaccia di tale danno, che sono escluse dall'applicazione della Direttiva: l'inquinamento a carattere diffuso in cui non sia individuabile il responsabile e il danno al terreno che non sai potenzialmente nocivo per la salute umana. Accanto a queste ve ne sono altre, elencate nella Direttiva sotto il titolo "Eccezioni[43]": 1) il danno o la minaccia causati da un atto di conflitto armato, ostilità, guerra civile o insurrezione[44] o da attività finalizzate alla difesa nazionale o alla sicurezza internazionale[45]; 2) danno o minaccia causato da attività finalizzata alla protezione dalle calamità naturali[46]; 3) danno o minaccia causati da un fenomeno naturale di carattere eccezionale, inevitabile e incontrollabile[47]; 4) danno o minaccia causati da attività disciplinate dal trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica o causati da un'attività la cui responsabilità è disciplinata dalle Convenzioni internazionali elencate nell'Allegato V, oppure da un incidente per il quale la responsabilità o l'indennizzo sono comprese nell'ambito di applicazione du una delle convenzioni internazionali elencate nell'Allegato IV[48] (principalmente riguardanti il danno da trasporto di idrocarburi e sostanze pericolose) nell'Allegato V[49]. A proposito di tale ultima eccezione, M. Alberton scrive[50]: "Ai sensi della Direttiva, gli Stati membri che sono anche parti delle convenzionio elencate negli allegati IV e V, in caso di danni da inquinamento, applicheranno il regime di responsabilità predisposto da queste per quanto attiene ai danni tradizionali, mentrea applicheranno le disposizioni della Direttiva per qaunto riguarda i danni puramente ambientali. In tali ipotesi, quindi, la Direttiva si affiancherà ai regimi internazionali di responsabilità civile, garantendo anche la piena riparazione dei danni ambientali". Dalla lettera della Direttiva[51] a me pare invece si possa dedurre la inapplicabilità della stessa proprio ai danni ambientali causati dalle attività disciplinate da tali convenzioni. D'altra parte, se è vero, come osserva la medesima autrice, che alcune delle convenzioni non sono ancora entrate in vigore ed è improbabile che entreranno in vigore in un prossimo futuro, si può affermare che il regime della Direttiva non è particolarmente circoscritto dalle eccezioni individuate. La Direttiva non indica quale normativa vada applicata ad eventuali casi di danno che solo parzialmente sono compresi negli ambiti esclusi, che peraltro non sono delineati in modo preciso, perciò esiste il rischio di un'applicazione non uniforme della disciplina[52].
Sono inoltre stabilite forme di esonero dalla responsabilità, precisamente dal dovere di indennizzo (da parte) dellìoperatore interessato, che hanno come effetto un sostanziale contenimento del titolo di imputazione per colpa o dolo[53]. L'operatore non è tenuto a sostenere i costi delle azioni di prevenzione e riparazione adottate ai sensi della Direttiva, se può provare che il danno ambientale o la minaccia imminente di tale danno è stato causato da un terzo e si è prodotto nonostante

l'esistenza di opportune misure di sicurezza, oppure se prova che è conseguenza dell'osservanza di un ordine o istruzione obbligatori impartiti da un'autorità pubblica[54]. In tali casi sono gli Stati membri ad adottare misure idonee a consentire all'operatore di recuperare i costi sostenuti.
E' prevista inoltre la facoltà, per i legislatori nazionali, di aggiungere due ipotesi di esenzione[55], per il caso in cui l'operatore dimostri di non aver tenuto un comportamento doloso o colposo: 1) se dimostri anche che il danno ambientale è stato causato da un'emissione o un evento espressamente autorizzati ai sensi delle discipline attuative delle leggi comunitarie che disciplinano le attività economiche interessate (vedi Allegato III sulle attività professionali"intrinsecamente pericolose" per cui è prevista la responsabilità oggettiva a carico dell'operatore); 2) l'ipotesi di danno causato da emissione, attività o qualsiasi altro modo di utilizzazione di un prodotto nel corso di un'attività che l'operatore stesso dimostri di non essere considerate probabile causa di danno ambientale in base allo stato di conoscenze scientifiche e tecniche al momento del loro verificarsi. Si tratta del cosidetto "rischio da sviluppo".
La Direttiva distingue le due ipotesi, la minaccia imminente e il danno, prevedendo per entrambe una serie di doveri di azione e di cooperazione a carico dell'operatore e di poteri dell'autorità competente. Essa dispone che quando esiste una minaccia imminente di danno ambientale, ossia il rischio sufficientemente probabile che esso si verifichi[56], l'operatore deve adottare ("adotta"), senza indugio, le misure di prevenzione necessarie[57]. Sono definite tali "le misure prese per reagire a un evento, un atto o un'omissione che ha creato una minaccia imminente di danno ambientale, al fine di impedire o minimizzare tale danno"[58].Qualora la minaccia persista, nonostante le misure prese, l'operatore ha l'obbligo di informare il più presto possibile della situazione l'autorità competente.
L'autorità competente è la figura centrale del sistema delineato dalla Direttiva, essa è designata dagli Stati membri per eseguire i compiti previsti, e precisamente[59]: individuare l'operatore responsabile del danno o della minaccia imminente di danno; valutare la gravità del danno; determinare le misure di riparazione da prendere a norma dell'Allegato II; e con alcune facoltà: fornire informazioni su qualsiasi minaccia imminente di danno ambientale o su casi sospetti di tale minaccia; chiedere all'operatore di adottare le misure di prevenzione necessarie; fornire all'operatore le istruzioni da seguire relativamente alle misure di prevenzione necessarie; fornire all'operatore le istruzioni da seguire relativamente alle misure di prevenzione necessarie oppure adottare essa stessa le misure di prevenzione necessarie; chiedere all'operatore di effettuare la propria valutazione relativa al danno o alla minaccia imminente verificatisi e di fornire tutte le informazioni e i dati necessari. Gli Stati membri provvedono affinché essa possa delegare o chiedere a terzi di attuare le misure di prevenzione o di riparazione necessarie.
La Direttiva[60] prescrive altresì che l'autorità competente possa discrezionalmente ("ha facoltà di") adottare essa stessa le misure di prevenzione necessarie in tre ipotesi: se l'operatore non adotta tali misure ai sensi della disciplina appena vista (ex art. 5, punto 1 e punto 3, lettere b) e c); se l'operatore non può essere individuato oppure se non è tenuto a sostenere i costi a norma della Direttiva, cioè nei casi di "esonero".
E' evidente la mancanza della previsione dell'obbligo per gli Stati membri di garantire in ogni modo che le misure preventive e di riparazione del danno vengano adottate, qualora ciò non sia fatto da parte dell'operatore responsabile, prescrizione invece presente nel Libro Bianco e nella Proposta della Direttiva. Di conseguenza sono lasciati senza soluzione eventuali casi di danno alle specie e agli habitat naturali protetti in cui non sia provata la colpa dell'operatore, qualora essa sia presupposto per la sua responsabilità, e anche quando il responsabile non sia individuato, non abbia i mezzi finanziari sufficienti e, in generale, qualora. Ai sensi della Direttiva, non fosse tenuto a sostenere i costi[61]. Il rischio di non poter recuperare i costi per le opere di riparazione potrebbe indurre gli Stati a prevedere sistemi di assicurazione obbligatoria[62], così come auspicato dalla Direttiva medesima, ma il risultato sarebbe più probabile se si fosse mantenuto il relativo obbligo previsto nella proposta della stessa. Il testo definitivo della disciplina comunitaria, come abbiamo

visto, prevede l'intervento dell'autorità competente esclusivamente in termini di compiti ma soprattutto di facoltà e poteri discrezionali.
Qualora un danno ambientale si sia effettivamente verificato, l'operatore è tenuto a comunicare senza indugio all'autorità competente tutte le informazioni ("gli aspetti pertinenti") sulla situazione, nonché adottare "tutte le iniziative praticabili per controllare, circoscrive, eliminare o gestire in altro modo, con effetto immediato, gli inquinanti in questione e/o qualsiasi altro fattore di danno, allo scopo di limitare o prevenire ulteriori danni ambientali e effetti nocivi per la salute umana o ulteriori deterioramenti ai servizi e (adotta) le necessarie misure di riparazione conformemente all'art. 7"[63]. Tali ultime misure comprendono qualsiasi azione o combinazione di azioni, tra cui misure di attenuazione o provvisorie, dirette a riparare, risanare o sostituire risorse naturali e/o servizi naturali danneggiati, oppure a fornire un'alternativa equivalente a tali risorse o servizi, come previsto nell'allegato II[64].
All'autorità competente sono attribuite facoltà che può esercitare in qualsiasi momento[65]: 1) chiedere all'operatore di fornie informazioni supplementari su qualsiasi danno verificatosi; 2) adottare, chiedere all'operatore di adottare tutte le iniziative praticabili per circoscrivere, eliminare o gestire altrimenti, con effetto immediato, gli inquinanti in questione e/o qualsiasi altro fattore di danno, o dare istruzioni in tal senso all'operatore, allo scopo di limitare o prevenire ulteriori danni ambientali, effetti nocivi per la salute umana e ulteriori deterioramenti di servizi; 3) chiedere all'operatore di adottare le misure di riparazione necessarie; 4) istruire l'operatore circa le misure di riparazione necessarie da adottare; 5) oppure adottare essa stessa le misure di riparazione necessarie.
Si può notare che l'azione di riparazione comprende due tipologie di iniziative, quelle volte a "controllare, circoscrivere, eliminare o gestire in altro modo, con effetto immediato" gli inquinanti o qualsiasi altro fattore di danno da una parte e, dall'altra le vere e proprie misure di riparazione (conformemente a quanto dispone il successivo art. 7), a seconda della tempestività dell'intervento.
L'autorità competente può approvare le misure di riparazione proposte dall'operatore o deciderle essa stessa anche con la sua collaborazione[66]. Esse devono essere conformi all'Allegato II[67] il quale distingue tra danno riguardante l'acqua e le specie e gli habitat naturali protetti, per il quale prevede tre gradi di riparazione, e il danno al terreno.
La riparazione del danno all'acqua o alle specie e agli habitat naturali protetti consiste nel riportare l'ambiente alle condizioni originarie tramite tre possibili tipi di misure a seconda del tipo di riparazione attuato[68]: 1) la riparazione "primaria" è costituita da misure in grado di riportare le risorse e/o i servizi danneggiati alle condizioni originarie o verso esse; 2) la riparazione "complementare" è qualsiasi intervento finalizzato a compensare il mancato ripristino completo delle risorse e/o dei serivizi naturali danneggiati. Lo scopo è quello di ottenere, se opportuno anche in un sito alternativo, un livello di risorse naturali e/o servizi analogo a quello che so sarebbe ottenuto se il sito danneggiato fosse tontao alle condizioni originarie. Qualora sia possibile, l'eventuale sito altrernativo dovrebbe essere geograficamente collegato al sito danneggiato, tenuto conto degli interessi della popolazione colpita; 3) il terzo tipo di riparazione, quella "compensativa", consiste in qualsiasi azione intrapresa per compensare la perdita contemporanea di risorse e/o servizi naturali dalla data del verificarsi del danno fino a quando la riparazione primaria non abbia prodotto un effetto completo, vale a dire fino al momento in cui le risorse e/o i servizi siano stati ripristinati o almeno ricondotti verso le condizioni originarie. Le perdite temporanee sono quelle che derivano dal mancato svolgimento delle normali funzioni ecologiche o dalla mancata fornitura di servizi ad altre risorse naturali o al pubblico. La compensazione consiste in ulteriori miglioramenti delle risorse naturali nel sito danneggiato o in un sito alternativo, non è una compensazione finanziaria al pubblico.
La riparazione del danno all'acqua e alle specie e agli habitat naturali protetti implica la soppressione di qualsiasi rischio significativo di effetti nocivi per la salute umana.
Le azioni di riparazione primaria da intraprendere sono quelle utili a riportare direttamente le risorse naturali e i servizi alle condizioni originarie in tempi brevi o tramite il ripristino

naturale[69]. Al fine di individuare le misure da intraprendere ai fini riparazione complementare e compensativa, occorre applicare il metodo di equivalenza risorsa-risorsa o servizio-servizio, cioè prendere in considerazione azioni che forniscono risorse naturali e/o servizi dello stesso tipo, qualità e quantità di quelli danneggiati. Se ciò non è fattibile, si devono fornire risorse e/o servizi di tipo alternativo, Per esempio, una riduzione della qualità potrebbe essere compensata da una maggiore quantità di misure di riparazione[70]. Si devono individuare tecniche di valutazione alternative qualora non sia possibile usare i metodi di equivalenza. 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 tuttavia la valutazione delle risorse di sostituzione non può essere eseguita in tempi e a costi ragionevoli, l'autorità competente può sceglieremisure di riparazione il cui costo sia equivalente al valore monetario stimato delle risorse e/o servizi perduti[71]. La scelta delle opzioni di riparazione[72] dovrebbe avvenire con l'aiuto delle migliori tecnologie disponibili, valutando una serie di criteri: l'effetto sulla salute e la sicurezza pubblica; il costo di attuazione; la probabilità di successo, la misura in cui ciascuna opzione impedisce danni futuri e collaterali in seguito alla sua attuazione; la misura in cui giova ad ogni componente dekka riosrsa naturale e/o del servizio; la misura in cui ciascuna opzione tiene conto dei pertinenti aspetti sociali, economici e culturali e di altri fattori specifici della località; il tempo necessario per l'efficace riparazione del danno ambientale; la misura in cui ciascuna opzione realizza la riparazione del sito colpito dal danno; il collegamento geografico al sito danneggiato.
Se le misure di riparazione primaria scelte non riportano completamente le risorse danneggiate alle condizioni originarie, o li riportano lentamente a tali condizioni, le risorse naturali e/o i servizi perduti devono essere compensati incrementando le azioni complementari o compensative, al fine di fornire un livello di risorse e/o servizi simile a quello perduto. Ciò è possibile, per esempio, fornendo altrove risorse o servizi equivalenti a costo inferiore.
In deroga a quanto appena descritto, l'autorità competente può decidere di non intraprendere ulteriori misure di riparazione qualora, a seguito delle misure già adottate, non esiste più un rischio significativo di effetti nocivi per la salute umana, l'acqua, le specie e gli habitat naturali protetti e i costi delle misure di riparazione primaria siano sproporzionati rispetto ai vantaggi ambienatli ricercati[73].
La riparazione del danno al terreno[74] è finalizzata all'eliminazione del rischio significativo di effetti nocivi che possano derivarne per la salute umana. Devono quindi essere adottate le misure necessarie per assicurare tale risultato, garantendo, come minimo, che gli agenti contaminanti pertinenti siano eliminati, controllati, circoscritti o diminuiti. La valutazione del rischio deve tener conto: dell'uso attuale o approvato per il futuro del terreno colpito, calcolato sulla base delle disposizioni sull'assetto territoriale o altre normative pertinenti vigenti al momento in cui si è verificato il danno;

- della caratteristica e della funzione del suolo;
- del tipo e della concentrazione degli agenti contaminanti (sostanze, preparati, organismi o microrganismi nocivi), dei relativi rischi (presumibilmente i rischi specifici del contaminante) e della possibilità di dispersione degli stessi.

Si prescrive infine che va considerata l'opzione del ripristino naturale, vale a dire il processo naturale di rigenerazione che avviene senza necessità di interventi umani diretti.
E' stato notato[75] che manca l'indicazione dei limiti massimi di accettabilità delle sostanze inquinanti e di conseguenza la possibilità di valutare quando in concreto si verifica il rischio di effetti nocivi per la salute umana.
Nell'ipotesi di una pluralità di casi di danno ambientale[76] simultanei, l'autorità competente può non essere in grado di garantire l'adozione di tutte le misure di riparazione necessarie e ha la facoltà di decidere quale intervento debba essere intrapreso a titolo prioritario. A tal fine deve tener conto

della natura, entità e gravità dei diversi casi di danno verificatisi, della possibilità di un ripristino naturale e dei rischi per la salute umana, nonché delle osservazioni presentate dai proprietari dei terreni interessati, da coloro che sono o potrebbero essere colpite dal danno ambientale, da coloro che hanno un interesse sufficiente nel processo decisionale riguardante il danno o che comunque facciano valere un diritto, nei casi in cui il diritto amministrativo di uno Stato membro esiga tale presupposto[77]. L'autorità competente invita tali soggetti a presentare tali osservazioni.

Costi di prevenzione e di riparazione del danno ambientale: chi inquina paga

Ai sensi della definizione fornita nella Direttiva[78], per "costi" si intendono tutti i costi giustificati dalla necessità di assicurare un'attuazione corretta ed efficace della presente Direttiva, compresi i costi per valutare il danno ambientale, o la minaccia imminente di tale danno e i possibili interventi, le spese amministrative, i costi di raccolta dei dati e altri costi generali, nonché i costi di controllo e sorveglianza.
La prescrizione della Direttiva è chiaramente ispirata al principio "chi inquina paga": "L'operatore sostiene i costi delle azioni di prevenzione e di riparazione adottate in conformità della presente Direttiva"[79]. L'obiettivo non è quello di comminare una sanzione, bensì di addebitare i costi al soggetto responsabile, sul modello classico di responsabilità per fatto illecito, attraverso il recupero dei costi da parte degli organi pubblici che li hanno anticipati. L'autorità competente infatti recupera dall'operatore responsabile i costi sostenuti, fatti salvi i casi di esonero già esaminati, anche attraverso adeguate garanzie. E' prevista la facoltà dell'autorità competente di decidere di non recuperare la totalità dei costi, se la spesa necessaria per il recupero è maggiore dell'importo recuperabile o se l'operatore non è individuabile[80].
Per quanto riguarda l'imputazione dei costi in caso di pluralità di autori del danno, in particolare per la ripartizione della responsabilità tra produttore e utente del prodotto, si applica la disciplina prevista dal diritto nazionale sul concorso di responsabilità, in particolare tra produttore e utente del prodotto[81].
La Direttiva stabilisce un termine di prescrizione di 5 anni entro cui l'autorità competente è legittimata ad esperire l'azione di recupero dei costi. Il termine decorre dalla data in cui le misure di di prevenzione e riparazione sono state completate ("portate a termine") oppure dalla data in cui è stato identificato l'operatore o il terzo responsabile, a seconda di quale data sia posteriore[82].
Le decisioni dell'Autorità competente che impongono misure di prevenzione o di riparazione devono essere motivate con precisione e notificate all'operatore interessato il quale deve essere informato dei mezzi di ricorso predisposti dalla Legge nazionale vigente[83].

La legittimazione attiva e le associazioni ambientaliste

Ai sensi della presente Direttiva, sono legittimate a chiedere all'autorità competente di intervenire nonché a presentare osservazioni relative a qualsiasi caso di danno ambientale di cui siano a conoscenza, le persone fisiche o giuridiche:

- che sono o potrebbero essere colpite dal danno ambientale oppure
- che vantino un interesse sufficiente nel processo decisionale in materia di ambiente concernente il danno o, in alternativa,
- che facciano valere la violazione di un diritto, nei casi in cui il diritto processuale amministrativo di uno Stato membro esiga tale presupposto[84].

Sono gli Stati a determinare gli elementi costitutivi dell' "interesse sufficiente" e della "violazione di un diritto". Riguardo al primo requisito, è stato osservato[85] che l'espressione "colpite dal danno ambientale" può essere fonte di dubbi interpretativi, sembra infatti riferirsi al concetto di danno

tradizionale, sia esso biologico, patrimoniale, morale o esistenziale ma in grado comunque di ledere direttamente la persona, tipo di danno che, al contrario, la Direttiva esclude dal suo ambito applicativo. L'interesse di organizzazioni non governative che promuovono la protezione dell'ambiente e che sono conformi a tutti i requisiti previsti dal diritto nazionale, è considerato sufficiente ai fini del secondo punto. Tali organizzazioni sono considerate altresì titolari di diritti che possono subire violazioni ai sensi del requisito indicato nel terzo punto.
E' evidente che contemplando la possibilità che i legislatori nazionali subordinino la legittimazione delle associazioni ambientaliste a determinati requisiti, la Direttiva permette ampie disparità, tra associazioni ambientaliste dei diversi Stati membri, in relazione all'accesso alla giustizia[86]. Si osserva inoltre che i soggetti indicati svolgono un ruolo di impulso importante e tuttavia indiretto, infatti essi non possono agire nei confronti del responsabile, bensì soltanto chiedere l'intervento dell'Autorità competente.
La richiesta di azione deve essere corredata di tutti i dati e le informazioni pertinenti, a sostegno delle osservazioni presentate in relazione al danno ambientale in questione[87]. L'autorità competente tiene conto delle richieste di azione e delle osservazioni allegate che mostrino con verosimiglianza l'esistenza di un caso di danno ambientale, e dà la possibilità all'operatore interessato di far conoscere le proprie opinioni circa la richiesta di azione e le osservazioni allegate[88]. Quanto prima, e comunque conformemente alle pertinenti disposizioni della legislazione nazionale, l'autorità competente informa le persone fisiche e/o giuridiche che hanno legittimamente presentato osservazioni, della sua decisione di accogliere o rifiutare la richiesta di azione e indica i motivi della decisione[89].
Gli Stati membri possono decidere di non applicare le disposizioni che conferiscono ai singoli e alle associazioni ambientaliste la legittimazione a richiedere l'intervento ai casi di minaccia imminente di danno[90]. Da un lato, la disciplina in esame riconosce l'importanza del ruolo dei singoli e delle associazioni ambientaliste, in particolare auspicandone una partecipazione all'attuazione della Direttiva medesima[91], dall'altro tuttavia essa legittima le legislazioni nazionali che escludono l'intervento delle associazioni ambientaliste in caso di minaccia di danno ambientale, limitandolo al caso di danno già verificatosi. Ciò risulta contraddittorio e rischia di annullare la fondamentale funzione preventiva svolta dalle associazioni medesime[92].
E' inoltre introdotta la possibilità di avviare una procedura di riesame della legittimità della procedura e del merito delle decisioni, degli atti o delle omissioni dell'autorità competente ai sensi della presente Direttiva[93]. Legittimati ad avviare tale procedimento dinanzi a un tribunale o a qualsiasi altro organo pubblico indipendente e imparziale, sono i soggetti descritti sopra[94], vale a dire coloro che sono possono presentare osservazioni all'autorità competente e richiederne l'intervento. Il fatto che non sia stato prevista la possibilità di contestare atti ed omissioni dei privati è stata criticata dalle associazioni ambientaliste perché mina l'efficacia dell'azione di controllo che le medesime svolgono nella società[95]. Sono comunque fatte salve le disposizioni nazionali sull'accesso alla giustizia, che quindi possono eventualmente attribuire anche ad esse un più ampio potere di intervento processuale, oltreché quelle che subordinano l'avvio dei procedimenti giudiziari al previo esperimento delle vie di ricorso amministrative[96].
In conclusione, si osserva che la Direttiva permette una disomogeneità tra le discipline nazionali degli Stati membri sull'accesso alla giustizia che ostacola la realizzazione degli obiettivi comunitari. Nella direzione di promuovere l'armonizzazione delle associazioni ambientaliste dell'UE, è stata adottata la decisione 2002/466 che definisce un programma d'azione comunitario per la promozione delle organizzazioni non governative indicandone i requisiti comuni.

Cooperazione fra Stati membri

La presente disciplina contempla anche l'ipotesi che il danno ambientale riguardi o possa riguardare, una pluralità di Stati membri. Al fine di assicurare che sia posta in essere un'azione di prevenzione

e, se necessario, di riparazione, è prescritto che essi debbano cooperare, anche attraverso un appropriato scambio di informazioni[97]. Lo Stato membro nel cui territorio ha avuto origine un danno ambientale deve fornire ("fornisce") informazioni sufficienti agli Stati membri potenzialmente esposti ai suoi effetti[98].
Uno Stato membro che individui entro i suoi confini un danno la cui causa si è verificata altrove può comunicarlo alla Commissione e a qualsiasi altro Stato membro interessato, può raccomandare l'adozione di misure di prevenzione o di riparazione e inoltre può cercare di recuperare i costi sostenuti per l'adozione di tali misure[99].

Garanzia finanziaria

La Direttiva prescrive che gli Stati membri debbano adottare ("adottano") misure per stimolare lo sviluppo di strumenti e mercati di garanzia finanziaria, compresi meccanismi finanziari in caso di insolvenza, che siano a disposizione degli operatori allo scopo di assolvere alle responsabilità che la presente Direttiva attribuisce loro[100]. Nella Relazione redatta nel 2010[101], con la finalità di valutare l'efficacia della Direttiva nonché la disponibilità di adeguate garanzie finanziarie per le attività intrinsecamente pericolose indicate nell'Allegato III, la Commissione constata che gli Stati membri "si sono limitati a dialogare con le imprese di assicurazione e/o con le loro associazioni di categoria" ed inoltre "Nella maggior parte dei casi i mercati nazionali della responsabilità ambientale si sono sviluppati per iniziativa delle compagnie di assicurazione, anche laddove la garanzia finanziaria è stata resa obbligatoria". Si nota quindi una certa immobilità in questo senso dei legislatori nazionali.
L'adeguatezza di uno strumento di garanzia finanziaria dipende dalla sua capacità di coprire i costi di riparazione, dalla sua disponibilità per gli operatori e dall'efficacia preventiva del danno ambientale. La Commissione osserva che fino all'anno 2010, (periodo di stesura della relazione) nessuno strumento disponibile soddisfa tutti e tre i requisiti, perciò gli operatori scelgono strumenti differenti come la polizza assicurativa e la garanzia bancaria, i più diffusi. Spesso di tratta di polizze tradizionali di responsabilità civile generale ma le compagnie assicurative già stanno predisponendo nuovi prodotti specifici.
L'insufficienza di dati sugli incidenti e l'incapacità di quantificare le perdite, rendono i prodotti assicurativi ancora incompleti: non coprono il danno ambientale graduale e alcuni tipi di riparazione, come quella compensativa. La Commissione rileva inoltre che lo sviluppo di adeguate soluzioni in materia di garanzia finanziaria a livello nazionale è stato rallentato dal ritardo con cui gli Stati membri hanno recepito la Direttiva nonché dalle divergenze delle modalità di attuazione.
Oggetto della Relazione – scritta dalla Commissione ai sensi della Direttiva stessa[102] – erano anche particolari aspetti della garanzia finanziaria: l'approccio graduale, il massimale di garanzia finanziaria e l'esclusione di attività a basso rischio. Alla luce di tale relazione e di una valutazione approfondita dell'impatto della Direttiva, che comprende un'analisi costi-benefici, si prescriveva che la Commissione avrebbe dovuto presentare, se del caso, proposte per un sistema di garanzia finanziaria obbligatoria armonizzata. A tal ultimo proposito, l'applicazione della Direttiva è stata giudicata ancora scarsa per giustificare l'introduzione di un tale sistema, ed è altresì evidente il rischio che gli elevati costi assicurativi attuali ostacolino lo sviluppo economico, come sottolineato già nel Libro Bianco, perciò la decisione sarà riesaminata dalla Commissione anche alla luce dell'esperienza maturata dagli Stati membri

Applicazione nel tempo

E' disposta la irretroattività della disciplina messa a punto dalla Direttiva. Essa non si applica al danno:

la cui causa si sia verificata prima del 30 aprile 2007, data entro la quale gli Stati membri devono conformarsi alla direttiva medesima ex art. 19, punto 1;

qualora l'attività nel cui ambito si è verificato l'evento che ha causato il danno, sia terminata prima di tale data;

nell'ipotesi in cui l'evento che ha causato il danno si sia verificato più di 30 anni prima del verificarsi del danno.

Relazione tra la Direttiva 2004/35 e il diritto nazionale

Ai sensi della presente Direttiva, gli Stati membri possono mantenere o adottare una disciplina più severa ai fini della prevenzione e riparazione del danno ambientale, nonché assoggettare agli obblighi di prevenzione e riparazione ulteriori attività e soggetti responsabili[103].
Inoltre non è preclusa l'adozione da parte degli Stati membri di idonee misure come, per esempio, il divieto del doppio recupero dei costi, qualora possa verificarsi come conseguenza di un'azione concorrente da parte di un'autorità competente a norma della presente Direttiva e di una persona la cui proprietà abbia subito un danno ambientale[104].

Riepilogo dei pregi e delle criticità della Direttiva 2004/35/CE rilevate dalla Commissione UE e dalla dottrina

Criticità:

Benché in parte giustificato dal rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, è stato oggetto di osservazioni e di critiche l'approccio minimalista che limita l'impatto della disciplina: l'ipotesi di danno presa in considerazione è doppiamente circoscritta, da un lato dalle tipologie di attività prese in considerazione e, dall'altro, dalla selezione di risorse ambientali considerate. Il danno al terreno è escluso dall'applicazione della disciplina se non crea rischi significativi di effetti negativi sulla salute umana[105], ed inoltre sono indicate deroghe, ipotesi di esonero e possibili eccezioni[106].

Dall'approccio minimalista derivano altre criticità: essa lascia spazi alle legislazioni nazionali, creando la possibilità di ampie divergenze tra regimi di responsabilità, ostacolando l'armonizzazione a livello dell'UE e creando la possibilità di pericolose distorsioni del mercato[107]. La libertà lasciata ai legislatori nazionali e dunque le probabili divergenze riguardano: la nozione di danno, la possibilità di adottare misure più severe anche individuando ulteriori attività assoggettate agli obblighi previsti e altri soggetti responsabili, la legittimazione attiva, i criteri d'imputazione della responsabilità. La Direttiva inoltre lascia impregiudicate le scelte degli Stati membri su aspetti nodali[108]: nesso causale, solidarietà obbligazione passiva, assicurabilità danno, esenzione dalla responsabilità in particolare rispetto alle attività industriali autorizzate. Nella Relazione del 2010[109] la Commissione ha osservato un'applicazione difforme delle eccezioni basate sul possesso di un'autorizzazione o sullo stato delle conoscenze scientifiche, e un'estensione disomogenea del campo di applicazione per quanto riguarda il danno alle specie e habitat protetti a titolo della legislazione nazionale, rilevando in particolare che le divergenze nelle norme nazionali di recepimento creano difficoltà ai fornitori di garanzia finanziaria.

Nello specifico, il raggiungimento di uno standard di tutela ambientale inferiore alle aspettative, che si erano concretizzate parzialmente nella Proposta di Direttiva e nel Libro Bianco: non è stato prescritto nessun obbligo di riparazione a carico degli Stati in ogni caso in cui l'operatore sia esentato, attribuendo un ruolo sussidiario alle autorità[110], in altri termini la mancata copertura dei danni che non rientrano tra quelli descritti, dovuta alla tassatività o tipizzazione dei fenomeni disciplinati[111], nessun obbligo di assicurazione finanziaria per le aziende a rischio ambientale, la

delimitazione delle attività per cui è prescritta la responsabilità oggettiva, anziché una formulazione aperta.

Nella scelta delle opzioni di riparazione (Allegato II) è indicato l'uso della migliore tecnologia disponibile (BAT) che è invece criticata per l'ampio margine di discrezionalità lasciato agli Stati e l'impossibilità di configurare un sistema di controllo che si basi su parametri di valutazione uniformi per tutti gli Stati membri[112].

Esclusione dal campo di applicazione della Direttiva del danno alle specie e agli habitat naturali che sia suscettibile di autoriparazione entro breve tempo[113], e perciò considerato non significativo. Si critica in particolare la vaghezza del termine temporale indicato per l'autoriparazione. Si tratta di un danno ambientale che causa una perdita temporanea di risorse e l'escluderlo sembra in contrasto con l'apertura verso forme di risarcimento a contenuto sanzionatorio del Considerando 2 della Direttiva, in cui si afferma che l'operatore dovrà essere considerato finanziariamente responsabile, seppure in vista della prevenzione[114]. Tale scelta, d'altra parte, si giustifica nell'ottica del piano di intervento della Direttiva che è finalizzato alla prevenzione e riparazione del danno ambientale e quindi essa introduce esclusivamente tipologie di risarcimento in forma specifica, escludendo il risarcimento per equivalente dal suo campo di applicazione. E' questo il motivo per cui il danno per cui non vi sia necessità di riparazione, non è preso in considerazione[115].

Altro punto criticabile è la legittimazione della previsione di preclusioni, da parte delle legislazioni nazionali, all'intervento delle associazioni ambientaliste per l'ipotesi di minaccia imminente di danno ambientale[116].

E' stato osservato che la Direttiva configura una disciplina meno severa rispetto alla normativa in vigore in singoli paesi europei, per più aspetti anche rispetto a quella italiana prevista nel D.Lgs 22/1999[117].

Un'ultima carenza della Direttiva in esame è stata indicata dalla Commissione nella mancata copertura dell'ambiente marino, sottoposto a continua minaccia e spesso danneggiato specialmente dalle perdite di petrolio.

Aspetti positivi:

La Direttiva 2004/35/CE ha l'indubbio merito di aver fornito una definizione dettagliata di danno ambientale, connotandolo e quindi distinguendolo dal concetto di danno tradizionale[118];

Essa ha preso in considerazione e definito le perdite temporanee e soprattutto ne ha prescritto la riparazione, definita "compensativa".

Innovativa e risolutoria è la scelta in materia di prescrizione: la Direttiva non prende in considerazione l'azione di risarcimento nei confronti dell'obbligato primario, ossia del responsabile del danno ambientale, bensì il diritto dell'autorità competente a rivalersi nei suoi confronti. La prescrizione di cinque anni di tale diritto di rivalsa decorre dalla data in cui le misure preventive o di ripristino siano state poste in essere oppure, se la data è posteriore, dal momento in cui è stato identificato l'operatore responsabile, e non dal momento in cui si è verificato il danno, di difficile o impossibile individuazione, soprattutto nel caso di immissioni cumulate[119].

La Direttiva pone le condizioni per un vero e proprio rapporto di collaborazione e informazione a tutela dell'ambiente, tra le autorità pubbliche e gli operatori privati[120].

Infine, ma di fondamentale importanza, il ruolo della Direttiva ai fini della configurazione di una legislazione sul danno ambientale nei Paesi che ancora ne sono privi, nonché di stimolo verso una maggiore tutela dell'ambiente, per esempio negli Stati che da poco sono entrati a far parte dell'UE. Essa inoltre rappresenta un'opportunità per gli Stati membri di mettere ordine nella disciplina delle tematiche in oggetto, in particolare per l'Italia ove, a partire dal 1986, si sono susseguite norme che hanno creato un quadro legislativo complicato e lontano dall'impronta oggettiva ormai prevalente ovunque.

Disciplina italiana del danno all'ambiente prima del recepimento della Direttiva 2004/35/CE. L'art. 18 della Legge 349/1986

Anteriormente all'attuazione della Direttiva 2004/35/CE da parte del D.Lgs. n.152/2006, in Italia coesistevano essenzialmente tre discipline dei danni provocati all'ambiente, prescritte dalle seguenti disposizioni normative: l'art. 18 della Legge n. 349 del 1986, l'art. 17 del D.Lgs. n. 22/1997 in tema di bonifica dei siti contaminati e l'art. 58 del D.Lgs n. 152/1999 in tema di tutela delle acque. Tutte e tre le disposizioni prevedono una responsabilità a carico di chiunque danneggi l'ambiente, non espressamente ed esclusivamente a carico dell'operatore nell'ambito di un'attività professionale, come invece stabilisce la Direttiva 2004/35/CE[121]. Tutte prescrivono l'obbligo di ripristino, come la Direttiva, salvo però sempre l'obbligo di risarcimento per equivalente, ai sensi della prima di esse, qualora il ripristino non sia possibile.
La L. 349/1986 ha istituito il Ministero dell'ambiente, ha sottratto la giurisdizione sul danno ambientale alla Corte dei Conti, riservandola al giudice ordinario, e ha introdotto nel nostro ordinamento un sistema di responsabilità per danno ambientale. Essa risponde innanzitutto all'inadeguatezza delle norme del codice civile a regolare la fattispecie del danno ambientale e in secondo luogo risponde all'esigenza di dare attuazione al principio "chi inquina paga" che, tra l'altro, parte della dottrina considera norma consuetudinaria dell'ordinamento internazionale e in quanto tale vincolante anche l'Italia[122].
La norma in esame succede all'elaborazione da parte della giurisprudenza di un sistema di responsabilità basato sugli strumenti privatistici tradizionali che delimitavano la tutela a situazioni giuridiche soggettive, come proprietà e salute, oltreché sulle norme contenute nella Costituzione[123], sulle quali si è tentato di costruire un diritto all'ambiente salubre. I primi consistono nella disciplina civilistica delle immissioni dal fondo del vicino[124], in quella del risarcimento per fatto illecito[125], e nella norma sulla responsabilità per l'esercizio di attività pericolose[126]. I secondi introducono la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, della salute e del paesaggio.
La portata innovativa della L. 349/1986 sta nell'aver introdotto una tutela diretta del bene ambiente, considerato in sé e per sé, come bene collettivo unitario, distinta dalla tutela civile ordinaria, e in tal senso l'esperienza italiana rappresenta una voce fuori dal coro europeo, poiché è l'unico ordinamento che ha elaborato e applicato criteri di quantificazione del danno a beni privi di un prezzo di mercato quali sono quelli ambientali[127]. Essa è anche l'unica a discostarsi dalla previsione di un tipo di responsabilità oggettivo[128].
Ai sensi dell'art. 18 "qualunque fatto doloso o colposo, in violazione di disposizioni di Legge o di provvedimenti adottati in base a Legge, che comprometta l'ambiente ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, obbliga l'autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato". Si nota immediatamente che la responsabilità prevista è di tipo soggettivo e l'ampiezza della nozione di danno ambientale è notevole, maggiore di quella configurata dalla Direttiva 2004/35/CE in quanto , oltre al danno, inteso come la perdita di una qualità della risorsa, al deterioramento, cioè il peggioramento qualitativo della risorsa, nonché alla distruzione, cioè la perdita definitiva dell'intera risorsa ambientale interessata, è altresì presa in considerazione l'alterazione. Affinché sorgesse la responsabilità ai sensi della Legge n. 349/1986, era quindi sufficiente una modificazione di una caratteristica qualitativa della risorsa ambientale, non necessariamente peggiorativa, né irreversibile[129].
Al di là dell'estensione della nozione di danno, tuttavia dalla formulazione della norma si desume una tipizzazione dell'illecito ambientale, da cui deriva l'esclusione della discrezionalità dei giudici e certamente maggior certezza, bensì anche una minor tutela. in quanto soltanto i fatti illeciti commessi in violazione di disposizioni di Legge o di provvedimenti adottati in base a Legge sono causa di responsabilità.

Titolare del diritto al risarcimento è lo Stato ma la legittimazione concorrente spetta altresì agli enti territoriali sui quali insistono i beni ambientali lesi. I cittadini e le associazioni ambientaliste possono denunciare i fatti lesivi dell'ambiente, al fine di sollecitare l'intervento dei soggetti legittimati. Inoltre, alle associazioni, individuate ai sensi dell'art. 13[130], è riconosciuto il potere di intervenire nei giudizi per danno ambientale, nonché di ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento degli atti illegittimi[131], ed in seguito è stata loro riconosciuta[132] la facoltà di proporre le azioni risarcitorie di competenza del giudice ordinario, che spettano a Comuni e Province in relazione a danni ambientali.
L'azione risarcitoria possiede altresì un importante carattere sanzionatorio, che lo avvicina al modello penalistico[133], il quale si manifesta nella scelta degli elementi che il giudice deve considerare per determinare in via equitativa l'ammontare del danno qualora una precisa quantificazione non sia possibile. Oltre che del costo necessario per il ripristino dell'ambiente danneggiato, egli deve infatti valutare la gravità della colpa individuale e il profitto conseguito dal responsabile in conseguenza della trasgressione di Legge che ha causato il danno. In forza di tale natura sanzionatoria e in coerenza con la finalità deterrente, per il caso di concorso nel medesimo evento di danno ambientale, è dettato il principio personalistico in base al quale ciascuno risponde nei limiti della propria responsabilità[134], in deroga al criterio della responsabilità solidale. In ordine alla scelta del criterio di ripartizione della responsabilità, si rileva che la regola della solidarietà contrasta con le finalità deterrenti della responsabilità civile in materia ambientale in cui, generalmente, l'inquinamento prodotto da un'impresa non è collegato a quello di un'altra e quindi i responsabili non possono condizionare l'uno il comportamento dell'altro. La responsabilità solidale avrebbe l'effetto di colpire l'azienda che si trova in condizioni finanziarie migliori, anche se ha causato un minor danno investendo in misure preventive[135].
Si può inoltre osservare che, essendo la violazione di disposizioni di Legge presupposto della risarcibilità del danno, l'onere probatorio è attenuato e la responsabilità sembra assumere una connotazione di tipicità, in contrapposizione all' atipicità della responsabilità aquiliana.
L'importanza della disciplina in esame deriva anche dal fatto che essa prevede che il giudice, nella sentenza di condanna, dispone, ove possibile, il ripristino dello stato dei luoghi a spese del responsabile. A tal proposito è stato rilevato[136] che tuttavia, statisticamente, nei giudizi è risultata prevalente la tutela per equivalente, con funzione prevalentemente deterrente.
Un rapido confronto con la disciplina prescritta dalla Direttiva 2004/35/CE, mette in luce alcune importanti differenze che ribadisco sinteticamente: la norma italiana prende in considerazione nozioni di ambiente e di danno ambientale più ampie rispetto alla Direttiva europea e prescrive un obbligo di risarcimento per equivalente nei confronti dello Stato, oltreché il risarcimento in forma specifica soltanto qualora possibile. La disciplina italiana si contraddistingue d'altronde per uno speciale carattere sanzionatorio di cui la disciplina comunitaria è priva e che da più parti è ritenuta fondamentale per la sua funzione deterrente[137]. Essa d'altra parte non contempla l'ipotesi di rischio o minaccia, intesi come pericolo concreto e attuale che un danno ambientale si verifichi, caso che invece la Direttiva disciplina in coerenza con la funzione preventiva che essa intende svolgere.
Nonostante che il D.Lgs 152/2006 abbia espressamente abrogato l'art. 18 della Legge del 1986[138], esso rimane applicabile ai danni ambientali causati da fatti illeciti compiuti precedentemente alla sua entrata in vigore.
Benché non rientri nella disciplina della responsabilità per danno ambientale, mi pare importante segnalare che la legge in esame prevede altresì poteri del Ministro dell'ambiente, tuttora vigenti, di adottare con ordinanza cautelare le necessarie misure provvisorie di salvaguardia, in caso di mancata attuazione o inosservanza di disposizioni di Legge relative alla tutela dell'ambiente da cui potesse derivare un grave danno ecologico[139].

L'art. 17 del D.Lgs n. 22 del 1997: la disciplina dei siti contaminati

Nella normativa quadro in materia di rifiuti contenuta nel D.Lgs n. 22/1997, fu inserita la disciplina della responsabilità per la contaminazione dei siti. L'art. 17 prevede che "chiunque cagiona, anche in maniera accidentale, il superamento dei limiti previsti[140], ovvero determina un pericolo concreto ed attuale di superamento dei limiti medesimi e siano alterate le condizioni del sito o vi sia pericolo per la salute, deve procedere a proprie spese agli interventi di messa in sicurezza, bonifica e ripristino ambientale delle aree inquinate e degli impianti dai quali deriva il pericolo di inquinamento". E' chiara la finalità preventiva.
Come nella disciplina del risarcimento del danno ex art. 18 della Legge n. 349/86, e diversamente rispetto alla Direttiva 2004/35/CE, il responsabile è indifferenziato ("chiunque"). La novità è però rappresentata dal fatto che la responsabilità della contaminazione del sito è di tipo oggettivo ("in maniera accidentale"), cioè prescinde dalla colpa o dal dolo, e sorge anche in caso di rischio di contaminazione, come la disciplina comunitaria, rispetto alla quale tuttavia configura una maggior tutela, in quanto copre qualsiasi attività potenzialmente dannosa.
Qualora i responsabili non provvedano o non siano individuabili, gli interventi sono realizzati d'ufficio dal Comune o dalla Regione, tale previsione dell'intervento diretto della Pubblica Amministrazione evidenzia una tendenza verso modelli pubblicistici che hanno ispirato la stessa Direttiva 2004/35/CE e la nuova disciplina italiana dettata col D.Lgs. 152/2006[141]. Al fine di anticipare le somme per le attività di bonifica e ripristino, le Regioni possono istituire fondi appositi nell'ambito delle proprie disponibilità di bilancio.
Nel caso in cui il responsabile non sia individuabile, la Pubblica Amministrazione è tutelata con una serie di garanzie sulla proprietà del sito[142], e sono considerati responsabili anche il proprietario e i titolari di diritti reali o personali di godimento sull'area a titolo di dolo o colpa[143].
I limiti di accettabilità della contaminazione sono stati in seguito definiti dal Decreto ministeriale n. 471 del 1999 in base al quale i livelli di contaminazione o alterazioni chimiche, fisiche o biologiche del suolo e del sottosuolo o delle acque superficiali o sotterranee dovevano essere tali da determinare un pericolo per la salute pubblica o per l'ambiente naturale o costruito, anche in base alla destinazione d'uso. Come nella Direttiva, non è contemplato il danno all'aria.
La norma in esame non prevede un obbligo di risarcimento del danno, tuttavia è fatto salvo l'obbligo di ripristino dello stato dei luoghi e di risarcimento del danno ambientale ai sensi dell'art. 18 della Legge 349/1986.
E' opportuno aggiungere che la disciplina appena descritta è figlia della consapevolezza – acquisita sotto il regime della precedente disciplina – della necessità di strumenti essenzialmente ripristinatori ai fini di un'efficace tutela ambientale[144], e con essa si è dato l'avvio ad un importante processo di risanamento del territorio italiano.

L'art. 58 del D.Lgs n. 152/1999 e la tutela delle acque dall'inquinamento

Il D.Lgs n. 152 del 1999 reca "Disposizioni sulla tutela delle acque dall'inquinamento e recepimento della Direttiva 91/271/CEE concernente il trattamento delle acque reflue urbane e della Direttiva 91/676/CEE relativa alla protezione delle acque dall'inquinamento provocato dai nitrati provenienti da fonti agricole" a seguito delle disposizioni correttive e integrative di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 258. L'art. 58 prescrive : "Chi con il proprio comportamento omissivo o commissivo in violazione delle disposizioni del presente decreto provoca un danno alle acque, al suolo, al sottosuolo e alle altre risorse ambientali, ovvero determina un pericolo concreto ed attuale di inquinamento ambientale, è tenuto a procedere a proprie spese agli interventi di messa in sicurezza, di bonifica e di ripristino ambientale delle aree inquinate e degli impianti dai quali è derivato il danno ovvero deriva il pericolo di inquinamento, ai sensi e secondo il procedimento di cui all'art. 17 del D.Lgs 22 del 1997", quest'ultimo trattato brevemente nel paragrafo precedente.
Come il D.Lgs n. 22 del 1997, anche questo non prevede l'obbligo di risarcimento del danno, bensì la reintegrazione in forma specifica, e tuttavia anch'esso fa salvo il diritto ad ottenere il risarcimento

del danno non eliminabile con la bonifica ed il ripristino ambientale, ai sensi dell'art 18 della Legge n. 349 del 1986 già visto.
E' opinione unanime che la norma sia mal scritta e non è chiara l'intenzione del legislatore nell'introdurre questa nuova disciplina. Pare che si sia voluto introdurre una disciplina particolare per la bonifica dei siti contaminati dagli scarichi, derogando al principio della responsabilità oggettiva: in base a questa interpretazione, in presenza di scarichi, gli obblighi di bonifica prescritti dall'art. 17 del D.Lgs n. 22 del 1997 si applicano soltanto in caso di comportamenti colposi o dolosi, tenuti in violazione della normativa medesima. Secondo altra interpretazione invece, la norma si limiterebbe a prescrivere gli obblighi previsti dal precedente decreto legislativo per il caso di scarichi illeciti o illegittimi, la cui pericolosità sarebbe da presumere, attivando quindi le procedure di accertamento ed eventuale messa in sicurezza[145].
Il recepimento della Direttiva 2004/35/CE da parte dell'ordinamento italiano e i modelli di responsabilità nel D.Lgs. n. 152/2006

L'Italia ha rispettato il termine per l'attuazione della Direttiva 2004/35, prescritto dalla medesima[146], adottando il D.Lgs n. 152/2006[147], che costituisce il Testo Unico sull'Ambiente (TUA) ed è anche definito impropriamente "Codice dell'ambiente". Esso è chiaramente ispirato a far propri e rendere effettivi i principi dell'azione ambientale sanciti nell'art. 191 comma 2 del TFUE. In apertura, l'art. 3-ter[148], intitolato "Principio dell'azione ambientale" riporta i principi di precauzione, di prevenzione, di correzione in via prioritaria alla fonte dei danni causati all'ambiente e il principio "chi inquina paga", ai quali dev'essere informata l'azione di tutela ambientale di tutti gli enti pubblici e privati e di tutte le persone fisiche e giuridiche, pubbliche e private. Il D.Lgs n. 152 del 2006 risponde all'intento di dare attuazione a tali principi mediante la previsione delle azioni di prevenzione e ripristino ambientale e di risarcimento in forma specifica, sul modello fornito dalla Direttiva 2004/35/CE, oltreché del risarcimento per equivalente.
Secondo opinione unanime, la redazione del TUA avrebbe potuto essere l'occasione per sostituire i vari regimi precedenti con una disciplina uniforme e univoca. Così non è stato, infatti sono stati rilevati diversi punti deboli, per alcuni inaccettabili, che rendono difficile l'attività dell'interprete. E' qui interessante analizzare la prima versione del testo, che precede la recente modifica apportata con la L. 6 agosto 2013, n. 97 e che testimonia la difficoltosa integrazione/adattamento tra norma nazionale e disciplina comunitaria (il difficile recepimento della disciplina comunitaria) Innanzitutto è evidente una "doppiezza di fondo"[149] che gli deriva presumibilmente dall'aver adempiuto ad un duplice compito: dare attuazione alla Direttiva 2004/35/CE sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale e allo stesso tempo alla Legge delega n. 308 del 2004 per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale. La parte VI del TUA , qui in esame, intitolata "Norme in materia di tutela risarcitoria contro i danni all'ambiente", prevede ben tre procedure, due di natura amministrativa e una giudiziale. Le prime rispondono ad un modello pubblicistico di responsabilità e di esse la prima, di cui agli artt. 299 – 310, (Titolo I "Ambito di applicazione" e Titolo II intitolato per l'appunto "Prevenzione e ripristino ambientale") è modellata sulla disciplina europea, mentre la seconda, presentata nel Titolo III dedicato al "Risarcimento del danno ambientale", artt. 312 e 313, sembra distinguersi per la particolare efficacia ma altresì per i dubbi espressi sulla sua costituzionalità. Il medesimo Titolo II, nello stesso art. 311, contiene il modello privatistico di responsabilità: la possibilità di ricorrere all'azione civile di natura risarcitoria, anche in sede penale. (Prima di esaminare le tre procedure elencate, per avere un quadro più completo della disciplina nazionale, è opportuno rilevare che, accanto ad esse, il Codice dell'Ambiente nella parte IV, nel Titolo V, disciplina altresì la "Bonifica dei siti inquinati", che sostituisce il precedente sistema delineato dal D.Lgs 22/1997, adeguandosi ai principi comunitari in materia ambientale. La procedura prevista è applicabile al verificarsi di un evento repentino che sia potenzialmente in grado di contaminare il sito o in seguito alla scoperta di una contaminazione storica. L'obbligo dell'avvio della procedura è

a carico, in primo luogo, del soggetto responsabile, ma anche del proprietario o gestore dell'area, e di chiunque altro interessato, oltreché della Pubblica Amministrazione. La valutazione è effettuata accertando il superamento di determinati valori indicativi della concentrazione di determinate sostanze inquinanti nelle matrici ambientali del sito interessato.
Ai sensi del Decreto Ronchi la responsabilità era di tipo oggettivo, mentre ora il testo richiama semplicemente la figura del responsabile dell'inquinamento senza precisare il criterio di imputazione. Le prime pronunce giurisprudenziali dopo la riforma hanno ricondotto la responsabilità[150] per danni all'ambiente alla responsabilità per colpa prescritta nella parte VI del D.Lgs 152/2006[151]. La disciplina delle bonifica prevede, per il caso in cui si verifichi un evento in grado di contaminare il sito, gli obblighi di adozione delle misure preventive e di infomativa ai sensi della parte VI, non solo in capo al responsabile, bensì anche al proprietario o gestore incolpevole. Gli interventi sul sito costituiscono onere reale sui siti contaminati qualora effettuati d'ufficio dall'autorità competente e le spese sostenute per gli interventi sono assistite da privilegio speciale immobiliare sulle aree medesime (ex 2748 c.c.). A seguito di provvedimento motivato dell'autorità competente che giustifichi l'impossibilità di individuare il responsabile, ovvero l'impossibilità o l'infruttuosità di azioni di rivalsa nei suoi confronti, il privilegio e la ripetizione delle spese possono essere esercitati nei confronti del proprietario incolpevole. Egli tuttavia può essere tenuto a rimborsare le spese soltanto nei limiti dell'aumento del valore di mercato del sito a seguito della bonifica[152].
Il D.lgs 152/2006, nella versione precedente alle modifiche del settembre 2013, espressamente dispone[153] che alle situazioni di inquinamento per le quali siano effettivamente avviate le procedure relative alla bonifica, o sia intervenuta bonifica dei siti, non si applichi la parte VI del D.Lgs 152 del 2006, salvo che ad esito della bonifica stessa permanga un danno ambientale. In altre parole, l'attuazione della procedura di bonifica costituiva uno dei casi in cui era esclusa l'applicazione della disciplina della tutela risarcitoria contro i danni all'ambiente. A tal proposito si è espressa la Commissione europea, nell'ambito della procedura di infrazione n. 2007/4679, qualificando tale esclusione una violazione degli artt. 3 e 4 della Direttiva intitolati "Ambito di applicazione" e "Eccezioni", in quanto da essi non contemplata. Nonostante le richieste della Commissione UE, le autorità italiane non hanno mai chiarito l'effettiva portata di tale previsione ed il rapporto tra la disciplina della bonifica dei siti inquinati e la tutela risarcitoria del danno ambientale, tuttavia nell'ultima modifica del D.Lgs n. 152/2006, contenuta nella L. n. 97/2013 è stata eliminata tale disposizione.

Attuazione del modello di responsabilità previsto nella Direttiva 2004/35/CE: la tutela preventivo-ripristinatoria nel Testo Unico Ambiente (TUA)

La prima definizione di danno ambientale fatta propria dal Testo Unico Ambiente si discosta da quella precedente, contenuta nell'art. 18 della Legge 349/1986, e dal modello di responsabilità extra contrattuale dalla quale essa derivava, perché non richiede la colpa né il dolo. La responsabilità che ne consegue è dunque ti tipo oggettivo, ma non ricalca esattamente quella configurata nella Direttiva poiché la norma[154] sembra fornire due definizioni di danno ambientale. La formulazione di entrambe è sì modellata sulla norma europea e tuttavia una è generica e l'altra specifica, configurando due fattispecie[155] di illecito: atipico e tipico. Ai sensi della prima definizione, è danno "qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima"[156]. Il termine "misurabile" sembra indicare la possibilità di valutare economicamente il danno, anche se tale aspetto dovrebbe essere secondario rispetto alla prevalenza accordata al risarcimento in forma specifica cioè al ripristino, in conformità alla disciplina comunitaria[157]. Oggetto di critica non è soltanto la vaghezza dell'attributo "significativo" che consente all'interprete una discrezionalità eccessiva, bensì anche l'aver voluto circoscrivere la tutela del bene ambiente al solo danno rilevante[158]. D'altra parte è

la Direttiva a definire il danno come "mutamento negativo misurabile"[159] di una risorsa naturale o di un servizio da essa fornito, e a prendere in considerazione esclusivamente il danno che produce effetti significativi[160], o che incida in modo significativamente negativo sullo stato delle acque[161], e a contemplare la contaminazione al terreno che crei un rischio significativo di effetti negativi sulla salute umana[162]. Ed è la Direttiva stessa che fornisce criteri[163] per valutare la significatività del danno ed è la medesima[164] ad essere oggetto di critiche per aver escluso dalla tutela il danno suscettibile di autoriparazione in quanto appunto qualificato come non significativo.
La seconda definizione[165] riprende espressamente la definizione di danno contenuta nella Direttiva, la quale specifica le matrici ambientali prese in considerazione: le specie e gli habitat naturali protetti, le acque interne e costiere e il terreno, così come circoscritte nel testo comunitario.
Non è palese il rapporto tra i due concetti di danno ambientale, l'interpretazione prevalente in dottrina[166] sembra essere quella per cui la seconda non è che una specificazione della prima ma ciascuna ha una propria autonomia. Se è così, la legge italiana attua una maggior tutela, contemplando un concetto più ampio di danno ambientale che può investire una qualsiasi risorsa naturale e la sua utilità, in conformità al favore disposto dalla normativa europea nei confronti di disposizioni nazionali più severe[167] in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale.
Sembra invece individuare un'aderenza praticamente perfetta alla definizione fornita dalla Direttiva, altra parte della dottrina[168]. Quest'ultima rileva la mancata trasposizione nel TUA della considerazione da parte della disciplina comunitaria[169] anche degli elementi aerodispersi, nella misura in cui possono causare danni all'acqua, al terreno o alle specie e agli habitat naturali protetti.
Si osserva un'incongruenza relativamente alla nozione di danno al terreno, che viene definito, in conformità alla Direttiva[170], come qualsiasi contaminazione che crei un rischio significativo di effetti nocivi sulla salute umana, ma che appena dopo[171], nel descrivere il concetto di ripristino, pare comprendere anche gli effetti nocivi sull'integrità ambientale, ampliando la tutela rispetto alla disciplina comunitaria[172].
Il legislatore italiano, ha dedicato un articolo[173] all'attuazione del principio di precauzione, invece non menzionato nella Direttiva, da applicare in caso di "pericoli, anche solo potenziali, per la salute umana e per l'ambiente" individuabili a seguito di una preliminare valutazione scientifica obiettiva.
E' previsto un obbligo di informazione degli enti territoriali a carico dell'operatore interessato, con conseguente facoltà del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (MATTM) di adottare misure di prevenzione. E' inoltre prescritto che il Ministro promuova l'informazione del pubblico relativamente agli effetti negativi di un prodotto o di un processo e assuma iniziative volte a ridurre i rischi di danno ambientale.
Rispetto a quanto disposto dalla Direttiva, la nozione di "operatore" sembra invece subire una limitazione, richiedendo la "rilevanza ambientale" dell'attività svolta[174], requisito peraltro non chiaro in quanto qualsiasi attività che causa danni all'ambiente assume tale rilevanza[175]. In mancanza di definizione o indicazioni precise, secondo plausibile interpretazione[176], è opportuno ritenere tali le attività potenzialmente pericolose per l'ambiente indicate nella Direttiva comunitaria, quelle per le quali la normativa comunitaria prevede una responsabilità di tipo oggettivo[177].
Il recepimento della Direttiva sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale prosegue nel Titolo II, intitolato "Prevenzione e ripristino ambientale". L'azione di prevenzione[178], in conformità alla Direttiva, è prescritta per l'ipotesi in cui non si è ancora verificato alcun danno ma esiste una minaccia imminente che esso si verifichi. In tal caso l'operatore deve adottare a proprie spese le necessarie misure di prevenzione e di messa in sicurezza entro ventiquattro ore, previa comunicazione al Comune, alla Provincia , alla Regione o alla Provincia autonoma del territorio interessato, nonché al Prefetto, il quale informa il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio. A sottolineare l'importanza dell'azione preventiva è prevista l'irrogazione a carico dell'operatore inadempiente di una sanzione amministrativa non inferiore a mille Euro, né superiore a tremila Euro per ogni giorno di ritardo.

Al MATTM – che è l'autorità competente indicata dalla Direttiva e ne svolge le funzioni – è attribuita la facoltà di chiedere informazioni all'operatore su qualsiasi minaccia o casi sospetti, di ordinargli di adottare specifiche misure di prevenzione, e altresì di adottare egli stesso le misure necessarie. La facoltà di attivarsi in luogo dell'operatore gli è attribuita anche nelle ipotesi in cui quest'ultimo rimanga inerte, o non sia individuato o non sia tenuto a sostenere i costi. (Esenzioni ex art. 308, 4). In tal caso il Ministro potrà poi esercitare il diritto di rivalsa nei confronti del responsabile o di chiunque abbia concorso a causare le spese, se individuato entro cinque anni dall'avvenuto pagamento al al fine di recuperare le spese sostenute.
La procedura prescritta per il ripristino ambientale[179] è analoga a quella per la prevenzione e anch'essa fedele trasposizione degli articoli della Direttiva. Qualora un danno ambientale si sia verificato, l'operatore deve avvisare immediatamente il Comune, la Provincia e il Prefetto ed eventualmente le altre autorità statali competenti e ha l'obbligo di adottare tutte le iniziative idonee a "controllare, circoscrivere, eliminare o gestire in altro modo, con effetto immediato, qualsiasi fattore di danno (…) anche sulla base delle specifiche istruzioni formulate dalle autorità competenti relativamente alle misure di prevenzione necessarie da adottare". Il legislatore accorda una certa discrezionalità, consentendo di "gestire in altro modo" gli eventi dannosi, tuttavia la circoscrive individuando lo scopo delle iniziative nella prevenzione e limitazione di ulteriori pregiudizi ambientali ed effetti nocivi per la salute umana o ulteriori deterioramenti ai servizi. Come per l'azione di prevenzione, anche nell'ambito della disciplina del ripristino ambientale, Il MATTM dispone della facoltà di chiedere informazioni all'operatore, di adottare o ordinare all'operatore di adottare tutte le iniziative opportune e le misure di ripristino necessarie. Anche in questa ipotesi il Ministro può sostituire il responsabile, prendendo le misure necessarie e anticipando le spese con successiva azione di rivalsa nei confronti del responsabile.
L'operatore individua le misure per il ripristino ambientale che siano conformi all'Allegato III alla parte VI del Decreto stesso[180], e, conformemente alla Direttiva, è il Ministro che decide quali attuare, nonché a quali si debba dare la priorità in caso di pluralità di danni ambientali. La Direttiva europea prescrive che si debbano prendere in considerazione i rischi per la salute umana, la norma italiana specifica la loro priorità.
Il Ministro deve invitare i soggetti interessati dalle misure di ripristino[181] e i proprietari degli immobili oggetto del ripristino, a presentare osservazioni di cui deve tener conto nell'ordinanza che prescrive le misure medesime. A tutela del soggetto obbligato, è inoltre stabilito che le decisioni che impongono le misure di precauzione, prevenzione e ripristino siano adeguatamente motivate e comunicate senza indugio all'operatore interessato con l'indicazione dei possibili mezzi di ricorso e dei termini relativi[182]. Considerata l'importanza della comunicazione, oltreché la lettera del titolo dell'articolo in esame, è presumibile si tratti di notificazione obbligatoria.
In applicazione del principio comunitario "chi inquina paga"[183] a cui è ispirata la Direttiva in esame, il D.lgs 152/2006 stabilisce che i costi necessari per realizzare le misure di prevenzione e ripristino ambientale sono posti a carico dell'operatore responsabile del danno[184] anche, come abbiamo visto, esercitando l'azione di rivalsa, qualora le spese siano anticipate per garantire un intervento immediato nel caso in cui il responsabile rimanga inerte o non sia individuato. I costi sono recuperati anche grazie a garanzie reali o fideiussioni bancarie e con esclusione del beneficium escussionis.
Conformemente alla facoltà attribuita nella normativa europea all'Autorità competente, il MATTM può stabilire che non si recuperi la totalità dei costi sostenuti se il responsabile non può essere individuato oppure se la spesa necessaria per il recupero sia maggiore dell'importo recuperabile, vale a dire qualora non sia economicamente conveniente.
La serie di casi in cui l'operatore è esonerato dall'obbligo di sostenere i costi, prevista dalla Direttiva, è fatta propria dal TUA[185]: se egli può provare che il danno ambientale o la minaccia di esso sia stato causato da un terzo e nonostante la presenza di idonee misure di sicurezza, oppure derivi dall'osservanza di un ordine o istruzione obbligatori impartiti da un'autorità pubblica. E ancora

qualora dimostri la mancanza del dolo e della colpa nel caso in cui la minaccia o il danno siano stati causati da un'emissione o un evento espressamente consentiti da un'autorizzazione conferita ai sensi di una norma comunitaria, e presumibilmente anche italiana, tra quelle riportate in allegato, oppure da emissione o attività che egli dimostri non essere stata considerata probabile causa di danno in base alle conoscenze scientifiche e tecniche contemporanee.
E' disposto che le misure adottate in attuazione del presente Decreto, lasciano impregiudicata la responsabilità e l'obbligo risarcitorio del trasgressore interessato[186], dunque persistono le eventuali responsabilità penali e civili, amministrative o disciplinari.
Quanto ai soggetti legittimati a partecipare alla procedura in esame, il TUA recepisce la norma europea. E' prescritto che possono presentare al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio denunce e osservazioni e chiedere l'intervento statale[187], oltreché agire per l'annullamento degli atti e provvedimenti adottati in violazione delle disposizioni esaminate o contro il silenzio inadempimento del Ministro ed altresì chiedere il risarcimento del danno subito a causa del suo ritardo nell'attivarsi[188]: gli enti pubblici (Regioni, Province autonome e Enti locali) e le persone fisiche o giuridiche che sono o potrebbero essere colpite dal danno ambientale o che vantino un interesse legittimante la partecipazione al procedimento relativo all'adozione delle misure di precauzione, di prevenzione o di ripristino. Tra queste ultime sono espressamente indicate le organizzazioni non governative (ONG) che promuovono la protezione dell'ambiente ai sensi dell'art. 13 della Legge n. 349 del 1986[189]. Le richieste sono valutate dal Ministro che informa i mittenti dei provvedimenti presi a riguardo. Il ricorso al giudice amministrativo può essere preceduto da un'opposizione da depositare presso il Ministero dell'ambiente.
Infine la norma aggiunge che "Resta ferma la facoltà dell'interessato di ricorrere in via straordinaria al Presidente della Repubblica nel termine di centoventi giorni dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza dell'atto o provvedimento che si ritenga illegittimo o lesivo".
La Direttiva 2004/35/CE[190] consente agli Stati membri di non applicare le parti in cui è prevista la facoltà di presentare osservazioni e richiedere l'intervento dell'autorità, ai casi di minaccia imminente di danno all'ambiente; il legislatore italiano ha accordato la medesima tutela ad ambedue le ipotesi.

La disciplina risarcitoria del danno ambientale nel Dlgs 152/2006 e le osservazioni della dottrina.

Il Titolo III del TUA, intitolato "Risarcimento del danno ambientale" prevede una disciplina di natura prevalentemente pubblicistica ma con caratteri di tipo privatistico. Innanzitutto è prevista l'alternativa[191] tra l'azione giudiziaria di risarcimento, in sede civile e penale, e il potere di di istruttoria e di ingiunzione del risarcimento in forma specifica e per equivalente del danno ambientale. Di entrambi titolare è esclusivamente il Ministro dell'ambiente, della tutela del territorio e del mare.
La legittimazione esclusiva del MATTM per l'azione civile gli deriva evidentemente dal fatto di essere considerato rappresentante dello Stato, unico titolare del bene collettivo "ambiente". In conformità a ciò, la giurisprudenza recente[192] ha affermato che il risarcimento del danno ambientale di natura pubblica, quale lesione dell'interesse pubblico e generale dell'ambiente, spetta esclusivamente allo Stato. La legittimazione del potere di individuare l'evento dannoso e i responsabili, nonché di imporre il risarcimento, sembrerebbe derivare dalla previsione comunitaria, tuttavia parte della dottrina rileva che taluni punti sono difficilmente conciliabili con il nostro Ordinamento e con le norme costituzionali.
Ciò che più suscita perplessità nella dottrina[193] riguarda la legittimazione ad agire che, rispetto alla precedente L. 349 del 1986, viene sottratta agli enti territoriali minori, a cui resta esclusivamente la facoltà di presentare denunce e osservazioni nei procedimenti relativi alle misure di precauzione, prevenzione e ripristino e di chiedere l'intervento statale. Si osserva che tale limitazione appare incompatibile con i principi di sussidiarietà sanciti nel Titolo V della

Costituzione[194] che dettano un maggior coinvolgimento delle autonomie territoriali, opportuno anche nell'ambito della tutela dell'ambiente. Inoltre è stata rilevata l'inefficacia di tale sistema, considerata la scarsità delle iniziative statali[195].
Il modello di responsabilità disciplinato nel Dlgs 152/2006[196]rievoca quello configurato con l'art. 18[197] dalla L. 349 del 1986 che a sua volta era plasmato sulla figura della responsabilità aquiliana[198]. Da entrambi eredita la natura soggettiva e dalla prima il presupposto della violazione di leggi e regolamenti quale elemento essenziale dell'illecito, oltreché la contemplazione della semplice "alterazione", sufficiente a configurare il danno ambientale. Si osserva la mancata indicazione del dolo, presumibilmente implicito, accanto alla colpa, non menzionata espressamente, bensì descritta con un elenco di fattispecie ad essa appartenenti: negligenza, imperizia, imprudenza, violazione di norme tecniche.
La continuità rispetto alla disciplina italiana precedente si manifesta altresì nell'ampia definizione del danno ambientale che si estende all'ambiente inteso come bene unitario comprensivo di ogni sua componente, cioè ad ogni risorsa naturale. Da ciò risulta un'evidente contraddizione rispetto alla prima definizione più o meno conforme alla disciplina comunitaria (ex art. 300, esaminata nel precedente paragrafo). A tal proposito certa dottrina[199] ha affermato di poter supporre che le Corti avrebbero interpretato la seconda definizione (311), di portata generale, in senso precettivo, e la prima (300, comma 2) come una mera enumerazione esemplificativa
Il tipo di responsabilità configurato sembra generico, nel senso che, in base alla lettera della norma, "chiunque" risponde per il danno causato, tuttavia esistono letture differenti[200], in base alle quali l'individuazione di uno dei presupposti della responsabilità nella "violazione di Legge, di Regolamento o di Provvedimento amministrativo" sarebbe indicativo di un danno ambientale causato nell'ambito di un attività professionale, secondo il modello di responsabilità disegnato dalla Direttiva 2004/35/CE. Tuttavia sappiamo che la norma europea distingue due gruppi di operatori cui corrispondono due tipi di responsabilità, mentre l'articolo in questione non faceva alcuna distinzione e prevedeva un'unica responsabilità di tipo soggettivo. Ciò, come vedremo in seguito, è stato uno dei punti sollevati dalla Commissione UE nell'ambito della procedura di infrazione per il non corretto recepimento della Direttiva 2004/35/CE che ha condotto lentamente alle modifiche della L. 97 dell'agosto 2013.
E' prescritto che il responsabile 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. Ma si aggiunge che 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 ex art 2058 c.c. o comunque attuati in modo incompleto o difforme rispetto a quelli prescritti, il danneggiante è obbligato in via sostituiva al risarcimento per equivalente patrimoniale nei confronti dello Stato.
Per il caso di concorso nello stesso evento dannoso, la Direttiva[201] lascia impregiudicate le disposizioni nazionali riguardanti l'imputazione dei costi. Il D.Lgs 152/2006, con le modifiche apportate dal D.L. 135/2009[202], è tornato al criterio per cui ciascuno risponde nei limiti della propria responsabilità personale, coerente col principio "chi inquina paga" e già proprio della disciplina previgente ai sensi della L. 349/1986. Tale sistema di responsabilità personale è considerato fonte di difficoltà ai fini della determinazione delle responsabilità, nel caso di azioni dannose cumulatesi nel tempo, e l'ammontare del danno da risarcire pare debba essere determinato anche sulla base dell'effettiva esistenza di dolo o colpa in capo ai diversi compartecipi di un unico evento lesivo, non soltanto in base alla semplice identificazione dell'apporto causale[203]. Si osserva, d'altra parte, che la regola della solidarietà contrasta con le finalità deterrenti della responsbilità civile in campo ambientale[204]. In questo ambito, infatti, l'inquinamento causato da un'impresa non può considerarsi collegato a quello prodotto da un'altra e, applicando il regime solidale, si rischia di colpire il soggetto che ha maggiore capienza finanziaria, indipendentemente dall'entità del danno da essa causato.

Al di là della fattispecie di responsabilità, ciò che è oggetto di critiche di un certo rilievo è altresì la procedura[205] che prescrive che il MATTM provveda ad accertare i fatti, individuare i responsabili e disporre le misure a tutela dell'ambiente tramite un'istruttoria[206], all'esito della quale egli provvede con ordinanza immediatamente esecutiva. Il Ministro può delegare il Prefetto ed avvalersi della collaborazione delle Avvocature distrettuali dello Stato, del Corpo forestale, dell'Arma dei carabinieri, della Polizia di Stato, della Guardia di finanza e di qualsiasi altro soggetto pubblico competente, e può disporre l'accesso al sito interessato dal fatto dannoso. La consulenza tecnica è disposta nel rispetto del principio del contraddittorio con l'operatore interessato. E' stato osservato che tale procedura sarebbe costituzionalmente illegittima in quanto l'oggetto dell'accertamento non è che un diritto di credito, quello al risarcimento, sebbene derivi dalla legge, e il fatto da cui deriva, nonché l'oggetto dell'obbligazione, dovrebbero essere accertati dal giudice in un processo[207]. Lo stesso autore inoltre giudica irragionevole la previsione dell'alternativa dell'ordinaria azione civile di risarcimento in capo al Ministro, il quale non avrebbe motivo di ricorrervi in luogo del potere di istruttoria e ordinanza[208]. La ratio di tale norma potrebbe invece essere semplice[209]: la possibilità per il Ministro di agire davanti al giudice, una volta scaduto il termine di decadenza per l'adozione dell'ordinanza, che è di due anni a partire dalla conoscenza del fatto dannoso[210]. In tal senso in dottrina si riscontra che l'inadeguatezza dei termini fissati per la procedura dell'ordinanza ministeriale, la rendono difficilmente praticabile[211].
La procedura amministrativa in oggetto prevede che, qualora all'esito dell'istruttoria sia accertato un fatto che ha causato un danno ambientale, il Ministro emetta l'ordinanza se il responsabile non ha già attivato le procedure di bonifica[212] oppure quelle di ripristino, di derivazione comunitaria, ai sensi degli artt. 304 e seguenti, già esaminate.
Oggetto dell'ordinanza, impugnabile[213] da parte del responsabile davanti al giudice amministrativo, è, in primo luogo, il ripristino ambientale a titolo di risarcimento in forma specifica. L'ordinanza è emessa nei confronti del responsabile, nonché, in solido, nei confronti del soggetto nel cui effettivo interesse il comportamento dannoso è stato tenuto o che ne abbia tratto vantaggio sottraendosi all'onere economico necessario per apprestare opere, attrezzature e cautele obbligatorie a fini preventivi[214].
Il Dlgs 152/2006, ante modifica, stabilisce che Ministro ingiunge invece il pagamento di una somma pari al valore economico del danno accertato o residuato, a titolo di risarcimento per equivalente pecuniario, nei casi in cui il responsabile non provveda al ripristino nel termine stabilito, o se il ripristino risulti in tutto o in parte impossibile (caso in cui ai sensi della Direttiva si ricorre alle misure di riparazione complementare, ai sensi dell'art. 7, comma 2 che rimanda all'allegato II) oppure eccessivamente oneroso ai sensi dell'art. 2058[215]. Nei casi di concorso nello stesso evento dannoso, per il risarcimento per equivalente pecuniario, ciascuno risponde nei limiti della propria responsabilità personale[216] (come accadeva ai sensi dell'art. 18 della L. 349/1986).
Per quanto riguarda la quantificazione del danno, essa è distinta a seconda se il risarcimento è in forma specifica o per equivalente. Nel primo caso esso deve comprendere il pregiudizio arrecato alla situazione ambientale con particolare riferimento al costo necessario per il suo ripristino. Nel secondo invece, cioè quando il danno non è risarcibile in forma specifica, esso dovrebbe coincidere col valore economico del danno (cioè la differenza di valore tra il bene integro e il bene danneggiato) ma se non è motivatamente possibile la sua esatta quantificazione, l'ammontare si presume, fino a prova contraria, non inferiore al triplo della somma corrispondente alla sanzione pecuniaria amministrativa, oppure alla sanzione penale, in concreto applicata. Si tratterebbe di una presunzione iuris tantum, a carico delle parti, il MATTM e il soggetto responsabile. Se è stata irrogata una pena detentiva, il ragguaglio tra essa e la somma da addebitare a titolo di risarcimento del danno, si attua calcolando quattrocento euro per ciascun giorno di pena. Se era già stata oggetto di critica la natura sanzionatoria dei criteri indicati nell'art. 18 della Legge del 1986, vale a dire la gravità della colpa e il profitto conseguito, accanto al costo per il ripristino, nel D.lgs 152/2006, nella versione in vigore fino a settembre 2013, la prestazione pecuniaria è addirittura espressamente commisurata alle

sanzioni, togliendo ogni dubbio alla parte di dottrina che vede nella disciplina in esame una illegittima, o quantomeno impropria, attribuzione di poteri giudiziari al Ministro, finanche quello di irrogare una sanzione[217].
Le somme derivanti dalla riscossione dei crediti in favore dello Stato per il risarcimento del danno ambientale affluiscono ad un fondo nazionale destinato a finanziare interventi di messa in sicurezza dei siti inquinati, di bonifica e ripristino ambientale, nonché attività di ricerca in campo ambientale[218].
Conformemente alla Direttiva[219], la norma prescrive inoltre che resta fermo il diritto dei soggetti che hanno subito danni alla loro salute o ai beni di loro proprietà, di agire in giudizio nei confronti dei responsabili[220]. L'omessa indicazione delle perdite patrimoniali può essere letta come un'imprecisione del legislatore che di fatto le sottintende comprese[221], ma anche come un'inconsueta esclusione, consapevole o meno, delle medesime[222].

Osservazioni conclusive sulla nuova disciplina nazionale del danno ambientale antecedente le modifiche della L. 6 agosto 2013, n. 97.

In conclusione, si possono fare alcune brevi considerazioni. In primo luogo, è possibile affermare che la nuova disciplina nazionale della responsabilità per danno ambientale presenta alcune criticità, che sembrano derivare dal tentativo di conciliare la disciplina privatistica, quella dell'azione di risarcimento del danno, con la dimensione pubblicistica, conducendo alle incongruenze e ai dubbi di legittimità evidenziati.
In secondo luogo, la convivenza tra discipline diverse, quella attuativa della Direttiva comunitaria contenuta nei primi due titoli della parte VI del TUA (artt. 299-310), e quella nazionale (artt. 311-318), nel titolo terzo, ha dato luogo ad una pluralità di fattispecie di danno e di responsabilità. Ciò che si configura è stato descritto[223] come una dissociazione, un'asimmetria tra il danno, da una parte, e la responsabilità con conseguente obbligo risarcitorio, dall'altra. La disciplina di derivazione comunitaria prescrive obblighi pubblicistici precauzionali e riparatori privi di carattere risarcitorio, mentre quella nazionale prevede obblighi risarcitori per il caso in cui vi sia stata violazione di una prescrizione. Una figura di responsabilità oggettiva distinta ed affiancata da una responsabilità da fatto illecito, e precisamente un illecito extracontrattuale speciale, a condotta vincolata, in quanto deroga al regime della responsabilità aquiliana presupponendo, secondo l'interpretazione letterale della dottrina prevalente, la violazione di norme di Legge, Regolamento o Provvedimenti, come elemento essenziale dell'illecito. Trattandosi poi di responsabilità extracontrattuale, al danneggiato spetta l'onere di provare la colpa del danneggiante.
La mancata specificazione del tipo di disposizioni ha indotto parte della dottrina e della giurisprudenza[224] a considerare quella configurata dall'art. 18 della L. 349/1986 una condotta atipica, comprensiva di qualunque prescrizione riferita ad attività umana da cui potesse derivare un'alterazione dell'ambiente, quindi dell'insieme delle regole sulla responsabilità dell'ordinamento, e sicuramente la responsabilità aquiliana e quella derivante dall'esercizio di attività pericolose. Nello stesso senso può essere letto l'art. 311, slegato dal riferimento specifico a norma di protezione ambientale, che dunque potrebbe essere interpretato ricorrendo alle norme codicistiche, tra le quali l'art. 2050, avvicinandolo in questo modo al regime prescritto dalla Direttiva europea.
Numerosi rimangono i dubbi interpretativi sul significato delle singole fattispecie presenti nella medesima parte VI del TUA, nonché sul loro coordinamento. Per esempio, è rilevata[225] un'incongruenza logico sistematica nell'indicazione dei casi di esonero che presuppongono la dimostrazione dell'assenza di dolo e di colpa[226], che sono previsti nell'ambito della disciplina che recepisce la Direttiva, ma si riferiscono al tipo di responsabilità disciplinata in seguito, dal momento che nella prima parte è stata prescritta soltanto la responsabilità oggettiva. Ci si interroga[227] sull'improbabile applicabilità della fattispecie di responsabilità per colpa (311) anche agli operatori

di attività rilevanti per l'ambiente qualora non abbiano adempiuto agli obblighi derivanti dalla disciplina di origine comunitaria (300 e seguenti).
Della procedura istruttoria introdotta è stata d'altra parte messa in evidenza la potenziale l'efficacia, laddove prevede l'ingiunzione del pagamento a titolo di risarcimento per equivalente pecuniario qualora il responsabile non provveda al ripristino (313, 2), rispetto a quella di derivazione comunitaria, la quale invece (304, 4) contempla il diritto di rivalsa per il recupero delle spese sostenute per il ripristino, ponendo a carico delle Amministrazioni pubbliche l'onere delle spese[228].
Di avviso opposto, nel senso addirittura della vanità della procedura dell'ordinanza ministeriale dovuta all'inadeguatezza dei termini previsti[229], nonché altresì della perdita di efficienza dell'alternativa azione di risarcimento che, rispetto alla previgente disciplina[230], risulta priva di carattere sanzionatorio e dunque non svolgerebbe la necessaria funzione deterrente. La commisurazione della prestazione pecuniaria alle sanzioni amministrativa e penale conservano invece la natura sanzionatoria e la rendono assai criticabile in quanto rimessa all'autorità amministrativa anziché al giudice, in base a diversa lettura[231].
Lettura originale ed opinione differente[232] quella secondo la quale la nuova disciplina risarcitoria (311), proprio perché configura una fattispecie tipica di illecito ambientale e adotta il criterio di imputazione della responsabilità per colpa riassumerebbe la logica economica sottesa al principio "chi inquina paga" e in conformità a quello dello sviluppo sostenibile. Essa cioè consentirebbe di realizzare quella tutela ambientale minima, quella ottimale, che deriva dal rispetto delle norme tecniche previste dall'ordinamento, senza influire in modo eccessivo sui costi di produzione. In altri termini consentirebbe lo sviluppo economico, tollerandone l'effetto collaterale rappresentato dal cosiddetto "inquinamento continuo". Tale visione pare in controtendenza rispetto alla scelta attuata ormai universalmente, e di cui è espressione la Direttiva 2004/35/CE, orientata al modello della responsabilità oggettiva, per la sua capacità di meglio internalizzare i costi.
La varietà delle interpretazioni dottrinali, spesso divergenti, è evidentemente espressione della mancanza di chiarezza del testo normativo.

Il non corretto recepimento della Direttiva 2004/35/CE da parte dell'Italia: procedura di infrazione della Commissione UE n. 2007/4679

Al di là dell'analisi della disciplina italiana della responsabilità ambientale, ciò che interessa in questa sede valutare è l'aderenza alla norma comunitaria, in particolare per quanto riguarda gli obiettivi che essa pone, ai sensi dell'art. 288 TFUE che stabilisce che la Direttiva vincola gli Stati quanto al risultato da raggiungere.
La Commissione UE ha ritenuto che il D.Lgs 152/2006 non avesse recepito correttamente la Direttiva 2004/35/CE ed ha avviato la procedura d'infrazione n. 2007/4679, con la lettera di messa in mora del 31 gennaio 2008, in cui veniva ravvisata la non conformità della trasposizione in legge dell'Allegato II (punto 1.2.3) sull'individuazione delle misure di riparazione complementare e compensativa della Direttiva 2004/35/CE.
In un primo momento, in risposta alle contestazioni della Commissione Ue, l'ordinamento italiano ha risposto con l'art. 5-bis del D.L. n. 135/2009[233], "Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità Europee", che ha modificato i seguenti articoli del TUA, traducendoli nella versione analizzata nei precedenti paragrafi:

l'art. 303, comma 1, lettera f, in cui si è aggiunto che i criteri di determinazione dell'obbligazione risarcitoria stabiliti nell'art. 311, commi 2 e 3, si applicano anche alle domande di risarcimento proposte ai sensi dell'art. 18 della L. 349/1986 o ai sensi del codice civile (titolo IX, libro IV) o di altre disposizioni non aventi natura speciale, a cui è anche applicato l'art. 315 del TUA.

art. 311, commi 2 e 3, che secondo la Commissione violavano gli artt. 1 e 7 dell'Allegato II perché prevedevano, in alternativa ("in mancanza") al ripristino, il risarcimento per equivalente patrimoniale. Il D.L. sostituisce la previsione del risarcimento pecuniario con l'adozione di misure di riparazione complementare e compensativa di cui alla Direttiva 2004/35/CE, circoscrivendo l'obbligo del danneggiante al risarcimento per equivalente patrimoniale nei confronti dello Stato, in via sostitutiva, all'ipotesi in cui l'effettivo ripristino o l'adozione delle misure di riparazione risultino in tutto o in parte omessi, impossibili, eccessivamente onerosi o attuati in modo incompleto. Inoltre, al comma 3, è prescritto che i criteri di determinazione del risarcimento per equivalente e dell'eccessiva onerosità, siano definiti con Decreto del MATTM entro sessanta giorni dall'entrata in vigore della disposizione stessa, in conformità a quanto stabilito nella Direttiva 2004/35/CE nel punto 1.2.3. dell'Allegato II.

art. 317, comma 5 e comma 6. Ai sensi del primo, le somme derivanti dalla riscossione dei crediti in favore dello Stato venivano versate all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnate ad un fondo di rotazione soltanto con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze. La modifica ha avuto come effetto che le somme affluiscano direttamente al fondo nazionale (destinato a finanziare interventi di messa in sicurezza, di bonifica e ripristino o ricerca in campo ambientale). Il comma 6, che stabiliva che le modalità di funzionamento e di accesso a tale fondo fossero disciplinate con decreto del MATTM di concerto col Ministro dell'economia e delle finanze, è stato abrogato.

La Commissione UE non ha ritenuto sufficienti tali modifiche e, con parere motivato del 23 novembre 2009 emesso ai sensi dell'art. 258 TFUE, ha formulato tre contestazioni:

la mancata trasposizione nell'ordinamento italiano degli artt. 3 e 6 della Direttiva 2004/35/CE che prescrivono un regime di responsabilità oggettiva per il danno ambientale causato dalle attività professionali indicate nell'allegato III ed un regime di responsabilità per dolo o colpa per il danno alle specie e agli habitat naturali protetti causato dalle attività professionali. L'art 311, comma 2, prevedeva esclusivamente un regime di responsabilità per colpa.

La limitazione del campo di applicazione della disciplina prevista dalla Direttiva 2004/35/CE, per effetto dell'art. 303, comma 1, lettera i) del D.Lgs 152/2006 che esclude l'applicabilità della parte VI del TUA alle situazioni di inquinamento per le quali siano avviate le procedure di bonifica dei siti in base alla normativa vigente.

La previsione di strumenti di risarcimento per equivalente pecuniario o patrimoniale in luogo di misure di riparazione complementare e compensativa, ai sensi dell' art. 311, comma 2 e in violazione degli artt. 1 e 7 e dell'allegato II della Direttiva.

Le Autorità italiane hanno risposto al parere motivato con note del 1° e del 2 dicembre 2009 e con nota del 2 febbraio 2010, tramite le quali hanno notificato provvedimenti legislativi finalizzati a risolvere alcuni dei problemi di conformità sollevati dalla Commissione.
La Commissione si è espressa di nuovo, con il parere complementare del 26 gennaio 2012, in cui forniva più ampia spiegazione degli addebiti già mossi, alla luce degli argomenti addotti dal Governo italiano. Nel ribadire quanto già osservato nella precedente fase della procedura, la Commissione contestava di nuovo:

la violazione della regola generale della responsabilità oggettiva (articolo 3, paragrafo 1, e articolo 6 della Direttiva). La Commissione rilevava come l'art. 311, comma 2 del TUA collegasse la responsabilità per danno ambientale ai requisiti del dolo (benché non espressamente) e della colpa, anche nel caso in cui il danno fosse stato causato da una delle attività professionali elencate nell'allegato III della Direttiva;

la violazione degli articoli 1 e 7 e dell'allegato II della Direttiva, per la previsione del risarcimento pecuniario in luogo della riparazione. La Commissione osservava come le modifiche all'articolo 311, commi 2 e 3, apportate dall'art. 5-bis del Decreto Legge n. 135 del 2009, sebbene avessero migliorato la conformità della normativa italiana alle previsioni comunitarie, lasciassero ancora aperta la possibilità che un operatore che avesse causato un danno ambientale potesse essere tenuto al risarcimento pecuniario in luogo della riparazione primaria, complementare e compensativa. Ai sensi della Direttiva, invece, si può usare il metodo della valutazione monetaria per determinare quali misure di riparazione complementare e compensativa siano necessarie, ma non si possono sostituire le misure di riparazione mediante risarcimenti pecuniari.

la violazione degli articoli 3 e 4 della Direttiva, per la previsione dell'esclusione di cui all'art. 303, comma 1, lettera i), non contemplata dalla Direttiva. Al riguardo, in particolare, la Commissione rilevava come le autorità italiane non avessero fornito alcun chiarimento sull'effettiva portata dell'articolo 303, comma 1, lettera i), con particolare riferimento al rapporto tra la disciplina in materia di bonifica dei siti inquinati e quella sulla tutela risarcitoria dei danni ambientali.

Allo scopo di conformare la disciplina italiana a quella dettata dalla Direttiva n. 35/2004 e di porre fine alle procedure di infrazione aperte dalla Commissione UE, l'allora Ministro per gli affari europei Moavero Milanesi ha proposto alcune importanti modifiche che sono infine approdate nella Legge Europea del 2013, la Legge 6 agosto 2013, n. 97. L'art. 25 si intitola "Modifiche alla parte sesta del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, recante norme di tutela risarcitoria contro i danni all'ambiente. Procedura di infrazione 2007/4679", e dispone le seguenti novità:

Viene aggiunto l'art. 298-bis (Principi generali) che introduce la distinzione tra tipi di responsabilità a seconda delle attività coinvolte, ai sensi della Direttiva. In particolare, esso dispone che "la disciplina della parte sesta del presente decreto si applica a) al danno ambientale causato da una delle attività professionali elencate nell'allegato 5 alla stessa parte e a qualsiasi minaccia imminente di tale danno derivante dalle suddette attività; b) al danno ambientale causato da un'attività diversa da quelle elencate nell'allegato V alla stessa parte VI e a qualsiasi minaccia imminente di tale danno derivante dalle suddette attività, in caso di comportamento doloso o colposo".

E continua: "2) La riparazione del danno ambientale deve avvenire nel rispetto dei principi e dei criteri stabiliti nel titolo II e nell'allegato 3 alla parte sesta, ove occorra anche mediante l'esperimento dei procedimenti finlizzati a conseguire dal soggetto che ha causato il danno, o la minaccia imminente di danno, le risorse necessarie a coprire i costi relativi alle misure di riparazione da adottare e non attuate dal medesimo soggetto. Restano disciplinati dal titolo V della parte quarta del presente decreto legislativo gli interventi di ripristino del suolo e del sottosuolo progettati ed attuati in conformità ai principi e ai criteri stabiliti al punto 2 dell'allegato 3 alla parte sesta nonché gli interventi di riparazione delle acque sotteranee progettati ed attuati in conformità al punto 1 del medesimo allegato 3, o, per le contaminazioni antecedenti alla data del 29 aprile 2006, gli interventi di riparazione delle acque sotterranee che conseguono gli obiettivi di qualità nei tempi stabiliti dalla parte terza del presente decreto".

All'art. 299, comma 1, è soppresso il riferimento alla "Direzione generale per il danno ambientale", mentre al comma 5 è eliminato il riferimento all' "equivalente patrimoniale".

Nell'art. 303, comma 1, lettera f), sono soppresse le parole da "i criteri di determinazione dell'obbligazione risarcitoria" fino alla fine della lettera.

All'art. 303, comma 1, lettera i) è abrogata.

All'art 311, nella rubrica, le parole "e per equivalente patrimoniale" sono soppresse.

Il comma 2 è sostituito dal seguente: "Quando si verifica un danno ambientale cagionato dagli operatori le cui attività sono elencate nell'allegato 5 alla presente parte sesta, gli stessi sono obbligati all'adozione delle misure di riparazione di cui all'allegato 3 alla medesima parte sesta secondo i criteri ivi previsti, da effettuare entro il termine congruo di cui all'art. 314, comma 2, del presente decreto. Ai medesimi obblighi è tenuto chiunque altro cagioni un danno ambientale con dolo o colpa. Solo quando l'adozione delle misure di riparazione anzidette risulti in tutto o in parte omessa, o comunque realizzata in modo incompleto o difforme dai termini e modalità prescritti, il MATTM determina i costi delle attività necessarie a conseguirne la completa e corretta attuazione e agisce nei confronti del soggetto obbligato per ottenere il pagamento delle somme corrispondenti".
Il comma 3 è sostituito dal seguente: "Il MATTM provvede in applicazione dei criteri enunciati negli allegati 3 e 4 della presente parte sesta alla determinazione delle misure di riparazione da adottare e provvede con le procedure di cui al presente titolo II all'accertamento delle responsabilità risarcitorie. Con decreto del MATTM, sentito il Ministro dello sviluppo economico, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, ai sensi dell'art. 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono definiti, in conformità a quanto previsto dal punto 1.2.3. dell'allegato 3 alla prsente parte sesta i criteri ed io metodi, anche di valutzione monetaria, per determinare la portata delle misure di riparazione complementare e compensativa. Tali criteri e metodi trovano applicazione anche ai giudizi pendenti non ancora definiti con sentenza passata in giudicato alla data di entrata in vigore del decreto di cui al periodo precedente. 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".

All'articolo 313, comma 2, le parole: « o il ripristino risulti in tutto o in parte impossibile, oppure eccessivamente oneroso ai sensi dell'articolo 2058 del codice civile, il MATTM con successiva ordinanza, ingiunge il pagamento, entro il termine di sessanta giorni dalla notifica, di una somma pari al valore economico del danno accertato o residuato, a titolo di risarcimento per equivalente pecuniario» sono sostituite dalle seguenti: «o all'adozione delle misure di riparazione nei termini e modalita' prescritti, il MATTM determina i costi delle attivita' necessarie a conseguire la completa attuazione delle misure anzidette secondo i criteri definiti con il decreto dicui al comma 3 dell'articolo 311 e, al fine di procedere alla realizzazione delle stesse, con ordinanza ingiunge il pagamento, entro il termine di sessanta giorni dalla notifica, delle somme corrispondenti»;
All'articolo 314, comma 3, il secondo e il terzo periodo sono soppressi;
All'articolo 317, il comma 5 e' sostituito dal seguente: «5. Le somme derivanti dalla riscossione dei crediti in favore dello Stato per il risarcimento del danno ambientale disciplinato dalla presente parte sesta, ivi comprese quelle derivanti dall'escussione di fidejussioni a favore dello Stato, assunte a garanzia del risarcimento medesimo, sono versate all'entrata del bilancio dello Stato per essere integralmente riassegnate con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze ad un pertinente capitolo dello stato di previsione del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, per essere destinate alla realizzazione delle misure di prevenzione e riparazione in conformita' alle previsioni della direttiva 2004/35/CE ed agli obblighi da essa derivanti».

Le modifiche apportate questa volta appaiono più radicali e il nuovo art. 298-bis potrebbe finalmente chiarire il regime di imputazione della responsabilità, conformandolo a quello sancito dalla Direttiva 2004/35. Rimaniamo in attesa del giudizio della Commissione UE.
La Corte di Giustizia e l'interpretazione della Direttiva 2004/35.

La sentenza 9 marzo 2010 nel procedimento C-378/08 e la presunzione del nesso di causalità tra attività e danno ambientale

Una serie di questioni pregiudiziali sono state proposte ai sensi dell'art. 267 TFUE (ex art. 234 TCE) alla Corte di Giustizia europea, da parte del Tribunale Amministrativo Regionale (T.A.R.) Sicilia, sede di Catania, in particolare in relazione alla compatibilità di norme nazionali con la Direttiva 2004/35/CE e con il principio "chi inquina paga".
I giudizi da cui sono sorte le questioni poste alla Corte di Giustizia hanno avuto origine dalle contestazioni degli obblighi di ripristino ambientale conseguenti alla contaminazione storica dell'area della Rada di Augusta (Siracusa), da parte delle imprese[234] operanti nell'area, già sito di interesse nazionale ai fini della bonifica. La complessità della situazione in oggetto deriva non soltanto dalla gravità del danno ambientale, bensì anche dal fatto che il sito è sede di attività industriali inquinanti dagli anni sessanta e numerose imprese si sono succedute, di conseguenza risulta difficile l'individuazione dei responsabili.
Le società ricorrenti contestavano in particolare il carattere unilaterale e sproporzionato delle misure di riparazione imposte dall'amministrazione (la bonifica dei fondali marini), ma anche l'avvenuta modifica dei progetti d'intervento già approvati, in quanto disposta senza contradditorio, nonché la subordinazione dell'uso di terreni di proprietà, non interessati dalla bonifica, all'attuazione delle misure disposte. Da un lato il giudice di primo grado, TAR Sicilia, ha dichiarato fondati i ricorsi sulla base del fatto che non era stata accertata la responsabilità delle imprese ricorrenti per l'inquinamento rilevato e perché le misure di ripristino erano state disposte senza tener conto delle osservazioni delle società ricorrenti. Dall'altro lato, il Consiglio di giustizia amministrativa, in sede di appello cautelare, ha configurato un sistema di responsabilità definita "imprenditoriale", imputabile agli operatori economici che traggono profitti dall'esercizio di attività pericolose, ritenendo ammissibile la sussistenza di una responsabilità "da posizione", riconducibile alla mera presenza degli operatori nel sito. Secondo il Consiglio di giustizia amministrativa[235] "il punto di equilibrio fra i diversi interessi, di rilevanza costituzionale, alla tutela della salute, dell'ambiente e dell'iniziativa economica privata va ricercato in un criterio di oggettiva responsabilità imprenditoriale, in base alla quale gli operatori economici, che producono e ritraggono profitti attraverso attività ex se inquinanti, sono perciò stesso tenuti a sostenere integralmente gli oneri necessari a garantire la tutela dell'ambiente e della salute della popolazione, in correlazione causale con tutti i fenomeni di inquinamento collegati all'attività industriale".
In tale contesto, il TAR Sicilia (Catania) pone alla Corte alcune domande pregiudiziali[236] che danno avvio al procedimento C-378/08. Quelle che interessano in questa sede sono le seguenti:
"Se il principio "chi inquina paga" (art 174 CE, attuale art. 191 TFUE), e le disposizioni di cui alla Direttiva 2004/35/CE ostino ad una normativa nazionale che consenta alla Pubblica Amministrazione di imporre agli imprenditori privati, per il solo fatto che essi si trovino attualmente ad esercitare la propria attività in una zona da lungo tempo contaminata o limitrofa a quella storicamente contaminata, l'esecuzione di misure di riparazione a prescindere dallo svolgimento di qualsiasi istruttoria in ordine all'individuazione del responsabile dell'inquinamento".
Se il medesimo principio e le disposizioni della Direttiva ostino "ad una normativa nazionale che consenta alla Pubblica Amministrazione di attribuire la responsabilità del risarcimento del danno ambientale in forma specifica al soggetto titolare di diritti reali e/o esercente un'attività imprenditoriale nel sito contaminato, senza la necessità di accertare previamente la sussistenza del nesso causale tra la condotta del soggetto e l'evento di contaminazione, in virtù del solo rapporto di "posizione" nel quale egli stesso si trova, cioè essendo egli un operatore che svolge l'attività all'interno del sito".
Se la normativa comunitaria di cui all'art. 174 CE (attuale art. 191 TFUE) e la Direttiva 2004/35/CE ostino "ad una normativa nazionale che, superando il principio "chi inquina paga", consenta alla Pubblica Amministrazione di attribuire la responsabilità del risarcimento del danno

ambientale in forma specifica al soggetto titolare di diritti reali e/o di impresa nel sito contaminato, senza la necessità di accertare previamente la sussistenza, oltre che del nesso causale tra la condotta del soggetto e l'evento di contaminazione, anche del requisito soggettivo del dolo o della colpa".

Prima di esaminare la sentenza della Corte, è utile conoscere le conclusioni dell'avvocato generale[237].
L'avvocato generale osserva che, nella situazione in oggetto, gli ordini dell'autorità volti al risanamento del danno non possono configurare un'applicazione della Direttiva sulla responsabilità, in quanto la Direttiva non impone alcun obbligo di riparazione del danno finché gli autori del danno restano ignoti, in ottemperanza al principio guida della Direttiva, "chi inquina paga". Tutti i punti della norma europea in cui è imposto l'obbligo di prevenire, riparare e sostenere i costi di tali azioni, sono riferite all'operatore responsabile (artt. 6; 8, n. 1; art. 2, punto 6), indipendentemente dal fatto che sia già stato individuato (artt. 5 e 7).
La conclusione dell'avvocato generale in ordine alla prima domanda è che "la Direttiva sulla responsabilità ambientale 2004/35 consente di soprassedere all'accertamento della causa del danno qualora non ci si possa attendere alcun risultato positivo da un'eventuale prosecuzione delle indagini e permette anche di adottare misure d'urgenza prima della conclusione delle indagini, previa esauriente valutazione delle circostanze del caso di specie". Da un lato, infatti, è vero che è di fondamentale importanza l'individuazione del responsabile in conformità al "principio chi inquina paga", è vero che la Direttiva prescrive l'obbligo a carico dell'autorità competente ("Spetta all'autorità competente individuare..") di individuarlo (art. 11, n. 2), e la previsione della facoltà di denunciare i danni ambientali (art. 12, "Richiesta di azione") ha senso soltanto se sussiste un tale obbligo. D'altra parte, tuttavia, osserva l'avvocato generale, la Direttiva stessa ammette che è possibile che l'operatore responsabile non possa essere individuato. Essa infatti stabilisce che essa non si applichi agli inquinamenti a carattere diffuso quando non sia possibile accertare un nesso causale tra il danno e le attività di singoli operatori (art. 4, n.5). E' altresì prevista l'ipotesi in cui le autorità competenti non siano in grado di individuare l'operatore e non rimangano altri mezzi, prescrivendo per tale caso la loro facoltà di adottare esse stesse le misure di prevenzione o riparazione (art. 5, n. 4; art. 6, n. 3; art. 8, n. 2).
In ordine alla seconda domanda, sulla responsabilità svincolata dalla causazione del danno, l'avvocato generale si discosta dalla posizione della Commissione secondo la quale una responsabilità di questo tipo sarebbe ammissibile in quanto misura più severa ai sensi dell'art. 176 CE (attuale art. 193 TFUE) e dell'art. 16 della Direttiva. Egli sostiene che tale tipo di responsabilità sarebbe ammissibile esclusivamente se non avesse l'effetto di attenuare la responsabilità del soggetto effettivamente responsabile, poiché, se avesse tale effetto, essa contrasterebbe l'orientamento della Direttiva che è quello di costituire un incitamento per l'operatore ad attivarsi per la prevenzione e riparazione del danno ambientale. Ciò in conformità alle statuizioni della Corte in base alle quali eventuali misure di protezione rafforzata (ex art. 193 TFUE) dovrebbero in ogni caso perseguire un orientamento di protezione ambientale identico a quello della Direttiva, ovvero essere ad essa conforme. In tal senso, l'avvocato generale osserva che l'art. 16, n. 1 della Direttiva non deve essere interpretato nel senso che gli Stati membri possano individuare altri soggetti responsabili destinati a subentrare all'operatore che ha causato il danno, e neppure ulteriori soggetti chiamati a rispondere a pari titolo con l'autore in modo da diminuirne la responsabilità, perché si svuoterebbe di significato la priorità della responsabilità dell'operatore che ha causato il danno.
Allo stesso modo devono essere lette le disposizioni che prevedono che l'autorità competente ha la facoltà di adottare essa stessa le misure di prevenzione e riparazione, nel caso in cui l'operatore autore del danno non possa essere individuato (artt. 5, n. 4; art. 6, n. 3 e art. 8, n. 2). E' necessario che la responsabilità di ulteriori soggetti abbia carattere sussidiario, essa può intervenire soltanto nel caso in cui non sia possibile chiamare in causa alcun operatore autore del danno. Gli Stati membri possono concretizzare il principio "chi inquina paga" in una forma diversa da quella prescritta nella

Direttiva, quanto sviluppare regole di responsabilità che operano a prescindere da un contributo alla causazione del danno, esclusivamente rispettando tale limite. La conclusione dell'avvocato generale è dunque che la Direttiva 2004/35/CE osta ad una responsabilità per danni ambientali indipendente da un contributo causale dei medesimi, soltanto se ed in quanto abbia l'effetto di elidere quella incombente a titolo prioritario sull'operatore.
In risposta alla terza domanda pregiudiziale, l'avvocato generale conclude che la Direttiva non osta a norme che prevedano una responsabilità per danni all'ambiente svincolata dall'esistenza di un dolo o di una colpa. L'ipotesi di responsabilità per colpa o dolo prevista dalla Direttiva accanto a quella di responsabilità oggettiva, introdurrebbe una restrizione del principio "chi inquina paga" e gli Stati membri devono avere la facoltà di rinunciare a tale limitazione adottando misure più severe (ai sensi dell'art. 16 della Direttiva e dell'art. 193 TFUE, ex 176 CE).
La Corte di Giustizia (Grande Sezione), con la sentenza 9 marzo 2010[238], analizza i limiti temporali dell'applicazione della Direttiva 2004/35, affermando che essa si applica a tutti i danni causati da un'emissione, un evento o un incidente avvenuti dopo il 30 aprile 2007, solo qualora i danni derivino da attività svolte successivamente a tale data, o da attività svolte prima ma successivamente a tale data ancora in corso. Ai danni verificatisi prima, si applicano le normative nazionali, nel rispetto delle norme del Trattato e di altri eventuali atti di diritto derivato.
Di seguito, essa esamina congiuntamente le tre questioni poste, sintetizzando le richieste del giudice del rinvio nel quesito seguente: "se il principio "chi inquina paga" sancito dall'art. 174, n. 2 (attuale 191, 2 TFUE) e le disposizioni della Direttiva 2004/35 ostino a una normativa nazionale che consente all'autorità competente di imporre ad alcuni operatori, a causa della vicinanza dei loro impianti ad una zona inquinata, misure di riparazione dei danni ambientali, senza aver preventivamente indagato sugli eventi all'origine dell'inquinamento, né aver accertato il nesso di causalità tra i danni e l'attività degli operatori, né dolo o colpa a loro carico".
La Corte di Giustizia conclude statuendo che "la Direttiva 2004/35 non osta a una normativa nazionale che consenta all'autorità competente, in sede di esecuzione della Direttiva medesima, di presumere l'esistenza di un nesso di causalità, anche nell'ipotesi di inquinamento a carattere diffuso, tra determinati operatori e un inquinamento accertato, e ciò in base alla vicinanza dei loro impianti alla zona inquinata". Come sottolinea la dottrina[239], tale affermazione avrebbe potuto condurre all'ammissione di una generalizzata responsabilità "da posizione" slegata addirittura dal nesso di causalità. Invece la Corte prosegue, statuendo che: "Tuttavia, conformemente al principio "chi inquina paga", per poter presumere secondo tale modalità l'esistenza di un siffatto nesso di causalità, detta autorità deve disporre di indizi plausibili in grado di dare fondamento alla sua presunzione, quali la vicinanza dell'impianto dell'operatore all'inquinamento accertato e la corrispondenza tra le sostanze inquinanti ritrovate e i componenti impiegati da detto operatore nell'esercizio della sua attività". La pronuncia della Corte riflette senza dubbio la consapevolezza della difficoltà[240] che le autorità nazionali possono riscontrare nell'individuare con precisione il nesso causale e, allo stesso tempo, l'importanza dell'individuazione del responsabile per porre rimedio al danno, in ottemperanza al principio "chi inquina paga". La Corte fornisce l'esatta interpretazione degli artt. 3, n. 1, 4, n. 5 e 11, n. 2 della Direttiva. Essi "devono essere interpretati nel senso che, quando decide di imporre misure di riparazione del danno ambientale ad operatori le cui attività siano elencate nell'allegato III a detta Direttiva, l'autorità competente non è tenuta a dimostrare né un comportamento doloso o colposo, né un intento doloso in capo agli operatori le cui attività siano considerate all'origine del danno ambientale. Viceversa spetta a questa autorità, da un lato, ricercare preventivamente l'origine dell'accertato inquinamento, attività riguardo alla quale detta autorità dispone di un potere discrezionale in merito alle procedure e ai mezzi da impiegare, nonché alla durata di una ricerca siffatta. Dall'altro, questa autorità è tenuta a dimostrare, in base alle norme nazionali in materia di prova, l'esistenza di un nesso di causalità tra l'attività degli operatori cui sono imposte le misure di riparazione e l'inquinamento di cui trattasi".

E' chiara e condivisibile la posizione della Corte: anche nelle ipotesi di responsabilità oggettiva non si può prescindere dall'accertamento preventivo dell'origine dell'inquinamento e dalla dimostrazione del nesso di causalità tra i danni riscontrati e l'attività dell'operatore. Nella sua argomentazione, la Corte prende in considerazione la disposizione della Direttiva (XIII Considerando) ai sensi della quale la responsabilità civile è efficace esclusivamente quando è possibile accertare il nesso causale tra l'attività di soggetti individuabili e un danno concreto e quantificabile. Dalla Direttiva (artt. 4, n. 5 e 11, n. 2) si evince inoltre che l'accertamento del nesso causale è presupposto per l'applicabilità della medesima, anche per quanto concerne forme di inquinamento a carattere diffuso.
Considerato che la norma comunitaria non fornisce criteri per valutare la sussistenza o meno del rapporto causale, spetta agli Stati, in virtù del principio di competenza concorrente in materia ambientale, definire le modalità di tale accertamento, concretizzando il principio "chi inquina paga". Gli Stati godono di ampia discrezionalità in tal senso ma sempre nel rispetto delle norme del Trattato, degli atti di natura derivata ed, evidentemente, nel rispetto del principio in questione, ai sensi del quale "l'obbligo di riparazione incombe agli operatori solo in misura corrispondente al loro contributo al verificarsi dell'inquinamento o al rischio di inquinamento". Di conseguenza, è ammissibile la presunzione dell'esistenza del nesso di causalità soltanto se fondata su indizi plausibili. e, trattandosi di presunzioni semplici, essa è valida fino a prova contraria degli operatori. Vi è chi interpreta l'indicazione da parte della Corte di un binomio di indizi (la vicinanza dell'impianto industriale all'area inquinata e la corrispondenza tra le sostanze prodotte e quelle inquinanti) come segno che la sussistenza di uno soltanto di essi non costituisca elemento sufficiente per affermare l'esistenza del nesso di causalità[241].
In definitiva, se un criterio di responsabilità "da posizione" non può essere considerato legittimo, tuttavia l'ammissione del criterio presuntivo in campo ambientale ha un'evidente rilevanza nei casi di contaminazioni storiche. Esso può evitare di addossare il costo del risanamento alla collettività, consentendo di individuare le responsabilità, anche nei casi in cui l'inquinamento, causato da una pluralità di attività succedutesi nel tempo, si è diffuso oltre i confini delle aree industriali[242].
Per quanto riguarda la rilevanza della sentenza rispetto all'ordinamento italiano, in particolare alla disciplina applicabile ai danni verificatisi anteriormente all'entrata in vigore della Direttiva e ad essa non sottoponibili, si osserva[243] che, se da un lato la Corte afferma che il principio "chi inquina paga" non può essere invocato dai privati allo scopo di escludere l'applicazione di una normativa nazionale più severa, d'altra parte è anche evidente che la fondamentale rilevanza del rapporto causale e dell'accertamento del responsabile trascende l'interpretazione delle norme comunitarie e della Direttiva sulla responsabilità ambientale ed è propria anche della disciplina italiana previgente (L.349/1986), e attuale (D.Lgs 152/2006), in particolare in virtù della previsione del criterio della responsabilità personale in luogo di quella solidale, nell'ipotesi di una pluralità di responsabili per lo stesso danno.

I procedimenti riuniti C-379/08 e C-380/08: i poteri dell'autorità competente in relazione alle decisioni sulle misure di prevenzione e riparazione

Nell'ambito della stessa vicenda, le imprese ricorrenti contestano alle autorità amministrative di aver agito unilateralmente nella definizione della misure di riparazione dei danni ambientali dell'area in cui esse hanno i loro stabilimenti. In particolare sostengono che sono state loro imposte misure che modificano radicalmente decisioni approvate precedentemente, senza contraddittorio, senza alcuna motivazione e senza effettuare la valutazione di impatto ambientale. Inoltre esse contestano il fatto che l'utilizzo (diritto d'uso) di aree di loro proprietà non interessate dalla bonifica, sia subordinato al completamento delle misure loro richieste.
In tale contesto, il T.A.R. Sicilia (Catania) sottopone[244] alla Corte tre questioni pregiudiziali:
Se la Direttiva 2004/35 ed, in specie, l'art. 7 e l'allegato II ivi richiamato, osti ad una normativa nazionale che consenta alla Pubblica Amministrazione di imporre, quali "ragionevoli opzioni di

riparazione del danno ambientale", interventi sulle matrici ambientali (costituiti, nella specie, dal "confinamento fisico" della falda lungo tutto il fronte mare) diversi e ulteriori rispetto a quelli prescelti all'esito di un'apposita istruttoria in contraddittorio, già approvati, realizzati e in corso di esecuzione.

Se le stesse norme ostino ad una normativa nazionale che consenta alla Pubblica Amministrazione tali prescrizioni, ossia senza aver valutato le condizioni sitospecifiche, i costi di attuazione in relazione ai benefici ragionevolmente prevedibili, i possibili o probabili danni collaterali ed effetti avversi sulla salute e la sicurezza pubblica, i tempi necessari alla realizzazione.

Se le stesse, data la specificità della situazione che esiste nel Sito di Interesse Nazionale (S.I.N.) di Priolo, ostino ad una normativa nazionale che consenta alla Pubblica Amministrazione di imporre, d'autorità, tali prescrizioni, quali condizioni per l'autorizzazione all'uso legittimo di aree non direttamente interessate alla bonifica, in quanto già bonificate o comunque non inquinate, comprese nel perimetro del S.I.N. di Priolo.

Quanto alla prima questione, l'avvocato generale conclude che la Direttiva 2004/35 non osta alla modifica di misure di riparazione già disposte, se e in quanto siano rispettati i principi generali del diritto comunitario. La sua argomentazione prende avvio dalla constatazione che la Direttiva non dispone riguardo alla modifica di misure di riparazione già adottate, essa statuisce soltanto che l'autorità competente decide in merito alle misure da adottare (artt. 7, n. 2 e 11, n. 2). Il potere di modificare le stesse potrebbe essere considerato implicito in tale previsione, anche in funzione di un elevato livello di tutela che potrebbe esigere una loro modifica. Deve essere possibile disporre misure modificative e aggiuntive al fine di garantire il raggiungimento dello scopo. Spetta comunque agli Stati membri disciplinare la materia specifica della modifica delle misure adottate, nel rispetto dei principi del diritto comunitario come, per esempio, la tutela del legittimo affidamento e il principio di proporzionalità. Si osserva che tuttavia, data l'incertezza scientifica relativa alla riparazione dei danni ambientali, è presumibile che raramente possa sussistere un tale affidamento quanto al mantenimento in vigore delle misure già disposte, in capo all'operatore economico. In base al principio di proporzionalità le misure di riparazione del danno ambientale non devono eccedere i limiti di quanto è idoneo e necessario allo scopo del ripristino dell'ambiente. Tra le opzioni possibili, la scelta deve avere come oggetto quella meno restrittiva, affinché gli svantaggi non siano sproporzionati rispetto agli scopi.

Per quanto riguarda l'ammissibilità di un'imposizione di prescrizioni in via autoritativa (quindi senza contraddittorio) da parte della pubblica amministrazione, l'avvocato generale rileva innanzitutto che nella Direttiva non c'è nessuna disposizione contraria. Inoltre, anche se essa prevede che gli operatori individuino le possibili misure di riparazione (art. 7, 1), la stessa disposizione stabilisce che è l'autorità a decidere quali misure attuare (art 7, 2), ed è prevista altresì la sua facoltà di adottare essa stessa le misure necessarie (art. 6, n. 2, e) in luogo dell'operatore, non soltanto nei casi in cui l'operatore non lo faccia, non sia individuabile o non sia tenuto a farlo (art. 6, n. 3). La Direttiva attribuisce inoltre all'autorità competente il potere di imporre all'operatore, in qualsiasi momento, l'adozione di misure di riparazione (art. 6 , n. 2, b e d), prescrive espressamente che spetta ad essa determinare tali misure, comprendendo tale potere nella discrezionalità amministrativa che gli conferisce (XXIV Considerando). Si rileva che essa ha la facoltà, non l'obbligo di chiedere la valutazione dell'operatore interessato. (art. 11, n. 2). E' chiaro dunque, in definitiva, che la Direttiva non osta al potere dell'autorità competente di imporre prescrizioni in via autoritativa.

Tuttavia la Direttiva impone all'autorità di compiere una valutazione sulla quale basarsi per scegliere le misure più appropriate, prescrivendo la conformità delle misure di riparazione a quanto disposto nell'allegato II (art. 7, n. 2) ed inoltre indicando alcuni criteri di cui l'autorità deve tener conto nella scelta del danno da riparare qualora ve ne siano una pluralità (art. 7, n 3). L'allegato II indica criteri idonei a garantire il rispetto del principio di proporzionalità, di cui è necessario tener

conto, al di là della discrezionalità conferita all'autorità competente. Essa po' discostarsi da tali criteri ma soltanto in presenza di giustificati motivi.
L'avvocato generale nella sua argomentazione, ricorda che, ai sensi della Direttiva, le decisioni che impongono misure di prevenzione e riparazione devono essere motivate con precisione, dunque i criteri di valutazione utilizzati, i motivi di eventuale rinuncia a taluni di essi e il risultato della valutazione, devono essere indicati nella decisione delle misure di riparazione (art. 11, n. 4).
La Direttiva dispone altresì che l'autorità competente inviti, in ogni caso, i soggetti sul cui terreno si dovrebbero effettuare le misure di riparazione a presentare le loro osservazioni e le prende in considerazione (art. 7, n. 4). Secondo l'avvocato generale, anche i soggetti tenuti alla riparazione del danno, anche se non sono i proprietari dei siti, devono essere ascoltati, visto che essi individuano possibili soluzioni e le presentano all'autorità (art. 7, n. 1). Egli afferma che la rinuncia agli adempimenti procedurali previsti per la determinazione della misure di riparazione, non sarebbe idonea a promuovere una più elevata tutela dell'ambiente e perciò non costituiscono né provvedimenti per una protezione rafforzata (176 CE, 193 TFUE), né una disposizione più severa (art. 16 Direttiva). La valutazione della situazione specifica e delle soluzioni possibili e l'audizione degli interessati sono atti idonei a migliorare il complesso delle informazioni e dunque a garantire una scelta più appropriata finalizzata ad una migliore tutela dell'ambiente. La motivazione della decisione costituisce una forma di autocontrollo ed è necessaria affinché i giudici possano esercitare un controllo sulla decisione.
In conclusione l'avvocato generale sostiene che "la Direttiva sulla responsabilità ambientale non osta ad una normativa nazionale la quale consenta alla pubblica amministrazione di modificare, d'autorità, precedenti prescrizioni in materia di riparazione di danni ambientali. Ai fini di tale decisione, occorre di norma valutare le condizioni specifiche dei luoghi, i costi di attuazione in relazione ai benefici ragionevolmente prevedibili, i possibili o probabili danni collaterali ed effetti avversi sulla salute e la pubblica sicurezza, nonché i tempi necessari alla realizzazione. Tuttavia, in casi particolari, l'autorità competente può, nell'esercizio della discrezionalità di Legge, soprassedere in tutto o in parte alla valutazione suddetta, qualora la decisione al riguardo venga adottata previa audizione degli interessati e sia accuratamente motivata".
Sulle stesse due questioni, la Corte di Giustizia si pronuncia statuendo che gli artt. 7 e 11, n. 4 della Direttiva, congiuntamente con l'allegato II della medesima, devono essere interpretati nel senso che l'autorità competente ha il potere di modificare sostanzialmente misure di riparazione del danno ambientale stabilite con procedimento in contraddittorio con gli operatori interessati, che siano già poste in esecuzione o la cui esecuzione sia già stata avviata. Tuttavia, continua la Corte, l'assunzione di tale decisione è subordinata a determinati obblighi: l'autorità: deve ascoltare gli operatori ai quali sono imposte le misure, salvo quando l'urgenza della situazione ambientale imponga un'azione immediata, è tenuta ad invitare in particolare le persone sui cui terreni le misure devono essere eseguite a presentare le loro osservazioni di cui deve tener conto, ed inoltre deve tener conto dei criteri di cui al punto 1.3.1 dell'allegato II alla Direttiva e indicare le ragioni specifiche della sua scelta, nonché, eventualmente, i motivi per cui non è stato ritenuto necessario o possibile un esame circostanziato basato su quei criteri, ad esempio l'urgenza della situazione.
Le argomentazioni della Corte riprendono in parte quelle dell'avvocato generale ed esaminano le stesse disposizioni della Direttiva. In particolare si ricorda che quest'ultima (art. 7, n. 2 e art. 11, n. 2), da un lato prescrive che l'autorità competente decide quali misure di riparazione attuare conformemente all'allegato II e, soltanto se necessario, in cooperazione con l'operatore interessato. D'altra parte le stesse disposizioni prescrivono che l'autorità competente invita le persone sul cui terreno si dovrebbero effettuare le misure a presentare le loro osservazioni e le prende in considerazione (art. 7, n. 4), e che le decisioni che impongono misure di prevenzione o riparazione sono motivate con precisione, e notificate all'operatore interessato (art. 11, n. 4). La Corte cita anche il XXIV considerando nella parte in cui stabilisce che nell'assicurare la disponibilità di mezzi di applicazione ed esecuzione efficaci, occorre garantire un'adeguata tutela dei legittimi interessi degli

operatori e delle altre parti interessate. Altro punto dell'argomentazione verte sulla necessità di rispettare il principio del contraddittorio.
Al di là dell'affermazione dei poteri delle autorità competenti la pronuncia della Corte può essere letta come un monito a che i procedimenti per la determinazione delle misure di riparazione dei danni all'ambiente siano caratterizzati da una stretta collaborazione tra autorità pubblica e soggetti obbligati, finalizzata al raggiungimento del miglior risultato[245]
Quanto alla terza domanda pregiudiziale, l'avvocato generale conclude che la Direttiva 2004/35/CE non osta all'imposizione di misure di riparazione a modifica di precedenti, quale condizione per l'autorizzazione all'uso legittimo di aree non direttamente interessate dalla bonifica.
La Direttiva (allegato II, punto 2) impone l'adozione di misure volte ad evitare ogni rischio di effetti nocivi ma non detta alcuna disposizione riguardante le aree che non presentano tale rischio. Da ciò tuttavia non può desumersi un divieto di imporre restrizioni su tali aree, al contrario, secondo l'avvocato generale, può addirittura essere obbligatorio tale imposizione qualora costituisca un mezzo efficace e proporzionato per l'attuazione degli obblighi di riparazione derivanti dalla Direttiva.
Sulla questione la Corte si pronuncia statuendo che, in circostanze quali quelle del caso in oggetto, la Direttiva 2004/35 non osta "ad una normativa nazionale la quale consenta all'autorità competente di subordinare l'esercizio del diritto degli operatori destinatari di misure di riparazione ambientale all'utilizzo dei loro terreni, alla condizione che essi realizzino i lavori imposti da queste ultime, e ciò persino quando detti terreni non siano interessati da tali misure perché sono già stati oggetto di precedenti misure di bonifica o non sono mai stati inquinati. Tuttavia, una misura siffatta deve essere giustificata dallo scopo di impedire il peggioramento della situazione ambientale dove dette misure sono poste in esecuzione oppure, in applicazione del principio di precauzione, dallo scopo di prevenire il verificarsi o il ripetersi di ulteriori danni ambientali nei detti terreni, limitrofi all'intero litorale oggetto di dette misure di riparazione".
I giudici sottolineano la specificità della situazione in oggetto, dovuta alla gravità dei danni e alla dimensione del fenomeno, rilevando che i terreni, di cui si limiterebbe l'utilizzo, sono adiacenti all'area (il litorale) oggetto delle misure di riparazione ed un'eventuale attività industriale in essi potrebbe ostacolare il risanamento dell'intera zona, oltreché causare ulteriori rischi ambientali. In tali circostanze, prosegue la Corte "la Direttiva dev'essere interpretata nel senso che essa consente all'autorità competente di chiedere agli operatori dei terreni adiacenti a tutta l'area oggetto delle misure di riparazione di realizzare essi stessi dette misure".
I giudici osservano che, ai sensi della Direttiva, l'autorità competente ha la facoltà di adottare esse stessa le misure necessarie (art. 6, n. 2) e poi recuperare i costi sostenuti (art. 8, n. 2), ma, trattandosi di una facoltà, essa potrebbe invece ritenere opportuno obbligare gli operatori a farlo[246]. Personalmente osservo che la Direttiva dispone, per il caso in cui l'operatore non si conformi agli obblighi, il potere dell'autorità competente di adottare essa stessa le misure necessarie, "qualora non le rimangano altri mezzi"[247]. L'imposizione di restrizioni all'uso di terreni di proprietà potrebbe forse essere considerato uno di questi mezzi non precisati. Rilevato che la Direttiva non specifica le modalità con cui l'autorità può costringere gli operatori ad eseguire le opere stabilite, spetta a ciascuno Stato membro determinare le modalità, le quali devono essere funzionali allo scopo della prevenzione e riparazione ambientale e, allo stesso tempo, rispettare i principi generali del diritto dell'Unione. Tra questi ultimi certamente il diritto di proprietà che, tuttavia, va considerato per la sua funzione sociale e, in tal senso, può subire restrizioni che rispondano ad obiettivi di interesse generale, quale è la tutela dell'ambiente[248]. La Corte compie un bilanciamento tra il diritto di proprietà e la tutela dell'ambiente, ammettendo restrizioni all'esercizio del primo purché rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dall'Unione. Le misure restrittive cioè non devono eccedere i limiti di ciò che è necessario e sufficiente al conseguimento degli obiettivi legittimi, si deve scegliere la misura meno restrittiva e gli inconvenienti che ne derivano non devono

essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti. Le limitazioni inoltre sono circoscritte al solo diritto d'uso e sono temporanee.
In conclusione, il principio di precauzione e la finalità preventiva propria della Direttiva (Considerando II, art. 1), congiuntamente alle prerogative che essa attribuisce all'autorità competente in ordine alla scelta delle misure da adottare, legittimano una tale misura restrittiva, benché non riguardi direttamente le aree oggetto delle misure di riparazione. E' stato sottolineato che la Corte collega espressamente questa conclusione alla presenza delle circostanze eccezionali del caso in oggetto e ciò potrà permettere ai giudici nazionali conclusioni differenti qualora sussistano circostanze diverse[249]. Peraltro, la pronuncia della Corte rafforza i poteri dell'autorità competente che potrà decidere di adottare misure di prevenzione e riparazione anche nei confronti di operatori di cui non è stata accertata la responsabilità, confermando la tendenza verso una oggettivizzazione della tutela ambientale[250].

Conclusioni

Al di là delle considerazioni critiche esaminate, senza dubbio fonte di riflessioni e di stimolo per miglioramenti nella legislazione e nell'applicazione, mi pare che l'introduzione della disciplina della responsabilità ambientale in Europa abbia iniziato a svolgere un ruolo chiave, in primo luogo ponendo all'attenzione dei legislatori nazionali la necessità di una disciplina chiara ed uniforme, a vantaggio dei principali soggetti della normativa, oltreché della tutela dell'ambiente. In particolare, è indispensabile che siano chiariti definitivamente i criteri di imputazione della responsabilità, in nome della certezza del diritto – e in questo senso un passo avanti è stato compiuto dalla L. 6 agosto 2013, n. 97 – e che siano individuati precisi criteri di quantificazione e di riparazione del danno, anche al fine di promuovere il meccanismo assicurativo.
In secondo luogo, la Direttiva ha già dato prova di stimolare la discussione su aspetti importanti della disciplina, in particolare sul nesso causale tra il danno ambientale e l'attività dell'operatore, oltreché sui poteri dell'autorità amministrativa competente, favorendo la ricerca di soluzioni interpretative idonee ad affrontare problemi nuovi e, purtroppo, sempre più attuali.
Conseguenza dell'introduzione della disciplina della responsabilità ambientale, è altresì l'ampliamento del monitoraggio dei casi di danno ambientale in tutto il territorio dell'Unione europea, in virtù dell'attività di vigilanza della Commissione tesa a verificare che la disciplina venga applicata. Un esempio è il caso che riguarda lo stabilimento siderurgico "Ilva" di Taranto, il quale è stato oggetto di diversi provvedimenti nazionali, amministrativi e giudiziari, ma non sembra ancora aver trovato soluzione.
La concretizzazione del principio "chi inquina paga" e della prevenzione del danno ambientale avverrà sotto la spinta della disciplina della Direttiva 2004/35 anche nei paesi che da poco sono entrati a far parte dell'UE. La speranza è che tali principi, attraverso la legislazione, entrino a far parte anche della cultura europea, creando altresì un mutamento di atteggiamento e di valori della politica e della cultura industriale, principale responsabile dei danni all'ambiente. Se è vero, come afferma in tempi non sospetti Hans Jonas – padre del principio di precauzione – che la responsabilità è maggiore quanto maggiore sono la conoscenza e il potere, oggi non possiamo sottrarcene, considerato che le cause della crisi ambientale sono note – e peraltro intimamente connesse all'attività dell'uomo e alle sue scelte – ed ampia è quella che l'autore definisce "la conoscenza predittiva" delle conseguenze[251].

Bibliografia

Alberton Mariachiara, La quantificazione e la riparazione del danno ambientale nel diritto internazionale e dell'Unione Europea, Giuffré, Milano, 2011.
Beck Ulrich, La società del rischio. Verso una seconda modernità, Carocci, Roma, 2000.

Brambilla Paola, La CEDU e l'emergenza rifiuti: la condanna del diritto interno in tema di danno ambientale, RGA 2012, 3-4, 0408B.

Commoner Barry, Il cerchio da chiudere, Garzanti, 1986.

De Cesaris Ada Lucia, La Corte di giustizia tra imputazione e accertamento delle responsabilità per danni all'ambiente e i poteri dell'Autorità competente per ottenere le misure di riparazione, Riv.giur.ambiente 2010, 3-4, 0567.

Draetta Ugo, Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale. Ordinamento e struttura dell'Unione Europea, V ed. Giuffré, Milano, 2010.

Ferrara Rosario, La tutela dell'ambiente, Giappichelli, Torino, 2006.

Giampietro Franco, La responsabilità per danno all'ambiente in Italia: sintesi di leggi e di giurisprudenza messe a confronto con la Direttiva 2004/35/CE e con il T.U. ambientale, R.G.A., 2006, 01, 19.

Giuffrida Roberto (a cura di), Diritto europeo dell'ambiente, Giappichelli, Torino, 2012.

Gratani Adabella, Legittimazione a costituirsi parte civile per la risarcibilità del danno ambientale, ancora distinguo tra Stato e Enti territoriali dopo il Testo Unico Ambientale, RGA, 2011, 6, 816.

Italia Vittorio, (direttore), Ambiente, Inquinamento, Responsabilità, in Enciclopedia degli Enti Locali, 2009.

Jonas Hans, Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica, Einaudi, 2009.

Kramer Ludwig, Manuale di diritto comunitario per l'ambiente, Giuffré, Milano, 2002.

Lo Schiavo Gianni, La Corte di Giustizia e l'interpretazione della Direttiva 35/204 sulla responsabilità per danno ambientale: nuove frontiere, Riv. it. dir. pubbl. comunit. 2011, 01, 83.

Nespor Stefano, Il Governo dell'ambiente. La politica e il diritto per il progresso sostenibile, Garzanti, Milano, 2009.

Nicotra Ida e Salanitro Ugo (a cura di), Il risarcimento del danno ambientale. Profili introduttivi in Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione, a cura di Giappichelli, Torino, 2010.

Pocar Fausto e Tamburini Michele, Norme fondamentali dell'Unione Europea, XIV ed, Giuffré, Milano 2009.

Pozzo Barbara, La responsabilità ambientale. La nuova Direttiva sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, a cura d B. Pozzo, Milano 2005,

Pozzo Barbara, La responsabilità ambientale in Europa: modelli di applicazione della Direttiva 2004/35/CE, in Note e Studi, 16/2009, tratto dalla pagina web: http://www.assonime.it/AssonimeWeb2/servletAllegati?numero=3401.

Pozzo Barbara, Note a margine delle recenti iniziative comunitarie in materia di responsabilità ambientale, in Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente, n. 3/2011, Giappichelli.

Prati Luca, Imputabilità dell'inquinamento e nesso causale tra giurisprudenza nazionale e comunitaria, Riv. giur. ambiente 2012, 1,89.

Prati Luca, Il danno ambientale dopo la novella del 2009 e la decisione 378/2010 della Corte di Giustizia, Riv. giur. Ambiente 2010, 6, 957.

Salanitro Ugo, La nuova disciplina della responsabilità per danno ambientale, (tratto dalla pagina web: http://www.lex.unict.it/didattica/materiale08/dirprivatoambiente/lezioni/nuovodannoambientale.pdf.)

Taddei Gianni, Responsabilità, nesso causale e giusto procedimento, Ambiente & Sviluppo, 5/2010.

Siti web

http://europa.eu
http://curia.europa.eu
http://www.eunews.it
http://www.gazzettaufficiale.it
http://www.normattiva.it
http://lexambiente.it
http://www.giuristiambientali.it
http://www.naturagiuridica.com
http://www.ambientediritto.it
http://www.tuttoambiente.it
http://www.greenews.info
http://www.ansa.it
http://www.peacelink.it

[1] Direttiva del consiglio 84/631/CEE del dicembre 1984 relativa alla sorveglianza e a controllo all'interno della Comunità delle spedizioni transfrontaliere dei rifiuti pericolosi, GU L326 del 13.12.1984, pp. 31-41.

[2] M. Alberton, La quantificazione e la riparazione del danno ambientale nel diritto internazionale e dell'Unione Europea, Giuffré, Milano, 2011, p. 198.

[3] Risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei Governi degli Stati membri del 19 ottobre 1987, in G.U.C.E. n. C328 del 7 dicembre 1987, 15.

[4] Risoluzione del Consiglio delle Comunità europee e dei rappresentanti dei Governi degli Stati membri del 1 febbraio 1993 in G.U.C.E. n. C138 del 17 maggio 1993.

[5] Comunicazione del Consiglio, Palamento e Comitato economico e sociale: Libro Verde sulla responsabilità civile per danno ambientale, COM(93) 47 del 14 maggio 1993, in G.U.C.E. n. C/149 del 29 maggio 1993.

[6]Convenzione aperta alla firma il 21 giugno 1993. Fonte: Ufficio dei Trattati, http://conventions.coe.int

[7]Libro Bianco sulla responsabilità per danni all'ambiente, in COM(2000) 66 definitivo, Bruxelles, 9 febbraio 2000 (http://eur-lex.europa.eu/lexUriServ/site/it/com/2000/com2000_0066it01.pdf), p. 12.

[8]COM/200217, def., Bruxelles, 23 gennaio 2003.

[9]GUCE del 30 aprile 2004, L. 143/56.

[10]Considerando XI.

[11]Considerando XIV.

[12]Art. 3, 3 "Ferma restando la pertinente legislazione nazionale, la presente Direttiva non conferisce ai privati un diritto a essere indennizzati in seguito a un danno ambientale o una minaccia imminente di tale danno"

[13]Art. 2 , 2.

[14]Art. 2, punto 13.

[15]Art. 2, punto 3, lettera b)

[16]Direttiva del Consiglio 79/409/CEE sulla conservazine degli uccelli selvatici.

[17]Direttiva del Consiglio 92/43/CEE sulla conservazione degli habitat naturali e della fauna e della flora selvatiche.

[18]Art. 2, lettera a), paragrafo 2.

[19]Art. 2, punto 4, lettera a), paragrafo 1.

[20]Art. 2, punto 4, lettera a), paragrafo 2.

[21]Art. 2, punto 4, lettera b), paragrafo 1.

[22]Art. 2, punto 4, lettera b), paragrafo 2.

[23]Art. 2, punto 1, lettera a).

[24]Direttiva 2004/35/CE, Allegato I, "Criteri di cui all'art. 2, punto 1), lettera a)"

[25]G. Schiesaro, Gli aspetti sanzionatori della responsabilità per danno ambientale alla luce della nuova Direttiva" in "La responsabilità. La nuova Direttiva sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale", a cura di B. Pozzo, Milano, 2005, p. 41.

[26]Caso C 127/02; M. Alberton, op. cit. , p. 207 s.

[27]Art 2, punto 1, lettera b).

[28]Direttiva del Parlamento europeo e del consiglio del 23 ottobre 2000, modificata dalla decisione n. 2455 del 2001 e dalla Direttiva 2008/32/CE, in GUUE L 327 del 22 dicembre 2000.

[29]Art. 2, punto 1, lettera c)

[30]Considerando IV.

[31]Artt. 2 e 9.

[32]R. Giuffrida (a cura di), Diritto europeo dell'ambiente, Torino, 2012, p.129

[33]Considerando XIII.

[34]Considerando XIII, e art. 4, punto 5.

[35]Art. 3, punto 1, lettere a) e b).

[36]Considerando VIII e art. 3, punto 1, lettera a).

[37]Direttiva che prevede un sistema di permessi integrati per le attività industriali e agricole ad alto potenziale inquiannte attraverso il ricorso ad una valutazione basata sulle migliori tecniche disponibili (Best Available Technique, BAT)

[38]L'allegato III è stato modificato dalle Direttive 2006/21/CE e 2009/31/CE che hanno introdotto, tra le attività pericolose, rispettivamente la gestione dei rifiuti delle industrie estrattive e la gestione dei siti di stoccaggio di biossido di carbonio.

[39]Art. 2, punto 7.

[40]Art. 3, punto 1, lettera b).

[41]Art. 2, punto 6.

[42]B. Pozzo, Note a margine delle recenti iniziative comunitarie in materia di responsabilità ambientale, in Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente, n. 3/2011, Giappichelli, p. 100.

[43]Art. 4.

[44]Art. 4, punto 1, lettera a).

[45]Art. 4, punto 6.

[46]Art. 4, punto 6.

[47]Art. 4, punto 1, lettera b)

[48]Convenzioni internazionali di cui all'art. 4, par 2, Allegato IV: Convenzione internazionale del 27 novembre 1992 sulla responsabilità civile per i danni derivanti da inquinamento da idrocarburi; Conv. Int. del 23 marzo 2001 sulla responsabilità civile per i danni derivanti dall'inquinamento dal carburante delle navi; Conv. Int. del 3 maggio 1996 sulla responsabilità e l'indennizzo per i danni causati dal trasporto via mare di sostanze nocive e ptenzailmente pericolose; Conv. Int. del 10 ottobre 1989 sulla responsabilità civile per i danni causati durante il trasporto di materiali pericolosi su strada, ferrovia o battello di navigazione interna.

[49]Strumenti internazionali di cui all'art. 4. paragrafo 4, Allegato V: Convenzione di Parigi del 29 luglio 1960 sulla responsabilità civile nel campo dell'energia nucleare e convenzione complementare di Bruxelles del 31 gennaio 1963; Convenzione di Vienna del 21 maggio 1963 sulla responsabilità civile in materia di danni nucleari; Convenzione di Vienna del 12 settembre 1997 sull'indennizzo complementare per danno nucleare; Protocollo congiunto del 21 settembre 1988 relativo all'applicazione della Convenzione di Vienna e della Convenzione di Parigi; Convenzione di Bruxelles del 17 dicembre 1971 relativa alla responsabilità civile derivante dal trasporto marittimo di sotanze nucleari.

[50]M. Alberton, op. cit. p. 223

[51]Art. 4, punto 2: "La presente Direttiva non si applica al danno ambientale o a una minaccia imminente di tale danno a seguito di un incidente per il quale la responsabilità o l'indennizzo rientrano nell'ambito di applicazione di una delle convenzioni internazionali elencate nell'allegato IV, comprese eventuali successive modifiche di tali convenzioni, in vigore nello Stato membro interessato". Art. 4, punto 4: "La presente Direttiva non si applica ia rischi nucleari e al danno ambientale né alla minaccia imminente di tale danno causati da attività disciplinate dal trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica o causati da un incidente o un'attività per i quali la responsabilità o l'indennizzo rientra nel campo di applicazione di uno degli strumenti internazionali elencati nell'allegato V, comprese eventuali successive modifiche di tali strumenti".

[52]R. Giuffrida, op. cit. p. 130 e nota 205.

[53]M. Alberton, op. cit, p. 212.

[54]Art. 8, punto 3, lettere a) e b).

[55] Art. 8, punto 4, lettere a) e b).

[56]Definizione ai sensi dell'art. 2, punto 9.

[57]Art. 5, punto 1.

[58]Art. 2, 10.

[59]Art. 5. punto 3 e art. 11.

[60]Art. 6, punto 3.

[61]B. Pozzo, La responsabilità ambientale, la nuova Direttiva sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale", a cura di B. Pozzo, Milano 2005, p. 13 s.

[62]M. P. Giracca, Il danno ambientale e il diritto comunitario, in La tutela dell'ambiente a cura di R. Ferrara, Torino, 2006, p. 256 s.

[63]Art. 6, punto 1, lettere a) e b).

[64]L'allegato II stabilisce un quadro comune da rispettare per scegliere le misure più appropriate cui attenersi per garantire la riparazione del danno ambientale.

[65]Art. 6, punto 2, lettere a), b), c), d), e).

[66]Art. 7, punti 1 e 2.

[67]Allegato II "Riparazione del danno ambientale".

[68]Allegato II, punto1.

[69]Allegato II, punto 1.2.1.

[70]Allegato II, punto 1.2.2.

[71]Allegato II, punto 1.2.3.

[72]Allegato II, punto 1.3.

[73]Allegato II, punto 1.3.3.

[74]Allegato II, punto 2.

[75] B. Pozzo, op. cit. p. 17.

[76] Art. 7, 3.

[77] Art. 12, punto 1.

[78] Art. 2, punto 16.

[79] Art. 8, punto 1.

[80] Art. 8, 2.

[81] Art. 9.

[82] Art. 10.

[83] Art. 11, 4.

[84] Art. 12, punto 1, lettere a), b) e c).

[85] R. Giuffrida, op. cit., p. 139 ss.

[86] P. Brambilla, Poteri delle associazioni ambientaliste nella Direttiva e alla luce dell'evoluzione della legislazione comunitaria, in "La responsabilità ambientale. La nuova Direttiva sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale", a cura d B. Pozzo, Milano 2005, p. 93.

[87] Art. 12, punto 2.

[88] Art. 12, punto 3.

[89] Art. 12, punto 4.

[90] Art. 12, punto 5.

[91] Considerando XXV.

[92] P. Brambilla, op. cit., p. 91.

[93] Art. 13, punto 1.

[94] Indicati nell'art. 12.

[95] P. Brambilla, op.cit. p. 92.

[96] Art. 13, punto 2.

[97] Art. 15, 1.

[98] Art. 15, 2.

[99] Art. 15, 3.

[100] Art. 14, 1.

[101] Relazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Bruxelles, 12.10.2010 COM(2010) 581 definitivo, a norma dell'articolo 14, paragrafo 2, della Direttiva 2004/35/CE. Sito web: http://eur.lex.europa.eu.

[102] Art. 14, punto 2.

[103] Art. 16, punto 1.

[104] Art. 16, 2.

[105] Art. 2 e Art.3.

[106] Art. 4 e art. 8, punti 3 e 4.

[107] M.P. Giracca, op. cit, p. 210.

[108] B. Pozzo, op. cit. p. 18 s.

[109] Relazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Bruxelles, 12.10.2010 COM(2010) 581 definitivo, a norma dell'art. 14, paragrafo 2, della Direttiva 2004/35/CE. Sito web: http://eur.lex.europa.eu)

[110] B. Pozzo, La responsabilità ambientale in Europa: modelli di applicazione della Direttiva 2004/35/CE, in Note e Studi, 16/2009, tratto dalla pagina web: http://www.assonime.it/AssonimeWeb2/servletAllegati?numero=3401.

[111] M.P. Giracca, op. cit, p. 251.

[112] R. Giuffrida, op.cit, nota 210, p.132

[113] Allegato I, ultimo paragrafo.

[114] G. Schiesaro, "Gli aspetti sanzionatori della responsabilità per danno ambientale alla luce della nuova Direttiva", in "La responsabilità ambientale. La nuova Direttiva sulla responsabilità

ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale", a cura di B. Pozzo, Milano, 2005, p. 41.

[115] G. Schiesaro, op. cit, p. 71.

[116] Art. 12, punto 5. P. Brambilla, in op.cit. a cura di B. Pozzo, p. 90 s.

[117] A. Pizzinato, in "I rapporti tra la nuova Direttiva e la Legge delega in materia ambientale" a cura di B. Pozzo, op. cit., p. 26.

[118] Art. 2 e Allegato I.

[119] B. Pozzo, op. cit., Milano, 2005, p. 17.

[120] Artt. 5 e 6. R. Giuffrida, op. cit, p. 127.

[121] Direttiva 2004/35/CE, art. 3, punto 1, lettere a) e b).

[122] Ai sensi dell'art. 10, comma 1, della Costituzione che prescrive l'obbligo di conformazione alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute.

[123] In particolare i seguenti articoli della Costituzione: art. 2. "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale". Art. 9. "La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione". Art. 32. "La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività (…)".

[124] Codice civile, art. 844, "Il proprietario di un fondo non può inpedire le immissioni di fumo o di calore, le esalazioni, i rumori, gli scuotimenti e simili propagazioni derivanti dal fondo del vicino, se non superano la normale tollerabilità, avuto anche riguardo alla condizione dei luoghi. Nell'applicare questa norma l'autorità giudiziaria deve contemperare le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà. Può tener conto della priorità di un determinato uso".

[125] Codice civile, art. 2043. "Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno".

[126] Codice civile, art. 2050. "Chiunque cagiona ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, è tenuto al risarcimento, se non prova di aver adottato tutte le misure idonee a evitare il danno".

[127] B. Pozzo, op. cit in Note e Studi, 16/2009.

[128] M.P. Giracca, op. cit. p. 220.

[129] G. Schiesaro, op. cit., p. 47.

[130] 1. Le associazioni di protezione ambientale a carattere nazionale e quelle presenti in almeno cinque regioni sono individuate con decreto del Ministro dell'ambiente sulla base delle finalità programmatiche e dell'ordinamento interno democratico previsti dallo statuto, nonché della

continuità dell'azione e della sua rilevanza esterna, previo parere del Consiglio nazionale per l'ambiente da esprimere entro novanta giorni dalla richiesta. Decorso tale termine senza che il parere sia stato espresso, il Ministro dell'ambiente decide (1).

2. Il Ministro, al solo fine di ottenere, per la prima composizione del Consiglio nazionale per l'ambiente, le terne di cui al precedente art. 12, comma 1, lett. c) , effettua, entro trenta giorni dall'entrata in vigore della presente Legge, una prima individuazione delle associazioni a carattere nazionale e di quelle presenti in almeno cinque regioni, secondo i criteri di cui al precedente comma 1, e ne informa il Parlamento (2).

(1) Così modificato dall'articolo 17 della Legge 23 marzo 2001, n. 93.

(2) A norma dell'articolo 4 della Legge 3 agosto 1999, n. 265 le associazioni di protezione ambientale di cui al presente articolo, possono proporre le azioni risarcitorie di competenza del giudice ordinario che spettino al Comune e alla Provincia, conseguenti a danno ambientale. L'eventuale risarcimento è liquidato in favore dell'ente sostituito e le spese processuali sono liquidate in favore o a carico dell'associazione.

[131] L. 349/1986, art. 18, comma 5.

[132] D.Lgs. 267/2000 (Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali), art. 8, comma 3. Nell'ipotesi prevista, l'eventuale risarcimento è liquidato in favore dell'ente sostituito e le spese processuali in favore o a carico dell'associazione.

[133] B. Pozzo, op. cit, p. 10; U. Salanitro, Il risarcimento del danno ambientale. Profili introduttivi in Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione, a cura di I. Nicotra e U. Salanitro, Giappichelli, Torino, 2010, p. 95.

[134] In deroga al principio generale della responsabilità solidale ex art. 2055 c.c. "Se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno. Colui che ha risarcito il danno ha regresso contro ciascuno degli altri, nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa e dall'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Nel dubbio, le singole colpe si presumono uguali".

[135] B. Pozzo, op. cit., Note e Studi, 16/2009, p. 10

[136] M.P. Giracca, op.cit. , p. 255.

[137] D. Barbierato, Resp. civ. e prev. , 2009, 06, 1412.

[138] TUA, art. 318, comma 2, lettera a).

[139] U. Salanitro, op. cit. , p. 99. L. 349/1986. Art. 8. "In caso di mancata attuazione o di inosservanza da parte delle regioni, delle province o dei comuni, delle disposizioni di Legge relative alla tutela dell'ambiente e qualora possa derivarne un grave danno ecologico, il Ministro dell'ambiente, previa diffida ad adempiere entro congruo termine da indicarsi nella diffida medesima, adotta con ordinanza cautelare le necessarie misure provvisorie di salvaguardia, anche a carattere inibitorio di opere, di lavoro o di attività antropiche, dandone comunicazione preventiva alle amministrazioni competenti.

[140] Ai sensi del comma 1, lettera a): i limiti di accettabilità della contaminazione dei suoli, delle acque superficiali e delle acque sotterranee in relazione alla specifica destinazione d'uso dei siti, definiti dal Ministro dell'Ambiente, in concerto con l'ANPA (Agenzia nazionale per la protezione dell'ambiente), di concerto con i Ministri dell'industria, del commercio e dell'artigianato e della sanità, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano.

[141] M.P. Giracca, op. cit. p. 249.

[142] Privilegio speciale immobiliare ai sensi dell'art. 2748 c.c.

[143] D.Lgs n. 22/1997, art. 14, comma 3. B. Pozzo, op. cit, p.12.

[144] M.P. Giracca, op cit. p. 248.

[145] A. L. De Cesaris, "Le diverse discipline per la responsabilità ambientale e la Direttiva 2004/35/CE", in B. Pozzo, op. cit., p. 34 s.

[146] Direttiva 2004/35/CE. Art. 19, punto 1. Il termine è il 30 aprile 2007.

[147] D.Lgs 3 aprile 2006, n. 152, "Norme in materia ambientale", GU n. 88 del 14-4-2006 – Suppl. Ordinario n. 96, che adempie alla delega legislativa contenuta nella Legge n. 308/2004 per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia di ambiente. La Legge comunitaria n. 62/2005 ha delegato il Governo a recepire la Direttiva 2004/35.

[148] Art. 3-ter. Principio dell'azione ambientale. Inserito dal D.Lgs n.4 del 2008. "La tutela dell'ambiente e degli ecosistemi naturali e del patrimonio culturale deve essere garantita da tutti gli enti pubblici e privati e dalle persone fisiche e giuridiche pubbliche o private, mediante una adeguata azione che sia informata ai principi della precauzione, dell'azione preventiva, della correzione, in via prioritaria alla fonte, dei danni causati all'ambiente, nonché al principio "chi inquina paga" che, ai sensi dell'art. 174, comma 2, del Trattato dell'Unione europea, regolano la politica della Comunità in materia ambientale".

[149] Espressione utilizzata da C. Castronovo in La natura del danno all'ambiente e i criteri di imputazione della responsabilità", in "Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione" a cura di I. Nicotra e U. Salanitro, Torino, 2010, p. 121.

[150] B. Pozzo, op. cit, Note e Studi, 16/2009.

[151] TUA, art. 311, comma 2.

[152] TUA, art. 253, commi 2, 3, 4.

[153] TUA, art. 303, lettera h), (Esclusioni); art 313, comma 1(Ordinanza)

[154] TUA, art. 300.

[155] F. Camilletti, Danno ambientale, in Ambiente, Inquinamento, Responsabilità, in Enciclopedia degli Enti Locali, direttore Vittorio Italia, p. 340.

[156] TUA, art. 300, comma 1.

[157] F. Camilletti, op. cit., p. 342.

[158] F. Camilletti, op.cit.,p. 342.

[159] Direttiva 2004/35/CE, art. 2, punto 2.

[160] Direttiva 2004/35/CE, art. 2, punto 1, lettera a)

[161] Direttiva 2004/35/CE, art. 2, punto 1, lettera b)

[162] Direttiva 2004/35/CE, art. 2, punto 1, lettera c).

[163] Direttiva 2004/35/CE, Allegato I.

[164] Vedi Presente Trattato, Capitolo II, p. 75, nota 68 (Schiesaro).

[165] TUA art. 300, paragrafo 2.

[166] C. Castronovo, op. cit, p. 124 e F. Camilletti, op. cit., p. 340 s.

[167] Direttiva 2000/35/CE, art. 16, paragrafo 1.

[168] B. Pozzo, op. cit, Note e Studi, 16/2009.

[169] Direttiva 2004/35/CE, Considerando 4.

[170] TUA, art. 300, comma 2, lettera d).

[171] TUA, art. 302, comma 9.

[172] F. Giampietro, La responsabilità per danno all'ambiente in Italia: sintesi di leggi e di giurisprudenza messe a confronto con la Direttiva 2004/35/CE e con il T.U. ambientale, R.G.A., 2006, 01, 19.

[173] TUA, art. 301.

[174] Art. 302, punto 4): "Per operatore s'intende qualsiasi persona, fisica o giuridica, pubblica o privata, che esercita o controlla un'attività professionale avente rilevanza ambientale oppure chi comunque eserciti potere decisionale sugli aspetti tecnici e finanziari di tale attività, compresi il titolare del permesso o dell'autorizzazione a svolgere detta attività".

[175] R. Giuffrida, op cit, p. 130.

[176] U. Salanitro, La nuova disciplina della responsabilità per danno ambientale", p. 12, tratto dalla pagina web: http://www.lex.unict.it/didattica/materiale08/dirprivatoambiente/lezioni/nuovodannoambientale.pdf.

[177] Direttiva 2004/35/CE , Allegato III, ai sensi dell'art. 3, comma 1.

[178] TUA, art. 304.

[179] T.U.A, art. 305.

[180] TUA, art. 306.

[181] I soggetti di cui agli artt. 7, comma 4 e 12 della Direttiva 2004/35/CE.

[182] TUA, art. 307.

[183] TFUE., art. 191, paragrafo 2.

[184] TUA, art. 308.

[185] T.U.A, art. 308, comma 4 e 5.

[186] T.U.A, art. 308, comma 6.

[187] TUA, art. 309.

[188] TUA, art. 310.

[189] L. 349 del 1986, art. 13. 1. Le associazioni di protezione ambientale a carattere nazionale e quelle presenti in almeno cinque regioni sono individuate con decreto del Ministro dell'ambiente sulla base delle finalità programmatiche e dell'ordinamento interno democratico previsti dallo statuto, nonché della continuità dell'azione e della sua rilevanza esterna, previo parere del Consiglio nazionale per l'ambiente da esprimere entro novanta giorni dalla richiesta. Decorso tale termine senza che il parere sia stato espresso, il Ministro dell'ambiente decide. 2.Il Ministro, al solo fine di ottenere, per la composizione del Consiglio nazionale per l'ambiente, le terne di cui al precedente art. 12 comma 1, lett. c), effettua, entro trenta giorni dall'entrata in vigore della presente Legge, una prima individuazione delle associazioni a carattere nazionale e di quelle presenti in almeno cinque regioni, secondo i criteri di cui al precedente comma 1, e ne informa il Parlamento.

[190] Direttiva 2004/35/CE, art. 12, paragrafo 5.

[191] TUA, art. 315.

[192] A. Gratani, "Legittimazione a costituirsi parte civile per la risarciblità del danno ambientale ancora distinguo tra Stato e Enti terriroriali dopo il Testo Unico Ambientale", RGA, 2011, 6, 816.

[193] F. G. Pizzetti e D. Ielo, Risarcimento per danni all'ambiente, in Ambiente, Inquinamento, Responsabilità, in Enciclopedia degli Enti Locali., direttore V. Italia, op cit. p. 932; M. Alberton, op. cit. p. 233.

[194] Cost. art. 117, ai sensi del quale lo Stato dovrebbe intervenire soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dalle Regioni e dagli Enti locali e possono quindi essere realizzati meglio a livello centrale a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione.

[195] P. Brambilla, La CEDU e l'emergenza rifiuti: la condanna del diritto interno in tema di danno ambientale", RGA 2012, 3-4, 0408B, p. 6.

[196] TUA, art. 311: "Chiunque realizzando un fatto illecito, 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 (…). 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'art. 2058 codice civile o comunque attuati in modo incompleto o difforme rispetto a quelli prescritti, il danneggiante è obbligato in via sostituiva al risarcimento per equivalente patrimoniale nei confronti dello Stato (…).

[197] L. 349 del 1986, art. 18: "Qualunque fatto doloso o colposo in violazione di disposizioni di Legge o di provvedimenti adottati in base a Legge che comprometta l'ambiente, ad esso arrecando danno, alterandolo, deteriorandolo o distruggendolo in tutto o in parte, obbliga l'autore del fatto al risarcimento nei confronti dello Stato".

[198] Codice civile, art. 2043: "Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno"

[199] D. Barbierato, Resp. civ. e prev., 2009, 06, 1412.

[200] Per l'interpretazione letterale: F. Camilletti, op. cit, p. 352; di opinione differente: C. Castronovo, op. cit., p. 131.

[201] Direttiva 2004/35/CE, art. 9.

[202] Convertito con Legge n. 166/2009.

[203] L. Prati, Imputabilità dell'inquinamento e nesso causale tra giurisprudenza nazionale e comunitaria, Riv. giur. ambiente 2012, 1,89.

[204] B. Pozzo, op.cit, in Note e Studi, 16/ 2009.

[205] TUA, art. 312.

[206] L'istruttoria si svolge ai sensi della Legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo (GU 18/08/1990), modificata dal D.L. n. 69/2013 convertito nella L. n. 98/2013.

[207] C. Castronovo, op. cit. p. 134.

[208] C. Castronovo, op. cit. , p. 133.

[209] F. Camilletti, op. cit., p. 354.

[210] TUA, art. 313, comma 4. Il diritto al risarcimento da responsabilità extracontrattuale, derivante da fatto illecito, si prescrive di regola in cinque anni ex art. 2947, comma 1 del Codice civile.

[211] D. Barbierato, op. cit. p. 3.

[212] Bonifica dei siti inquinati, ai sensi del Titolo V della parte IV del TUA

[213] TUA, art. 316.

[214] TUA, art. 313, comma 3.

[215] Codice civile, art. 2058: 1. "Il danneggiato può chiedere la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile. 2. Tuttavia il giudice può disporre che il risarcimento avvenga solo per equivalente, se la reintegrazione in forma specifica risulta eccessivamente onerosa per il debitore".

[216] T.U.A, art. 311, comma 3.

[217] C. Castronovo, op. cit. p. 134.

[218] T.U.A, art. 317. comma 5.

[219] Direttiva 2004/35/CE, considerando 14: "La presente Direttiva non si applica ai casi di lesioni personali, al danno alla proprietà privata o alle perdite economiche e non pregiudica qualsiasi diritto concernente questi tipi di danni".

[220] T.U.A, art. 313, comma 7.

[221] F. Camilletti, op. cit. p. 355.

[222] C. Castronovo, op. cit, p.138

[223] F.G. Pizzetti e D. Ielo, op.cit, p. 919 s.

[224] L. Prati, Il danno ambientale dopo la novella del 2009 e la decisione 378/2010 della Corte di Giustizia, Riv. giur. Ambiente 2010, 6, 957.

[225] C. Castronovo, op. cit. p. 126 s.

[226] T.U.A, art. 308, comma 5.

[227] U. Salanitro, "La nuova disciplina della responsabilità per danno all'ambiente", p. 19.

[228] U. Salanitro, "Il risarcimento del danno ambientale: profili introduttivi", in op. cit., p. 114.

[229] D. Barbierato, in op. cit., p. 3."La procedura dell'ordinanza ministeriale è destinata a rimanere una procedura solo "sulla carta" per i rigidi criteri fissati dal comma 4 dell'art. 313 che prevede che questa "venga adottata nel termine perentorio di centottanta giorni" e comunque "entro il termine di decadenza di due anni dalla notizia del fatto". Tali termini risultano del tutto inadeguati, in

presenza di illeciti ambientali di rilevanza penale che, di fatto, rappresentano la quasi totalità degli illeciti. Le informazioni rilevanti per le emissione dell'ordinanza, infatti, potrebbero essere disponibili solo dopo lo scadere del termine di decadenza, in quanto coperte da segreto istruttorio. Anche il criterio sussidiario di quantificazione del danno ambientale di cui al comma 3, art. 314, risulta per lo meno paradossale. In base a tale articolo "la quantificazione del danno deve comprendere il pregiudizio arrecato alla situazione ambientale con particolare riferimento al costo necessario per il suo ripristino. Ove non sia motivatamente possibile l'esatta quantificazione del danno non risarcibile in forma specifica, o di parte di esso, il danno per equivalente patrimoniale si presume, fino a prova contraria, di ammontare non inferiore al triplo della somma corrispondente alla sanzione pecuniaria amministrativa, oppure alla sanzione penale, in concreto applicata. Se sia stata erogata una pena detentiva, al fine della quantificazione del danno (…), il ragguaglio fra la stessa e la somma da addebitare a titolo di risarcimento del danno ha luogo calcolando quattrocento euro per ciascun giorno di pena detentiva". Si presume, quindi, che entro il termine perentorio di due anni il procedimento penale sia concluso con sentenza passata in giudicato".

[230] L. 349/1986, art. 18.

[231] C. Castronovo, op. cit, p. 135.

[232] M. Meli, "Il principio "chi inquina paga" nel codice dell'ambiente", in "Il danno ambientale tra prevenzione e riparazione" a cura di I. Nicotra e U. Salanitro, Torino, 2010, p. 83 ss.

[233] G.U. 25 settembre 2009, n. 223, convertito, con modifiche, dalla L.20 novembre 2009 n. 166, in G.U. 24 novembre 2009, n. 274, S.O., n. 215.

[234] Società Raffinerie Mediterranee (ERG) SpA, Polimeri Europa SpA e Syndial SpA.

[235] Ordinanza n. 321/2006.

[236] Con ordinanze n. 291/08 e n. 308/08.

[237] Conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott, presentate il 22 ottobre 2009, causa C-378/08 Raffinerie Mediterranee SpA (ERG), Polimeri Europa SpA, Syndial SpA contro Ministero dello Sviluppo Economico e a. E cause riunite C-379/08 e C-380/08, Raffinerie Mediterranee SpA (ERG), Polimeri Europa SpA, Syndial SpA contro Ministero dello Sviluppo Economico e a. Sito web ufficiale: http://curia.europa.eu.

[238] Dal sito web ufficiale: http://curia.europa.eu.

[239] L. Prati, op. cit, Riv. Giur. Ambiente (RGA) 2010, 6, 957.

[240] G. Lo Schiavo, La Corte di Giustizia e l'interpretazione della Direttiva 35/204 sulla responsabilità per danno ambientale: nuove frontiere, Riv. it. dir. pubbl. comunit. 2011, 01, 83.

[241] G. Taddei, Responsabilità, nesso causale e giusto procedimento, Ambiente & Sviluppo, 5/2010.

[242] A. L. De Cesaris, La Corte di giustizia tra imputazione e accertamento delle responsabilità per danni all'ambiente e i poteri dell'Autorità competente per ottenere le misure di riparazione, Riv.giur.ambiente 2010, 3-4, 0567.

[243] G. Taddei, op. cit.

[244] Con ordinanza n. 294/2008.

[245] A. L. De Cesaris, op. cit.

[246] Sentenza, punto 87.

[247] Direttiva, art. 6, punto 3.

[248] Sentenza, punti 79 e 80, 81.

[249] G. Taddei, op. cit.

[250] G. Lo Schiavo, op. cit.

[251] Jonas Hans, Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica, Einaudi, 2009

Nuova forma di responsabilità per il danno ambientale?
(di Monica Taina)

Attraverso la Legge 6 agosto 2013, n. 97 (cd. Legge europea 2013 in vigore dallo scorso 4 settembre) recante "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea", sono state introdotte alcune significative modifiche alle disposizioni sul danno ambientale – contenute alla Parte VI del D. L.vo n. 152/2006 (TUA), al fine di sanare le violazioni al diritto comunitario – peraltro oggetto di una procedura d'infrazione – fondamentalmente relative all'individuazione del campo di applicazione della disciplina e della responsabilità derivante a carico di coloro che hanno cagionato un danno, nonché ai criteri di calcolo per la valutazione monetaria dello stesso[1].

In ordine al campo di applicazione la riforma della Legge Europea ha determinato l'inserimento di un nuovo articolo alla Parte VI, ovvero l'articolo 298-bis[2].

In base a tale norma sono fonte di responsabilità i danni (e le minacce di danno) derivanti dalle attività elencate nell'Allegato 5, senza che ne sia definito ex lege un criterio di imputazione, mentre per i danni derivanti da tutte le altre attività la responsabilità è ravvisabile solo se sono verificati il dolo o colpa.

Ciò significa che per alcuni tipi di attività (quelle elencate nell'Allegato 5) opera una responsabilità di tipo sostanzialmente oggettivo (slegata, quindi, dalla volontà o dalla negligenza del soggetto responsabile), mentre per tutte le attività non contemplate nell'Allegato 5 la responsabilità potrà esservi solo in caso di riscontrata colpa o dolo dell'operatore, a differenza della precedente impostazione della disciplina che prescindeva dalla tipologia di responsabilità oggettiva, peraltro non usuale nel nostro ordinamento.

Di conseguenza la Legge ha modificato anche l'art. 311, che riportava – ante riforma – ad un regime del tutto analogo all'ormai abrogato art. 18 della Legge n. 349/86, individuando l'azione risarcitoria in forma specifica[3] e deponendo certamente nel senso del mantenimento di una responsabilità collegata alla commissione di illeciti di natura dolosa o colposa, in forma attiva o omissiva. L'articolo 311 venne anche modificato dalla Legge n. 166/2009 nel tentativo di adeguare la disciplina italiana alla normativa europea riprendendo il principio in base al quale ogni volta in cui è possibile il responsabile è tenuto all'effettivo ripristino dei luoghi, ma su tale impianto in modo molto più proficuo è intervenuta la novella dell'agosto 2013.

Per effetto dell'art. 25 della Legge 97, dunque ora l'art. 311 prevede che in caso di danno ambientale il responsabile, a questo punto sia nel caso di responsabilità oggettiva — per le attività di cui all'allegato 5 — che di responsabilità dolosa/colposa — per tutte le altre attività come previsto dal nuovo articolo 298 bis, è tenuto ad adottare le misure di riparazione (ripristino e/o misure complementari e compensative) previste dall'allegato 3 alla Parte sesta del TUA. Nell'ipotesi in cui tali azioni di riparazione non vengano effettuate, il Ministero dell'Ambiente determinerà i costi necessari per tale riparazione e agisce contro il responsabile per ottenere tali somme.
In conseguenza di ciò, è stato modificato anche il comma 3 dell'articolo 311 riguardante i criteri per la quantificazione del danno.
Il nuovo testo da un lato stabilisce che il Ministero determinerà, in caso di danno, le misure di riparazione da adottare e con decreto ministeriale – da emanarsi entro 60 giorni dall'entrata in vigore della legge europea 2013 — saranno fissati i criteri e i metodi per determinare le misure di riparazione complementari e compensative.
Invariato invece il potere di intervento diretto del Ministero dell'Ambiente, ovvero qualora il Ministero decidesse di non promuovere azione civile verso il responsabile. A suo esclusivo favore è infatti disciplinata la possibilità di emettere un'ordinanza immediatamente esecutiva per ingiungere, a coloro che in base agli accertamenti siano risultati responsabili del fatto di danno, il ripristino ambientale a titolo di risarcimento in forma specifica (art. 313, comma 1, D.L.vo 152/2006).
Se il responsabile del fatto che ha provocato danno ambientale non provvede in tutto o in parte al ripristino (nel termine ingiunto), o – secondo le uniche modifiche qui introdotte dall'art. 25 della Legge n. 97/2013 "… all'adozione delle misure di riparazione nei termini e modalità prescritti…"[4] indipendentemente dall'onerosità delle stesse, il Ministro avrà il compito di determinare i costi delle attività necessarie a conseguire la completa attuazione delle misure di riparazione, secondo i criteri definiti con decreto ministeriale e, al fine di procedere alla realizzazione delle stesse, con ordinanza ingiungerà il pagamento delle somme corrispondenti.

[1] Secondo la Commissione Ue, infatti, l'Italia aveva omesso di recepire l'articolo 3 della direttiva 2004/35/Ce e quindi non aveva fissato la regola generale della responsabilità oggettiva in caso di danno ambientale, stabilendo anzi che l'operatore è responsabile solo in caso di dolo e colpa grave: è questa, attualmente, la regola generale del nostro ordinamento.

[2] Art. 298bis: "1. La disciplina della parte sesta del presente decreto legislativo si applica: a) al danno ambientale causato da una delle attività professionali elencate nell'allegato 5 alla stessa parte sesta e a qualsiasi minaccia imminente di tale danno derivante dalle suddette attività; b) al danno ambientale causato da un'attività diversa da quelle elencate nell'allegato 5 alla stessa parte sesta e a qualsiasi minaccia imminente di tale danno derivante dalle suddette attività, in caso di comportamento doloso o colposo. 2. La riparazione del danno ambientale deve avvenire nel rispetto dei principi e dei criteri stabiliti nel titolo II e nell'allegato 3 alla parte sesta, ove occorra anche mediante l'esperimento dei procedimenti finalizzati a conseguire dal soggetto che ha causato il danno, o la minaccia imminente di danno, le risorse necessarie a coprire i costi relativi alle misure di riparazione da adottare e non attuate dal medesimo soggetto. 3. Restano disciplinati dal titolo V della parte quarta del presente decreto legislativo gli interventi di ripristino del suolo e del sottosuolo progettati ed attuati in conformità ai principi ed ai criteri stabiliti al punto 2 dell'allegato 3 alla parte sesta nonché gli interventi di riparazione delle acque sotterranee progettati ed attuati in conformità al punto 1 del medesimo allegato 3, o, per le contaminazioni antecedenti alla data del 29

aprile 2006, gli interventi di riparazione delle acque sotterranee che conseguono gli obiettivi di qualità nei tempi stabiliti dalla parte terza del presente decreto".

[3] Il comma 2 era così formulato: ""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".

[4] Nella versione precedente del comma vi era la ben più discutibile affermazione: ".. o il ripristino risulta in tutto o in parte impossibile, oppure eccessivamente oneroso ai sensi dell'art. 2058 Cod. civ….".

GUIDA AL TESTO UNICO IN MATERIA DI ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ

Loro Paolo

D.P.R. 08-06-2001, n. 326, epigrafe

D.P.R. 08-06-2001, n. 327, epigrafe

D.Lgs. 08-06-2001, n. 325, epigrafe

Sommario: UNA RIFORMA DIFFICILE - VINCOLO URBANISTICO PREORDINATO ALL'ESPROPRIO - DECRETO DI ACCESSO -DICHIARAZIONE DI PUBBLICA UTILITÀ - INDENNITÀ: PROCEDURA DI DETERMINAZIONE - PROCEDURA ORDINARIA -PROCEDURA ACCELERATA

UNA RIFORMA DIFFICILE

Il nuovo testo unico in materia di espropriazione per pubblica utilità, di recente emanazione (1), si compone di tre distinti provvedimenti (2), che entreranno pienamente in vigore il 1° gennaio 2002 (3):

1) testo B: DLgs 8 giugno 2001, n. 325 - testo unico delle *disposizioni legislative* in materia di espropriazione per pubblica utilità;

2) testo C: *DPR 8 giugno 2001, n. 326* - testo unico delle *disposizioni regolamentari* in materia di espropriazione per pubblica utilità;

3) testo A: *DPR 8 giugno 2001, n. 327* - testo unico delle *disposizioni legislative e regolamentari* in materia di espropriazione per pubblica utilità.

Nel merito la riforma prevede un coraggioso capovolgimento di prospettiva: niente più decreto di occupazione; prima si fraziona, poi si determina l'indennità, poi si espropria, e solo dopo che l'amministrazione è divenuta proprietaria dell'area si possono iniziare i lavori. Considerati i tempi tecnici delle nuove fasi

amministrative frapposte all'apertura dei cantieri, come la redazione dei frazionamenti catastali, le operazioni di estimo e una nutrita serie di adempimenti che prevedono il coinvolgimento degli interessati, il successo di questa vera e propria rivoluzione copernicana è affidato alla serietà, tempestività ed efficienza con cui gli enti pubblici sapranno approntare radicali riorganizzazioni interne. Altrimenti sarà la paralisi delle opere pubbliche e si assisterà a malinconiche riforme della riforma.

Le principali novità, oltre all'eliminazione del decreto di occupazione, riguardano in particolare:

- l'obbligo di istituire un ufficio espropriazioni che avrà il compito di coordinare tutti i passaggi, amministrativi e tecnici, della procedura;
- lo sdoppiamento della procedura in una ordinaria e una urgente;
- una attenzione costante al coinvolgimento degli interessati;
- il collegamento del trasferimento del diritto non al decreto di esproprio ma alla sua esecuzione;
- la previsione espressa di un indennizzo in caso di reiterazione del vincolo preordinato all'esproprio;
- un sistema di agevolazioni più articolato rispetto al passato in caso di disponibilità del proprietario alla cessione volontaria del bene;
- l'istituzione di osservatori nazionali e regionali;
- l'attribuzione a tutte le amministrazioni competenti alla realizzazione di un'opera pubblica della relativa potestà espropriativa.

Non mancano tuttavia alcune occasioni perdute: dal meccanismo iniquo di determinazione del danno da occupazione senza titolo alle lungaggini del decreto di accesso, dalla cancellazione di fatto della possibilità dell'accordo volontario (e conseguenti maggiorazioni di indennità) nella procedura accelerata alla irrazionale e anacronistica diversificazione delle modalità di notifica [(4)], dall'eccessiva macchinosità della procedura ordinaria di determinazione dell'indennità alla pesantezza dell'obbligo di pubblicazione su G.U. o B.U.R. di tutte le ordinanze di pagamento o deposito, dal mantenimento in vita dell'obbligo di verifica Ici alla infelice formulazione di alcuni articoli.

Nei paragrafi che seguono si tenterà una prima, non facile interpretazione del testo unico diretta agli operatori che quotidianamente si dibattono tra i problemi concreti della procedura espropriativa, pur avvertendo che il lavoro non ha alcuna pretesa di completezza o di infallibilità e che alcune indicazioni saranno in futuro inesorabilmente superate da sentenze, circolari o pareri più autorevoli.

VINCOLO URBANISTICO PREORDINATO ALL'ESPROPRIO

L'esproprio finalizzato alla realizzazione di una determinata opera pubblica può riguardare solo l'area sulla quale è prevista nel piano regolatore del comune la collocazione di tale opera: quest'area, resa inedificabile, è assoggettata ad un vincolo urbanistico preordinato all'esproprio.

Diversamente dai c.d. «vincoli conformativi», che ineriscono alla natura stessa di determinate categorie di beni [(5)], i vincoli preordinati all'esproprio colpiscono

beni immobili singolarmente considerati in conseguenza del fatto che proprio su di essi è stata prevista la possibilità di collocare una determinata opera pubblica. La vicenda della sottoposizione del bene al vincolo preordinato all'esproprio può essere schematizzata in tre distinti momenti: la fase partecipativa, l'apposizione del vincolo e la sua eventuale reiterazione.

Fase partecipativa

In caso di adozione di una **variante parziale per la realizzazione di una singola opera** pubblica: avviso al proprietario almeno 20 giorni prima della delibera di consiglio comunale.

In caso di apposizione del vincolo con **accordo di programma, conferenza di servizi, intesa** o altro atto, nei casi previsti dalla legge (art. 10): almeno 20 giorni prima dell'atto compatibilmente con esigenze di celerità.

In caso di apposizione del vincolo con inserimento dell'opera nel **programma dei lavori** : avviso di avvio del procedimentodi approvazione del programma (art. 11, c. 3).

Queste modalità di partecipazione non sostituiscono, ma vanno ad aggiungersi a quelle già previste dalla legge vigente nelle fasi di adozione e approvazione degli strumenti urbanistici (art. 11, c. 2).

Apposizione del vincolo

Tale fase ha luogo:

1) al momento dell'efficacia dell'atto di approvazione del **Prg** o di una sua *variante generale* (art. 9, c. 1);

2) al momento dell'efficacia dell'approvazione di una **variante parziale** adottata dal consiglio comunale in sede di approvazione di un progetto definitivo ovvero in sede di presa d'atto di un progetto esecutivo da parte di autorità diversa dal comune (arttt. 9, c. 1, e 19, c. 1-2), con una - a dire il vero non ben comprensibile (6) - differenziazione:

- in caso di previsione dell'opera pubblica dove *non era prevista* alcuna opera pubblica o in caso di *reiterazione del vincolo*decaduto continua ad applicarsi la normativa statale e regionale vigente (art. 9, c. 6), cui tuttavia si aggiunge la possibilità di ricorrere alla nuova procedura di approvazione con il silenzio-assenso regionale (art. 19, c. 4);

- in caso di previsione dell'opera pubblica dove *era prevista* una opera pubblica *diversa* deve probabilmente intendersi abrogata la diversa normativa e si può procedere solo con il meccanismo del silenzio assenso (art. 9, c. 5-6); il probabilmente dipende dal fatto che il comma 6 dell'art. 9 stabilisce che nulla è innovato in ordine alla normativa esistente - statale o regionale - sulla adozione e approvazione degli strumenti urbanistici salvo quanto previsto dal comma «6»: si tratta com'è ovvio di un errore, (peraltro non corretto in sede di ripubblicazione), intendendosi richiamare con ogni evidenza il precedente comma 5, che appunto contempla l'ipotesi dell'opera pubblica diversa da quella prevista nello strumento urbanistico originario;

3) al momento dell'inserimento dell'opera non conforme nel **programma dei lavori** (art. 11, c. 3); già la legge c.d. «Merloni» prevedeva la possibilità di

adottare in questa sede una variante: «i progetti dei lavori degli enti locali ricompresi nell'elenco annuale devono essere conformi agli strumenti urbanistici vigenti o adottati... per motivate ragioni di pubblico interesse si applicano le disposizioni dell'art. 1, commi 4-5 *l. 1/78* » (commi ora abrogati, che prevedevano la variante) (*art. 14, c. 8*, *legge n. 109/1994*);

4) al momento dell'efficacia della delibera del consiglio comunale di ratifica dell'adesione del sindaco a un **accordo di programma** adottato con decreto del presidente della regione e comportante variazione allo strumento urbanistico (art. 19, c. 3-10; art. 34, c. 4-5, DLgs n. 267/2000, non abrogato dall'art. 58);

5) al momento dell'efficacia dell'approvazione di una **conferenza di servizi** , di un' **intesa** o di altro atto comportante variante ai sensi di legge (artt. 10-19, c. 3).

Reiterazione del vincolo

La previsione urbanistica deve concretizzarsi nella dichiarazione di pubblica utilità entro **cinque anni** dall'apposizione del vincolo (art. 9, c. 2), altrimenti questo cessa giuridicamente di esistere e l'area resta assoggettata alla particolare disciplina dell'attività edilizia in luoghi privi di pianificazione urbanistica fissata all'art. 9 del testo unico in materia edilizia approvato dal Consiglio dei ministri in data 24 maggio 2001 (art. 9, c. 3).

Una volta decaduto, qualora si intenda realizzare l'opera il vincolo può e deve essere nuovamente posto sull'area: non è infatti evidentemente possibile imporre alle amministrazioni l'avvio nei primi cinque anni di vigenza del piano regolatore di tutti gli interventi pubblici ivi pianificati e di tutte le conseguenti procedure espropriative (si pensi ad esempio alla quantità di aree destinate a «verde pubblico» - che costituisce di solito un vincolo preordinato all'esproprio - in un territorio comunale). Tuttavia la reiterazione non è ammessa indiscriminatamente, bensì alle seguenti *condizioni* :

- il provvedimento di reiterazione del vincolo deve avvenire per mezzo di **variante** al Prg (art. 9, c. 4);

- il provvedimento deve essere **motivato** (art. 9, c. 4), affinché sia dato conto della verifica del permanere delle esigenze di pubblico interesse che giustificano il rinnovato sacrificio dell'interesse privato;

- devono essere rispettati gli **standard** (art. 9, c. 4);

- deve essere previsto nel provvedimento stesso o entro due mesi dalla richiesta del proprietario un **indennizzo** risarcitorio (aggiuntivo rispetto alla eventuale futura indennità di esproprio) (art. 39, c. 2): ciò per evitare che la reiterazione del vincolo si traduca, di fatto, in una sostanziale espropriazione del bene priva dell'indennizzo costituzionalmente garantito (7) .

DECRETO DI ACCESSO

Per effettuare i rilievi necessari alla pianificazione urbanistica, alla progettazione di opere pubbliche, ai frazionamenti catastali o alla compilazione di stati di consistenza (8) necessari per la determinazione dell'indennità di esproprio i tecnici possono essere autorizzati a introdursi nella proprietà privata (art. 15). Anche se la legge non ne fa menzione, sono evidenti alcune circostanze che

vanno tenute ben presente dagli operatori: la *durata* dell'accesso non può protrarsi oltre il tempo tecnico strettamente necessario per l'esecuzione dei rilievi che ne costituiscono la giustificazione; in caso di alterazione del fondo lo stato dei luoghi deve essere ripristinato o il *danno* deve essere risarcito; il proprietario può - è da ritenersi - chiedere che le operazioni ed eventuali sue osservazioni vengano *verbalizzate* .
Rispetto al vecchio decreto di accesso, disciplinato dall'art. 7 della legge n. 2359/1865, balza agli occhi il considerevole allungamento dei tempi: da tre giorni a - tra una cosa e l'altra - almeno dieci volte tanto.

Richiesta

L'interessato all'accesso:

1) richiede all'autorità espropriante l'emissione del decreto di accesso:

- descrivendo le operazioni per le quali è richiesto l'accesso;

- precisando la finalità e la durata delle operazioni;

- indicando i dati anagrafici delle persone che dovranno essere autorizzate a introdursi nella proprietà privata; se le operazioni implicheranno danni alla proprietà privata indicando la disponibilità delle risorse per il risarcimento, ovvero l'esistenza di una adeguata copertura assicurativa, ovvero ancora la previsione del ripristino dello stato dei luoghi;

2) contemporaneamente *dà notizia, con notifica o r.a.r., di tale richiesta al proprietario* catastale del bene e al suo possessore se conosciuto, rendendogli noto che può proporre osservazioni entro 7 giorni dal ricevimento.

Fase partecipativa

Entro *7 giorni* dal ricevimento della comunicazione il proprietario o il possessore possono far pervenire all'autorità espropriante osservazioni. Si attendono ulteriori *10 giorni* durante i quali le eventuali osservazioni vengono valutate: tale attesa peraltro è imposta anche ove non pervengano osservazioni.

Autorizzazione e accesso

L'autorità espropriante emette l'autorizzazione, che va notificata o comunicata con r.a.r. almeno *7 giorni* prima dell'inizio delle operazioni.

DICHIARAZIONE DI PUBBLICA UTILITÀ

La dichiarazione di pubblica utilità dell'opera è presupposto indefettibile della procedura espropriativa dei beni su cui tale opera deve essere realizzata: è infatti illegittimo il sacrificio di un interesse privato se l'autorità competente (di solito rappresentativa della collettività) non ha preventivamente stabilito che ciò si rende necessario nel superiore interesse comune. La dichiarazione di pubblica utilità deve essere preceduta da una specifica fase partecipativa (9) .

Fase partecipativa (art. 16)

Il testo unico prevede esplicitamente il coinvolgimento degli interessati nella sola ipotesi di dichiarazione di pubblica utilità connessa all'approvazione di un *progetto definitivo* , in variante o meno al Prg (art. 18).

Questa la sequenza:

1) il soggetto promotore dell'espropriazione **deposita** presso l'ufficio per le espropriazioni i seguenti documenti:

- il *progetto* dell'opera unitamente ad ogni documentazione ritenuta rilevante;
- una *relazione* sommaria che indichi la natura, lo scopo e la spesa presunta dell'opera;
- tutti i *nulla osta* , autorizzazioni e atti di assenso previsti dalla legge già ottenuti, con indicazione di quelli che sono in corso di ottenimento, ovvero dichiarazione che la legge non ne prevede;
- uno **schema** dell'atto di approvazione del progetto con (in allegato) un elenco descrittivo dei terreni e degli edifici da espropriare con indicazione dell'estensione, dei dati catastali nonché dei confini. Per quanto riguarda in particolare i confini, evidenti ragioni di economia procedurale consigliano, in questa fase, per non appesantire oltremisura l'elaborazione dell'elenco, di indicare solo gli identificativi numerici dei mappali confinanti omettendone le proprietà;

2) ai proprietari espropriandi è inviato l' **avviso di avvio** *del procedimento preordinato alla dichiarazione di pubblica utilità*, contenente una nutrita serie di dati (art. 16, c. 4) - tale da limitare la necessità per l'interessato di recarsi a visionare di persona la documentazione depositata - nonché l'indicazione del responsabile del procedimento: sono stati introdotti particolari espedienti per fronteggiare (o meglio aggirare) alcuni dei più comuni disguidi che si verificano quando i dati sull'intestazione catastale dei beni non sono attuali (art. 16, c. 5-6). A tal proposito si evidenzia che viene confermato l'esonero dalla ricerca dei *proprietari effettivi* , nonché l'esonero dall'avvisare chiunque non sia proprietario, ancorché titolare di un diritto reale sul bene, come ad esempio l'usufruttuario (art. 16, c. 7). Attesa la *presunzione* di corrispondenza tra i proprietari catastali e quelli effettivi, è però senz'altro da ritenersi che se l'amministrazione procedente sia comunque in possesso di notizie circa proprietari effettivi diversi da quelli catastali, sarebbe negligenza che potrebbe ingenerare responsabilità omettere di contattare*anche* loro: ciò è avvalorato dal tenore letterale del comma 7, dal quale si desume l'obbligo di contattare chiunque risulti all'amministrazione proprietario *tout court* del bene [(10)] ;

3) qualunque interessato può produrre **osservazioni** al responsabile del procedimento *fino a quando non sia disposta l'approvazione del progetto definitivo* (art. 16, c. 8). Da tale formulazione della norma - *disporre l'applicazione* - il *dies ad quem*sembrerebbe riferibile ad un momento antecedente all'approvazione stessa: ad esempio al momento dell'inserimento del provvedimento all'ordine del giorno, ovvero - se del caso - al momento della memorizzazione irreversibile della proposta di provvedimento nella rete informatica dell'ente, quando in ogni caso il provvedimento è pronto per essere sottoposto all'organo approvante. Quando si tratti di opera conforme allo strumento urbanistico il proprietario in sede di osservazioni può chiedere l'acquisizione delle **frazioni residue** dei fondi che a causa dell'opera diventino di disagevole utilizzazione ovvero restino di agevole utilizzazione solo a costo di

considerevoli lavori (art. 16, c. 9). Deve intendersi - avuto riguardo anche alla stretta analogia con il vecchio art. 23 della legge n. 2359/1865 - che, accertata la disagevole utilizzazione, l'esproprio dei relitti costituisca un diritto potestativo del proprietario nei confronti dell'amministrazione procedente, ma solo nella fattispecie prevista dall'art. 16, comma 9, e cioè se la richiesta avvenga in sede di formulazione delle osservazioni, vale a dire in una fase in cui il progetto definitivo conforme al Prg deve ancora essere approvato e l'amministrazione è in condizione di trarre un'eventuale profitto progettuale dalla sopraggiunta disponibilità dei relitti (per l'acquisto dei quali peraltro in questa fase occorre reperire la copertura finanziaria);

4) l'amministrazione **si pronuncia** sulle osservazioni con atto motivato (che potrebbe coincidere o meno con il provvedimento di approvazione del progetto definitivo, come potrebbe anche trattarsi di una semplice comunicazione): se l'eventuale modifica al progetto fosse in danno ad altro proprietario, vanno ripetute le formalità partecipative nei di lui confronti prima dell'approvazione del progetto definitivo (art. 16, c. 10). Peraltro la norma precisa - senza nessun senso - che le formalità partecipative vanno necessariamente ripetute solo se il proprietario non abbia a sua volta presentato osservazioni. Il che significherebbe cambiare le carte in tavola in danno a qualcuno che ha fatto osservazioni su un progetto superato, senza dirgli niente: appare quindi del tutto opportuno mettere nuovamente in condizione di effettuare osservazioni tutti coloro che fossero coinvolti in qualche modo dalle modifiche progettuali. Vanno ripetute le formalità partecipative anche nei confronti di coloro che emergessero, ad esempio a seguito di segnalazione dei vecchi proprietari catastali, essere gli effettivi attuali proprietari [(11)]. La pronuncia sulle osservazioni non può avvenire *dopo* l'approvazione del progetto: in attesa delle determinazioni sulle osservazioni possono essere effettuate solo eventuali approvazioni-stralcio (art. 16, c. 11).

In caso di **varianti in corso d'opera** che richiedano l'utilizzo di nuovi beni, attigui a quelli espropriati, si integra il provvedimento originario di approvazione del progetto, previo esperimento della fase partecipativa con i nuovi proprietari (art. 16, c. 12).

Dichiarazione di pubblica utilità

Essa avviene:

1) in **presenza del vincolo** urbanistico (artt. 12, 13, 17):

- con l'approvazione del *progetto definitivo* (art. 12, c. 1a); se sono necessari nulla osta, concerti, intese, autorizzazioni o altri atti di assenso la dichiarazione di pubblica utilità è efficace dalla data del provvedimento con cui si - dà atto della loro avvenuta acquisizione (art. 17, c. 1b);

- con l'approvazione del *piano particolareggiato* , del *piano di lottizzazione* , del *piano di recupero* , del *piano di ricostruzione* , del *piano delle aree da destinare a insediamenti produttivi, del piano di zona* (art. 12, c. 1a);

- quando l'approvazione di uno *strumento urbanistico* anche di settore o attuativo, il rilascio di una concessione o di una autorizzazione o di un atto con

effetti equivalenti implicano per legge una dichiarazione di pubblica utilità (art. 12, c. 1b);

- con l'adozione di un *provvedimento di destinazione* ad uso pubblico dell'immobile vincolato da non sottoporre a trasformazione fisica (art. 13, c. 8);

2) in **assenza del vincolo** urbanistico (artt. 18-19):

- con approvazione del *progetto definitivo* in variante al Prg da parte del consiglio comunale anziché da parte della giunta per le opere comunali ovvero in sede di presa d'atto da parte del consiglio comunale di un progetto esecutivo di autorità diversa dal comune (art. 19, c. 1-2); la dichiarazione di pubblica utilità deve intendersi sospensivamente condizionata all'efficacia dell'approvazione del vincolo; per quanto riguarda il «giusto procedimento» si ritiene che come il provvedimento di adozione del vincolo coincide con quello di dichiarazione di pubblica utilità, così coincidente possa essere la rispettiva fase partecipativa;

- con approvazione del progetto definitivo dell'opera pubblica mediante *conferenza di servizi, accordo di programma, intesa o altro atto* , anche di natura territoriale, che in base alla legge comporti variante al Prg e apposizione del vincolo espropriativo (artt. 17, c. 2 e 10, c. 1).

La dichiarazione di pubblica utilità, in costanza della quale può essere emanato il decreto di esproprio, è soggetta a un **termine**al fine di garantire la serietà dell'azione amministrativa e sottrarre la proprietà ad una non ammissibile situazione di incertezza a tempo indeterminato; tale termine è rimesso al discrezionale e prudente apprezzamento dell'amministrazione procedente ove venga fissato nello stesso provvedimento dichiarativo della pubblica utilità (art. 13, c. 3), altrimenti dura cinque anni (art. 13, c. 4). Sono fatti salvi i maggiori termini previsti dalla legge, nazionale e regionale, per l'esecuzione dei piani territoriali o urbanistici, anche di settore o attuativi (art. 13, c. 7).

Il termine deve essere *certo* , e non dipendente da eventi futuri od aleatori (come potrebbe essere la data di esecutività o di pubblicazione della delibera di approvazione del progetto, ovvero la data di acquisizione del futuro finanziamento).

Il termine è *prorogabile* alle seguenti condizioni:

- di non oltre ulteriori due anni;

- per casi di forza maggiore o altre giustificate ragioni (evidentemente non dipendenti dal comportamento stesso dell'amministrazione [(12)]);

- prima della scadenza;

- dalla stessa autorità che ha dichiarato la pubblica utilità.

Va detto comunque che l'importanza del termine è di gran lunga scemata rispetto al ruolo fondamentale che i quattro termini di inizio e fine dei lavori e delle espropriazioni e il cd. «quinto termine» dei tre anni quale limite massimo per l'inizio delle opere rivestivano nel sistema previgente, per il semplice motivo che adesso il decreto di esproprio dovrà necessariamente venire alla luce in tempi strettissimi, poiché condiziona l'apertura del cantiere.

Comunicazione dell'avvenuta dichiarazione di pubblica utilità

Il proprietario viene notiziato della dichiarazione di pubblica utilità, ma solo ove essa avvenga in sede di approvazione del**progetto definitivo** : il proprietario viene altresì informato che può fornire elementi utili per determinare l'indennità (art. 17, c. 3).

INDENNITÀ: PROCEDURA DI DETERMINAZIONE

Il testo unico ha completamente rivoluzionato le modalità di determinazione dell'indennità rispetto al sistema previgente, individuando due procedure alternative, una ordinaria e una accelerata. La prima, piuttosto macchinosa e fitta di adempimenti, è caratterizzata da molteplici e cadenzati passaggi diretti a coinvolgere i proprietari nella fase di quantificazione del *quantum* . La seconda, esattamente al contrario, non prevede alcun momento partecipativo ed è rapidissima. Quest'ultima però può essere adottata solo quando sussiste una **particolare urgenza** tale da non consentire l'applicazione della procedura ordinaria: tuttavia la oggettiva pesantezza della proceduta ordinaria, nonché il precedente storico del decreto di occupazione, previsto nel 1865 come strumento eccezionale e via via divenuto ordinario, inducono a ritenere che il concetto di*particolare urgenza* sarà interpretato dalle amministrazioni espropriantì con generosa larghezza: meglio sarebbe stato - forse - individuare un'unica procedura articolata in modo ragionevole. La procedura accelerata deve comunque fare innanzitutto i conti, nella maggior parte dei casi, con i tempi del frazionamento catastale; inoltre presenta senza dubbio un grado maggiore di rischio, rispetto alla procedura ordinaria, di effettuare una stima affrettata, approssimativa e non condivisa, tale quindi da generare un ricorso più esteso alla stima di secondo grado. E non va dimenticato che se la stima di primo grado è inferiore rispetto alla stima di secondo grado di oltre il 10 per cento, le spese dei periti sono poste a carico del beneficiario dell'esproprio.

Va evidenziata infine la questione particolare dell'opponibilità alla determinazione dell'indennità da parte dei **terzi aventi diritto**. Vien da chiedersi innanzitutto se sia consentito ai terzi aventi diritto di interferire con le decisioni del proprietario nel meccanismo di determinazione dell'indennità, considerato che dei terzi non c'è traccia né nell'art. 20 né, tantomeno, nell'art. 22; che solo il proprietario parrebbe avere il potere di accettare o meno l'indennità di esproprio e che essa indennità può essere erogata solo al proprietario o all'enfiteuta possessore. Invece il titolare di un qualsiasi diritto sul bene, reale o personale, *può proporre* non soltanto opposizione al pagamento dell'indennità al proprietario, chiedendone una ripartizione giudiziale (art. 29), ma anche una vera e propria opposizione al *quantum* determinato (artt. 34, c. 4 e 26, c. 8). Ciò significa, evidentemente, che il terzo può vanificare l'accettazione del proprietario sia in ordine alla stima definitiva, ricorrendo autonomamente avverso di essa in Corte d'appello, ma anche in ordine alla stima provvisoria (art. 26, c. 8), potendo verosimilmente chiedere - dopo la notifica o la pubblicazione del provvedimento di pagamento - che si proceda alla determinazione definitiva in via amministrativa.

In che misura ciò - atteso il tradizionale carattere unitario dell'indennità - possa ritorcersi sul proprietario accettante, ad esempio compromettendo le maggiorazioni di cui all'art. 45, costituisce una questione complessa. A questo proposito va evidenziato che l'art. 28 comma 1 stabilisce che il pagamento viene autorizzato «qualora sia divenuta *definitiva rispetto a tutti* la determinazione dell'indennità di espropriazione»: la norma tuttavia non intende dire che l'indennità nel suo complesso viene ad essere quantificata in vari importi diversi al termine di varie strade imboccate dal proprietario e dagli altri aventi diritto, bensì che il pagamento potrà essere autorizzato quando saranno certe e indiscusse le singole quote, spettanti ai vari aventi diritto, della medesima indennità di esproprio.

PROCEDURA ORDINARIA

Indennità provvisoria (art. 20)

L'iter è il seguente:

1) entro **30 giorni** dalla efficacia della dichiarazione di pubblica utilità il promotore dell'espropriazione compila l'elenco dei beni e delle ditte ed indica le somme per ciascun esproprio;

2) l'elenco va **notificato** ai proprietari nella parte che li riguarda informandoli della possibilità di produrre entro 30 giorni osservazioni, documenti e perizie; per evidenti ragioni di economia nell'azione amministrativa ben può ritenersi che questo adempimento possa essere effettuato - quando la pubblica utilità è stata dichiarata in sede di approvazione del progetto definitivo - anche contestualmente alla comunicazione dell'avvenuta dichiarazione di pubblica utilità di cui all'art. 17, comma 3, ancorché la legge li abbia previsti come adempimenti distinti;

3) entro **30 giorni** dalla notifica gli interessati possono presentare **osservazioni** , documenti e perizie;

4) Ove l'autorità espropriante lo ritenga opportuno, può invitare il proprietario o il beneficiario dell'esproprio ad indicare entro **20 giorni** quale sia il valore da attribuire all'area ai fini della determinazione dell'indennità;

5) valutate le osservazioni pervenute **l'autorità espropriante determina in via provvisoria** l'indennità di esproprio, eventualmente avvalendosi dell'Ute, della Commissione provinciale o degli enti locali (art. 20, c.);

6) la determinazione va **notificata** agli interessati (proprietari e beneficiario dell'esproprio se diverso dall'autorità espropriante);

7) entro **30 giorni** dalla notifica l'indennità può essere **accettata** dal proprietario con dichiarazione irrevocabile. In caso di silenzio si intende rifiutata e si procede a determinare l'indennità in via definitiva: va tenuto presente che è diritto potestativo del proprietario - in ogni momento dalla dichiarazione di pubblica utilità fino all'immissione in possesso - concludere con il soggetto beneficiario dell'esproprio un accordo di cessione bonaria sulla base dei valori indicati dall'art. 45, comma 2.

Indennità definitiva (art. 21)

L'iter è il seguente:

1) dopo la scadenza dei 30 giorni l'autorità espropriante forma l'elenco dei non accettanti;

2) l'autorità espropriante notifica ai non accettanti un **invito** a comunicare entro *20 giorni* se intendano avvalersi della procedura del collegio dei tecnici.

Collegio dei tecnici . Se il proprietario ha optato per il collegio dei tecnici l'autorità espropriante *nomina due tecnici* , tra cui quello eventualmente designato dal proprietario e fissa il termine per la stima che non deve essere superiore, salvo casi particolari, a 90 giorni. Il presidente del tribunale civile nomina il terzo perito su istanza dell'interessato. Le operazioni sono disciplinate dall'art. 21. La stima del collegio può essere impugnata in corte d'appello (art. 54).

Commissione provinciale (art. 2, c. 14). Se entro il termine dei 20 giorni l'interessato non ha chiesto la procedura collegiale l'autorità espropriante chiede la determinazione alla Commissione provinciale presso l'Ute di cui all'art. 41. Non è esplicitamente previsto che la stima della Commissione possa essere impugnata;

3) la determinazione definitiva perviene all'autorità espropriante che provvede a darne notizia agli interessati, cioè a tutti coloro che risultino essere titolari di diritti (art. 21, c. 10). Va precisato che la legge imporrebbe la comunicazione di un mero **avviso**contenente l'invito a recarsi a consultare la stima presso l'autorità espropriante. Gli operatori comprenderanno benissimo che nella pratica ciò si traduce nient'altro che in un oscuro ed irritante formalismo, che impone alle persone (e agli uffici) disagi e perdite di tempo perfettamente inutili: deve ritenersi che la lettera della legge non impedisca, in alternativa all'avviso, di trasmettere agli interessati direttamente la stima integrale.

PROCEDURA ACCELERATA

Indennità provvisoria (art. 22)

L'iter è il seguente:

1) dopo la dichiarazione di pubblica utilità l'autorità espropriante emette senz'altro il **decreto di esproprio con la determinazione dell'indennità provvisoria** , effettuata senza particolari formalità, con l'invito ad accettare l'indennità o a chiedere eventualmente il ricorso al collegio dei tecnici entro il termine di 30 giorni dall'immissione in possesso;

2) l'amministrazione si **immette nel possesso** ;

3) entro **30 giorni** dall'immissione in possesso l'indennità può essere accettata, o può essere richiesto il ricorso al collegio dei tecnici.

Considerato che il proprietario ha diritto di beneficiare delle **maggiorazioni** previste dall'art. 45, comma 2, se conclude un accordo *dal momento in cui è stata dichiarata la pubblica utilità al momento dell'immissione in possesso* , e considerato che il decreto di esproprio contenente la determinazione urgente dell'indennità provvisoria può essere emanato - a quanto pare - anche il giorno successivo alla dichiarazione di pubblica utilità, e considerato altresì che il decreto di esproprio può essere notificato al momento stesso dell'immissione in possesso (art. 23, c. 3), che a sua volta può avvenire anche il giorno stesso dell'emissione del decreto, si capisce che, come effetto

abnorme della procedura accelerata, c'è quello di rendere molto difficili o inibire del tutto le maggiorazioni di cui all'art. 45, comma 2, con l'eccezione della mancata falcidia del 40 per cento nell'ipotesi di successiva accettazione dell'indennità di aree edificabili (art. 2, c. 2). Il che significa che un proprietario, dopo l'avviso di avvio del procedimento preordinato alla dichiarazione di pubblica utilità, potrebbe trovarsi direttamente le ruspe in casa senza alcun'altra comunicazione (salvo, forse, quella di cui all'art. 17, c. 3), vedendosi per di più sfumare le importanti prerogative di cui all'art. 45. Spetterà al buon senso delle amministrazioni procedenti cadenzare la procedura accelerata in modo tale da offrire comunque ai proprietari, in qualche passaggio, la possibilità di concludere la cessione bonaria ai sensi dell'art. 45.

Indennità definitiva (art. 22)

Dopo la scadenza dei 30 giorni dall'immissione in possesso l'autorità espropriante forma l'elenco dei non accettanti e attiva la procedura del collegio dei tecnici ove richiesto ovvero trasmette la pratica alla Commissione provinciale. La procedura di determinazione dell'indennità definitiva è la stessa di quella ordinaria, con una differenza: la Commissione provinciale, ove interpellata, deve provvedere in via d'urgenza entro **30 giorni** (art. 22, c. 4).

---

(1) In G.U. n. 189 del 16 agosto 2001, suppl. ord. n. 211/L; il testo unico è poi stato ripubblicato con le note e alcune rettifiche in G.U. n. 214 del 14 settembre 2001, suppl. *ord. n. 231* .

(2) L'emanazione di tre atti distinti è dovuta al modo di redigere i testi unici introdotto dalla *legge n. 50/1999* , secondo l'interpretazione datane dal Consiglio di Stato. Poiché è prevista la delegificazione degli aspetti procedimentali e organizzativi, e poiché nel testo unico è fatto confluire l'insieme delle norme, primarie e secondarie, che regolano la materia, molti degli articoli elaborati sono «misti», distinti cioè in commi con forza di legge (evidenziati con la lettera «L»), contenenti disposizioni di natura sostanziale, e in commi con forza di regolamento (evidenziati con la lettera «R»), contenenti disposizioni di natura procedimentale. Il risultato è la redazione dei tre diversi atti normativi. È indubbio che per rendere sistematico un insieme disomogeneo di norme come quello in materia espropriativa, venuto a stratificarsi fin dal 1865, e soprattutto per dare un corpo organico al massiccio contributo giurisprudenziale degli ultimi decenni, il «coordinamento» cui dovrebbe limitarsi il testo unico si è in questa occasione spinto a ristrutturare in maniera radicale il precedente sistema, con un tasso di innovatività estremamente elevato.

(3) La maggior parte dei commentatori considera senz'altro il 1° gennaio 2002 come il giorno di entrata in vigore del provvedimento, e questa appare per una serie di ragioni pratiche l'interpretazione più opportuna. Ma l'assenza del riferimento a tale data nell'art. 59 del testo C potrebbe indurre a ritenere che la importante parte regolamentare sia in realtà già entrata in vigore dal 31 agosto 2001, cioè dal quindicesimo giorno dalla pubblicazione in G.U., come in effetti è stato espressamente riportato anche nel sito internet della Gazzetta Ufficiale (www.ipzs.it ovvero www.gazzettaufficiale.it) all'interno del provvedimento in

questione alla data di pubblicazione del 16 agosto 2001, n. 189: se così fosse si porrebbe tuttavia il problema di un arduo coordinamento tra commi degli stessi articoli di diversa entrata in vigore.

(4) Meglio sarebbe stato cogliere l'occasione per ristrutturare l'intero sistema delle notifiche di atti amministrativi, articolato tra competenze dell'ufficiale giudiziario, dei messi del tribunale, dei messi comunali, del servizio postale, ecc. La giurisprudenza stessa in materia espropriativa ha sempre mostrato di attribuire più importanza alla ricezione dell'atto che alle modalità di notifica, lasciando quindi aperto lo spazio per un ripensamento razionale del sistema. Va tenuto inoltre presente che l' *art. 10della legge 3 agosto 1999, n. 265*, ha recentemente imposto alle P.A. di ricorrere, per le notificazioni dei propri atti, ai messi comunali dei comuni solo ove non sia stato possibile eseguire preventivamente le notifiche per mezzo del servizio postale, dando un chiaro segnale di privilegiare sempre più il servizio postale come sistema principe. Si consideri per di più che Poste italiane sta lanciando proprio in questo periodo il Sin (Servizio integrato notifiche) a supporto delle pubbliche amministrazioni, costituito da un apposito Centro servizi modernamente organizzato che si occupa, con l'ausilio di avanzate tecnologie informatiche, della gestione completa di tutte le comunicazioni ufficiali la cui documentazione relativa alla certezza dell'esito è fondamentale per la validità del procedimento di notifica.

(5) I vincoli conformativi non hanno durata temporanea e non sono indennizzabili. «La legge può non disporre indennizzi quando i modi e i limiti che essa segna ai diritti reali attengono in maniera obiettiva, rispetto alla generalità dei soggetti, al regime di appartenenza o ai modi di godimento dei beni in generale o di intere categorie di beni» (*Corte cost. 29 maggio 1968, n. 56*). Si pensi ad esempio ai limiti derivanti dalla tutela archeologica, paesistica e ambientale, o alle fasce di rispetto imposte dal demanio idrico, militare, aeronautico, stradale, cimiteriale, ecc.

(6) Non è infatti chiaro perché le due fattispecie che una volta erano disciplinate dai commi 4 e 5 dell' *art. 1 della legge n. 1/1978*(rispettivamente opere diverse da quelle previste dal Prg e opere non previste) debbano essere, come sembra, una assoggettata alla normativa regionale e una no. In tal modo si vengono a creare situazioni paradossali, come nel Veneto, dove la normativa regionale (art. 50, commi 4-6-7, LR n. 61/1985) prevede un meccanismo assai semplificato di approvazione della variante quando il vincolo è decaduto e occorre reiterarlo o quando si tratta di collocare opere di modesta entità dove non erano previste opere pubbliche: sembra quindi che nel Veneto sia nato un caotico e irrazionale triplice sistema di approvazione: vecchio *comma 5, art. 1, legge n. 1/1978* (opere non previste dal Prg di modesta entità e reiterazione vincolo) = procedura semplificata regionale; vecchio *comma 5, art. 1, legge n. 1/1978* (opere non previste dal Prg di non modesta entità) = proceduraregionale ordinaria ovvero silenzio assenso; vecchio *comma 4, art. 1, legge n. 1/1978* (opere diverse da quelle previste nel Prg) = solo silenzio assenso.

(7) La legge urbanistica 17 agosto 1942, n. 1150 non imponeva limiti di tempo ai vincoli preordinati all'esproprio. Intervenne la Corte costituzionale con sentenza 29 maggio1968, n. 55, a stabilire che tali vincoli a tempo indeterminato

configurano un'espropriazione sostanziale e che quindi, in base alla Costituzione, sono da considerarsi illegittimi senza la previsione di un indennizzo («... l'istituto della proprietà privata è garantito dalla Costituzione e regolato dalla legge nei modi di acquisto, di godimento e nei limiti ...; tale garanzia è menomata quando singoli diritti vengano compressi o soppressi senza indennizzo mediante atti di traslazione che conducano ... ad uno svuotamento di rilevante entità ed incisività del suo contenuto, pur rimanendo intatta l'appartenenza del diritto. ... La necessità dell'indennizzo non opera nel caso di disposizioni le quali si riferiscano a intere categorie di beni (e perciò interessino la generalità dei soggetti) sottoponendo in tal modo tutti i beni della categoria senza distinzione ad un particolare regime di appartenenza. Da tutto ciò consegue l'illegittimità per contrasto con *l'art. 42, comma 3 della Costituzione* delle norme denunciate limitatamente alla parte in cui consentono, senza indennizzo, limitazioni temporanee o definitive a diritti reali di contenuto espropriativo e immediatamente operanti»). La legge 29 maggio 1968, n. 1187, all'art. 2, per evitare l'indennizzo, fissò un termine quinquennale di durata per i vincoli a carattere ablativo entro cui approvare i piani particolareggiati. Il termine fu prorogato dalla *legge 30 novembre 1973, n. 756* , e poi da successivi provvedimenti in attesa del nuovo regime dei suoli. La *legge 28 gennaio 1977, n. 10* , di disciplina dei suoli (c.d. «Bucalossi»), tuttavia, non affrontò il problema dei vincoli: si diffuse allora l'opinione - confortata dall'irrilevanza attribuita all'edificabilità ai fini indennitari dalla *legge 22 ottobre 1971, n. 865* - che lo jus aedificandi non fosse più connaturato al diritto di proprietà bensì discendesse esclusivamente dalla concessione amministrativa ad edificare, e che pertanto, essendo di fatto equiparati tutti i terreni come naturaliter inedificabili, non aveva più senso il concetto non solo di temporaneità del vincolo, ma di vincolo stesso, così come l'edificabilità aveva definitivamente perduto ogni rilevanza ai fini indennitari. Questa interpretazione subì una prima smentita dal legislatore, che con l' *art. 1 della legge 3 gennaio 1978, n. 1* introdusse una nuova disciplina per l'adozione delle varianti necessarie a rendere idonei i vincoli, e fu completamente rovesciata dalla Corte costituzionale dapprima con sentenza 30 gennaio 1980, n. 5 (confermata con successiva sentenza 19 luglio 1983, n. 223), che stabilì la necessità di differenziare le indennità a seconda della natura edificatoria o meno del terreno, e quindi l'illegittimità del criterio di cui alla *legge n. 865/1971*come modificato dalla *legge n. 10/1977* in ordine alle aree edificabili, poi con sentenza 12 maggio 1982, n. 92, che ribadì la piena vigenza della *legge n. 1187/1968* e quindi la natura temporanea dei vincoli, ancorché prorogati per legge. Il Consiglio di Stato in adunanza plenaria (sentenze 2 aprile 1984, n. 7; 30 aprile 1984, n. 10; 11 giugno 1984, n. 12) chiarì qual è la disciplina applicabile all'area quando il vincolo è decaduto (*art. 4, legge n. 10/1977*) e quali sono, in tal caso, i poteri del privato. I comuni cominciarono a reiterare i vincoli: la *Corte costituzionale, con sentenza 22 dicembre 1989, n. 575* , stabilì la legittimità delle reiterazioni purché adeguatamente motivate. Il Consiglio di Stato in adunanza plenaria ha rimesso di nuovo la questione della reiterazione dei vincoli alla Corte costituzionale con sentenza 25 settembre 1996, n. 20. Con sentenza 12-20 maggio 1999, n. 179, la Corte costituzionale ha chiarito che la reiterazione è

possibile, ma comporta (salvo casi particolari) l'indennizzo: dopo trent'anni, quindi, si è ritornati praticamente ai contenuti della sentenza n. 55/1968.

(8) Gli stati di consistenza consistono in descrizioni analitiche dello stato dei luoghi. Essi vanno redatti alla presenza dell'interessato, che li sottoscrive e che può farvi verbalizzare eventuali osservazioni; diversamente vanno sottoscritti, oltreché dal funzionario incaricato, anche da due testimoni non dipendenti dell'ente espropriante. Vanno evidenziati tutti gli elementi che possono influenzare la stima, come le colture in atto, le recinzioni, le essenze arboree (con descrizione analitica e precisa di tipologie, altezza, diametro, età presunta), gli impianti di irrigazione, i manufatti di qualsiasi entità e natura, ecc. In caso di fabbricati vanno reperite le relative concessioni o certificati di agibilità/abitabilità: la loro descrizione interna ed esterna deve essere completa, con tutti i dati necessari a peritarli (vani, superfici, cubature, qualità di impianti, infissi, pavimenti, intonaci, ecc.). Gli stati di consistenza devono essere corredati da una completa documentazione fotografica in originale, da sottoscriversi e datarsi alla stessa stregua della parte descrittiva, e da una planimetria riportante i punti e i coni di ripresa delle fotografie con i relativi riferimenti numerici . È importante cercare di attribuire l'età presunta dei soprassuoli nei casi in cui vi fosse il dubbio che furono realizzati allo scopo di conseguire un'indennità maggiore.

(9) Com'è noto, la legge fondamentale del 1865 prevedeva che si pervenisse a tale dichiarazione a conclusione di uno specifico iter procedimentale a garanzia dei soggetti coinvolti dall'esecuzione dell'opera. Con la progressiva entrata in vigore di norme che introducevano varie forme di dichiarazione di pubblica utilità implicita tale iter diventò di utilizzo del tutto marginale, svuotando di efficacia il meccanismo partecipativo dell' *art. 10 della legge n. 865/1971*, spostato a una qualsiasi fase successiva alla dichiarazione di pubblica utilità, purché anteriore all'emissione del decreto di esproprio. Dopo l'entrata in vigore dell' *art. 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241*, che ha imposto in via generale l'obbligo della comunicazione dell'avvio del procedimento ai soggetti nei cui confronti il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti, vi è stato un lungo periodo di incertezza anche giurisprudenziale in ordine all'estensibilità o meno di questo obbligo alla procedura espropriativa e di occupazione d'urgenza, che è durato fino alle autorevoli pronunce in adunanza plenaria del Consiglio di Stato 15 settembre 1999, n. 14, e 24 gennaio 2000, n. 2-3, che hanno imposto di effettuare il «giusto procedimento» di cui all' *art. 10 della legge n. 865/1971* ovvero di cui all' *art. 7 della legge n. 241/1990* prima della dichiarazione di pubblica utilità, riconosciuta come immediatamente lesiva della sfera giuridica del proprietario, e cioè prima dell'approvazione del progetto definitivo, cui la legge quadro n. 109/1994 in materia di lavori pubblici (c.d. «Merloni») e successive modificazioni aveva nel frattempo collegato la dichiarazione di pubblica utilità.

(10) Se l'amministrazione viene a conoscenza di una diversa situazione delle proprietà, non può far finta di niente: «Secondo un principio di correttezza, una volta conosciuto il proprietario effettivo del fondo da occupare d'urgenza, l'amministrazione deve notificare a lui l'avviso di immissione in possesso,

ancorché la legge si limiti ad imporre la notificazione al proprietario secondo le risultanze catastali» (Cass. 15 febbraio 1999, n. 157). Il punto è stabilire se il venire a conoscenza della situazione reale deve dipendere da un comportamento attivo della P.A., magari attraverso ispezioni in conservatoria dei registri Immobiliari o diretta consultazione con gli interessati. La risposta è negativa: la legge non impone ciò e consente il riferimento alle risultanze catastali, caratterizzate da consultabilità più agevole e per le quali esiste comunque una presunzione di rispondenza alla realtà (si pensi ad esempio a quali inconvenienti operativi si troverebbe ad affrontare l'amministrazione che, stretta dalla necessità urgente di emettere un decreto di esproprio, dovesse risalire all'effettiva proprietà di un fondo soggetto ad una successione mortis causa mai trascritta). Quando però gli interessati fanno presente che la situazione è diversa da quella catastale, la mancanza di una verifica si traduce in negligenza, in conseguenza della quale l'effettivo proprietario acquista il diritto ad essere ristorato di ogni eventuale danno patito a causa di ciò (ad esempio per la ritardata riscossione dell'indennità). In qualsiasi caso il mancato coinvolgimento del proprietario effettivo implica che questi non è soggetto al termine di decadenza per l'opposizione alla stima (giurisprudenza concorde; es. Cass. 27 dicembre 19991, n. 4587). Se l'urgenza iniziale giustifica nella primissima fase il ricorso ai meri dati catastali, è in ogni caso necessario ad un certo punto - e comunque molto prima rispetto al sistema previgente - riferirsi ai dati reali, ad esempio prima di stipulare l'atto di cessione volontaria o prima di pagare l'indennità. Va da sé che, se i tempi lo consentono, è in ogni caso opportuno anticipare la verifica ipotecaria alla fase antecedente all'emissione del decreto di esproprio stesso, in modo tale che esso riporti già i proprietari effettivi e la relativa trascrizione in conservatoria possa così essere effettuata sulla base di dati esatti. È da escludere in ogni caso, allo stato attuale della giurisprudenza (cfr. *Cass. 28 agosto 1998, n. 8580* , in Giust. Civ. Mass. 1998, 1803), che il proprietario effettivo tardivamente coinvolto maturi - negligenza o meno della P.A. - il diritto a richiedere per questo specifico motivo il risarcimento dei danni corrispondente al valore pieno del bene in luogo dell'indennità di esproprio: non si è infatti in ipotesi di carenza di potere.

(11) «L'Amministrazione procedente, allorché abbia accertata l'identità del proprietario del bene espropriando, se non provvede a rinnovare, nei confronti di quest'ultimo, una formale verifica degli atti espropriativi ai sensi dell' *art. 10 comma 2 legge 22.10.1971 n. 865*, riaprendo in tal modo i termini per la presentazione delle osservazioni, lede il diritto soggettivo di questi ultimi» (Cass., sez. un., 27. maggio 1999, n. 311, in Riv. Giur. Ediliz. 1999, 986).

(12) «Costituiscono valide ragioni di proroga dei termini per la procedura espropriativa, che non dipendono dalla volontà dell'ente espropriante, quelle aventi il loro fondamento in obiettive difficoltà che si frappongono al compimento degli atti espropriativi, nel senso che tali ragioni, mentre impediscono il regolare corso del procedimento, non possono essere altrimenti superate non offrendo l'ordinamento, a questi fini, idoneo strumento giuridico, con la conseguenza che l'interesse pubblico inerente alle acquisizioni coattive degli immobili non può trovare soddisfacimento nei termini stabiliti»

(Cons. Stato, sez. IV, 15 luglio 1993, n.717 in Riv. Giur. Edilizia 1994, I, 143; v. anche Cons. Stato, sez. IV, 21 luglio 1997, n. 724).

Danno e Resp., 1996, 1, 15 (commento alla normativa)

Authority

GLI "INDENNIZZI AUTOMATICI" AGLI UTENTI di servizi pubblici

Napolitano Giulio

L. 14-11-1995, n. 481

Sommario: La tutela degli utenti nella regolazione dei servizi di pubblica utilità - La tradizionale irresponsabilità del gestore di servizi pubblici - Gli indennizzi automatici: da clausole limitative della responsabilità a penali per l'inadempimento? -Fissazione dei livelli di qualità del servizio e previsione di indennizzi automatici per la loro violazione - Accertamento dell'obbligo di corrispondere l'indennizzo e strumenti di coazione - Conclusioni

La tutela degli utenti nella regolazione dei servizi di pubblica utilità

L'indennizzo automatico a seguito di violazione di clausole contrattuali, in particolare di quelle relative ai livelli qualitativi delle prestazioni costituisce uno degli strumenti più significativi posti a salvaguardia delle pretese degli utenti.

La generale istanza di tutela degli utenti ha ricevuto un significativo riconoscimento con l'approvazione della recentissima *legge 14 novembre 1995, n. 481* (1) , con la quale si dettano «Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità» e si procede alla istituzione delle relative autorità (2) .

Per la priva volta, infatti, il conferimento di un rilievo primario alla promozione e alla salvaguardia degli interessi di utenti e consumatori di servizi pubblici e la previsione di specifici strumenti di intervento rivestono forma legislativa e si inseriscono in un disegno organico di regolazione delle *public utilities* (3) .

In secondo luogo, alla cura di tali interessi vengono finalmente preposti appositi soggetti istituzionali (4) , in grado di assicurare l'effettività delle forme di tutela previste dall'ordinamento. Si tratta, infatti, di autorità indipendenti, chiamate non tanto ad esercitare le tradizionali funzioni amministrative, ma piuttosto titolari di poteri precettivi e di soluzione di conflitti (5) . Con specifico riguardo ai rapporti d'utenza, le autorità fissano gli elementi e i parametri per la determinazione delle tariffe (secondo il metodo del *price-cap*) e definiscono i livelli di qualità del servizio. Le medesime autorità sono preposte ad attività di verifica e di controllo del rispetto di tali prescrizioni, di propria iniziativa o su denuncia degli utenti. Le autorità, infine, possono essere chiamate direttamente a risolvere le controversie insorte tra i soggetti che svolgono il servizio e gli utenti.

Non è un caso che l'istanza di tutela degli utenti sia recepita all'interno di un sistema di regolazione predisposto in funzione della privatizzazione di Eni, Enel e Stet. Il passaggio nelle mani dei privati di tali soggetti richiede che il controllo pubblico si trasferisca dalla proprietà all'attività e assuma forme e obiettivi diversi. La gradualità del processo di apertura alla concorrenza, anche per il

persistere di condizioni di monopolio naturale, e l'esistenza di obblighi di servizio pubblico spiegano la necessità di un intervento di tipo regolativo (6) .
Questo percorso si incrocia con l' *iter* di elaborazione e attuazione di un testo fondamentale (la carta dei servizi) destinato a raccogliere tutti gli impegni assunti da ciascun soggetto erogatore per venire così incontro alla domanda di qualità dei servizi pubblici proveniente dall'utenza.

In tal senso, il Dipartimento della funzione pubblica, nel 1993, ha presentato un primo progetto di carta dei servizi contenente i principi e le tecniche di tutela degli utenti che gli enti erogatori dovrebbero rispettare e attuare. Da un lato, tale progetto è nato con lo scopo di predisporre gli strumenti di garanzia del cittadino di fronte alle amministrazioni di erogazione, dopo che la sua posizione rispetto alle tradizionali amministrazioni autoritative era stata tutelata con la *l. n. 241/1990* (7) . Dall'altro, sin dall'inizio si è esplicitamente previsto che la carta dei servizi debba operare indifferentemente nei confronti di tutti i soggetti esercenti il servizio, tanto pubblici che privati. In entrambi i casi, infatti, vi è l'identica esigenza di proteggere l'utente da un potere forte, a prescindere dalla sua natura. L'ambito di operatività della carta dei servizi è particolarmente ampio e riguarda tutti i servizi pubblici, siano essi imprenditoriali o sociali. La sua tecnica di tutela prescinde, inoltre, dall'individuazione precisa di uno strumento formale di assunzione dell'impegno da parte del soggetto erogatore (8) e, in particolare, opera anche in assenza di un *medium* contrattuale.
La carta dei servizi, dunque, è un atto di autoregolamentazione del soggetto esercente il servizio con il quale questo si impegna, nei confronti delle amministrazioni concedenti e degli utenti, al rispetto di principi, regole e livelli di prestazione (9) . L'obbligo della sua adozione e la predeterminazione dei suoi elementi essenziali sono stati sanciti, in via generale, prima con la direttiva del presidente del consiglio del 27 gennaio 1994, poi dall' *art. 2 del d.l. 12 maggio 1995, n. 163* (convertito con modificazioni dalla *l. 11 luglio 1995, n. 273*), previa formulazione dei c.d. schemi di riferimento settoriale (10) e, infine, dall'art. 2 comma 12, lett. p della già citata *l. 14 novembre 1995, n. 481* (11) .
In tutte queste previsioni legislative e regolamentari la predisposizione di forme di indennizzo automatico a fronte di inadempimenti dei soggetti erogatori è costantemente individuata come uno degli strumenti più importanti di tutela degli utenti.

La tradizionale irresponsabilità del gestore di servizi pubblici

Prima di addentrarsi nella sistemazione di queste forme di indennizzo nelle categorie civilistiche e di procedere, pertanto, all'analisi della sua disciplina positiva, è opportuno richiamare brevemente il tradizionale regime di responsabilità del soggetto che svolge servizi di pubblica utilità.

Uno dei tratti più consolidati e diffusi della disciplina di tali servizi è l'esclusione della responsabilità per una serie di inadempimenti e la limitazione della misura risarcitoria per altri (12) . Tale regime era identico tanto nel caso in cui il servizio fosse stato svolto direttamente da una pubblica amministrazione, tanto nel caso

in cui questo fosse stato affidato, mediante concessione, a soggetti solo formalmente o anche sostanzialmente privati [13] .

Tali previsioni venivano giustificate in primo luogo in termini di politica del diritto.

Da un lato, si sosteneva che non era giusto esporre soggetti erogatori di servizi pubblici a continue e onerose domande di risarcimento quando gli inadempimenti dipendevano più dalle particolari condizioni tecniche di svolgimento del servizio che da comportamenti colposi del gestore o dei suoi dipendenti.

Dall'altro, si osservava che l'esborso dovuto a titolo di risarcimento si sarebbe necessariamente risolto in un aumento delle tariffe, conseguenza particolarmente grave ove si consideri l'essenzialità di questi servizi per la generalità dei cittadini e, dunque, anche per i meno abbienti.

Infine, gli ostacoli probatori relativi all'individuazione dei singoli responsabili e alla dimostrazione (della misura) del danno subíto sconsigliavano, anche sul piano dell'economia processuale, il riconoscimento all'utente delle normali azioni da inadempimento contrattuale.

Le regole di esenzione e di limitazione venivano poi giustificate sul piano dogmatico secondo due diversi itinerari.

Laddove prevaleva una lettura pubblicistica dei rapporti d'utenza, l'irresponsabilità dei gestori di servizi pubblici era parte della più generale teorizzazione dell'irresponsabilità della amministrazione. In particolare, riconoscere una responsabilità nella mancata erogazione del servizio o nella sua prestazione difettosa avrebbe comportato un inammissibile sindacato sull'organizzazione del servizio, attività dell'amministrazione, invece, tipicamente discrezionale a fronte della quale il privato è titolare soltanto di interessi legittimi, se non di mero fatto.

In un'ottica contrattuale, al contrario, esclusioni e limitazioni della responsabilità positivamente stabilite entravano a far parte della legge delle parti in virtù del consenso che l'utente implicitamente avrebbe prestato a tali clausole al momento della fruizione del servizio. La fonte legislativa o regolamentare della disciplina permetteva, inoltre, di superare i limiti vigenti per le pattuizioni private, che in base *all'art. 1229 c.c.* sono nulle ove intendano sollevare il debitore, o alleggerire la sua esposizione, persino nei casi di dolo e colpa grave.

Tale quadro, sostanzialmente immutato a livello normativo fino all'attuale processo di riforma, si è progressivamente incrinato per almeno tre ragioni.

La prima è l'evoluzione tecnologica che rende l'erogazione dei servizi sempre meno insicura e aleatoria, riducendo, così, il numero degli eventi dannosi e consentendo, allora, più facilmente di addebitarli a un comportamento negligente imputabile all'organizzazione del gestore.

La seconda è l'affermazione sempre più netta della natura imprenditoriale dei servizi di pubblica utilità con la conseguente soggezione al diritto privato dell'attività e la cancellazione di ogni immunità dettata da misteriosi e insindacabili interessi pubblici. Tale considerazione è ora ancor più evidente di fronte al processo di privatizzazione dei principali soggetti erogatori.

La terza è la maturazione del diritto contrattuale che si allontana da un concetto nudo e astratto di consenso capace di legittimare qualsiasi assetto di interessi, per quanto unilateralmente orientato, per ispirarsi, invece, apertamente alla tutela del contraente debole, al punto da correggere il regolamento contrattuale che il soggetto forte era riuscito a imporre (14) .
I primi effetti diretti sul piano normativo derivanti da questa triplice consapevolezza sono stati prodotti non dall'intervento del potere legislativo, ma dalle pronunce della Corte costituzionale. Esclusioni e limitazioni della responsabilità, anche per l'ipotesi di colpa non lieve, a favore del vettore aereo (sentenza n. 132 /1985) (15) , dell'amministrazione postale (sentenze n. 303/1988(16) e n. 74/1992 (17) , del concessionario del servizio telefonico (sentenze n. 1104/1988) (18) e n. 456/1994 (19) sono state, infatti, dichiarate, con riferimento a determinate fattispecie, costituzionalmente illegittime (20) . A fondamento di tali pronunce vi è, in primo luogo, il ripudio di ogni privilegio per l'amministrazione che gestisce il servizio (21) . Dalla considerazione che i servizi pubblici essenziali devono essere gestiti in base *all'art. 43 Cost.* in forma d'impresa, secondo criteri di economicità, discende la necessaria conformazione dei rapporti con gli utenti come rapporti contrattuali, fondamentalmente soggetti al regime del diritto privato (22) .
Anche ove la regolamentazione del rapporto abbia fonte in una disciplina speciale si impone l'esigenza di un «equilibrato componimento degli interessi dell'utente con quelli del concessionario» (23) . Su tale valutazione può, allora, incidere anche l'evoluzione del fattore tecnologico che consente di ritenere oggi ingiustificate quelle misure protettive inizialmente necessarie per lo sviluppo del settore (24) . Meno convincente l'esito del bilanciamento quando l'irresponsabilità del gestore o l'esiguità della misura riparatoria è stata ritenuta adeguatamente ricompensata dal basso livello della tariffa pagata per la prestazione (in questo senso soprattutto le sentenze n. 50/1992 (25) e n. 74/1992 e già la n. 90/1982). Tale soluzione non convince per una ragione di coerenza e di integrità dell'ordinamento, che pone limiti di ordine pubblico ai patti sulla limitazione di responsabilità(26) . Ma anche dal punto di vista della razionalità economica, tali clausole non sono accettabili in quanto di fatto incentivano l'irresponsabilità nella gestione del servizio, contribuendo così, alla sua inefficienza (27) .

Gli indennizzi automatici: da clausole limitative della responsabilità a penali per l'inadempimento?

In questo quadro consolidato o tendenzialmente unitario di (totale o parziale) irresponsabilità del gestore, si inserisce, nell'ambito di una riforma complessiva del regime delle *public utilities* , la previsione di forme di «indennizzo automatico» a carico dei soggetti erogatori inadempienti.

L'utilizzazione da parte del legislatore del termine «indennizzo» non deve indurre l'interprete ad affrettate conclusioni nell'inquadramento della previsione normativa. Né va trascurato il fatto che l'espressione sia sempre ricorsa in queste discipline settoriali (28) , al punto da potersi considerare meramente tralatizia.

Dalla pluralità di regole codicistiche in materia di obbligazioni di indennità o di indennizzo, si ricavano due elementi distintivi. In primo luogo, per quanto riguarda la fonte, tali obbligazioni sorgono soprattutto da ipotesi di atto lecito dannoso, tra le quali spicca l'espropriazione per motivi di interesse generale (*art. 834 c.c.* ; cfr. *art. 42 comma 3 Cost.).* In secondo luogo, relativamente alla quantificazione, la somma dovuta si caratterizza per non essere esattamente commisurata al danno prodottosi.

Entrambi i profili possono rivelare l'ordine di idee nel quale si muoveva il legislatore di fronte alla gestione pubblica dei servizi, tutto interno a una concezione autoritativa dell'attività amministrativa, tanto di regolazione che di prestazione. In questa prospettiva, il soggetto pubblico che espropria o quello che fornisce un servizio, quando lede un diritto assoluto o di credito dei privati, non è tenuto a risarcirlo, a prescindere dall'aspetto fisiologico o invece patologico del suo operare (29) .

Sul piano interpretativo le due principali connotazioni dell'obbligazione di indennità o di indennizzo vanno, peraltro, ridimensionate. In primo luogo, non si può stabilire una corrispondenza biunivoca tra risarcimento e atto illecito, da un parte, e indennità e atto lecito, dall'altra. Da un lato, infatti, vi sono ipotesi di atto lecito da cui sorge un obbligo risarcitorio e non di indennizzo (come nel caso di rottura di promessa di matrimonio senza giustificato motivo o causata spingendo l'altra persona a recedere - v. art. 81 commi 1 e 2 c.c.). Dall'altro, tanto nel caso dell'atto necessitato (*art. 2045 c.c.*) quanto in quello del danno procurato da un soggetto incapace, subordinatamente al mancato risarcimento da parte della persona incaricata della sorveglianza (*art. 2047 c.c.*), l'obbligo di indennizzare nasce da atti illeciti. In secondo luogo, la misura dell'indennizzo, seppur sganciata dall'effettivo danno subito, «non in ogni caso differisce dal risarcimento del danno quanto alla misura della riparazione, comprensiva delle perdite sofferte e dei guadagni mancati (artt. 1223, 2066)» (30) .

Sarebbe dunque un'operazione interpretativa priva di fondamento, oltre che completamente antistorica, quella che volesse ricavare, dall'esistenza di un obbligo di indennizzo, la liceità degli atti organizzativi ed esecutivi adottati dal gestore dei servizi, seppure non conformi agli impegni assunti nei confronti delle autorità di regolazione e degli utenti, per sostenere, tutt'al più, che da tali atti deriverebbe soltanto un obbligo di riparazione simbolica e consolatoria.

Per concludere sul punto, il riferimento alla figura dell'indennizzo nulla ci dice oltre il fatto che tale obbligazione è sganciata, nella sua misura, dalla dimensione effettiva del danno verificatosi. Per il resto l'adozione del termine è frutto di antichi retaggi e di una tendenza del legislatore speciale a ricorrere a vocaboli generici e atecnici (31) .

Più significativo è l'altro termine della formula adoperata dal legislatore. Il riferimento alla «automaticità» dell'indennizzo si raccorda alle esigenze di effettività della tutela degli utenti e di semplificazione delle procedure che sono tra i motivi ispiratori della carta dei servizi. Inoltre, si concilia l'interesse alla sicurezza dell'utente in ordine al ricevimento di una misura patrimoniale

compensativa con l'interesse dell'esercente il servizio alla definizione il più possibile esatta dei suoi eventuali oneri finanziari derivanti da inadempimento.

Proprio l'elemento della «automaticità» conferma l'erroneità di un ancoraggio alla nozione codicistica di indennità o indennizzo, non solo perché già di per sé non omogenea, ma anche perché viene a mancare, in questi casi, un altro dei suoi tratti più caratteristici. Mentre nel codice l'indennizzo esalta i poteri equitativi di apprezzamento del giudice, nella determinazione sia dell'an che del *quantum* , nei casi in esame il profilo saliente è proprio quello dell'eliminazione del giudice nel momento patologico insorto nel rapporto tra le parti.

Al di là delle formule verbali, dunque, la previsione normativa può trovare un convincente inquadramento se si abbandona il riferimento fuorviante, e comunque non univoco all'indennità, per accostarci invece, proprio grazie all'elemento dell'automaticità, alle ipotesi di definizione preventiva della misura risarcitoria di un danno contrattuale.

A tale generica nozione possono essere ridotti due diversi tipi di clausole, simili dal punto di vista strutturale, ma profondamente diverse dal punto di vista funzionale: da un lato le clausole limitative della responsabilità, dall'altro le clausole penali.

Funzione delle prime è la tutela dell'interesse del debitore mediante la fissazione di un limite di tipo quantitativo alla misura del risarcimento o addirittura attraverso l'esclusione di alcune fattispecie di responsabilità. Funzione delle seconde è la tutela dell'interesse del creditore attraverso l'assicurazione di una prestazione sostitutiva e successiva all'inadempimento [(32)] .

Proprio questa distinzione consente di cogliere il processo di transizione e il tendenziale ribaltamento di prospettiva nella disciplina delle *public utilities* .

Dal momento dello sviluppo dei servizi di pubblica utilità, infatti, gli enti erogatori si sono potuti avvalere di regole di esclusione e di limitazione della responsabilità capaci addirittura di valicare i confini, ritenuti di ordine pubblico, sanciti *dall'art. 1229 c.c.* La concentrazione nelle mani dello Stato delle funzioni di regolatore e di gestore consentiva allora di sancire a livello normativo l'assetto di interessi più vantaggioso per l'amministrazione erogatrice.

Ora, invece, la fissazione in via preventiva della misura risarcitoria è imposta al soggetto che svolge il servizio, anche se non in sede contrattuale dal creditore (come vorrebbe l'ipotesi classica), stante la debolezza della posizione dell'utente, ma invece dalla legge e dai poteri pubblici che presiedono alla regolazione del servizio.

Proprio il fatto che la predeterminazione del *quantum* dovuto a titolo di risarcimento sia subita dal debitore, invece che da questi imposta al creditore, induce ad avvicinare le forme di «indennizzo automatico» alle clausole penali, piuttosto che ai patti di limitazione della responsabilità. Per suffragare tale conclusione sarà particolarmente importante la determinazione nel concreto della misura della penale e il suo rapporto con l'entità presunta del danno. Sin da ora emerge, peraltro, come le forme di indennizzo automatico intendano coprire voci di danno tradizionalmente non protette dall'ordinamento [(33)] .

La previsione di clausole penali, oltre che risarcire l'utente dalle conseguenze del disservizio, funge per l'ente erogatore da stimolo all'adempimento [34] , con un effetto positivo innanzitutto sull'efficienza nell'organizzazione del servizio.
L'imposizione di forme di indennizzo automatico è solo uno degli strumenti utilizzati per prevenire e sanzionare l'inadempimento degli enti erogatori.

Da un lato, infatti, le autorità di regolazione controllano i meccanismi di autocorrezione dei soggetti erogatori, sindacando la congruità, delle misure adottate dai soggetti esercenti il servizio per verificare periodicamente la qualità e l'efficacia delle prestazioni e raccogliere i reclami dell'utenza (v. *art. 2 comma 12, lett. n, l. n. 481/1995*).

Dall'altro, le medesime autorità sono titolari di un'autonoma funzione di controllo circa il rispetto degli impegni assunti nella carta dei servizi (*art. 2 comma 12, lett. p, l. n. 481/1995*). Inoltre, il regolatore può essere chiamato a valutare reclami, istanze e segnalazioni provenienti da singoli utenti o da loro associazioni, in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari. Tale valutazione può sfociare in una modifica alle modalità di servizio o nella revisione del regolamento di servizio (*art. 2 comma 12, lett. m, l. n. 481/1995*).

Fissazione dei livelli di qualità del servizio e previsione di indennizzi automatici per la loro violazione

L'indennizzo automatico viene corrisposto agli utenti nel caso di inadempimento di clausole contrattuali e, soprattutto, a fronte di violazione degli *standard* di qualità del servizio.

L'adozione di *standard* da parte degli enti erogatori costituisce, nella prospettiva della carta dei servizi, lo strumento principale di tutela degli utenti. Tale operazione presuppone la selezione dei fattori da cui dipende la qualità del servizio (es., tratto dagli schemi per il servizio elettrico e per il gas: la gestione del rapporto contrattuale con l'utente). Quindi, bisogna individuare l'indicatore di qualità (es.: tempi di preavviso per la sospensione del servizio). Infine, si procede alla fissazione dei livelli di qualità e di quantità dei servizi, per ognuno degli indicatori identificati (nell'esempio fatto, il numero di giorni). Tali livelli sono generali quando l'obiettivo qualitativo perseguito attiene all'insieme dei risultati dell'attività. Sono, invece, specifici quando si riferiscono al livello delle singole prestazioni.

Gli enti erogatori assicurano il rispetto tanto degli *standard* generali quanto di quelli specifici. Il controllo di questi ultimi, peraltro, è maggiormente efficace, in quanto il singolo utente può verificarne direttamente l'ottemperanza.

L'individuazione dei fattori e degli indicatori di qualità del servizio è stata sottratta all'autonomia degli enti erogatori, divenendo oggetto di regolamentazione autoritativa in sede di emanazione degli schemi di riferimento settoriale.

In tali schemi l'obbligo di indennizzo automatico è stato esplicitamente circoscritto alla violazione degli *standard* specifici di qualità.

Ai soggetti erogatori è, dunque, rimessa una triplice scelta: la determinazione del livello di qualità garantito per ciascuno dei parametri individuato nello schema di riferimento; la selezione di un numero minimo di indicatori, per i quali il rispetto degli*standard* è presidiato dalla previsione di forme di indennizzo automatico; l'indicazione dell'ammontare di tali indennizzi.

Con la costituzione delle autorità per i servizi di pubblica utilità dovrebbe essere sottratta agli enti erogatori la prima scelta: le autorità di regolazione sono, infatti, chiamate a definire i livelli di qualità delle prestazioni [35] , mentre ai soggetti erogatori è riconosciuta soltanto la facoltà di partecipare al relativo procedimento, in parallelo, più che in contraddittorio, con i rappresentanti dei consumatori e degli utenti (*art. 2 comma 12, lett. h, l. n. 481/1995*) [36] .
Meno decifrabile è la norma che rimette alle autorità di regolazione la determinazione dei casi di indennizzo automatico (*art. 2 comma 12, lett. g, l. n. 481/1995*). La sua collocazione nel contesto dei poteri ispettivi dell'autorità induce a preferire la tesi che si tratti di un accertamento nel caso concreto dell'obbligo di corrispondere l'indennizzo, piuttosto che di una predeterminazione degli *standard* presidiati da clausole penali. Sicuramente intatto è, invece, il terzo potere di scelta spettante alle imprese di pubblica utilità, la fissazione della misura dell'indennizzo, profilo davvero decisivo come si accennava nel capitolo precedente e come si evidenzierà nelle conclusioni.

Accertamento dell'obbligo di corrispondere l'indennizzo e strumenti di coazione

Il regime generale dell'indennizzo automatico è indicato nella direttiva del 27 gennaio 1994. Ivi si prevede testualmente che i soggetti erogatori assicurano agli utenti forme di rimborso nei casi in cui è possibile dimostrare che il servizio reso è inferiore, per qualità e tempestività, agli *standard* pubblicati (parte II, art. 6.1). Allo stesso tempo, la direttiva consente ai soggetti erogatori di rivalersi nei confronti del dipendente a cui sia imputabile la violazione (parte II, art. 6.3).

La responsabilità che viene posta a carico degli enti erogatori, prescinde dall'individuazione di un singolo responsabile e dalla dimostrazione di un contegno negligente. L'ente erogatore, infatti, può sottrarsi alla propria responsabilità soltanto invocando il venir meno del rapporto di causalità o la forza maggiore: l'art. 9 dello schema di riferimento per il settore dell'energia elettrica (e analogamente l'art. 10 dello schema per il settore del gas) vincola l'operatività degli *standard* alla presenza di«condizioni«normali» di esercizio, che non ricorrono a fronte di«situazioni straordinarie dovute a eventi naturali eccezionali, eventi causati da terzi, scioperi (diretti o indiretti) o atti dell'Autorità pubblica».

Particolarmente interessanti sono i profili procedurali.

L'aspirazione a una semplificazione delle procedure di indennizzo, di cui si era fatta interprete la direttiva (parte II, art. 6.2), trova una prima risposta negli schemi di riferimento per il settore dell'elettricità (art. 8) e del gas (art. 9), dove si stabilisce che, a seguito di richiesta corredata dalla necessaria documentazione, le aziende, riconosciuto il fondamento della pretesa,

accreditano l'importo sulla bolletta. Più in generale, l'obiettivo della sollecita risposta da parte dei soggetti esercenti il servizio a reclami, istanze e segnalazioni dell'utenza è presidiato dalle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, chiamate a verificare la congruità rispetto a tale obiettivo delle misure organizzative adottate dagli enti erogatori.

L'effettività della tutela dell'utente sarebbe vanificata, se, di fronte al rifiuto dell'impresa di riconoscere il proprio inadempimento, questi non potesse fare altro che adire le tradizionali vie giurisdizionali. Lunghezza dei processi e, in molti casi, sproporzione del loro costo rispetto al risultato sconsigliano all'utente, perlomeno al singolo, iniziative in questa direzione.

Risulta allora fondamentale l'individuazione di una sede alternativa di controllo dei comportamenti del soggetto erogatore e di soluzione delle controversie.

In questo senso, un ruolo importante è svolto da ciascuna delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità. Innanzitutto, prima ancora che la controversia sia in qualche modo formalizzata, ciascuna autorità ha il potere di ordinare all'esercente il servizio«la cessazione di comportamenti lesivi dei diritti degli utenti, imponendo, ai sensi del comma 12, lett. g, l'obbligo di corrispondere un indennizzo» (*art. 2 comma 20, lett. d, l. n. 481/1995*). Dalla norma richiamata sembra emergere, anzi, un autonomo potere di accertamento dell'autorità in sede ispettiva, e dunque, anche, a prescindere da denunce degli utenti. Qualora, invece, il conflitto tra le parti sia più complesso e richieda una soluzione giurisdizionale, l'autorità può svolgere funzioni di conciliazione o di arbitrato e in questo caso il ricorso al giudice ordinario sarà improcedibile fino alla scadenza del termine fissato per la presentazione della relativa istanza (*art. 2 comma 24 lett. b, l. n. 481/1995*). Nell'ambito della procedura di conciliazione e di arbitrato, ciascuna autorità può adottare «provvedimenti temporanei diretti a garantire la continuità dell'erogazione del servizio ovvero a far cessare forme di abuso o di scorretto funzionamento da parte del soggetto esercente il servizio» (art. 2 comma 20, lett e, *l. n. 481/1995*).

La pretesa risarcitoria si sottrae, dunque, all'oneroso accertamento in sede giurisdizionale non soltanto per quel che attiene alla quantificazione, conformemente agli effetti propri di qualsiasi clausola penale stipulata tra due contraenti. Qui, infatti, anche l'esistenza dell'obbligo di corrispondere il c.d. indennizzo può essere accertato da un'autorità indipendente, in posizione di terzietà, ma comunque estranea al potere giudiziario.

Di fronte a tale ordine di pagamento, ricadrà sul soggetto esercente l'onere di adire il giudice, segnatamente quello amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, per chiedere l'annullamento del provvedimento del regolatore (*art. 2 comma 25, l. n. 481/1995*).

Ove anche l'autorità indipendente non ritenesse opportuno ordinare la corresponsione dell'indennizzo, si aprirebbe comunque all'utente la via della procedura di conciliazione o di arbitrato, certamente meno gravosa dal punto di vista degli oneri formali e probatori e più sicura in termini di rapidità della decisione e di ottemperanza al giudicato.

Conclusioni

L'indennizzo automatico costituisce uno degli strumenti più significativi di tutela degli utenti. Anche nel passaggio da un sistema di clausole limitative della responsabilità a un sistema di clausole penali si può riscontrare il mutamento del segno nella disciplina delle *public utilities* .

L'interesse pubblico direttamente protetto non è più quello dell'amministrazione pubblica erogatrice del servizio, che vuole escludere o circoscrivere l'obbligazione risarcitoria, ma è l'interesse del pubblico e cioè della generalità degli utenti a un servizio qualitativamente soddisfacente, conforme agli impegni presi verso la collettività.

Il passaggio dal vecchio al nuovo sistema non può, peraltro, dirsi compiuto fin tanto che non si sarà verificata nel concreto l'applicazione dei recenti provvedimenti normativi.

Vi è, innanzitutto, un problema di determinazione dei livelli di qualità da parte dei soggetti erogatori. Le autorità di controllo e le organizzazioni degli utenti dovranno vigilare affinché i soggetti esercenti il servizio, per garantirsi, non fissino *standard*eccessivamente bassi (37) .

Un secondo punto debole è rappresentato dalla selezione degli *standard* il cui mancato rispetto è fonte di un obbligo di indennizzo. In particolare, appare opportuno ripensare la regola secondo cui solo la violazione degli *standard* specifici sarebbe sanzionabile con una misura pecuniaria. Al contrario, anche il rispetto degli *standard* generali potrebbe essere stimolato dalla previsione di forme risarcitorie, magari a vantaggio non di singoli utenti, ma delle loro organizzazioni rappresentative (38) .

Terza questione delicata è quella della misura dell'indennizzo. La stessa configurabilità di una clausola penale, e il conseguente assolvimento di una funzione di riparazione, richiede che il suo ammontare non sia significativamente minore del danno contrattuale presumibilmente subito dal creditore-utente. In proposito, due sono le misure che appaiono particolarmente auspicabili. Da un lato, il riconoscimento all'utente della facoltà di provare il maggior danno eventualmente patito (ai sensi*dell'art. 1384 c.c.* , la clausola penale ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, «se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore»). Dall'altro, il ricorso a regolamenti contrattuali differenziati per tipi di utenza, o addirittura per singoli utenti, che tengano conto dei diversi fattori di qualità rilevanti per ognuno e della diversa incidenza economica che la loro violazione può determinare.

Prefigurando per un istante la realizzazione di un sistema ancora tutto da costruire, si può pensare che su questo terreno, il livello delle prestazioni garantito, i casi e l'entità degli indennizzi dovuti a seguito di inadempimento, possa giocarsi la concorrenza tra le imprese di pubblica utilità che si contendono le concessioni amministrative e le fasce di mercato.

Le clausole di indennizzo automatico potrebbero assolvere quella funzione di *segnaling* che, trasposta dal piano della teoria dei giochi all'ordine giuridico, è stata ascritta alla clausola penale (39) .

La consistenza della misura della penale, eventualmente superiore allo stesso valore della prestazione, e la quantità di impegni garantiti, non rappresentano soltanto un utile stimolo all'adempimento.

Siffatte previsioni evidenziano, infatti, anche la fiducia che il debitore ripone nella propria capacità di adempiere agli obblighi contrattuali. Questa funzione «segnaletica» delle clausole di indennizzo automatico si rivela particolarmente utile nel settore delle *public utilities* , finora caratterizzato da regimi monopolistici e da gestori unici dei servizi. Le imprese che aspirano a diventare secondi gestori oppure a entrare nel mercato liberalizzato non possono vantare, infatti, la fiducia delle amministrazioni concedenti o dei consumatori che deriva dalla preesistenza di rapporti convenzionali e contrattuali. In questo caso, allora, la quantità di voci di danno coperte e la misura dell'indennizzo garantito costituiscono per l'impresa di pubblica utilità uno strumento di persuasione delle autorità pubbliche e degli utenti circa la sua attendibilità nel rispettare gli impegni assunti nei confronti delle une e degli altri.

L'ultima considerazione sui profili applicativi delle previsioni normative qui analizzate riguarda le responsabilità istituzionali. La disciplina positiva delle clausole di indennizzo automatico, tanto per la scelta della determinazione in via preventiva e forfettaria della misura riparatoria, quanto per l'affidamento del suo *enforcement* ad autorità (amministrative) indipendenti, testimonia la consapevolezza del legislatore circa l'inefficacia delle tradizionali vie giurisdizionali a risolvere controversie in questo tipo di rapporti [(40)] . Un ruolo fondamentale spetta alle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, da un lato istituzionalmente preposte alla promozione della tutela dei consumatori, dall'altro arbitri imparziali dei conflitti relativi al rapporto d'utenza [(41)] . Anche dal prestigio dei suoi componenti e dalla capacità di funzionamento della sua organizzazione dipendono lo sviluppo economico e l'efficienza delle *pubblic utilities* , la soddisfazione degli utenti e dei consumatori e la loro effettiva tutela, di cui le clausole di indennizzo automatico costituiscono un importante momento.

[(1)] In G.U. 18 novembre 1995, n. 270, suppl. *ord. n. 136* .

[(2)] Per un primo commento v. S. Cassese, Indipendenza ad alta tensione, in Mondo economico, 4 dicembre 1995, 29;
G. Sanviti, La regolazione dei servizi di pubblica utilità, e G. Napolitano, Autorità indipendenti e tutela degli utenti, in Giornale dir. amm., 1996, 1, 5. Sul regime tradizionale delle public utilities sulle sue evoluzioni v. S. Cassese, La nuova costituzione economica, Roma-Bari, 1995, 71 ss. Sulle tendenze in atto a livello comunitario v. R. Arrigoni, Regolazione e gestione delle public utilities: principio di separazione e libera concorrenza nell'applicazione di principi costituzionali e comunitari, in Riv. trim. dir. pubbl. 1995, 87 ss. e, nella pubblicistica francese, la rassegna Le service public et la construction communautaire, in RFD adm., 1995, 291 ss.

[(3)] La legge detta norme comuni per la regolazione dei settori dell'energia elettrica e del gas e delle telecomunicazioni. Le attribuzioni dell'autorità

preposta a quest'ultimo campo sono peraltro suscettibili di modifiche e integrazioni in virtù dell'attesa riforma del settore radio-televisivo. La legge funge da modello anche per i settori dell'acqua, dei trasporti e delle comunicazioni, inizialmente contemplati nel medesimo provvedimento e successivamente stralciati. Su questo esito v. le considerazioni critiche di M. Clarich, Authority, storia di un'occasione perduta, in Il Sole 24 Ore, 30 novembre 1995.

(4) L'unico precedente settoriale, quello del Comitato consultivo degli utenti presso il Garante per l'editoria e la radio - televisione a parte l'occasionalità della sua genesi, non può considerarsi soddisfacente per la mancanza in capo a tale organo di poteri effettivi di intervento e per la sua sostanziale estraneità rispetto a corpo di interessi protetti nella legge. Per un recente bilancio v. i contributi di G. Alpa, N. Lipari, A. Pace, G. Santaniello, in Dir. inf., 1995, 555 ss.
Una valutazione complessiva in M.A. Stefanelli, La tutela dell'utente di pubblici esercizi, Padova, 1994.

(5) Sul tema si segnalano soltanto gli atti, di prossima pubblicazione, di due recenti convegni. Il primo dedicato a Le autorità indipendenti, svoltosi presso il Consiglio di Stato il 17 novembre 1995, (v. in particolare gli interventi di F. Patroni Griffi, L. Torchia, C. Franchini, M. Clarich, R. Caranta, S. Cassese). Il secondo, organizzato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dal tema La tutela della concorrenza: regole, istituzioni e rapporti internazionali, Roma, 20-21 novembre 1995 (v. soprattutto i contributi di S. Cassese, M. Clarich, Y. Meny, G. Pericu, G. Amato).

(6) Per una sistemazione della nozione di regolazione rispetto alle categorie tradizionali del diritto amministrativo v. L. Torchia, Il controllo pubblico della finanza privata, Padova, 1992, 418 ss., G. Vesperini, La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio delle funzioni regolative, Padova, 1993, 237 ss.

(7) Espressamente in questa direzione la presentazione di S. Cassese al volume contenente la proposta e i materiali di studio.

(8) In tal senso G. Sanviti, La carica dei servizi pubblici, in Regione e Governo locale, 1994, 723.

(9) Per una prima ricostruzione v., oltre al contributo di G. Sanviti sopra cit., anche S. Battini, La carta dei servizi, in Giornale dir. amm., 1995, 7,703 ss.

(10) Il primo schema di riferimento settoriale è stato emanato per i servizi pubblici sanitari con d.P.C.M 19 maggio 1995, in G.U., 31 maggio 1995, n. 125, serie generale (per una prima attuazione con riferimento al Servizio sanitario nazionale, v. Ministero della sanità, linee-guida n. 2/1995, in G.U. 31 agosto 1995, n. 203, serie generale, suppl. *ord. n. 108* . Il secondo è stato quello per i servizi scolastici, *d.P.C.M. 7 giugno 1995* , in G.U. 15 giugno 1995, n. 138, serie generale. Il terzo e il quarto sono stati dettati per il settore elettrico e per il gas con *d.P.C.M. 18 settembre 1995* , in G.U. 23 settembre 1995, n. 223 serie generale.

(11) Il rinvio alla carta dei servizi dei soggetti esercenti il servizio è presente anche nella legislazione settoriale: v., ad esempio, per l'Ente Poste italiane»,

l' *art. 8 del d.l. n. 487/1993* che disciplina i contenuti del contratto di programma.

(12) L'eccezione più rilevante è rappresentata dal regime dell'Enel i cui atti, sin dalla sua costituzione, sono stati integralmente soggetti al diritto privato. La conseguenza è stata che l'Enel ha potuto liberamente predisporre le proprie condizioni generali di contratti al di fuori di qualsiasi controllo pubblico (cfr. M. Libertini, Le condizioni generali del monopolista legale, in Contratto e impresa, 1991, 579 ss.) e dettare così, come una qualsiasi impresa privata, regole a suo vantaggio. Per la denuncia della situazione anomala» in cui si è trovato l'Enel v. E. Roppo, Questioni in tema di formazione del consenso, obbligo legale a contrarre e pari trattamento degli utenti di un'impresa monopolista. (A proposito di contratti standard per la somministrazione di energia elettrica), in Giur. it., 1979, I, 1, 172.

In ogni caso la determinazione autoritativa o l'approvazione amministrativa di condizioni generali di contratto, proprio come dimostra la vicenda delle clausole di irresponsabilità, non ha mai rappresentato una forma di tutela del contraente debole. Al contrario, spesso quando è l'amministrazione a gestire direttamente un servizio«cambia la tirannia - un remoto ed ostile interesse pubblico, in luogo dell'egoistica rincorsa al profitto dell'imprenditore ortodosso -, ma non la protervia della sostanza delle cose» (così R. Pardolesi, Aspetti di diritto comparato nella disciplina dei servizi pubblici essenziali, in Energia e servizio pubblico, Milano, 1989, 71).

Si tenta, inoltre, presente che un efficace sistema di controllo sul contenuto delle clausole che non hanno formato oggetto di trattativa individuale, è stato introdotto ora in Italia sulla base della direttiva Cee 93/13 (per una prima informazione v. E. Roppo - G. Napolitano, voce Clausole abusive, in Enc. giur. Treccani, Roma, 1994). In particolare, le clausole tese a«escludere e limitare impropriamente i diritti legali del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di totale e parziale inadempimento da parte del professionista di un qualsiasi obbligo contrattuale»possono essere dichiarate abusive dal giudice e stralciate da regolamento contrattuale.

(13) La norma più rappresentativa» è, senza dubbio, l' *art. 6 d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156* (cd. codice postale):«L'amministrazione non incontra alcuna responsabilità per i servizi postali, di bancoposta e delle telecomunicazioni fuori dei casi e dei limiti espressamente stabiliti dalla legge». Il comma 2 sancisce espressamente che «La medesima norma è applicabile ai concessionari dei servizi».

(14) La funzionalizzazione della lettura in chiave privatistica a un'esigenza di tutela dell'utente-consumatore è particolarmente esplicita in G. Alpa, Contratti di utenza pubblica, in Nuova giur. civ., 1986, II, 107, e ritorna nella giurisprudenza della Corte costituzionale infra citata.

(15) In Foro it., 1985, I, 1585 ss, con nota redazionale di R. Pardolesi.

(16) In Foro it., 1988, I, 1, 56 ss con osservazioni di G. Marziale e in Giur. it., 1988, I, 1, 1443, con nota di V. Carbone, La responsabilità

dell'Amministrazione postale: regime obbligatorio d'impresa per i servizi pubblici?
(17) In Foro it., 1992, I, 1353 ss, con nota redazionale di R. Pardolesi e commento di F. Cosentino, Alla ricerca della raccomandata perduta: modificate le regole sulla posta in gioco. Altri commenti in M. Bignami, Gestione di pubblico esercizio in forma di impresa e responsabilità del dipendente: la Corte costituzionale ci ripensa?, in Giur. cost., 1992, 3141 ss; E. Nizza, Ancora in tema di responsabilità dell'Amministrazione delle Poste e delle Telecomunicazioni, in Riv. amm., 1992, 1644 ss.
(18) In Foro it., 1989, I, 1, 1 ss. con nota di N. Mazzia. Altre considerazioni in V. Zeno Zencovich, La tutela costituzionale dell'utente telefonico e i riflessi di servizi telematici, in Dir. inf., 1989, 189; in P. Pellegrino, Per una maggiore parità contrattuale nei rapporti con la SIP, in Cons. Stato, 1989, II, 503; in E. Nizza, Limitazioni alla responsabilità dell'amministrazione delle poste e della società concessionaria dei servizi telefonici, in Riv. amm., 1989, 691 ss.
(19) In Giornale dir. amm., 1995, 5,553 ss. con nota di A. Sandulli, La responsabilità del concessionario di servizio pubblico.
(20) Per un bilancio complessivo della giurisprudenza costituzionale, v., secondo diverse angolature, F.D. Busnelli, Limitazioni risarcitorie, diritto dei trasporti, codice civile, in Diritto dei trasporti, 1993, 647 ss; G. Ponzanelli, Limitazione di responsabilità, analisi economica del diritto e giudizio di costituzionalità, in Foro it., 1992, I, 546; A. Ricciardi, *L'art. 1229 c.c.* e le limitazioni legali della responsabilità, in Rass. dir. civ., 1992, 571 ss; F. Trimarchi Banfi, La responsabilità del gestore di pubblici servizi nella prospettiva delle privatizzazioni, in Dir. amm., 1995, 143 ss.
(21) Il sistema fondato sul già citato *art. 6 del d.P.R. n. 156/1973* «si spiega solo come retaggio storico di un privilegio risalente alle origini del servizio postale» la cui «conservazione non ha alcuna giustificazione nell'ordinamento attuale» (così Corte cost., sentenza n. 303/1988, punto 2).
(22) Corte cost. n. 303/1988, punto 2.
(23) Così testualmente il punto 8 della Corte cost., sentenza n. 1104/1988. Analogamente già la n. 132/1985, punto 4.3 e ora la n. 456/1994, punto 3.
(24) In questo senso soprattutto il punto 5 della Corte cost. n. 132/1985, relativa al vettore aereo.
(25) In Foro it., 1992, I, 609.
(26) Per riprendere le parole di E. Roppo, Contratti standard, Milano, 1977, 70, «la liceità giuridica degli atti di autonomia privata non può essere, per così dire, «monetizzata». L'obiezione è avanzata contro la tradizionale giustificazione data all'inserzione di clausole di esonero o di limitazione nelle condizioni generali di contratto.
(27) Sul punto insiste da ultima F. Trimarchi Banfi, op. cit., 152.
(28) Si parla esplicitamente di indennità, ad esempio, nell'art. 18 del codice postale del 1936 e nell'art. 28 del codice postale del 1973.
(29) Sulla responsabilità civile della P.A. v. G. Alpa - M. Bessone - V. Zeno Zencovich, I fatti illeciti, in Trattato di diritto privato, diretto da P. Rescigno, II ed., Torino, 1995, 225 ss.; D. Sorace (a cura di), La responsabilità pubblica

nell'esperienza giuridica europea, Bologna, 1994; R. Caranta, La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione. Sistemi e tecniche, Milano, 1993; Garri, La responsabilità civile della pubblica amministrazione, in Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1994; V. Carbone (a cura di), Responsabilità civile. Rassegna ragionata di giurisprudenza e dottrina, Milano, 1995, 401 ss..

(30) Così P. Rescigno, voce Obbligazioni (diritto privato). Nozioni generali, in Enc. dir., XXIX, Milano, 1979, 157.

(31) Analoghe considerazioni possono farsi per l'utilizzazione nella normativa secondaria, del termine rimborso. Il riferimento alla rifusione delle sole spese sotteso dal vocabolo rimborso può rivelare tutt'al più un'esitazione e una prudenza dell'autorità governativa, ma non ha prodotto conseguenze sul piano della disciplina dettata.

Per una rassegna di altri casi di indennizzo stabiliti dalla legge v. G. Alpa - M. Bessone - V. Zeno Zencovich, I fatti illeciti, cit., 459 ss.

(32) Sul punto v. A. Zoppini, La pena contrattuale, Milano, 1992, 230 ss., in part. 232-233.

(33) Negli schemi di riferimento settoriale tanto dell'elettricità che del gas (rispettivamente art. 8 e art. 9) si obbligano le aziende a individuare almeno quattro indicatori della qualità del servizio la cui violazione faccia sorgere in capo all'utente un diritto a rimborso forfettario. Tra gli indicatori specifici vi sono i tempi per l'attivazione dell'utenza, per la risposta alle richieste e ai reclami degli utenti, per il preavviso di sospensione del servizio.

Nello schema di riferimento per il servizio sanitario, si prevede, ad esempio, che «Per l'inosservanza da parte dell'USL dell'obbligo di effettuazione della prestazione prenotata, l'Usl stessa è tenuta al rimborso d'ufficio della somma versata dall'assistito nel caso questi rinunci ad bonum effettuare la prestazione, al rilascio di un pari a lire 50.000 a titolo di risarcimento del disagio (il corsivo è dell'autore)» (pag. 32).

(34) In questo senso, ora, F. Galgano, Artt. 1382-1384, in F. Galgano - G. Visintini, Degli effetti del contratto per persona da nominare, in Commentario Scialoja - Branca, Bologna - Roma, 1993, 166.

(35) Le determinazioni delle autorità di regolazione relative agli standard di qualità entrano direttamente a far parte del regolamento di servizio (*art. 2 comma 37 l. n. 481/1995*).

(36) Nei servizi di pubblica utilità ai quali non sia stata ancora preposta un'autorità indipendente di regolazione la valutazione della congruità degli standard fissati dai soggetti erogatori è rimessa al «Comitato permanente per l'attuazione della carta dei servizi» (Direttiva parte III, art. 23, lett. b, e nei settori elettrici e del gas, prima dell'approvazione della legge e dell'istituzione dell'agenzia, art. 3 dello schema di riferimento).

(37) È di ammonimento, a questo riguardo, la vicenda della fissazione dei termini per l'adozione del provvedimento amministrativo che la *l. n. 241/1990* rimetteva alle singole amministrazioni, le quali si sono riservate tempi di decisione particolarmente lunghi.

(38) In proposito non va dimenticato che la violazione degli impegni assunti dai soggetti esercenti il servizio nei confronti dell'amministrazione concedente può anch'esso essere sanzionato con forme di indennizzo automatico (*art. 2 comma 36, l. n. 481/1995*).
(39) La teoria, illustrata da R.A. Posner, Economic Analysis of Law, Boston-Toronto, (1972), IV ed., 1992, è stata sottoposta all'attenzione del lettore italiano da R. Pardolesi, prima in Analisi economica e diritto dei contratti. Politica del diritto, 1978, soprattutto 746, n. 57, e, poi, in Liquidazione contrattuale del danno, nel volume curato da F.D. Busnelli - G. Scalfi, Le pene private, Milano, 1985, 254.
(40) Sul punto, v., da ultimo, A. Pajno, Servizi pubblici e tutela giurisdizionale, Relazione al 41 Convegno di studi amministrativi, Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione, Varenna, 21-23 settembre 1995.
(41) Tale funzione fa anzi parte del vero e proprio codice genetico di queste autorità. Nella delega al Governo per l'istituzione di tali organismi (*l. 24 dicembre 1993, n. 537*), i criteri direttivi facevano riferimento all'attribuzione di funzioni di regolazione, «nonché di risoluzione dei conflitti tra soggetto erogatore del servizio e utente, fatto salvo il ricorso all'autorità giudiziaria» (art. 1.2 lett. m).

Notariato, 2008, 2, 171 (commento alla normativa)

Criteri di indennizzo
LA NUOVA DISCIPLINA DELL'INDENNITA' DI ESPROPRIAZIONE PER LE AREE EDIFICABILI

di Ernesto Briganti

L. 24-12-2007, n. 244

La legge 24 dicembre 2007, n. 244, "Finanziaria 2008", in seguito agli interventi della Corte costituzionale e della Corte di Strasburgo, dopo quasi centocinquanta anni, "recupera" il criterio dell'indennizzo commisurato al valore venale del bene espropriato, introducendo una riduzione del 25% per gli espropri finalizzati "ad attuare interventi di riforma economico - sociale".

Sommario: Art. 2 - Le principali novità della riforma

La *legge 24 dicembre 2007, n. 244* , "Finanziaria 2008" (1) ha introdotto, all'art. 2, commi 89 e 90, in conseguenza delle sentenze del 2007 della Corte costituzionale e della giurisprudenza della Corte Europea, le seguenti modifiche al *Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità,* di cui al *D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327* :

Art. 2

(omissis)

89. Al testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità, di cui al*decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327* , e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 37 (L), i commi 1 e 2 sono sostituiti dai seguenti:

«1. L'indennità di espropriazione di un'area edificabile è determinata nella misura pari al valore venale del bene. Quando l'espropriazione è finalizzata ad attuare interventi di riforma economico-sociale, l'indennità è ridotta del venticinque per cento. (L).

2. Nei casi in cui è stato concluso l'accordo di cessione, o quando esso non è stato concluso per fatto non imputabile all'espropriato ovvero perché a questi è stata offerta un'indennità provvisoria che, attualizzata, risulta inferiore agli otto decimi di quella determinata in via definitiva, l'indennità è aumentata del dieci per cento. (L) »;

b) all'articolo 45 (L), comma 2, lettera a), le parole: «senza la riduzione del quaranta per cento » sono sostituite dalle seguenti: «con l'aumento del dieci per cento di cui al comma 2 dell'articolo 37 »;

c) all'articolo 20 (L), comma 14, il secondo periodo è sostituito dal seguente: «L'autorità espropriante dispone il deposito, entro trenta giorni, presso la Cassa depositi e prestiti Spa, della somma senza le maggiorazioni di cui all'articolo 45 »;

d) all'articolo 22 (L), comma 3, le parole: «, senza applicare la riduzione del quaranta per cento di cui all'articolo 37, comma 1 » sono soppresse;

e) all'articolo 55 (L), il comma 1 è sostituito dal seguente:

«1. Nel caso di utilizzazione di un suolo edificabile per scopi di pubblica utilità, in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio alla data del 30 settembre 1996, il risarcimento del danno è liquidato in misura pari al valore venale del bene. (L) ».

90. Le disposizioni di cui all'articolo 37, commi 1 e 2, e quelle di cui all'articolo 45, comma 2, lettera a), del citato testo unico di cui al *decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327* , come modificati dal comma 89 del presente articolo, si applicano a tutti i procedimenti espropriativi in corso, salvo che la determinazione dell'indennità di espropriazione sia stata condivisa, ovvero accettata, o sia comunque divenuta irrevocabile.

Il legislatore torna, dunque, con un improvviso *révirement,* all'"antico" criterio del valore venale del bene.

Il criterio indennitario accolto invece dall'art. 37 del Testo Unico e fino ad ora utilizzato, era quello previsto dall' *art. 5*-bis della L. 8 agosto 1992, n. 359 (2) , che si ispira, modificandolo, al congegno di calcolo adottato dalla c.d. legge "Napoli" del 1885 (3) ; la norma, derivata dall'art. 39 della legge generale n. 2359 del 1865 (4) , stabilisce che l'indennità di espropriazione per le aree edificabili è determinata in base alla semisomma del valore venale e del reddito dominicale rivalutato, ridotta del 40% .

L' *art. 5*-bis, L. n. 359/1992, di carattere dichiaratamente transitorio in attesa di una riforma del settore, colmava il vuoto normativo (5) , durato oltre dieci anni, creato dalla "fondamentale" sentenza n. 5 del 1980 (6) , con la quale la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità, per le aree edificabili, del criterio indennitario del "valore agricolo medio" (previsto dall' *art. 16, L. 22 ottobre*

1971, n. 865, c.d. *legge sulla casa*), e dalla successiva sentenza n. 223 del 1983 (7) che confermava il principio dell'inerenza dello *ius aedificandi* al diritto di proprietà. La riforma legislativa contenuta nell' *art. 5*-bis, L. n. 359/1992superava il controllo di legittimità costituzionale (8) .
La materia ha avuto un rilievo sopranazionale per effetto di ripetuti interventi critici della Corte di Strasburgo (da ultimo, Scordino contro Italia, 29 marzo 2006, Grande Chambre) (9) , la quale ha affrontato la questione della compatibilità dell'art. 5-*bis,* confluito nell' *art. 37 del D.P.R. n. 327/2001* (T.U. in materia di espropriazione per pubblica utilità), con le norme dettate dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo in tema di tutela della proprietà. Le pronunce, in particolare, hanno censurato i criteri di computo dell'indennizzo nella misura in cui determinano, in assenza di un ragionevole legame con il valore di mercato del bene, un ristoro per il sacrificio subìto notevolmente inferiore al valore commerciale, cagionando, per questa via, una rottura del giusto equilibrio tra l'interesse generale e la salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo previsti dal Primo Protocollo della Cedu.
La Corte costituzionale, modificando il precedente orientamento (si tratta di una illegittimità costituzionale "sopravvenuta"), con la sentenza n. 348 del 22 ottobre 2007 (10) , attraverso un'ampia valutazione *dell'art. 117, comma 1, Cost.* (nel testo conseguente alla modifica della *l. costituzionale n. 3 del 2001*), e del rango da riservare ora alle norme della Cedu, ha dichiarato l'illegittimità del criterio indennitario introdotto nel 1992, e trasfuso nell'art. 37 del T.U. in materia di espropriazione per pubblica utilità, il cui importo oscillava tra il 50 ed il 30% del valore di mercato del bene.
La Corte costituzionale ha ritenuto in contrasto con l'art. 1 del Protocollo aggiuntivo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo il criterio indennitario previsto dall' *art. 5*-bis della L. n. 359/1992, poiché non garantisce un indennizzo "in rapporto ragionevole con il valore del bene"; in particolare, ha sottolineato che, nell'ipotesi di espropriazioni isolate, soltanto un indennizzo integralmente corrispondente all'effettivo valore del bene può essere considerato ragionevole, potendosi giustificare indennizzi inferiori al valore venale solo nei casi eccezionali di espropriazioni finalizzate alla realizzazione di "obiettivi di riforma economica o di giustizia sociale". La circostanza che il congegno indennitario previsto dall'art. 5- *bis* sia stato riproposto dall'art. 37 del Testo Unico smentisce, inoltre, il carattere di provvisorietà ed il legame con una sfavorevole congiuntura economica che, nel passato, avevano indotto la Corte a valutare favorevolmente la norma.
La decisione della Corte, che ritiene oggi fondata la questione di legittimità costituzionale delle norme citate, azzera nuovamente, dopo circa trent'anni dalla prima pronuncia del 1980, la disciplina dell'indennità di espropriazione per le aree edificabili. Per le aree agricole continuano a trovare applicazione le disposizioni della *L. n. 865/1971* .
Con la sentenza n. 349 del 22 ottobre del 2007 (11) la Corte costituzionale ha dichiarato altresì l'incostituzionalità delle norme relative alla determinazione del risarcimento del danno da occupazione illegittima (12) intervenuta

anteriormente alla data del 30 settembre del 1996 (art. 5- *bis*, comma 7- *bis*). Secondo la Corte "il giusto equilibrio tra interesse pubblico e interesse privato non può ritenersi soddisfatto da una disciplina che permette alla P.A. di acquisire un bene in difformità dello schema legale e di conservare l'opera pubblica realizzata, senza che almeno il danno cagionato, corrispondente al valore di mercato del bene, sia integralmente risarcito".

Le principali novità della riforma

Con le nuove norme, introdotte dalla legge Finanziaria, viene dunque previsto un doppio criterio per la determinazione dell'indennità di espropriazione. Nei casi di espropriazione isolata di un singolo bene, l'indennizzo sarà determinato sulla base del valore venale; ma se l'esproprio avviene nell'ambito di iniziative finalizzate "ad attuare interventi di riforma economico-sociale", l'indennità, pur restando agganciata al parametro del valore venale, viene ridotta del 25% .

È difficile definire che cosa si intende per "riforme economico-sociali" e circoscrivere, così, i casi di indennità ridotte al 75%del valore venale. Le ipotesi ritenute legittime a livello europeo sono legate a profonde riforme politiche, come ad esempio il passaggio da Monarchia a Repubblica, oppure da dittatura a democrazia, oppure a rilevanti interventi sulle infrastrutture nazionali. Dalla stessa legge Finanziaria [(13)] sembra emergere che l'espropriazione di aree da destinare ad edilizia residenziale-sociale, (ad es. i Piani di edilizia popolare) non possa configurare una riforma economico-sociale.

Naturalmente, poiché la nuova normativa investe soltanto i criteri di calcolo relativi alla espropriazione delle aree edificabili, resterà inalterato il meccanismo indennitario, basato sul criterio del valore agricolo medio, previsto per le aree non edificabili (*L. n. 865/1971*).

Sostituendo il comma 2 dell'art. 37 del Testo Unico si interviene anche nel caso di cessione volontaria, prevedendo che l'indennità di espropriazione di un'area edificabile sia aumentata del 10% quando sia stato concluso l'accordo di cessione, quando tale accordo non è stato concluso per fatto non imputabile all'espropriato ovvero perché a questi è stata offerta un'indennità provvisoria che, attualizzata, risulta inferiore agli otto decimi di quella determinata in via definitiva.

Anche per le occupazioni senza titolo anteriori al 30 settembre 1996, regolate dall'art. 55, è previsto il criterio del valore venale del bene.

Infine la nuova disciplina si applica, a decorrere dal 1 gennaio 2008, a tutti i procedimenti espropriativi in corso, salvo che la determinazione dell'indennità sia condivisa, accettata, o divenuta irrevocabile.

Il legislatore, dunque, in seguito agli interventi della Corte costituzionale e della Corte di Strasburgo, dopo quasi centocinquanta anni, "recupera" il criterio dell'indennizzo commisurato al valore venale del bene espropriato (legge generale del 1865), assicurando l'integrale ristoro del sacrificio imposto al privato, con un improvviso ritorno al punto di partenza che implica il completo azzeramento della "storia" dell'istituto della proprietà privata, disconoscendo il processo evolutivo subìto attraverso la lettura costituzionale, in

particolare oscurando il principio della "funzione sociale" e della "accessibilità a tutti" (*artt. 42 e 44 Cost.*) [(14)] .

[(1)] *L. 24 dicembre 2007, n. 244* , in G.U. 28 dicembre 2007, n. 300, suppl. *ord. n. 285* .

[(2)] Recante " Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica", in G.U. 18 settembre 1992, n. 220.

[(3)] La legge speciale 15 gennaio 1885, n. 2892, sul "Risanamento della città di Napoli", adotta un criterio di determinazione dell'indennità di espropriazione che, in deroga al principio previsto dalla normativa del 1865, calcola l'indennitàdovuta ai proprietari espropriati "sulla media del valore venale e dei fitti coacervati dell'ultimo decennio purché essi abbiano data certa (art. 13, comma 3)"; o, in mancanza del parametro relativo ai canoni di locazione, "sull'imponibile netto agli effetti delle imposte sui terreni e sui fabbricati (art. 13, comma 4)".

[(4)] L' *art. 39 della L. 25 giugno 1865, n. 2359*, c.d. legge generale in materia di espropriazione, stabilisce che "l'indennità dovuta all'espropriato consisterà nel giusto prezzo che a giudizio dei periti avrebbe avuto l'immobile in una libera contrattazione di compravendita".

[(5)] Nel vuoto normativo la giurisprudenza della Cassazione, supplendo all'inerzia legislativa, ha "recuperato" il criterio indennitario del valore venale di cui all' *art. 39 della L. 25 giugno 1865, n. 2359*; cfr. Cass., sez. un., 8 luglio 1985, n. 4091, in*Rass. dir. civ.,* 1986, 481 ss., con nota di E. Briganti e C. Botta, *Espropriazione di aree edificabili e criteri di valutazione dell'indennizzo*.

[(6)] *Corte cost. 30 gennaio 1980, n. 5* , in *Foro it.,* 1980, I, 604, nella quale si precisa che il criterio del valore agricolo medio porta alla liquidazione di "indennizzi sperequati rispetto al valore dell'area da espropriare, con palese violazione del diritto a quell'adeguato ristoro che la norma costituzionale assicura all'espropriato".

[(7)] *Corte cost. 19 luglio 1983, n. 223* , in *Foro it.*, 1983, I, 2057.

[(8)] *Corte cost. 16 giugno 1993, n. 283* , in *Foro it.*, 1993, I, 2089; *Corte cost. 16 dicembre 1993, n. 442* , *ivi,* 1994, I, 4.

[(9)] Corte di Strasburgo 29 marzo 2006, Grande Chambre, in *Impresa,* 2006, 6, 919 ss.

[(10)] Corte cost. 22 ottobre 2007, n. 348, in *Guida dir.,* 2007, 44, 22 ss.

[(11)] Corte cost. 22 ottobre 2007, n. 349, in *Guida dir.,* 2007, 44, 42 ss.

[(12)] Sulla controversa figura dell'istituto, di origine giurisprudenziale, dell'occupazione appropriativa, cfr., ampiamente, E. Briganti, *L'occupazione appropriativa alla luce degli interventi della Corte costituzionale,* in *I rapporti patrimoniali nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di M. Tamponi e E. Gabrielli, Napoli, 2006, 115 ss.

[(13)] Cfr. *art. 1, commi 258 e 259, L. n. 244/2007*.

[(14)] Cfr., per tutti, P. Rescigno, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Riv. dir. civ.,* 1972, I, 5 ss.; S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981 e F. Lucarelli, *La proprietà pianificata*, Napoli, 1974.

INDENNITA' DI ESPROPRIO E DI OCCUPAZIONE LEGITTIMA

De Marzo Giuseppe

Cass. civ. Sez. I, 29 settembre 2011, n. 19938

D.P.R. 08-06-2001, n. 327, art. 50

L. 22-10-1971, n. 865

La sentenza in rassegna ha esaminato il ricorso proposto avverso la decisione della corte d'appello che aveva liquidato l'indennità d'esproprio e di occupazione legittima, in relazione ad una vicenda ablativa promossa nell'interesse dell'Università degli Studi di Lecce.

Quest'ultima aveva censurato la sentenza per ultrapetizione, avendo la Corte di merito liquidato, a suo avviso indebitamente, una indennità di esproprio per i singoli fabbricati in un importo superiore a quello indicato nella citazione.

La S.C. ha respinto il ricorso, precisando che la domanda originante il giudizio in unico grado presso la corte di appello non si traduce in un *petitum*ristretto alla vantazione di spettanza di quanto prospettato in luogo di quanto offerto e depositato per indennità: il giudizio di opposizione alla stima, infatti, lungi dall'assumere la natura di giudizio impugnatorio acquisisce quale unico oggetto la determinazione della giusta indennità correlata al determinato esproprio del determinato immobile, si che, trattandosi di giudizio introducibile tanto dall'espropriato quanto dall'espropriante, la determinazione del dovuto viene correlata solo a quanto per legge spettante senza alcun limite proveniente né dall'importo depositato né dalle concrete postulazioni delle parti (Cass. n. 13668 del 2006 e n. 2787 del 2009).

Il soggetto espropriato, dal canto suo, aveva lamentato sia la avvenuta considerazione della variante del 1992 quale vincolo preordinato all'esproprio sia l'affermazione dei giudici del merito per la quale il vincolo ad edilizia scolastica escluderebbe la natura edificatoria anche privata dell'area. Esso, inoltre, aveva contestato l'esclusione del valore edificatorio delle aree a verde privato, indennizzate a valore agricolo medio, e la svalutazione della zona D3.

La S.C. ha rilevato che la proposta di ricondurre la destinazione delle aree ad edilizia scolastica o di istruzione ad una scelta di edificabilità "speciale", in quanto ed a condizione che la sua realizzazione sia o possa essere privata, dovesse ritenersi priva di margini di condivisibilità alla stregua del costante indirizzo della giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 12862 del 2010, n. 15616 del 2007 e n. 23023 del 2004), per il quale la vocazione edificatoria delle aree era correlata solo alla destinazione privata - residenziale, industriale, commerciale - degli insediamenti che su di esse abbiano ad essere realizzati, nel mentre la destinazione pubblica dell'insediamento, e segnatamente quella indirizzata alla realizzazione di edifici scolastici, rende irrilevanti od assorbe le modalità della sua realizzazione, quand'anche gli interventi siano effettuati da privati e la gestione sia assicurata da enti od imprese private.

Tuttavia, poiché prima della pubblicazione della sentenza la Corte costituzionale, con sentenza n. 181 del 2011 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del *D.L. n. 333 del 1992, art. 5- bis, comma 4*, convertito nella *L. n. 359 del 1992* , in

combinato disposto con la *L. n. 865 del 1971, art. 15, comma 1*, secondo periodo, e art. 16, commi 5 e 6, nel testo sostituito dalla *L. n. 10 del 1977* , per contrasto con *l'art. 42 Cost.* , comma 3, e *art. 117 Cost.* , la S.C. ha preso atto che il soggetto espropriatoaveva espressamente contestato i criteri di stima del valore dei suoli inedificabili alla stregua del parametro del VAM e pertanto ha ritenuto immediatamente applicabile il quadro normativo risultante dalla sopravvenuta declaratoria di loro incostituzionalità.

Come affermato dalla S.C. con riguardo agli effetti della sentenza 348 del 2007 della Corte costituzionale in vicende nelle quali non poteva darsi ingresso alla previsione (trattandosi di espropriazioni anteriori alla entrata in vigore della nuova disciplina) ex *D.P.R. n. 327 del 2001, art. 37*, nel testo novellato dalla *L. n. 244 del 2007, art. 2, commi 89 e 90*, trattasi quindi del criterio del valore venale pieno di cui alla *L. n. 2359 del 1865, art. 39*, (Cass. n. 22409 del 2008, n. 28431 del 2008, n. 11004 del 2010, n. 9763 del 2011).

Si tratta, infatti, dell'unico criterio ancora vigente rinvenibile nell'ordinamento avente efficacia generale ed immediata, salvo che una norma non abbia a provvedere diversamente, e che nella specie appare affatto idoneo a colmare il vuoto di normativa derivante dalla rimozione per incostituzionalità delle norme sopra cennate, e al contempo ad offrire il parametro di riparazione ragionevole imposto dall'art. 1 del Protocollo allegato alla CEDU secondo l'interpretazione di esso data dalla Corte Europea.

Pertanto, al giudice del rinvio è stata rimessa la questione di determinare la giusta indennità dei terreni non edificabili, tenendo conto delle obiettive caratteristiche e attitudini dell'area in relazione alle utilizzazioni autorizzate dagli strumenti di pianificazione del territorio, quindi consentendo al proprietario interessato dalla rituale espropriazione di dimostrare - anche attraverso rigorose indagini tecniche - che all'interno della categoria "suoli inedificabili" il valore agricolo sia mutato od aumentato in relazione ad una acclarata diversa destinazione del bene pur compatibile con la sua inedificabilità. In particolare, al giudice del rinvio è stato chiesto di accertare se quel fondo - pur senza raggiungere i livelli del valore delle aree edificabili - abbia una effettiva, comprovata, valutazione di mercato che rispecchi possibilità di utilizzazioni intermedie tra quelle agricole e quelle edificatorie (quali, esemplificando, la destinazione a parcheggi e depositi, ad attività sportive e ricreative, ad attività di studio e cultura, a chioschi di vendita di prodotti etc.), sempreché tali possibilità siano assentite dalla normativa vigente se pur all'esito di autorizzazioni amministrative di esercizio.

La S.C. ha invece respinto il motivo del ricorso incidentale, con il quale l'espropriato si doleva della liquidazione della indennità di occupazione legittima sulla base dell'interesse legale sulla somma spettante e non, come sarebbe stato impostoex *lege*, in base a quota di un dodicesimo della stessa somma ad anno come richiesto dal *D.P.R. n. 327 del 2001, art. 50*.

La sentenza in rassegna ha rilevato che la norma del T.U. del 2001 si applica ai soli espropri successivi al 30 giugno 2003 (e quello in disamina è del 2 maggio 2003) nel mentre quella di cui alla *L. n. 865 del 1971, art. 20*, appunto

ragguagliante l'indennità di occupazione ad 1/12 annuo della indennità di esproprio, resta applicabile ai soli espropri sgolati dai VAM, ferma restando l'invocabilità piena dei criterio degli interessi legali annui sulla indennità determinata per tutti i casi di espropriazione delle aree edificate e dei manufatti (Sez. Un. n. 24303 del 2010 e Cass. n. 22913 del 2010; Cass. n. 6980 del 2007).

LA CASSAZIONE TORNA A OCCUPARSI DEL RAPPORTO TRA RIPARTO DI GIURISDIZIONE E DIRITTI FONDAMENTALI

di Francesca Urbani(*)

Cass. civ. Sez. Unite, 07 settembre 2016, n. 17674

cost. art. 24

cost. art. 32

cost. art. 111

L. 20-03-1865, n. 2248, 2.

L. 20-03-1865, n. 2248, 4.

L. 21-07-2000, n. 205, 7.

La Corte di cassazione torna sulla questione del riparto di giurisdizione in materia di diritti fondamentali ribadendo il principio espresso dalla Corte cost. n. 140/2007 per cui non sussiste un principio in base al quale il giudice naturale sia quello ordinario, ma al contrario occorre valutare la sussistenza o meno di un potere pubblico. In questo caso, in presenza di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva la cognizione sarà riservata al giudice amministrativo.

Sommario: 1. Il caso - 2. Riparto di giurisdizione e criterio della *causa petendi* tra carenza e cattivo uso del potere - 3. Diritti fondamentali e potere: esiste compatibilità? l'evoluzione storica - 3.1. Le tesi emerse in tema di diritto alla salute - 4. La pronuncia della Cassazione e il riparto in tema di immissioni acustiche intollerabili

1. Il caso

F.M. e L. con atto di citazione del 13 dicembre 2005 hanno citato dinanzi al Tribunale di Milano il Comune di Cerro Maggiore e Autostrade per l'Italia S.p.a. chiedendo, a norma degli artt. 2043 - 2051 c.c., la condanna al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali derivati, previo accertamento dell'intollerabilità/illegittimità e la pericolosità per la salute delle immissioni acustiche e atmosferiche connesse all'esecuzione dei lavori di potenziamento del tratto di strada interessato, senza previo assoggettamento alla procedura di compatibilità ambientale.

Nel corso del giudizio, a fronte di una sentenza del Tribunale di Milano(1) che ha declinato la propria giurisdizione, la Corte d'Appello di Milano, con sentenza del 16 gennaio 2014, ha ritenuto di essere dotata di giurisdizione sulle base delle seguenti considerazioni: 1) la causa del danno non erano le opere pubbliche, ma gli effetti generati dalla loro esecuzione che avevano aumentato il traffico veicolare, con lesione dei diritti soggettivi alla salute, all'integrità personale e alla proprietà immobiliare; 2) sussisteva sia la legittimazione della

concessionaria ASPI, sostituitasi alla concedente A.N.A.S. nell'esecuzione e nella direzione delle opere da cui erano derivati i danni, e che perciò aveva l'obbligo di predisporre ai lati della sede stradale gli accorgimenti tecnici - barriere fono - assorbenti e isolanti; sia del Comune di Cerro Maggiore, in quanto ente pubblico responsabile della gestione della strada avrebbe dovuto vigilare sull'esecuzione dell'opera per garantire la sicurezza stradale; 3) pertanto a titolo di danno biologico ed esistenziale per l'omessa tutela della sicurezza personale in via equitativa condannava in solido la S.p.a. Autostrade per l'Italia e il Comune di Cerro Maggiore.
Avverso la sentenza di appello, il curatore del fallimento della società Y ricorreva in Cassazione.

2. Riparto di giurisdizione e criterio della *causa petendi* tra carenza e cattivo uso del potere

La questione giuridica posta alla base della sentenza in esame attiene all'individuazione del criterio di riparto di giurisdizione in caso di diritti fondamentali, quale il diritto alla salute.

Senza poter ripercorrere in questa sede l'evoluzione della giurisprudenza che ha portato all'affermazione del criterio della *causa petendi*, così come consacrato nell'art. 103 Cost, occorre chiarire che sulla base di questo principio la linea di confine tra la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione amministrativa si determina sulla base della consistenza della posizione giuridica soggettiva azionata, sicché spetterà al giudice ordinario la tutela dei diritti soggettivi, mentre al giudice amministrativo quella relativa agli interessi legittimi, salve le ipotesi di giurisdizione esclusiva.

Tanto chiarito, si è resa poi necessaria l'individuazione dei criteri di distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi. Superate le tesi relative alla distinzione tra atti di imperio e atti di gestione, tra norme di azione e norme di relazione, nonché quella tra attività discrezionale e attività vincolata, a partire dalla famosa sentenza *Ferrari*(2) si è ormai affermata la tesi che si fonda sulla dicotomia carenza/cattivo uso di potere, in forza della quale un effetto di affievolimento(3) della posizione di diritto soggettivo in interesse legittimo però conseguire all'azione della pubblica amministrazione, purché si concretizzi nell'esercizio di un potere pubblico, ancorché illegittimo.
Da ciò deriva che ove manchi la norma attributiva di potere, si verterà in un'ipotesi di carenza di potere, con relativa cognizione del g.o. In tali casi, infatti, la P.A., non esercitando alcun potere, non è in grado di incidere sulla posizione del privato che continua a essere di diritto soggettivo.

Tale impostazione è stata poi recepita a livello normativo dall'art. 7 c.p.a., per cui sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni.

Fatta questa doverosa premessa di sistema, la questione che in questa sede viene in rilievo è la compatibilità del potere pubblico, e quindi della giurisdizione del g.a., in caso di diritti fondamentali.

3. Diritti fondamentali e potere: esiste compatibilità? l'evoluzione storica

Prendendo le mosse dalle riflessioni della dottrina tedesca della *Drittwirkung*(4), la categoria dei "diritti non affievolibili" è stata elaborata in giurisprudenza essenzialmente con lo scopo di garantire una tutela piena e incondizionata a tutte quelle situazioni che, in quanto afferenti alla persona in quanto tale(5), dovrebbero essere insensibili a eventuali compressioni da parte del potere pubblico(6).

Ripercorrendo l'evoluzione storica della questione(7), la giurisprudenza di legittimità e di merito, a partire dalla sentenza delle Sezioni unite(8) in tema di diritto alla salute - in particolare, in materia di localizzazioni di centrali nucleari -, ha affermato l'esistenza di una categoria di diritti soggettivi che, stante la natura di situazioni giuridiche personalissime riconosciuto dalla Costituzione, sarebbero connotati dal carattere dell'intangibilità assoluta(9). In caso di diritti inaffievolibili la pubblica amministrazione non sarebbe, quindi, titolare di alcun potere né di incidere direttamente, né di pregiudicarlo indirettamente nel fatto, di talché, in caso contrario, si verserebbe in un'ipotesi di mero comportamento(10).

Logico e inevitabile corollario di questa natura incomprimibile era, secondo l'impostazione classica, il radicamento della giurisdizione ordinaria, stante l'incompatibilità ontologica con il potere pubblico. In questi termini, il criterio di riparto della *causa petendi* basata sulla dicotomia carenza e cattivo uso del potere avrebbe comunque mantenuto la sua validità di regola generale nella misura in cui il potere, nel caso in cui fosse stato teso a incidere su diritti fondamentali, sarebbe stato esercitato in carenza assoluta di attribuzione e, in quanto tale, nullo(11). Da qui la giurisdizione del giudice ordinario.

La ragione storica che ha portato all'elaborazione della teoria dei diritti inaffievolibili è da rinvenirsi, tra l'altro, nel sistema di giustizia amministrativo nel quale il giudice amministrativo, stante l'ammissibilità della sola tutela caducatoria, non era in grado di fornire a queste posizioni una tutela piena ed effettiva analoga a quella riservata al giudice ordinario per i diritti soggettivi lesi, senza i limiti previsti dagli artt. 2 e 4, L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E(12). Si delineava così una vera e propria "riserva di giurisdizione"(13) a favore del giudice civile ogniqualvolta si fosse in presenza della tutela di un diritto c.d. incomprimibile che pertanto non veniva meno neanche in caso di giurisdizione esclusiva.

Peraltro, la descritta tendenza a enucleare una serie di diritti fondamentali incomprimibili dall'amministrazione di cognizione esclusiva del g.o. è stata ripresa anche da Legislatore che, riconoscendo al giudice ordinario il potere di annullare provvedimenti amministrativi illegittimi, ha riconosciuto che determinate posizioni non sono suscettibili di compressioni e quindi richiedono una tutela di più ampio respiro. Si fa riferimento in particolare all'abrogata L. 31 dicembre 1996, n. 675 (ora confluita nel D.Lgs. 30 giugno 2003, n.196, c.d.

Codice della privacy) in tema di protezione dei dati personali, della L. 8 luglio 1998, n. 230 in tema di obiezione di coscienza, nonché del D.Lgs. n. 25 luglio 1998, n. 286 ("*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*").

In questo contesto, si inserì da un lato l'intervento legislativo promosso con D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come modificato dalla L. 21 luglio 2000 n. 205(14) - che all'art. 3 della L. n. 205 del 2000 che ha modificato l'art. 21, L. 6 dicembre 1971, n. 1034, laddove aggiunge che "la concessione o il diniego della misura cautelare non può essere subordinata a cauzione quando la concessione o il diniego della misura cautelare attenga ad interessi essenziali della persona quali il diritto alla salute, all'integrità dell'ambiente, ovvero ad altri beni di primario rilievo costituzionale" - dall'altro lato furono pronunciate due importanti sentenze della Consulta Corte cost. 28 aprile 2004, n. 204(15) e 8 marzo 2006, n. 191(16), in relazione ai confini della giurisdizione esclusiva. Senza poter entrare nel profondo della questione, in questa sede preme evidenziare come la Corte costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'attribuzione della giurisdizione esclusiva per "blocchi di materie", ha affermato un principio fondamentale in tema di riparto di giurisdizione: nel determinare quali siano le particolari materie che, ai sensi dell'art. 103 Cost., possono essere devolute alla giurisdizione esclusiva del g.a., il legislatore non gode di discrezionalità illimitata, ma è tenuto a rispettare il principio secondo cui le materie di giurisdizione esclusiva debbono essere sempre individuate in base al fatto che in esse la pubblica amministrazione agisca attraverso l'esercizio di poteri autoritativi e al fatto che esse coinvolgano comunque (anche) interessi legittimi. In altre parole, si deve ricorrere al parametro della distinzione tra esercizio del potere autoritativo da parte dell'amministrazione e mero comportamento, collegando a questa distinzione la legittimità della scelta legislativa di attribuzione della giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo nel caso di specie. Si è poi precisato come questo principio sia rispettato non solo quando si discuta della legittimità di un provvedimento amministrativo e della relative tutele, quali il risarcimento del danno, ma anche quando il privato chieda il risarcimento del danno conseguente ad un comportamento illegittimo della P.A. purché mediatamente collegato all'esercizio del potere pubblico.

Per quel che rileva in questa sede, è opportuno precisare che nelle sentenze sopracitate la questione non afferiva a comportamenti astrattamente lesivi di diritti fondamentali, purtuttavia l'incisività con la quale la Consulta ha delineato i contorni della giurisdizione esclusiva ha inevitabilmente avuto ricadute anche in questo settore. Infatti, la Corte costituzionale con la successiva sentenza 27 aprile 2007, n. 140(17) - intervenuta in relazione all'art. 1, comma 552, L. 30 dicembre 2004, n. 311nella parte in cui attribuiva le vertenze proposte nei confronti dei provvedimenti concernenti impianti di generazione di energia elettrica alla giurisdizione esclusiva del g.a., senza fare eccezione per la tutela dei diritti fondamentali quale il diritto alla salute - ha affermato che non sussiste alcun principio che riservi esclusivamente al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti"(18), sicché la tutela giurisdizionale spetta al giudice amministrativo ogni qualvolta l'atto amministrativo o il comportamento

esecutivo di un atto amministrativo, a prescindere che lo stesso o meno vada a incidere su diritti fondamentali.

3.1. Le tesi emerse in tema di diritto alla salute

Tanto chiarito in linea generale è evidente come il piano elettivo della questione sia il diritto alla salute, quale archetipo di diritto intangibile. La giurisprudenza sulla questione relativa all'individuazione del giudice chiamato a conoscere delle controversie inerenti alla lesione della posizione giuridica in parola è stata particolarmente ondivaga(19).

Secondo una prima impostazione(20), il diritto alla salute costituirebbe ontologicamente una posizione non degradabile(21), sicché la cognizione in tale materia spetterebbe sempre al giudice ordinario.

In particolare, la Cassazione, in materia di prestazioni sanitarie erogate dal S.S.N., stante l'assenza di una previsione di giurisdizione esclusiva, ha chiarito che queste sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, sulla base della generale regola di riparto che si fonda sul criterio della *causa petendi*(22), trattandosi di situazione nella quale mancherebbe strutturalmente un potere autorizzatorio in capo alla p.a.

Secondo questa impostazione, quindi, la circostanza che sia azionata l'asserita lesione di un diritto fondamentale, quale il diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., sarebbe di per sé sola sufficiente a configurare la posizione azionata in termini di diritto soggettivo. Il diritto alla salute, pertanto, non sarebbe intrinsecamente suscettibile di essere affievolito dal potere di autorizzazione o, comunque, dall'esercizio di un potere pubblico. In questo caso, per il solo fatto che vi sia lesione di suddetto tipo di diritto, si sarebbe peraltro al di fuori del perimetro della giurisdizione esclusiva così come delineato dalla sentenza n. 204 del 2004, nono violandone così il *dictum*.

Sulla base della medesima impostazione la Cassazione ha stabilito che le controversie relative al diniego dell'autorizzazione a effettuare cure specialistiche presso centri clinici all'estero appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto, a prescindere dall'eventuale *petitum* immediato di annullamento dell'atto amministrativo, vertendo la causa sul diritto alla salute non sarebbe configurabile alcun tipo ti potere in capo alla p.a. neanche in termini di discrezionalità tecnica(23).

Questa tesi è stata tuttavia fortemente avversata da coloro i quali hanno evidenziato come la tesi dei diritti non degradabili, storicamente formulata per fronteggiare le carenza di tutela derivanti dal modello tradizionale di giudizio amministrativo, abbia in realtà ha determinato una lacuna di garanzie nella misura in cui il giudice ordinario è sprovvisto di quella tutela demolitoria che garantirebbe ai titolari di questi diritti di far fronte a tutte quelle violazioni che derivino da interventi della P.A. di cui si richiede l'eliminazione.

In questo senso il Consiglio di Stato(24), intervenuto sulla questione dei crocifissi nelle aule delle scuole, ha precisato che "la concezione dei diritti "perfetti" o "non degradabili" è stata elaborata per riconoscere ulteriori possibilità di tutela per il cittadino, non certo per escludere forme di tutela preesistenti" e che pertanto

sarebbe contraddittorio interpretarla nel senso di ridurre la legittimazione a ricorrere innanzi al giudice amministrativo.
Si è quindi ritenuto di dovere distinguere all'interno del diritto alla salute due distinte componenti. Sotto un primo profilo il diritto alla salute presenta un contenuto prevalentemente oppositivo, inteso quale diritto assoluto a non subire lesioni alla propria integrità fisica, e in questo caso, il carattere di assolutezza e intangibilità impedirebbe in ogni caso l'esercizio del potere pubblico, sicché sussisterebbe comunque la giurisdizione ordinaria(25).Sotto questo profilo il diritto alla salute è effettivamente una posizione immediatamente azionabile, nel senso che chiunque può adire il giudice in presenza di comportamenti idonei a mettere in pericolo l'integrità fisica della persona.
Diverso è il caso in cui il diritto alla salute abbia una componente essenzialmente pretensiva, intesa quale diritto a vedersi curato. Si pensi a titolo esemplificativo all'interesse a ottenere un determinato livello di prestazioni sanitarie dal S.S.N. o il rimborso delle spese mediche all'estero. In queste ipotesi, trattandosi di una pretesa la cui azionabilità è condizionata, l'art. 32 Cost. si presenta alla stregua di una disposizione programmatica rispetto alla quale l'intervento pubblico individuerà concretamente le prestazioni erogabili. È pertanto evidente come rispetto all'aspettativa di ottenere la prestazione, l'intervento di un potere pubblicistico discrezionale di comparazione con altri interessi di livello costituzionale, non consente di qualificare la posizione del singolo in termini di diritto soggettivo.
In tale ipotesi, secondo parte della giurisprudenza amministrativa(26), il privato vanterebbe una situazione interesse legittimo, dal momento che il potere discrezionale di valutazione e scelta tra interessi contrapposti, determinerebbe un effetto degradatorio del diritto del privato in interesse legittimo, con conseguente sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo sulle relative controversie.
Accanto a queste due impostazioni estreme è stata prospettata una terza soluzione, nell'ambito della giurisprudenza di legittimità(27), avente posizione intermedia rispetto alle altre due, che, se da un lato ritiene il diritto alla salute certamente non degradabile nella sua componente oppositiva, distingue due diverse ipotesi all'interno della componente pretensiva: in tal senso, ferma la configurabilità della posizione in termini di interesse legittimo, quando la pretesa sia volta a ottenere un determinato livello di prestazioni da parte del S.S.N. dedotta una condizione di rischio mortale, questa avrebbe natura di diritto intangibile e quindi devoluta al g.o.(28). In altre parole, il diritto alla salute, inteso in senso pretensivo, presenterebbe un nucleo essenziale intangibile costituito dal diritto a non morire o a non subire menomazioni o sofferenze determinate dalla patologia, sicché, solo in tal caso, non sarebbe "il potere a degradare il diritto, ma è la qualità del diritto che lo rende immune dal potere, che innocuizza il potere"(29).
Sicuramente sul punto merita una particolare attenzione pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite(30) che, recependo la tesi della sentenza n. 140/2007 che aveva ridefinito i confini della giurisdizione esclusiva escludendo la validità della tesi dell'affievolimento, ha ribadito il principio per cui quando la lesione di

un diritto fondamentale, quale il diritto alla salute (art. 32 Cost.), sia dedotta quale effetto di un comportamento materiale o di un atto della p.a. espressione di poteri autoritativi che si assumono illegittimi, la giurisdizione è del g.a. qualora sia prevista un'ipotesi la giurisdizione esclusiva. Trattasi infatti di una valutazione che attiene alla legittimità dell'esercizio del potere nella fase di contemperamento di tali diritti in relazione all'interesse generale pubblico, ed pertanto presente quell'indissolubile nodo gordiano che legittima la previsione della giurisdizione esclusiva.
Pertanto, il riparto di giurisdizione non solo non presuppone l'ormai superata teoria della degradazione, ma si fonda solo ed esclusivamente sulla consistenza della posizione azionata che non può essere aprioristicamente attestata sulla base dell'appartenenza a una certa categoria di posizioni - diritto fondamentale previsto in Costituzione(31) - ma deve essere accertata, in concreto in ragione del rapporto in cui si pone rispetto all'amministrazione, e cioè se richieda o meno l'esercizio, seppur in forma mediata, di un pubblico potere.
Questa tesi è stata ribadita di recente dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato(32) che, intervenuta in tema di diritto all'insegnamento di sostegno da parte dello scolaro diversamente abile, ha affermato il principio per cui deve rigettarsi, in mancanza di un'espressa previsione eccezionale in tal senso, un'interpretazione restrittiva dell'art. 133 c.p.a che individua il perimetro della giurisdizione esclusiva sulla base della sola natura "fondamentale" del diritto azionato.

4. La pronuncia della Cassazione e il riparto in tema di immissioni acustiche intollerabili

Le premesse sin qui fatte sono funzionali ad affrontare la specifica questione oggetto della sentenza in commento. In particolare, il ricorrente ha contestato il difetto di giurisdizione del giudice ordinario stante il fatto che con la domanda si chiedeva al giudice ordinario il sindacato sulla legittimità e correttezza degli atti amministrativi delle autorità competenti, nel settore della prevenzione di emissioni acustiche intollerabili. Si contestava l'intero iter urbanistico, quale espressione di potere autoritativo della p.a. di scelta di gestione e uso del territorio, tra l'altro di giurisdizione esclusiva del g.a. Sul punto la Cassazione ha ritenuto di dovere accogliere il motivo di ricorso ribadendo quando sin qui ricostruito in materia di diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione.

Precisa infatti che qualora la lesione sia dedotta come effetto del se e del come la funzione pubblica si sia estrinsecata in materia riservata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, come nel caso atti e comportamenti in violazione di norme che regolano il procedimento e la programmazione, pianificazione e organizzazione del territorio - in cui rientrano sicuramente anche le modalità di regolamentazione del traffico viario e di predisposizione delle infrastrutture imposte dalla legge, caratterizzate da ambiti di discrezionalità - nell'interesse dell'intera collettività nazionale, compete al giudice amministrativo la cognizione esclusiva delle relative controversie sulla sussistenza in concreto dei diritti vantati, direttamente incisi dal potere autoritativo di cui si contestano le scelte, ed il contemperamento o limitazione di essi con l'interesse generale all'ambiente salubre che non può esser demandato ad un ausiliare del G.O.

In altri termini, laddove l'Amministrazione incida sul rapporto mediante l'esercizio di un potere pubblicistico, la situazione del privato che vi si contrappone è sicuramente di interesse legittimo e, in quanto tale, tutelabile avanti al giudice amministrativo.

Discende da queste considerazioni che il diritto alla salute, sub specie di ambiente salubre, di cui l'attore ha chiesto la tutela contestando la corretta predisposizione degli strumenti atti a impedire la propagazione di immissioni acustiche(33), incontra nel caso di specie, l'esercizio di un potere autoritativo relativo alla gestione del territorio demandato alla giurisdizione esclusiva del g.a. A tale conclusione non osta la natura di diritto fondamentale dal momento che, come sopra evidenziato, non sussiste alcun principio nel nostro ordinamento che riservi al giudice ordinario la tutela dei diritti costituzionalmente protetti.

Per concludere sul punto, quindi, sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo, nel caso di specie esclusiva ai sensi dell'art. 133, lett. f), c.p.a., che infatti prevede la g.e. per le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio, e ferme restando le giurisdizioni del Tribunale superiore delle acque pubbliche e del Commissario liquidatore per gli usi civici, nonché del giudice ordinario per le controversie riguardanti la determinazione e la corresponsione delle indennità in conseguenza dell'adozione di atti di natura espropriativa o ablativa applicabile, laddove l'Amministrazione, nell'ambito di un della gestione del traffico e della mobilità, operi valutazioni di opportunità assumendo la veste autoritativa e contrapponendosi così al privato.

(*) Il contributo è stato sottoposto, informa anonima, alla valutazione di un *referee.*

(1) Trib. Milano sent. n. 199/2011.

(2) Cfr. Cass., SS.UU., 4 luglio 1949, n. 1657, in *www.dejure.it.*

(3) Per una ricostruzione della tesi dell'affievolimento v. O. Rannelltti, *A proposito di una questioni di competenza della IV sezione del Consiglio di Stato,* in *Scritti giuridici scelti*, vol. II, *La giustizia amministrativa,* Napoli, 1992, 76. Si veda anche E. Cannada Bartoli, *La tutela giudiziaria del cittadino amministrazione*, Milano, 1964, 74 ss. e 162 ss.; E. Cannada Bartoli, *voce Affievolimento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 671 ss.; M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 419 ss.; F. Merusi, *Diritti, interessi e amministrazioni indipendenti,* in *Annuario 2002 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano 2003, 180 ss.; F.G. Scoca, *Riflessione sui criteri di riparto delle giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.,* 1989, 549 ss.; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 1954, 188 ss.

(4) Cfr. H.C. Nipperdey, *Grundrechte und privatrecht*, 1961; W. Ruefner, *Drittwirkung der Grundrechte*, in *Gedaechtnisschrift fuer W. Marteus*,

Vienna-New York, 1987, 215 ss.; Lombardi, *Potere private e diritto fondamentali*, Torino, 1970, 100 ss.

(5) V. Bachelet, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966.

(6) Questo era ancora più vero fino alle storiche sentenze della Cass., SS.UU., 22 luglio 1999, n. 500-501 che hanno definitivamente superato l'idea dell'irrisarcibilità delle posizioni di interesse legittimo, stabilendo che In presenza di un atto amministrativo illegittimo della P.A., che sia stato posto in essere con dolo o colpa e che abbia causato un danno ingiusto- diretta conseguenza del provvedimento- il suo destinatario ha titolo al risarcimento dei danni; anche se titolare non di un diritto soggettivo, ma di un interesse giuridicamente rilevante.

(7) Sul tema si veda M. Nigro - A. Corasaniti - S. Giacchetti - A. Romano - F. Piga - F.G. Scoca - V. Caianiello - C. Ruperto - G. Verbari - A. Valente - G. Abbamonte - M. Calabrese - G. Barone - L. Moscarini - E. Cardi - F. Mangano - M.A. Sandulli, *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di ripartizione della giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo (atti della tavola rotonda organizzata nell'4 1981)*, in *Foro amm.*, 1981, I, 2140; F. Bassi, *Diritti fondamentali e art. 4, 2° comma, l. 20 3 1865, n. 2248, all. E*, in *Dir. proc. amm*., 1988, 606; V. Caianello, *Giurisdizione amministrativa e diritti fondamentali*, in *Atti del convegno celebrativo 'Cento anni di giurisdizione amministrativa Torino 10-12 novembre 1989*, Milano, 1996; De Cupis, *Il diritto alla salute tra Cassazione e Corte costituzionale*, in *Rass. dir. civ.,* 1980, I, 187 ss.; G. Morelli, *La sospensione dei diritti fondamentali nello Stato moderno*, Milano, 1966; G. Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970; P.F. Grossi, *Introduzione ad uno studio sui diritti fondamentali nella Costituzione italiana*, Padova, 1972; G. Bognetti, *Diritti fondamentali nell'esperienza costituzionale*, in *Giustizia*, 1977, 24 ss.

(8) Cass., SS.UU., 9 marzo 1979, n. 1463, in *Foro amm.*, 1979, 2414; nonché in *Foro it.*, 1979, I, 939 ss., con nota di C.E. Gallo, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 1493 ss., con nota di L. Montesano, e in *Riv. dir. proc.*, 1979, 720 ss., con nota di L. Zanuttigh, e Cass., SS.UU., 6 ottobre 1979, n. 5172, in *Giust. civ.,* 1980, 1, 357, nonché, in *Foro it.*, 1979, I, 2302 ss., con nota di A. Lener, in *Giur. it.*, 1980, I, 859 ss., con nota di S. Patti, e in *Riv. dir. proc.*, 1980, 342 ss., con nota di L. Zanuttigh. In senso critico si veda invece M. Luciani, voce *Salute, I, Diritto alla salute - Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991.

(9) Una ricostruzione parzialmente differente è stata espressa dalla Cassazione - Cass., SS.UU., 1° agosto 2006 n. 17461, in *Foro amm. CDS*, 2006, 12, 3282 - che ha affermato che nel nostro ordinamento si rinvengono a fronte di situazioni "soggettive a nucleo variabile" - in relazione alle quali si riscontra un potere discrezionale della pubblica amministrazione capace di degradare (all'esito di un giudizio di bilanciamento degli interessi coinvolti) i diritti ad interessi legittimi o di espandere questi ultimi sino ad elevarli a diritti - "posizioni soggettive a nucleo rigido", rinvenibili unicamente in presenza di quei diritti, quale quello alla salute, che - in ragione della loro dimensione

costituzionale e della loro stretta inerenza a valori primari della persona - non possono essere definitivamente sacrificati o compromessi, sicché allorquando si prospettino motivi di urgenza suscettibili di esporli a pregiudizi gravi ed irreversibili, alla pubblica amministrazione manca qualsiasi potere discrezionale di incidere su detti diritti non essendo ad essa riservato se non il potere di accertare la carenza di quelle condizioni e di quei presupposti richiesti perché la pretesa avanzata dal cittadino assuma, per il concreto contesto nel quale viene fatta valere, quello spessore contenutistico suscettibile di assicurarle una tutela rafforzata.

(10) F. Caringella, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, Relazione tenuta al T.A.R. di Lecce in occasione del trentennale del Tribunale Amministrativo, Lecce, 14 e 15 Marzo 2008, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(11) R. Giovagnoli, "*Diritti fondamentali e giudice amministrativo: un binomio davvero impossibile?*", in *Urb. e app.*, 2005, 1159 ss.; A. Caratta, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2010, I, 27 ss.

(12) Senza poter in questa sede affrontare adeguatamente la questione, merita sicuramente un riferimento la sentenza dell'Ad. Plen. 23 marzo 2011, n. 3 la quale ha affermato definitivamente lo spostamento del giudizio amministrativo dall'atto al rapporto, aprendo la strada a tutte quelle tutele, prima ritenute inammissibili, necessarie alla salvaguardia della posizione del singolo. È evidente, infatti, come ampliando il potere di cognizione del giudice amministrativo siano venute meno quelle restrizioni che giustificavano, a priori, il radicamento della giurisdizione del giudice ordinario in caso di diritti fondamentali. Più recente Cons. Stato, Ad. Plen., 9 febbraio 2016 n. 2, in questa *Rivista,* 2016, 4, 496, con nota di V. Carbone, *L'appropriazione di un bene privato per realizzare un'opera pubblica, senza indennizzo, realizza un illecito permanente*.

(13) M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1988, 189 ss.; S. Panunzio*, Il ruolo della giustizia amministrativa in uno Stato di diritto. Osservazioni sul caso italiano*, in *Pol. dir*., 2000, 3 ss.; A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, 2005, 27 ss. e 141 ss.

(14) Sul punto si veda tra gli altri, A. Romano, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la l. n. 205 del 2000(Epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm*., 2001, 630 ss.

(15) Si veda tra gli altri F. Fracchia, *La parabola del potere di disporre il risarcimento: dalla giurisdizione "esclusiva" alla giurisdizione del giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 2004, I, 1259 ss.; F. Saitta, *Tanto tuonò che piovve: riflessioni (d'agosto) sulla giurisdizione esclusiva ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204 del 2004*, in *LexItalia.it (http://www.lexitalia.it),*n. 7-8/2004. F. Cintioli, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale*, in *www.giustammm.it.*; M. Clarich, *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata: commento alla sentenza della Corte*

Costituzionale 5 luglio 2004, n.204, in *Giorn. dir. amm*., 2004, 969 ss.; G. Montedoro, *Servizi pubblici e riparto di giurisdizione dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 75 ss.; B.G. Mattarella, *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*, in *Giorn. dir. amm*., 2004, 979 ss.

(16) F. Galluzzo*, La Corte costituzionale conferma la sua posizione sui comportamenti e rivaluta il risarcimento del danno. Evoluzione e nuovi contrasti tra Cassazione e Consiglio di Stato,* in *Giust. civ.*, 9, 2007, 1832; L. Marzano*, Comportamenti e riparto di giurisdizione: la parola torna alla Corte costituzionale*, in *www.lexitalia.it*, 2006, 11; S. Lariccia*, Alla ricerca dei provvedimenti amministrativi mediatamente riconducibili all'esercizio del potere pubblico: un nuovo avverbio per il dibattito tra i giudici, gli avvocati e gli studiosi della giustizia amministrativa italiana*, in *Giur. cost.*, 3, 2006, 1935*;* R. Proietti, *La consulta si allinea a palazzo spada - Ecco chi decide sulle espropriazioni - L'ente non esercita poteri pubblici? Giudici ordinari competenti*, in *D&G.*, 2006, 24, 94; G. Greco, *Giurisdizione esclusiva e dintorni: la Corte apre alla tutela meramente risarcitoria davanti al giudice amministrativo?*, in *Giur. cost.*, 3, 2006, 1945; G. Ferrero - F. Risso, *Evoluzione giurisprudenziale in tema di occupazione illegittima o illecita. Questioni giurisdizionali,* in *Foro amm. CDS*, 5, 2006, 1375; P. Vittoria, *Alcune considerazioni sulla questione di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2007.

(17) Cfr. Corte cost. 27 aprile 2007, n. 140, in *Foro it*., 2008, I, 436 ss. con nota di G. Verde, *È ancora in vita l'art. 103, 1°comma Cost.?* In dottrina si veda anche A. Battaglia, *Giudice amministrativo e diritti fondamentali*, in *Giorn. dir. amm.*, 11, 1167 ss.; A. Carratta, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*", in *Riv. dir. proc.,* 2010, 27 ss.

(18) In proposito, F. Satta, *voce Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir*., Agg., VI, Milano, 2002, 408 ss.

(19) R. Garofoli, *La giurisdizione esclusiva nel codice del processo amministrativo: evoluzione, dubbi interpretativi e posizioni antistoriche*, Relazione tenuta al Convegno "*Il codice del processo amministrativo*", Lecce 12 novembre 2010, in *www.giustizia-amministrativa.it*; in *Foro amm. TAR*, 2009, 9, 2614.

(20) Cass., SS.UU., 20 febbraio 1992, n. 2092, in questa *Rivista*, 1992, 5, 515, con nota di P. Virga; in *Nuova giur. civ. comm.,* 1993, I, 737, con nota di Putti. La Cassazione in questa sede ha chiarito che "diritto denominato "alla salute" ma meglio definibile "di salute", cioè il diritto di star bene, "fondamentale" per natura costituzionale e dalla tutela completa (artt. 2 e 32, comma primo, della Costituzione della Repubblica), è esso sovrastante all'Amministrazione, di guisa che questa non ha alcun potere, neppure per motivi di interesse pubblico specialmente rilevante, non solo di affievolirlo (Cass., SS.UU., 23 giugno 1989, n. 2999) ma neanche di pregiudicarlo nel fatto, indirettamente. È un diritto "primario" (Corte cost. 18 dicembre 1987, n. 559) ed "assoluto" dell'individuo (Corte Cost. 27 luglio 1979 n. 88), nei cui riguardi l'Amministrazione, spoglia

delle prerogative pubblicistiche, non soltanto non ha potere ablatorio ma può essere possibile di provvedimento inibitorio da parte del giudice naturale dei diritti (Cass., SS.UU., 6 ottobre 1975, n. 3164). Nei confronti, e anche soltanto per i riflessi di quel diritto, non sono configurabili opzioni di scelte amministrative, quelle che solo il giudice amministrativo può sindacare. Verso di esso l'Amministrazione non ha facoltà di scelta; deve assoluto, incondizionato rispetto. Quando trasgredisca siffatto dovere, allora essa, come si suol dire, "agisce nel fatto", abbia o meno emessi apparenti provvedimenti. "Agisce nel fatto" perché, non essendo giuridicamente configurabile un suo potere in materia, essa, per il diritto, "non provvede", esplica comunque e soltanto attività materiale illecita. "Agisce nel fatto" perché, allora, ciò che soltanto rileva è il suo mero "fatto" illecito, comportamento privo, per definizione, del crisma di provenienza da legittimazione soggettiva della P.A. Nella ipotesi, dunque, non vi sono, giuridicamente, provvedimenti amministrativi da revocare o da modificare ma semplicemente si tratta di emettere condanna a un fare, di segno opposto al fatto lesivo del diritto di salute dell'individuo e tale pronuncia compete al giudice ordinario". Sul punto l'ampia in dottrina merita ??? una particolare attenzione il contributo di R. Caranta, *Alti e bassi del diritto alla salute nella giurisprudenza del giudice ordinario*, in *Giur. it*., 1993, 5, 15 ss.

(21) Sul punto merita una particolare attenzione l'impugnazione dell'atto del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Comunitarie, con il quale sono state dettate ai Presidenti delle Regioni e delle Province Autonome di Trento e Bolzano disposizioni ed indirizzi volti a garantire che le strutture sanitarie pubbliche e private si uniformino al principio di garantire sempre la nutrizione e l'idratazione artificiale nei confronti di soggetti in stato vegetativo persistente, il T.A.R. Lazio, con la sentenza n. 8650 del 12 settembre 2009 (in *Foro amm*. *TAR*, 2009, 2471-2476), ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo proprio richiamandosi alla teoria dei diritti indegradabili.

(22) Cfr. Cass., SS.UU., 22 febbraio 2012, n. 2570, in *Foro amm. CDS,* 2012, 2, 263.

(23) Cass., SS.UU., 6 settembre 2013, n. 20577, in *Foro amm*. *CDS*, 2013, 12, 3324. Nello stesso senso anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato che con riguardo alle spese mediche sostenute all'estero riconosce la teoria dei diritti assoluti, riconosce la giurisdizione del g.o. v. Cons. Stato, Sez. III, 11 Luglio 2011, n. 4156, in *Foro amm*. *CDS*, 2011, 7-8, 2352.

(24) Cons. Stato 13 febbraio 2006, n. 556, in questa *Rivista*, 2006, 6, 843 con nota di R. Botta, *Paradossi semiologici ovvero della "laicità" del crocifisso*; in *Foro it.*, 2006, III, 181 con nota di A. Travi, *Simboli religiosi e giudice amministrativo*; Morelli, *Se il Crocifisso è simbolo di laicità l'ossimoro costituzionale è servito,* in *D&G,* 2006, 10, 69 ss.; V. Caianiello, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 1988, 144 ss.; E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2005, 305 ss.; F. Caringella, in AA.VV., *Il riparto di giurisdizione*, I, Milano, 2005, 95 ss.

(25) Cfr. Corte cost. 26 luglio 1979, n. 88, in *Giur it.*, 1979, 1, 9. Sul punto F.G. Scoca, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 621; R. Caranta, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1990, 186 ss.

(26) Da ultimo Cons. giust. amm. - Sicilia, 15 ottobre 2009, n. 968, in *Foro amm. CDS*, 2009, 10, 2418. Nello stesso senso Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3464, in *Ragiusan* 2004, 247 e 304; Cons. Stato, Sez. V, 27 gennaio 2006, n. 242, in *Foro amm. TAR*, 2006, 4, 1392. Si veda anche A. Corsaro, *Il processo amministrativo. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2012, 43 ss.

(27) In questo senso, Cass., SS.UU., 29 dicembre 1990, n. 12218, in *Foro it. Rep*., 1991, 191, secondo la quale "in presenza dell'estrema gravità delle condizioni di salute in cui versa il cittadino e dell'impossibilità di ottenere dalle strutture pubbliche prestazioni adeguate ... la pretesa del cittadino al riconoscimento ed al rimborso delle spese ha consistenza di diritto soggettivo perfetto, la cui tutela è demandata alla giurisdizione dell'A.G.O.".; Cass., SS.UU., 10 marzo 1999, n. 117, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 531; Cass., SS.UU., 30 maggio 2005, n. 11334, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, 5.

(28) La domanda di rimborso delle spese sanitarie effettuate all'estero, senza previa autorizzazione, per un ricovero reso necessario da ragioni di urgenza comportanti pericolo di vita ovvero di aggravamento della malattia o di non adeguata guarigione, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, avendo ad oggetto il diritto soggettivo primario e fondamentale alla salute, che resta tale benché suscettibile di limitazioni con leggi, regolamenti od atti amministrativi di carattere generale - per il necessario contemperamento con altri interessi, anch'essi costituzionalmente protetti, quali le risorse finanziarie disponibili dal servizio sanitario nazionale -, e, in particolare, non subisce comunque alcun affievolimento per effetto del potere dell'amministrazione di valutare la gravità e l'urgenza delle ragioni del ricovero, destinate a formare oggetto di verifica da parte del giudice ordinario (Cass., SS.UU., 12 giugno 1997, n. 5297, in *Foro it.*, 1997, 1, 2075. In dottrina, L.S. Rossi, *Sanità e diritti fondamentali in ambito europeo e italiano*, Rimini, 2013, 88 ss.

(29) M. Andreis, *Attuazione del diritto alla salute e modelli di sindacato,* in *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo*, Milano, 2006, 4 ss.

(30) Cass., SS.UU., 28 dicembre 2007, n. 27187, in *Giust. civ.*, 2008, 6, I, 1437, con nota di Giordano, nonché in *Dir. proc. amm.*, 2010, 4, 1370.

(31) La qualificazione in termini di diritto fondamentale non è sempre agevole. Si pensi in particolare al diritto di proprietà che a livello internazionale assume un ruolo sicuramente diverso che nell'ordinamento interno. Infatti, a livello costituzionale il diritto di proprietà non è assoluto, ma può essere compresso in presenza di particolari situazioni che ne impongano la funzionalizzazione all'interesse pubblico, il che farebbe propendere per la non riconducibilità alla categoria dei diritto fondamentali. A livello sovranazionale, invece, la proprietà assume un'incidenza sicuramente maggiore. L'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 2 dicembre del 2000, guarda al diritto di proprietà quale diritto dell'individuo, disponendo che "ogni

individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporre e di lasciarli in eredità" e che "l'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale". Anche il Protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo che, ancorché fosse nato per garantire una tutela minima al diritto di proprietà, l'incessante opera interpretativa della disposizione in chiave evolutiva compiuta dalla Cedu a partire dagli inizi degli anni ottanta ha di fatto determinato un notevole ampliamento sia dell'oggetto che dell'ambito di applicazione della norma tanto da essere in grado, ad oggi, di offrire una tutela ben maggiore rispetto a quella assicurata dai singoli ordinamenti interni. Si veda in dottrina, N. Abriani, *La proprietà come diritto dell'individuo: tra diritto internazionale, diritto comunitario e disciplina interna*, in *Giur. it.*, 2010, II, 2228, ha evidenziato come la Corte di Strasburgo abbia condotto una costante "campagne conquérante" che ha dilatato con cerchi concentrici sempre più ampi la portata della norma, conclude affermando la sussunzione, per effetto di tale opera interpretativa, della tutela della proprietà tra i diritti fondamentali della persona, ancorché nell'ambito dei diritti economicamente rilevanti. Inoltre, M.L. Padelletti, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2003, 4 ss.; M. De Salvia, *Alcune riflessioni in tema di interpretazione del diritto al rispetto dei beni nella giurisprudenza della Commissione e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo,* 1989, 233; S. Bariatti, *Genesi ed interpretazione dell'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo nei lavori preparatori*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1989, 218 ss.

(32) Cons. Stato, Ad. Plen., 12 aprile 2016, n. 7, in *Foro amm.*, 2016, 4, 789. Si veda anche in *Guida dir.*, 2016, 20, 100, con nota di P. Tomassetti.

(33) Per una ricostruzione del tema delle immissioni, si veda in dottrina V. Carbone, *Il diritto vivente delle "immissioni": intollerabile è anche il danno alla tranquillità familiare pur se non si misura in decibel*, in *Danno e resp.*, 2016, 22 ss.

L DANNO ERARIALE NELLA GESTIONE DEL TERRITORIO

di Maurizio De Paolis, Presidente dell'Associazione Romana di Studi Giuridici

D.P.R. 08-06-2001, n. 327, epigrafe

D.Lgs. 18-08-2000, n. 267, epigrafe

Gli amministratori e i dipendenti degli Enti locali, avendo competenze specifiche nella gestione del territorio (procedimenti ablatori, edilizia, urbanistica, edilizia residenziale pubblica, tutela dell'ambiente nelle sue numerose articolazioni, beni culturali), possono essere chiamati a rispondere di danno erariale per aver posto in essere condotte che hanno procurato danni all'ente di appartenenza.

Sommario: Il governo del territorio - Procedimenti ablatori - Casistica giurisprudenziale - Edilizia e urbanistica - Contributi edilizi- Concessione in sanatoria - Piani urbanistici - Aree assoggettate a vincoli di inedificabilità - Sanzioni amministrative - Edilizia residenziale

pubblica - Ambiente - Gestione rifiuti - Aree protette - Riparto di giurisdizione - Beni culturali

Il governo del territorio

La gestione e la pianificazione del territorio, attraverso i vari strumenti previsti dalla normativa, costituiscono gli elementi fondamentali del governo del territorio all'interno del quale, più estensivamente, rientrano l'attività conoscitiva, progettuale, normativa e finanziaria per la tutela, valorizzazione e trasformazione del territorio e dell'ambiente. Il governo del territorio si fonda sull'integrazione delle competenze politiche, giuridiche, amministrative, scientifiche e comprende la materia **urbanistica**, l'**edilizia**, le **opere pubbliche**, la **difesa del suolo**, la cura degli interessi pubblici, e così via. In linea generale, la gestione del territorio è funzionale allo sviluppo economico, all'uso e trasformazione dell'abitato con particolare riferimento al patrimonio e agli spazi pubblici, all'organizzazione della mobilità, della viabilità e dei servizi pubblici. Recentemente, i processi di democratizzazione e decentralizzazione in atto in diversi paesi, la crescente complessità dei conflitti tra attori in materia di territorio e ambiente, l'applicazione di nuove politiche sociali e di sviluppo hanno di fatto portato a un ampliamento dei temi e delle finalità riconosciuti di pertinenza della gestione del territorio. Tra le finalità che nel corso del tempo sono state attribuite alla gestione del territorio, quella dello **sviluppo sostenibile** ha assunto particolare rilievo a partire dalla Conferenza delle Nazioni Unite del 1992 su ambiente e sviluppo (Rio de Janeiro) che ha lanciato il programma di azione Agenda 21. Esso individua una serie di **obiettivi economici**, **sociali**, **culturali** e **di protezione ambientale** per il cui raggiungimento si fa esplicito riferimento al coinvolgimento attivo della popolazione interessata e a un rafforzamento del **ruolo delle autorità locali**. Il livello locale infatti, secondo il **principio di sussidiarietà**, è riconosciuto come il più pertinente per individuare i problemi ambientali che interessano una determinata popolazione e come il più appropriato per la loro gestione con il coinvolgimento degli abitanti. In questi ultimi anni, inoltre, la gestione del territorio ha acquisito particolare rilievo anche in riferimento a un altro tema, quello della **prevenzione dei disastri ambientali**, oltre che, in caso di **eventi eccezionali di origine naturale o antropica/tecnologica**, della gestione delle emergenze in funzione preventiva rispetto a eventuali nuovi disastri.

Procedimenti ablatori

L'espropriazione è un istituto di diritto pubblico in base al quale un soggetto, previo pagamento di una indennità, viene privato, totalmente o anche solo in parte, di uno o più beni immobili di sua proprietà per una causa di pubblico interesse.

L'atto amministrativo di espropriazione produce l'effetto giuridico di trasferire coattivamente la proprietà o un qualsiasi altro diritto reale su di un determinato bene da un privato alla PA con la conseguente trasformazione del diritto reale dell'espropriato in un credito ad una somma di denaro a titolo di indennità[(1)].

Il D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (T.U. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità) ha razionalizzato

la materia, già frammentata in una frastagliata serie di norme adottate nel corso di oltre un secolo(2). Compete all'amministrazione che realizza l'opera pubblica emettere il **decreto di esproprio** che conclude l'intero procedimento ablatorio trasferendo la proprietà dei terreni alla PA; pertanto, l'intera procedura espropriativa è stata riunita presso un unico soggetto.
Ciascuna amministrazione, comprese le Regioni e i Comuni, deve organizzare un apposito ufficio gestore dei procedimenti di esproprio attribuendo la potestà di emettere il provvedimento finale ad un dirigente o a un funzionario; gli Enti locali di piccole dimensioni possono scegliere di costituire un consorzio o un'eventuale altra forma associativa, contemplata dal D.Lgs. n. 267/2000. L'ufficio che gestisce il procedimento espropriativo ha l'obbligo di individuare, di volta in volta, il funzionario responsabile di tutti gli adempimenti procedimentali.

Casistica giurisprudenziale

In presenza del danno erariale causato dalla **mancata adozione del decreto di espropriazione**, il nesso eziologico tra la condotta omissiva dei presunti responsabili e il pregiudizio sopportato dall'amministrazione non si può ritenere escluso per motivi attinenti a profili di illegittimità di taluni atti procedurali(3).
L'**omessa indicazione dei termini nella dichiarazione di pubblica utilità** determina l'originaria invalidità della procedura di espropriazione che può dirsi giuridicamente inesistente per carenza di un suo carattere essenziale; pertanto, la pretesa risarcitoria del soggetto privato, anche se ridotta in sede transattiva, costituisce un danno azionabile davanti al giudice contabile(4).
Sul sindaco, come capo dell'amministrazione comunale, incombe una serie di doveri, tra i quali quello di impulso e di stimolo sugli assessori delegati e sui dirigenti degli uffici amministrativi. Di conseguenza, la **tardiva conclusione del procedimento di espropriazione per pubblica utilità**(5) o la **sopravvenuta inefficacia dell'occupazione di urgenza per scadenza dei termini**(6) fa nascere la responsabilità amministrativa a suo carico per evidente illiceità e grave dispregio nell'assolvimento dei doveri di ufficio causando un danno all'ente locale per il risarcimento richiesto e ottenuto dai privati danneggiati(7). Al contrario, quando la mancata conclusione del procedimento di espropriazione nasce dalla materiale impossibilità di liquidare l'indennità per conseguente ed accertata **indisponibilità di bilancio**(8), ovvero per obbiettive difficoltà operative correlate alla **confusione normativa**(9), gli amministratori e i dirigenti degli Enti locali non sono responsabili per danno erariale.
Il danno erariale indiretto conseguente all'**occupazione illegittima** gestita dall'ufficio tecnico comunale, di una particella immobiliare non contemplata nel provvedimento di esproprio emanato dal sindaco, può essere imputato allo stesso sindaco qualora in giudizio sia stato provato il suo assenso ai fatti o anche la loro conoscenza(10).
Nonostante l'emersione di una pluralità di atteggiamenti non collaborativi e certe volte persino ostruzionistici degli amministratori e di taluni funzionari della struttura burocratica comunale, situazione che può giustificare una riduzione dell'addebito, è comunque ravvisabile la colpa grave nel comportamento di inerzia complessiva tenuta dal **dirigente del servizio espropriazioni** per pubblica utilità nel gestire un procedimento(11).

Le **competenze amministrative delegate da una regione ai Comuni mediante una specifica legge in materia di espropriazione per pubblica utilità** si devono intendere attribuite al competente assessore comunale per i lavori pubblici dei comuni interessati, per cui non c'è bisogno alcuno di un'ulteriore specifica attribuzione di potestà; pertanto, se emergano danni erariali indiretti per l'avvenuto risarcimento corrisposto dall'ente locale coinvolto nel procedimento ablatorio ai soggetti terzi danneggiati da inescusabili ritardi procedimentali, chiamato a rispondere davanti ai giudici contabili è il predetto amministratore comunale, a nulla rilevando il fatto che sia stato o meno delegato con uno specifico atto del sindaco(12).

Edilizia e urbanistica

L'urbanistica si può definire come l'insieme delle misure tecniche, amministrative ed economiche finalizzate al controllo e all'organizzazione dell'*habitat* urbano. Tre sono gli ambiti prevalenti di ricerca teorica e di applicazione pratica: le analisi dei fenomeni urbani; la progettazione dello spazio fisico della città; la partecipazione ai processi politici e amministrativi inerenti le trasformazioni urbane. Se i primi due hanno come oggetto i caratteri materiali e le modalità d'uso della città, nella terza accezione l'urbanistica viene vista come uno specifico campo di relazioni sociopolitiche in cui agiscono più soggetti: le forze politiche, gli amministratori locali, i tecnici, le rappresentanze sociali e sindacali, i mezzi di comunicazione di massa, ecc.

Il termine edilizia ha oggi un significato più ampio che supera quello tradizionalmente riferito, in senso restrittivo, agli edifici pubblici e privati rappresentando il momento operativo che traduce in una "realtà costruita" l'assetto del territorio, sia come insieme delle attività (politiche, economiche, tecniche, scientifiche, artistiche, sociali, legislative, ecc.) finalizzate a tale scopo, sia come insieme delle opere necessarie all'insediamento umano. In ultima analisi l'edilizia indica l'attività e le opere dell'uomo per rendere il territorio agibile a fini insediativi. Perciò non può essere sottratta a una visione sul piano urbanistico, in quanto rappresenta il "farsi" della pianificazione urbanistica. In tal senso le opere dell'edilizia investono la struttura globale dell'insediamento abitativo e si identificano con un qualsiasi spazio costruito o con una qualsiasi opera infrastrutturale che concorra a realizzare un intervento insediativo.

Contributi edilizi

In presenza del rilascio di un titolo edilizio abilitativo (ad es. il permesso di costruire, già concessione di costruzione) sorge per l'Ente locale comunale il diritto di esigere il contributo edilizio che si prescrive entro il termine decennale il cui *dies a quo* inizia a decorrere dal rilascio del titolo stesso(13). In ogni caso, anche prima del compimento del decennio, in caso di erronea o mancata quantificazione del predetto contributo, non può escludersi un danno all'Erario, concreto ed attuale che non è ancora irreversibile in quanto il comune può far valere il suo diritto previo ricorso ai poteri di autotutela(14).

Concessione in sanatoria

Non sussiste la responsabilità dei dirigenti del sevizio urbanistico comunale per non aver annullato d'ufficio una concessione edilizia in sanatoria di opere

abusive, e ciò in quanto il potere di procedere in autotutela è un potere discrezionale(15).

Piani urbanistici

Laddove l'amministrazione abbia la concreta possibilità di avvalersi di servizi tecnici comuni per la redazione del nuovo P.R.G., sussiste il danno erariale nella maggiore spesa sostenuta per il compenso liquidato in favore del terzo professionista a titolo di remunerazione per prestazioni equivalenti conseguibili a minore costo(16).

Configurano colpa grave del sindaco, degli assessori, dei consiglieri comunali, del responsabile dell'ufficio tecnico comunale e del segretario comunale i comportamenti tenuti nelle rispettive attività di decisione e istruttoria di una variante al piano regolatore generale, adottata nonostante i rilievi di legittimità contrari della Provincia e della Regione e successivamente annullata dal giudice amministrativo; pertanto, in siffatta ipotesi i soggetti anzidetti rispondono del danno erariale per le spese sostenute per la redazione della variante stessa, in ragione della parte rispettivamente avuta nel cagionarlo(17).

In ipotesi di annullamento da parte del competente TAR di delibere comunali di adozione ed approvazione di una variante con oggetto interventi di trasformazione urbanistica ed edilizia in zone con prevalente funzione agricola, le spese tecniche di redazione della variante nonché quelle correlate al giudizio davanti al giudice amministrativo non costituiscono fonte di responsabilità per gli amministratori e i dipendenti che le hanno approvate, quando la lettura della normativa di riferimento non risulta univoca e qualora i convenuti abbiano posto in essere comportamenti coerenti con una delle molteplici interpretazioni possibili della legge, supportata da pareri amministrativi, da accurati pareri legali nonché da approfondite valutazioni tecniche correlate al quadro conoscitivo di riferimento dei territori interessati; infatti, si tratta di elementi concomitanti che escludono che il comportamento dei convenuti sia connotabile come arbitrario o illogico ovvero privo di un adeguato supporto nella motivazione o istruttorio(18).

Aree assoggettate a vincoli di inedificabilità

La giurisprudenza contabile ha riscontrato gli estremi della colpa grave nella condotta del sindaco che, nonostante l'atto di diffida di società operanti nel settore edilizio e di due distinte ordinanze del giudice amministrativo, con cui si faceva carico all'amministrazione comunale di pronunciarsi sulla predetta diffida, abbia omesso di provvedere in ordine alla **nuova disciplina urbanistica cui assoggettare una specifica area in origine sottoposta a vincolo di inedificabilità**, vincolo scaduto per decorrenza dei termini, con ciò determinando oneri conseguenti alla nomina di un commissario *ad acta*(19).

Sanzioni amministrative

La mancata applicazione e riscossione di sanzioni amministrative da parte di un'amministrazione comunale comporta la responsabilità del funzionario responsabile dei procedimenti riguardanti le concessioni urbanistiche per somma trascuratezza emergente dalla inadempienza nonché del segretario comunale per grave noncuranza dei normali doveri di protezione degli interessi del Comune non avendo assunto alcun atteggiamento fattivo pur avendo integrale cognizione della situazione patrimoniale dell'Ente(20).

Nei rapporti intercorrenti tra amministrazioni chiamate a gestire l'ambiente è stato riconosciuto il danno patrimoniale a carico del comune per l'avvenuto versamento di una somma di denaro a titolo di sanzione pecuniaria inflitta all'ente locale dalla soprintendenza per i beni architettonici ed il paesaggio, trattandosi di somma non altrimenti recuperabile dall'amministrazione comunale se non attraverso il rimborso da parte dei responsabili dell'illecito(21).

Edilizia residenziale pubblica

Il ruolo svolto dal comparto pubblico in tema di edilizia caratterizza le tre suddette tipologie.

Nella cosiddetta **edilizia residenziale pubblica sovvenzionata** l'Ente pubblico edifica direttamente il fabbricato mediante finanziamenti in tutto o in parte pubblici.

All'edilizia residenziale sovvenzionata si è affiancata l'**edilizia residenziale agevolata**. In questo caso, l'amministrazione incentiva l'edificazione residenziale attribuendo specifiche agevolazioni creditizie alle imprese costruttrici ed agli assegnatari.

La terza forma di edilizia residenziale pubblica è l'**edilizia residenziale convenzionata** che spesso viene confusa con la precedente. Ciò che accomuna le due fattispecie è il fatto che in entrambe l'immobile abitativo è realizzato dal privato. In caso di edilizia convenzionata, tuttavia, l'ente pubblico non offre agevolazioni creditizie ma attribuisce direttamente beni o contributi all'impresa costruttrice.

Sussiste danno erariale, nell'ipotesi di irregolarità nella **vendita di terreni di proprietà di Enti locali**, da parte di una società pubblica *in house*, svolgente l'attività di gestione di immobili di edilizia residenziale pubblica di vari comuni; in particolare, *ex lege*, il prezzo di vendita di un bene pubblico si determina sulla base del suo valore catastale, ma ciò non significa che se un terreno pertinenziale non è valorizzato al catasto, debba essere ceduto a soggetti privati senza alcun corrispettivo(22).

È configurabile la responsabilità amministrativa, a carico di funzionari di un'azienda territoriale per l'edilizia residenziale, a causa della mancata tempestiva definizione del procedimento teso alla stipula di molteplici contratti di locazione d'immobili ad uso abitativo per i quali l'originario contratto era scaduto; omissione da cui è derivato un danno erariale per il mancato incasso dei nuovi maggiori canoni locativi a carico degli inquilini i quali, in mancanza di contratto, erano tenuti soltanto al pagamento di un'indennità di occupazione, d'importo pari al canone scaduto ma inferiore al nuovo maggior canone che avrebbe dovuto essere applicato(23).

Ambiente

Poiché l'ambiente costituisce un **bene unitario di interesse collettivo**, accanto all'azione per danno ambientale riservata al Ministero dell'ambiente si collocano le azioni civilistiche a tutela della proprietà e del possesso (azioni petitorie, possessorie, risarcitorie) e l'azione di responsabilità amministrativa nel caso in cui la condotta lesiva del patrimonio pubblico sia realizzata da soggetti in rapporto di servizio con l'ente a seguito di violazione dei doveri di ufficio(24).

Gestione rifiuti

Risponde di danno erariale il **sindaco** che abbia indotto il Comune, con colpa grave dovuta all'omesso esercizio di controlli su di una società, interamente partecipata dal comune stesso, concessionaria di un servizio di discarica dei rifiuti, il danno da disservizio consistente nella realizzazione di un **impianto del tutto inefficiente**, a fronte dell'investimento per la costituzione della società e dei costi sostenuti per la gestione del servizio(25).

Risponde di danno erariale il **commissario delegato per l'emergenza rifiuti nella Regione Campania** che abbia disposto una spesa relativa a finalità diverse da quella di fronteggiare lo stato di emergenza. Nella specie, è stata ritenuta estranea a tali finalità la spesa per la realizzazione di un ***call center* ambientale**, attraverso la costituzione di una società consortile e l'impiego di circa cento lavoratori socialmente utili(26).

Rispondono di danno erariale gli amministratori, i dirigenti e i titolari del servizio rifiuti di un comune, che, violando la normativa in materia di **raccolta differenziata dei rifiuti solidi urbani**, abbiano cagionato all'ente mancati ricavi dalla vendita del materiale raccolto e maggiori costi per lo smaltimento dei rifiuti raccolti(27). Difatti, sebbene la copertura integrale del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani avviene mediante tariffe gravanti sugli utenti, il danno erariale consiste comunque nell'aver determinato, a carico del Comune, una serie di costi sia per sostenere l'emergenza rifiuti in generale e per l'abbandono nelle strade cittadine di quantità enormi di rifiuti, sia per coprire l'onere di un servizio di raccolta in concreto non effettuato; inoltre, il danno risulta comunque prodotto al bilancio dell'ente, nel quale sono affluite le somme versate dai cittadini per sostenere l'onere della raccolta, ma indebitamente o inutilmente utilizzate a fronte di un servizio non reso o reso in modo difforme ed assolutamente insufficiente, sotto il profilo quali-quantitativo, rispetto alla caratteristiche stabilite dalla normativa e dal contratto di servizio.

Risponde di danno erariale, da determinarsi in via equitativa, per i **presunti mancati ricavi dal riciclo dei rifiuti**, il consorzio affidatario, da parte di un Comune, del servizio della raccolta dei rifiuti solidi urbani che abbia con colpa grave mancato di organizzare e gestire tale servizio in modo da assicurare la **quantità minima di raccolta differenziata** dovuta in base al quadro normativo e convenzionale sottostante al regolamento contrattuale; in tal caso, concorrono nella responsabilità il sindaco, l'assessore comunale con delega all'ambiente e il dirigente responsabile del settore che abbiano omesso, in relazione alle rispettive funzioni, le azioni di loro competenza e quelle di vigilanza e di stimolo nei confronti dell'affidatario del servizio(28).

Rispondono di danno erariale gli amministratori di un Comune che non abbiano adottato le misure necessarie ad impedire la sostanziale inoperatività dei dipendenti (addetti, nella specie, alla raccolta differenziata dei rifiuti, presso un ente all'uopo costituito), consentendo che essi venissero retribuiti malgrado l'impossibilità di essere impiegati a causa dell'insufficienza dei mezzi tecnici per lo svolgimento del servizio di raccolta(29).

Aree protette

Rispondono di danno erariale gli amministratori e i dirigenti di un consorzio tra comunità montane per la gestione di una **riserva naturale**, i quali non abbiano assunto, nei confronti di imprese esercenti attività industriali nell'area della riserva, le misure interdittive necessarie ad impedire il pregiudizio economico determinato (sia pure con il concorso dei titolari di altri organi di varie amministrazioni) dalla necessità di ripristinare lo stato dei luoghi a seguito della produzione di danni all'ambiente cagionati dalle predette imprese(30).

Riparto di giurisdizione

Ai fini del riparto della giurisdizione rileva il *petitum* sostanziale, così come prospettato nella domanda, per cui, pur essendo sottratto alla cognizione della Corte dei conti il danno ambientale ai sensi dell'art. 18 della Legge 8 luglio 1986, n. 349, vigente *ratione temporis*, ricade nella giurisdizione contabile la richiesta risarcitoria avente ad oggetto, oltre al danno all'immagine per la perdita di prestigio, patita dalla PA a causa dell'inefficienza dimostrata, il danno erariale, derivante dall'esecuzione delle opere appaltate in difformità di prescrizioni contrattuali e di capitolato, dettate per la **difesa della costa e la salvaguardia del litorale** e, quindi, per scongiurare proprio il danno ambientale(31).

Beni culturali

È stata negata la giurisdizione della Corte dei conti per contestata lesione dell'interesse pubblico alla tutela dei luoghi e degli edifici di interesse storico e artistico, costituendo i beni culturali e il patrimonio culturale uno dei più rilevanti profili dell'ambiente (oltre al suolo, aria, clima e paesaggio), per la cui tutela sussiste la **giurisdizione del giudice ordinario**(32). Questo indirizzo giurisprudenziale contabile ha anticipato quanto affermato solennemente dal Codice dei beni culturali e del paesaggio che ha ricompreso nel concetto di patrimonio culturale nazionale anche i beni paesaggistici.

Integra un'ipotesi di danno all'erario la spesa sostenuta da un Comune per i lavori, mai completati, per la **trasformazione di un bene di interesse storico**, iniziati senza il preventivo nulla osta della competente sovrintendenza ai beni culturali (nella specie trattasi di lavori appaltati per la trasformazione di un *ex* convento in casa di riposo per anziani)(33).

Sussiste la responsabilità amministrativa di un funzionario tecnico della sovrintendenza ai beni culturali che abbia, attraverso il suo colpevole disinteressamento, omesso di procedere ad **interventi urgenti di consolidamento di un bene storico ed architettonico**, sottovalutando il pericolo di cedimenti strutturali, poi verificatisi(34).

---

(1) A. Fiale ed E. Fiale, "Diritto urbanistico", XII ed., 2006, Napoli, 841.

(2) Legge 25 giugno 1865, n. 2359 (ha disciplinato il procedimento per la dichiarazione di P.U. e il ricorso all'esproprio, individuando il criterio di determinazione dell'indennità di esproprio); Legge 15 gennaio 1885, n. 2892 (risanamento della città di Napoli); Legge 17 agosto 1942, n. 1150 (rinviava alla normativa del 1865 per determinare l'indennità di esproprio); Legge 18 aprile 1962, n. 167 (acquisizione di aree fabbricabili per

l'edilizia economica e popolare); Legge 22 ottobre 1971, n. 865 (il titolo II conteneva norme sull'espropriazione per P.U.).

(3) Corte dei conti, Sez. giurisd. Regione Campania, 18 luglio 2005, n. 696.

(4) Corte dei conti, Sez. giurisd. Regione Calabria, 1° settembre 2008, n. 619.

(5) Corte dei conti, Sez. giurisd. Regione Calabria, 27 novembre 2012, n. 351; Corte dei conti, Sez. II app., 2 maggio 2005, n. 141; Corte dei conti, Sez. II app., 23 giugno 2004, n. 198.

(6) Corte dei conti, Sez. II app., 14 aprile 2004, n. 132.

(7) Corte dei conti, Sez. III app., 22 febbraio 2006, n. 110.

(8) Corte dei conti, Sez. II app., 18 ottobre 2004, n. 310.

(9) Corte dei conti, Sez. II app., 20 luglio 2004, n. 257; Corte dei conti, Sez. II app., 31 marzo 2003, n. 138; Corte dei conti, Sez. II app., 27 marzo 2002, n. 99.

(10) Corte dei conti, Sez. II app., 18 luglio 2002, n. 257.

(11) Corte dei conti, Sez. appello Regione Sicilia, 6 novembre 2000, n. 147.

(12) Corte dei conti, Sez. II app., 24 marzo 2003, n. 153.

(13) Corte dei conti, Sez. giurisd. Regione Marche 4 giugno 2002, n. 568: è stato riconosciuto il danno erariale a carico del funzionario comunale responsabile dell'ufficio urbanistica per omessa attivazione delle procedure di riscossione coattiva dei contributi per i costi di costruzione.

(14) Corte dei conti, Sez. II app., 12 ottobre 2007, n. 339.

(15) Corte dei conti. Sez. giurisd. Regione Lazio, 30 giugno 2016, n. 214.

(16) Corte dei conti, Sez. giursd. Regione Marche, 21 dicembre 2012, n. 138; Corte dei conti, Sez. giurisd. Regione Toscana, 10 agosto 2009, n. 46.

(17) Corte dei conti, Sez. I app. 5 maggio 2010, n. 76.

(18) Corte dei conti, Sez. giurisd. Regione Toscana, 26 luglio 2006, n. 467.

(19) Corte dei conti, Sez. giurisd. Regione Molise, 19 febbraio 2003, n. 32.

(20) Corte dei conti, Sez. II app., 30 settembre 2009, n. 509; Corte dei conti, Sez. giurisd. Regione Toscana, 10 febbraio 2006, n. 64.

(21) Corte dei conti, Sez. giurisd. Regione Toscana, 11 maggio 2007, n. 418.

(22) Corte dei conti, Sez. giurisd. Regione Toscana, 29 settembre 2016, n. 258.

(23) Corte dei conti, Sez. giurisd. Regione Veneto, 12 gennaio 2016, n. 5.

(24) Corte dei conti, Sez. giurisd. Regione Toscana, 27 maggio 2009, n. 35.

(25) Corte dei conti, Sez. giurisd. Regione Lazio, 6 agosto 2015, n. 367: nella fattispecie, si trattava di un impianto per il trattamento del percolato.

(26) Corte dei conti, Sez. II app., 10 marzo 2015, n. 95.

(27) Corte dei conti, Sez. giurisd. Regione Calabria, 20 novembre 2014, n. 1500.

(28) Corte dei conti, Sez. II app., 25 luglio 2014, n. 433.

(29) Corte dei conti, Sez. giurisd. Regione Calabria 15 febbraio 2013, n. 222: nella specie, l'ente disponeva di 50 autoveicoli, con la possibilità di impiegare quotidianamente solo 150 lavoratori, in luogo dei 362 disponibili.

(30) Corte dei conti, Sez. giurisd. Regione Lombardia, 31 luglio 2015, n. 137.

(31) Cass., SS.UU., 21 maggio 2014, n. 11229.

(32) Corte dei conti, Sez. giurisd. Regione Umbria, 21 giugno 2000, n. 326.

(33) Corte dei conti, Sez. giurisd. Regione Sicilia, 4 ottobre 1995, n. 320.

(34) Corte dei conti, Sez. giurisd. Regione Sicilia, 8 gennaio 2008, n. 63.

Nota sul riparto di giurisdizione in tema di risarcimento del danno per occupazione illegittima]

Cons. Stato Sez. IV (Ord.), 17 marzo 2005, n. 1109

Cons. Giust. Amm. Sic. (Ord.), 11 aprile 2005, n. 201

Nelle sentenze in epigrafe i giudici, chiamati ancora una volta a pronunciarsi sul riparto di giurisdizione in tema di risarcimento del danno per occupazione illegittima, a seguito della nota sentenza della *Corte costituzionale n. 204 del 2004* , rimettono la delicata questione alla decisione dell'Adunanza plenaria.

Con la prima pronuncia, la cui fattispecie riguarda un'occupazione di urgenza di alcuni terreni per l'adeguamento a quattro corsie di una strada di grande comunicazione, la IV Sezione del Consiglio di Stato ha prima di tutto risolto, in via pregiudiziale, l'eccezione di nullità ed inammissibilità dei ricorsi in appello, in quanto privi di specifica ed apposita procura speciale *ex* art. 35 R. D. 26 giugno 1924, n. 1054. Ad avviso del Collegio tale requisito non può essere soddisfatto da una procura conferita con riferimento al giudizio di primo grado in quanto, dato che nel processo amministrativo vale il principio del conferimento di una nuova delega per il superiore grado di giudizio, occorre comunque un nuovo mandato (nello stesso senso Cons. di Stato, Sez. V, 10 dicembre 1990, n. 849, in *Foro Amm.*, 1990, III, 2067).

Prima di affrontare la questione di giurisdizione il Collegio si pone il problema della rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione da parte del giudice di appello, anche in difetto di impugnazione sul punto e propone la soluzione ai sensi del dato letterale dell'*art. 30 L. 6 dicembre 1971, n. 1034*, secondo cui il difetto di giurisdizione può essere rilevato in ogni stato e grado del processo amministrativo. A nulla rileverebbe il fatto che sulla giurisdizione il giudice di primo grado si sia pronunciato con statuizione espressa, dovendosi escludere, fino a quando il rapporto processuale resti pendente e sempre che sulla giurisdizione stessa non sia intervenuta una sentenza della Cassazione come giudice della giurisdizione, che tale statuizione sia suscettiva di passare in cosa giudicata (nello stesso senso Cons. di Stato, Sez. IV, 21 gennaio 2005, n. 99, in corso di pubblicazione in *Giur. It.*, 2005; Id., 2 luglio 2002, n. 3606, in *Foro Amm., CdS*, 2002, 1635; Id., 4 febbraio 1999, n. 112, in *Cons. Stato*, 1999, I, 166; Id., Sez. VI, 25 marzo 1998, n. 390, *ivi*, 1998, I, 470, in senso contrario *Cass., Sez. un., 28 gennaio 1998, n. 850* , in *Mass.*, 1998 e Id., Sez. lav., 17 giugno 1996, n. 5529, *ivi*, 1996, secondo cui il principio della rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione in ogni stato e grado del processo deve essere

coordinato con il sistema delle impugnazioni e, in particolare, troverebbe un limite nel giudicato interno sulla giurisdizione, che si formerebbe quando il primo giudice si sia pronunciato, esplicitamente o implicitamente sul punto di giurisdizione, con statuizione non impugnata, con la conseguenza che il giudice di appello non potrebbe rilevare d'ufficio il proprio difetto di giurisdizione, se la giurisdizione sia stata affermata dal primo giudice con statuizione non appellata sul punto e quindi passata in giudicato).

In entrambe le pronunce i giudici sono chiamati ad interpretare la sentenza della *Corte costituzionale n. 204 del 2004*, la quale, per orientamento consolidato, è destinata a produrre effetti non soltanto per il futuro ma anche nei giudizi in corso. Infatti, il principio di cui all' *art. 5 c. p. c.* in base al quale la giurisdizione si determina con riguardo alla legge vigente al momento della proposizione della domanda in sede giudiziaria, non opera quando la norma che detta i criteri determinativi della giurisdizione è successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima, in quanto l'efficacia retroattiva che assiste tale tipo di pronunce della Corte costituzionale preclude che la norma dichiarata illegittima possa essere assunta a canone di valutazione di situazioni o di rapporti anteriori alla pubblicazione della pronuncia di incostituzionalità salvo il limite dei rapporti esauriti al momento della pubblicazione della decisione, intendendosi per tali quelli accertati con sentenza passata in giudicato o per altro verso già consolidati (*Cass., Sez. un., 6 maggio 2002, n. 6487*, in *Mass. Giust. Civ.*, 2002, 771 e Cons. di Stato, Sez. IV, 5 ottobre 2004, n. 6489, in corso di pubblicazione in *Giur. It.*, 2005; v. inoltre Cons. di Sato, Sez. IV, 27 settembre 2004, n. 6328, in corso di pubblicazione in *Giur. It.*, 2005, la quale ritiene applicabile il nuovo riparto al fine della declaratoria del difetto di giurisdizione anche nel giudizio di appello ed anche se il giudice di primo grado si sia già pronunciato espressamente a favore della giurisdizione del giudice amministrativo e ciò anche se il capo della sentenza concernente la giurisdizione non sia stato espressamente impugnato e contestato dalla parte soccombente). Le sentenze di accoglimento della Corte costituzionale — le quali hanno natura di accertamento ad effetti costitutivi e tali effetti sono stabiliti dall' *art. 136 Cost.* e dalla costante interpretazione dell' *art. 30 L. 11 marzo 1953, n. 87* adottata dalla giurisprudenza di legittimità — comportano l'eliminazione sin dall'origine della norma, e ne impediscono l'applicazione a partire dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione (*Cass., 9 gennaio 2004, n. 113*, in *Guida al Dir.*, 2004, 7, 73 e Cons. di Stato, Sez. IV, 21 luglio 2000, n. 4035, in *Foro Amm.*, 2000, III, 2619; cfr. inoltre *Cass., 14 marzo 2002, n. 3745*, in *Arch. Civ.*, 2003, 66 la quale estende il principio dell'efficacia retroattiva delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale anche nel caso delle sentenze non meramente ablative ma «additive», quelle cioè che dichiarano la illegittimità di una disposizione nella parte in cui non preveda una determinata statuizione).

La IV Sezione, dopo aver fornito una chiara definizione di occupazione acquisitiva e aver ripercorso gli orientamenti giurisprudenziali precedenti alla sentenza della Corte sul riparto di giurisdizione fra giudice amministrativo e giudice ordinario in

tema di «comportamenti», si sofferma ad analizzare il contenuto della sentenza n. 204 del 2004, chiedendosi in particolare se la Corte con tale pronuncia abbia voluto confermare l'orientamento precedente che non riteneva rientrare nella giurisdizione esclusiva i comportamenti del tutto disancorati dall'esercizio di poteri pubblicistici (*Cass., Sez. un., 6 giugno 2003, n. 9139* , in *Cons. Stato*, 2003, II, 1823 e Cons. di Stato, Sez. IV, 9 luglio 2002, n. 3819, in *Foro Amm., CdS*, 2003, 550), oppure abbia inteso estromettere del tutto l'attività non provvedimentale dalla sfera riconducibile alla giurisdizione esclusiva. In altre parole, ciò che il Collegio intende stabilire, al fine di meglio comprendere l'incidenza in concreto della sentenza della Consulta, è se tutta l'attività materiale posta in essere dall'amministrazione pubblica possa essere ricondotta alla nozione di «comportamento» che la Corte ha inteso far rientrare nella giurisdizione del giudice ordinario, o se essa comprenda solo quell'attività materiale che non costituisce esecuzione di atti o provvedimenti amministrativi e che non sia quindi riconducibile all'esercizio del potere autoritativo della P. A. Secondo il Collegio l'interpretazione che appare preferibile è quella che ritiene estranei alla giurisdizione esclusiva solo i comportamenti assunti in assenza di un previo provvedimento amministrativo e cioè senza alcun collegamento con l'esercizio del potere e cioè quelle ipotesi di occupazione usurpativa in cui non vi è mai stata alcuna dichiarazione di pubblica utilità; se invece il comportamento di impossessamento del bene è stato assunto in esecuzione di un provvedimento amministrativo efficace, ancorché viziato, sussiste il collegamento con l'esercizio dei poteri e pertanto la lesione del diritto di proprietà derivante dalla illegittimità della procedura espropriativa può legittimamente essere conosciuto dal giudice amministrativo nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva. Per i giudici siciliani invece ai fini della determinazione della giurisdizione non è rilevante il fatto formale che l'occupazione sia stata preceduta o meno da un atto o da un comportamento, ma che sia diretta alla realizzazione dell'opera pubblica, che costituisce sicuramente esplicazione del potere della P. A., mentre i comportamenti sono meri atti materiali e non sono in alcun modo ricollegabili, neppure implicitamente, all'esercizio o al non esercizio di un potere amministrativo.

In entrambe le pronunce i giudici ritengono comunque opportuno rimettere la decisione all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, in quanto trattasi di questioni di massima di particolare importanza e che hanno dato e possono continuare a dare luogo a contrasti giurisprudenziali sia in sede di legittimità che di merito. Il Consiglio di giustizia amministrativa, con ordinanza 18 febbraio 2005, n. 83, in *www.lexitalia.it*, aveva già precedentemente rimesso all'Adunanza plenaria la questione circa l'appartenenza o meno alla giurisdizione del g. a. di un'azione di risarcimento del danno proposta dopo il passaggio in giudicato di una sentenza che ha dichiarato illegittimo il decreto di occupazione di urgenza o la dichiarazione di pubblica utilità.

Dopo l'intervento della Corte, sulla giurisdizione del G. O. in materia di occupazione illegittima cfr. *Cass., Sez. un., 4 novembre 2004, n. 21099* , in corso di pubblicazione in *Giur. It.*, 2005 e Id., Sez. un., 22 novembre 2004, n.

21944, le quali hanno affermato che nella fattispecie in cui alla procedura di occupazione di urgenza di un immobile non ha fatto seguito la procedura di esproprio entro il termine di validità del decreto di occupazione di urgenza, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario in quanto detti «comportamenti» incidono su posizioni di diritto soggettivo; nello stesso senso Cons. di Stato, Sez. IV, 21 gennaio 2005, n. 99, in corso di pubblicazione in *Giur. It.*, 2005; Id., Sez. IV, 27 settembre 2004, n. 6328, in *www.giustamm.it*; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 12 novembre 2004, n. 330, in *www.lexitalia.it*; Id., Sicilia, Palermo, Sez. I, 29 novembre 2004, n. 2422, in *www.lexitalia.it*, il quale dichiara il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo per una controversia in materia di occupazione appropriativa affermando che la sentenza della *Corte costituzionale n. 204 del 2004* ha travolto implicitamente anche l'art. 53 del D. P. R. n. 327/2001 — Testo Unico delle disposizioni in materia di espropriazione per pubblica utilità —, nella parte in cui continua a prevedere la giurisdizione del giudice amministrativo anche per i «comportamenti» delle amministrazioni pubbliche in materia di espropriazione per pubblica utilità. Al riguardo T.A.R. Abruzzo, Pescara, ord. 21 novembre 2004, in *www.lexitalia.it*, ha sollevato questione di illegittimità costituzionale dell'art. 53 del T. U.

Per l'orientamento che ritiene invece sussistere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di occupazione acquisitiva pur a seguito della sentenza della Corte costituzionale cfr. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 29 ottobre 2004, n. 4883, in*www.lexitalia.it*, il quale ha affermato che rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la domanda di risarcimento di un danno derivante dalla irreversibile trasformazione del fondo consumatasi nel periodo di occupazione legittima senza che alla scadenza dello stesso sia stato tempestivamente emanato il decreto di esproprio, in quanto *a*) una tale fattispecie integra non già una ipotesi di carenza di potere bensí di cattivo uso della potestà ablatoria da parte dell'Amministrazione Pubblica; *b*) la sentenza della Corte non ha travolto l'art. 53 del Testo Unico, che devolve alla giurisdizione esclusiva del G. A. «le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti, gli accordi ed i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti ad esse equiparati conseguenti alla applicazione delle disposizioni del testo unico»; *c*) il risarcimento del danno vantato dal privato si configura come conseguente all'illegittimo comportamento omissivo — mancata emissione nei termini del decreto di esproprio —, idoneo a radicare la giurisdizione di legittimità sul risarcimento del giudice amministrativo *ex art. 7 legge n. 205/2000*; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 26 novembre 2004, n. 15428, in *www.lexitalia.it*, secondo cui anche dopo la parziale dichiarazione di illegittimità dell'art. 34 del D. Lgs. n. 80/1998, ad opera della sentenza n. 204 del 6 luglio 2004, rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo un'azione con la quale si chiede il risarcimento dei danni derivanti dall'irreversibile trasformazione del fondo, a seguito del decorrere del termine massimo per la conclusione del procedimento espropriativo; tale azione, infatti, si colloca nell'ambito del risarcimento derivante da atti e provvedimenti della pubblica amministrazione e, quindi, in una fattispecie in cui permane la giurisdizione amministrativa; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 9 agosto, 2004, n. 607, in*www.lexitalia.it*, il

quale ritiene sussistere la giurisdizione del giudice amministrativo per le controversie in materia di occupazione acquisitiva *ex* art. 53 del T. U. n. 327/01; TAR. Puglia, Bari, Sez. III, 23 settembre 2004, n. 4181, in*www.lexitalia.it*, secondo cui i «comportamenti» materiali sui quali sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sono pur sempre quelli che costituiscono espressione, sia pur larvata, di poteri pubblicistici e autoritativi.

Sul tema dell'occupazione appropriativa era intervenuta anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: cfr. C.E.D.U., Sez. II, 30 maggio 2000, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2001, 48, con nota di Verzaro, *La Corte di Strasburgo riconosce il contrasto dell'occupazione acquisitiva con la Convenzione dei Diritti dell'Uomo*, e in *Corriere Giur.*, 2001, 475, con nota di Bultrini, *Occupazione appropriativi: l'intervento dirompente della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*; e C.E.D.U., 2 agosto 2001, in *Corriere Giur.*, 2002, 965.

In dottrina, a commento della sentenza n. 204 del 2004 si vedano Angeletti, *A proposito della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004* , in *Resp. Civ. e Prev.*, 2004, 1009; Garofoli, *La nuova giurisdizione in tema di servizi pubblici dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004, n. 204* , in *www.lexitalia.it*; Saitta, *Tanto tuonò che piovve: riflessioni d'agosto sulla giurisdizione esclusiva ridimensionata dalla sentenza costituzionale n. 204 del 2004*, in *www.giustizia-amministrativa.it*;Carbone, *Il walzer delle giurisdizioni rigira e ritorna a fine ottocento*, in *Corriere Giur.*, 2004, 1125; Lorenzoni, *Commento a prima lettura della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 5 luglio 2004*, in *federalismi.it*; Pollice, *La giurisdizione del G.A. è piena ma non è piú esclusiva*, in *Giornale dir. amm.*, 2004, 974; Giacchetti, *Giurisdizione esclusiva, Corte costituzionale e nodi di gordio*, in *Cons. Stato*, 2004, II, 1647; Albè, *Prime pronunce giurisprudenziali dopo la sentenza 204/2004*, in *Urbanistica e Appalti*, 2004, 1290.

PRIMATO DEL DIRITTO EUROPEO E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI NEL SISTEMA ORDINAMENTALE INTEGRATO

di Davide Achille(*)

cost. art. 111

L. 04-08-1955, n. 848, 33.

L. 04-08-1955, n. 848, 53.

Trattato 25-03-1957, Articolo 344

Le interazioni tra il principio del primato del diritto dell'UE e la protezione dei diritti fondamentali nella implementazione del diritto dell'Unione ad opera degli Stati membri sono particolarmente controverse. Il presente contributo riassume e analizza tali questioni, ripercorrendo lo sviluppo che il principio del primato del diritto europeo ha avuto nel dialogo tra la giurisprudenza europea e quella costituzionale, sino a giungere alle più recenti applicazioni della teoria dei controlimiti. In tale contesto, il percorso giurisprudenziale avviatosi oltre mezzo secolo fa con l'affermazione della *primauté* del diritto europeo, come successivamente specificata dall'intenso dialogo tra la Corte di giustizia e le Corti costituzionali nazionali, contribuisce a chiarire l'evoluzione che ha caratterizzato

il sistema ordinamentale degli Stati membri ponendo in evidenza le criticità che ancora oggi si pongono con riguardo al rapporto tra fonti nazionali ed europee.

Sommario: 1. Sistema ordinamentale ed europeizzazione delle fonti. - 2. Il percorso giurisprudenziale verso l'affermazione della preminenza del diritto europeo. - 3. *Segue:* il ruolo dell'interpretazione conforme. - 4. L'ulteriore espansione del primato del diritto europeo. - 5. Teoria dei controlimiti, tutela dei diritti fondamentali e libertà economiche. - 6. I recenti sviluppi connessi al c.d. caso *Taricco*. - 7. Integrazione e armonizzazione del quadro ordinamentale unitario.

1. Sistema ordinamentale ed europeizzazione delle fonti.

Nel processo di integrazione europea il principio del primato del diritto europeo ha assunto un ruolo determinante e di portata generale, che ha interessato e continua ad interessare anche il privatista stante, da un lato, l'incidenza della nuova normativa su sistema delle fonti e, dall'altro, la sempre maggiore incidenza del diritto europeo sul diritto privato ed in particolare sul diritto dei contratti.

Il principio in parola ha costituito infatti una costante nella costruzione del diritto europeo - e ciò tanto nella fase iniziale, connotata da una *pars destruens*, in cui si è assistito ad un processo di liberalizzazione tramite l'applicazione giurisprudenziale delle libertà fondamentali su cui si fonda il diritto dell'Unione, quanto in quella più recente, caratterizzata da una cospicua attività normativa dell'Unione, che caratterizza la *pars costruens* del diritto europeo(1) - rappresentando una premessa imprescindibile per l'applicazione della normativa di derivazione europea.

Concependo il diritto europeo come il «diritto di uno "*spazio senza frontiere interne*", cioè di uno spazio, sovrastante i territori dei singoli Stati, nel quale si svolge e attua l'odierno capitalismo»(2) questo ha avuto un impatto dirompente, anche per effetto della sua preminenza, sul diritto privato incidendo direttamente e con forza sulle posizioni dei singoli consociati(3).

Di contro, non si può negare che lo stratificarsi in ordine sparso delle fonti normative, cui anche il diritto europeo ha contribuito, costituisce una delle cause che nel creare incertezza e complessità producono l'effetto di frammentare il sistema, con conseguente perdita di centralità del ruolo del diritto privato(4).

In tale contesto, il percorso giurisprudenziale avviatosi oltre mezzo secolo fa con l'affermazione della *primauté* del diritto europeo, come successivamente specificata dall'intenso dialogo tra la Corte di giustizia e le Corti costituzionali nazionali(5), contribuisce a chiarire l'evoluzione che ha caratterizzato il sistema ordinamentale degli Stati membri ponendo in evidenza le interazioni e le criticità che ancora oggi si pongono con riguardo al rapporto tra fonti nazionali ed europee.

2. Il percorso giurisprudenziale verso l'affermazione della preminenza del diritto europeo.

La prima importante decisione in cui si trova il substrato che ha successivamente condotto all'affermazione del principio del primato del diritto europeo sui diritti nazionali è senz'altro la pronuncia della Corte di giustizia resa nel noto caso *Van*

Gend &Loos[6], nella quale la Corte, nel fornire una risposta circa l'ambito di applicazione del Trattato istitutivo della Comunità economica europea e, in particolare, se l'art. 12 dello stesso avesse efficacia immediata negli ordinamenti interni degli Stati producendo i suoi effetti non solo nei confronti degli Stati membri ma anche nei confronti dei singoli, ha affermato principi fondamentali per i fini che ci occupano.
In tale pronuncia si trovano infatti soluzioni innovative, in particolare laddove la Corte afferma che «*la Comunità costituisce un ordinamento giuridico* (...) *a favore del quale gli Stati hanno rinunziato* (...) *ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini*». In altri termini, ed è facilmente intuibile la portata dell'assunto, un accordo tra Stati, quale è il Trattato istitutivo, non vincola solo questi, ma crea diritti soggettivi attribuiti direttamente ai cittadini degli Stati membri, con la conseguenza che questi, pur non essendo parte del Trattato, saranno direttamente investiti dalle disposizioni in esso contenute.
È tanto significativo quanto noto che nell'affermazione del citato principio da parte della Corte di giustizia abbia avuto un ruolo determinante Alberto Trabucchi[7], in qualità di componente della Corte di giustizia, il quale proprio in occasione della decisione in parola ebbe a rilevare che «soltanto se si riconosce un diritto comunitario autonomo che esca dal sistema tradizionale della incontrollata autonomia degli Stati nei confronti dei cittadini, il singolo potrà ricevere una protezione diretta contro il proprio Stato, perché il suo diritto, cui corrisponde il dovere altrui, non troverà la sua unica garanzia di riconoscimento e di tutela nello Stato a cui il singolo appartiene»[8].
Pochi anni dopo, segue un'altra importante pronuncia della Corte di giustizia, quella resa nel noto caso *Costa*[9], che afferma la peculiarità del TCEE rispetto ai comuni Trattati internazionali, cui fa da corollario la superiorità assoluta e indiscussa dell'ordinamento comunitario sugli ordinamenti nazionali[10]. Si tratta, secondo quanto si legge nella decisione in parola, di «*un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri*» i quali «*hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi*»; il che comporta «*l'impossibilità per gli Stati di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale pertanto non è opponibile all'ordinamento stesso*».
Viene in tal modo affermato il principio della preminenza del diritto comunitario[11], che «trova conferma nell'art. 189, a norma del quale i regolamenti sono obbligatori e direttamente applicabili a ciascuno degli Stati membri», con la conseguenza che, sempre secondo la Corte di giustizia, «il diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità. Il trasferimento, effettuato dagli Stati a favore dell'ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del Trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro

diritti sovrani, di fronte alla quale un atto unilaterale ulteriore, incompatibile col sistema della Comunità, sarebbe del tutto privo di efficacia».
In continuità con la sentenza *Van Gend & Loos,* la Corte di giustizia afferma quindi che il singolo cittadino è titolare di diritti soggettivi derivanti dal diritto comunitario che non possono essere condizionati da un atto ulteriore degli Stati membri sul presupposto, sconfessato dalla Corte, che per recepire la normativa europea sia necessario emanare un atto interno in mancanza del quale lo Stato membro non sarebbe vincolato all'atto normativo emanato dall'organo sovranazionale.

In tale contesto, a fronte della sostanziale adesione da parte della Corte costituzionale italiana ai principi contenuti nelle pronunce *Van Gend & Loos* e *Costa*, avvenuta in un primo tempo con la pronuncia *Frontini*(12), con la successiva pronuncia resa nell'affare *Industrie chimiche*(13) la Corte, nel riconoscere la prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale, distingue il caso in cui la norma comunitaria segua nel tempo la legge statale, nel qual caso la norma interna deve ritenersi caducata per effetto della successiva e contraria statuizione del regolamento comunitario, rispetto al caso in cui la norma comunitaria sia precedente rispetto a quella nazionale, nel qual caso la norma interna, contrastando con l'art. 11 Cost., può essere rimossa dall'ordinamento solamente mediante la dichiarazione di illegittimità costituzionale. In particolare, in tale seconda ipotesi, solo in seguito a tale declaratoria il giudice nazionale potrà disapplicare la norma statale.
L'affermazione, che all'apparenza potrebbe sembrare di scarsa rilevanza, assume invece un'importanza centrale, in quanto il distinguo posto in essere dalla Corte poggia sulla concezione delle fonti in discussione, quelle europee e quelle nazionali, come norme di pari grado, sul presupposto che i Trattati internazionali sono ratificati con legge ordinaria, non con legge costituzionale, con la conseguenza che nel caso in cui la norma comunitaria sia precedente a quella statale, e quella nazionale successiva, il giudice è tenuto a rimettere la questione di legittimità costituzionale alla Corte costituzionale per contrasto con l'art. 11 Cost.che attribuisce efficacia alla normativa comunitaria, e solo successivamente il giudice potrà applicare la norma sovrannazionale e «*disapplicare la norma statale*».

Ed infatti, a tale presa di posizione fa seguito una ulteriore pronuncia della Corte di giustizia, resa nel caso *Simmenthal*(14), in cui si afferma perentoriamente che «*in forza del principio di preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del Trattato e gli atti delle Istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli Stati membri, non solo di rendere* ipso iure *inapplicabile, per il fatto sesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie*», con la conseguenza che «*qualsiasi giudice nazionale, adito nell'ambito della sua competenza, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e tutelare i diritti che questi attribuisce ai singoli disapplicando le disposizioni*

eventualmente contrastanti della legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria».
Viene in tal modo espressamente disattesa la posizione della Corte costituzionale italiana, posto che l'obbligo per il giudice nazionale di rimettere la questione di legittimità costituzionale in caso di contrasto della normativa nazionale sopravvenuta con quella europea si risolve, secondo la Corte di giustizia, in un aggravio del principio del primato del diritto europeo che condiziona l'efficacia dello stesso, il quale è dotato, secondo quanto già affermato nelle precedenti pronunce della Corte di giustizia, di efficacia diretta. Ne deriva l'importante corollario, con cui il principio del primato del diritto europeo può dirsi definitivamente compiuto, anche in virtù del successivo recepimento della soluzione offerta dalla Corte di giustizia da parte della nostra giurisprudenza costituzionale(15), per cui ogni giudice è tenuto a disapplicare le norme di legge interne in contrasto con quelle europee, siano esse successive o anteriori a queste ultime.
In tale contesto occorre rilevare che, a ben vedere, il principio del primato del diritto europeo non risulta fine a se stesso, ma si caratterizza per una componente funzionale atteso che lo stesso, già in base alla lettura della decisioni della Corte di giustizia cui si è fatto riferimento, risulta strumentale ad un obiettivo centrale, quello della uniformità del diritto europeo, quale requisito imprescindibile per una integrazione effettiva tra gli Stati membri(16).

3. *Segue:* il ruolo dell'interpretazione conforme.

Peraltro, il primato del diritto europeo non si è posto solo a livello formale, vale a dire con riguardo agli atti normativi emanati a livello europeo, ma ha anche interessato l'attività dell'interprete per il tramite della c.d. interpretazione conforme(17), posto che, inevitabilmente, un ruolo determinante nella costruzione del sistema ordinamentale doveva essere attribuito anche al momento applicativo dei principi di derivazione comunitaria cui viene attribuito un ruolo centrale nel processo di implementazione dell'efficacia del diritto europeo(18).
Per quanto in questa sede interessa, nel più generale contesto dell'interpretazione nel nuovo sistema delle fonti(19), si è affermato da parte della Corte di giustizia che «*spetta al giudice nazionale dare alla legge adottata per l'attuazione della direttiva, in tutti i casi in cui il diritto nazionale gli attribuisce un margine discrezionale, un'interpretazione ed un'applicazione conformi alle esigenze del diritto comunitario*»(20), estendendo più di recente tale obbligo di interpretazione conforme a «*tutto il diritto nazionale*», anche precedente rispetto al diritto europeo(21).
L'obbligo di interpretazione conforme impone quindi al giudice, prima ancora di disapplicare una normativa nazionale a favore di una norma europea, di tentare l'interpretazione conforme della prima rispetto alla seconda, applicando la norma nazionale in senso appunto conforme ai principi sovranazionali tutte le volte in cui vi sia un certo margine di discrezionalità in capo all'interprete e, quindi, con il limite del divieto di interpretazione *contra legem*, caso in cui non vi sarebbe alternativa rispetto alla disapplicazione.

Ad una più attenta riflessione, sembra potersi rilevare che il principio dell'interpretazione conforme, che come detto è da preferire alla disapplicazione della normativa nazionale che si ponga in contrasto con quella europea(22), assume una rilevanza peculiare nel processo di integrazione europea in quanto per tale via non si assiste alla sostituzione della norma nazionale con quella europea(23), ma si armonizza il diritto dello Stato membro ai principi europei, con uno sforzo che inevitabilmente crea una maggiore integrazione fra gli ordinamenti.
In tale prospettiva, per il tramite del criterio dell'interpretazione conforme, efficacemente approfondito dalla dottrina civilistica(24), l'interprete diviene «*protagonista attivo del processo di integrazione europea*»(25).

4. L'ulteriore espansione del primato del diritto europeo.

Nel corso degli anni, il primato del diritto europeo si è andato ulteriormente consolidando e seppure il principio non trova una espressa enunciazione nei Trattati, a questo viene fatto testuale riferimento(26) nella Dichiarazione n. 17 allegata al Trattato di Lisbona, ricordando che «per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza».
Sono tuttavia emersi più di recente profili di conflittualità specifici, riguardanti casi in cui la preminenza finisce per contrastare con i principi fondamentali degli ordinamenti nazionali.

Ciò si riscontra in particolare a partire da quelle pronunce della Corte di giustizia che nel corso degli anni hanno avuto modo di affermare la prevalenza del diritto europeo anche in contrasto con principi cardine degli ordinamenti nazionali, quali ad esempio il principio della cosa giudicata(27), arrivando ad affermare che qualora una decisione del giudice nazionale si ponga in contrasto con il primato del diritto europeo, questa può essere messa in discussione in quanto l'accertamento ivi contenuto risulta contrario al diritto europeo.
La fattispecie sottesa alla sentenza resa nel caso *Lucchini* è emblematica, perché evidenzia come i fondamenti concorrenziali che ispirano il diritto europeo, ed in particolare quello del divieto degli aiuti di Stato, siano in grado, nella prospettiva del primato del diritto europeo, di mettere in discussione principi fondanti dell'ordinamento giuridico nazionale quale deve ritenersi quello della incontrovertibilità del giudicato. Nel caso di specie, accertato con sentenza passata in giudicato il diritto di una impresa ad ottenere un finanziamento statale, e chiesta successivamente l'esecuzione della pronuncia, viene eccepito, in sede di opposizione, il contrasto con il diritto europeo ed in particolare con il divieto degli aiuti di Stato che, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, è destinato a prevalere anche a fronte del principio fondamentale del giudicato.

Al di là dei tentavi, invero poco persuasivi, di relativizzare la portata della decisione a cui si è fatto riferimento da ultimo, ritenendo che la *ratio* sia costituita non dalla disapplicazione della norma interna, ma dalla inopponibilità degli effetti della sentenza definitiva in contrasto con l'ordinamento europeo(28),

non sembra invero possibile altra lettura delle decisioni in parola se non quella per cui vengono dichiaratamente sovvertiti i principi fondamentali dell'ordinamento nazionale, affermando la superiorità delle decisioni delle istituzioni comunitarie, come la Commissione nel caso *Lucchini*, anche sui provvedimenti giurisdizionali formali(29).
D'altronde, che sia questa la reale portata dei principi sottesi all'orientamento giurisprudenziale in parola, risulta ancor più evidente considerando quanto affermato, in senso ancor più generale, dalla Corte di giustizia nel caso *Melloni*(30), ove si legge che «*in virtù del principio del primato del diritto dell'Unione, che è una caratteristica essenziale dell'ordinamento giuridico dell'Unione, il fatto che uno Stato membro invochi disposizioni di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale, non può sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione nel territorio di tale Stato*».

5. Teoria dei controlimiti, tutela dei diritti fondamentali e libertà economiche.

L'ulteriore espansione del primato del diritto europeo che, come visto, nella prospettiva della Corte di giustizia giunge sino a poter prevalere sui principi fondamentali nazionali, anche di rango costituzionale, conduce a considerare, nei limiti in cui è consentito dalla natura del presente contributo, un profilo che ha connotato incessantemente il dialogo tra la Corte di giustizia e la giurisprudenza costituzionale, non solo italiana, vale a dire quello della tutela dei diritti fondamentali(31) e più in generale della salvaguardia dei principi costituzionali nazionali.
Al riguardo, già nella pronuncia della Corte di giustizia resa nell'affare *Internationale Handelsgesellschaft*(32) si afferma che il diritto europeo non può subire limitazioni da parte dei diritti nazionali, neppure di natura costituzionale, con la conseguenza che la violazione dei diritti fondamentali sanciti da una Costituzione nazionale non è in grado di compromettere l'efficacia di un atto di derivazione sovranazionale all'interno dei singoli Stati membri(33).
Nella stessa pronuncia la Corte, senz'altro consapevole che l'affermazione, nella sua assolutezza, sarebbe stata difficilmente condivisa dagli Stati membri, aveva tuttavia cura di precisare, sulla scia della poco precedente decisione *Stauder*(34), che la salvaguardia dei diritti fondamentali sarebbe stata tutelata nell'ambito della struttura e delle finalità della Comunità, in quanto facente parte delle «*tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*».
Come noto, nonostante tale precisazione, non è mancata la successiva presa di posizione delle Corti costituzionali degli Stati membri, prime tra tutte quella italiana(35) e quella tedesca(36), seguite più di recente, specie per quanto riguarda i profili attinenti alla tutela dell'identità costituzionale(37), dagli organi di giustizia costituzionale di altri ordinamenti. In particolare, le posizioni dei giudici costituzionali si caratterizzano per la difesa della prerogativa nazionale alla tutela dei diritti fondamentali come sanciti dalle Costituzioni dei singoli Stati membri e, più in generale, dai principi costituzionali(38), sul rilievo che il diritto europeo risulta privo di una tutela dei diritti fondamentali equivalente a quella contenuta nei testi costituzionali degli Stati membri(39).

Infatti, per quanto tra le varie prese di posizione dei giudici costituzionali dei singoli Stati membri vi siano delle differenze argomentative non secondarie, la ragione di fondo che sottendeva all'affermazione delle prerogative in capo agli organi nazionali della tutela dei diritti fondamentali è costituita dalla preoccupazione che la tutela di tali diritti da parte della giurisprudenza europea non fosse effettiva, mancando nei Trattati una proclamazione dei diritti fondamentali che consentisse una tutela effettiva anche in sede europea.

Si sviluppa e prende così forma la teoria dei controlimiti(40), in forza della quale i principi e i diritti fondamentali propri di un ordinamento costituzionale, appartenendo alla sfera dell'indisponibile, sono sottratti ad ogni possibile ingerenza che ne precluda il pieno rispetto.

Volgendo lo sguardo alla nostra giurisprudenza costituzionale, un primo riferimento in tal senso si trova già nella richiamata sentenza *Frontini*, dove la Corte costituzionale, dopo aver escluso che le limitazioni di sovranità derivanti dalla adesione alla Comunità possano comportare una inammissibile violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana, ha cura di precisare che «*qualora dovesse mai darsi all'art. 189* [*n.d.r.*: ora art. 288 TFUE] *una sì aberrante interpretazione,* (...) *sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali*»(41).

Successivamente, la Corte costituzionale, riprendendo quanto affermato in precedenza, ribadisce la propria competenza «*a verificare, attraverso il controllo di costituzionalità della legge di esecuzione, se una qualsiasi norma del Trattato cosi come essa è interpretata ed applicata dalle istituzioni e dagli organi comunitari, non venga in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o non attenti ai diritti inalienabili della persona umana*»(42).

Si consolida così il contrasto tra la giurisprudenza europea e quella nazionale, contrasto latente che permane inalterato nel tempo, pur assumendo, come si avrà modo di vedere, connotati peculiari nel corso degli anni.

Al riguardo occorre pure rilevare che il contrasto in parola era solamente all'apparenza mitigato dalla posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, pur intervenendo sul tema, affermando che il livello di protezione dei diritti umani nell'ordinamento europeo è equivalente a quello garantito dalla Conv. eur. dir. uomo, non offriva in realtà una soluzione appagante. Ed infatti, nel noto caso *Bosphorus*(43), la Corte di Strasburgo proponendo il test di equivalenza dei diritti fondamentali (c.d. *Bosphorus presumption test*(44)) poneva una soluzione di compromesso scarsamente soddisfacente, in quanto, da un punto di vista ordinamentale, chiariva che la tutela dei diritti fondamentali secondo le disposizioni della Cedu produce i suoi effetti nei confronti degli Stati membri aderenti alla Convenzione stessa(45) e non delle istituzioni europee(46), e, da un punto di vista individuale di tutela, perché il sistema approntato, oltre ad essere vincolato al concetto di protezione equivalente e a quello di insufficienza manifesta, che sono valutati in astratto e non in concreto, non tiene conto delle restrizioni che l'ordinamento europeo pone all'accesso dei singoli alla

tutela giurisdizionale, non potendo questi ricorrere in via diretta al giudice europeo(47).

Il tentativo di razionalizzare il sistema della tutela dei diritti fondamentali è stato posto in essere dapprima con il Trattato di Maastricht e poi, con maggiore incisività, in seguito al fallimento del progetto di Costituzione europea, con il Trattato di Lisbona mediante il nuovo art. 6 TUE(48) prevedendo: il riconoscimento dei diritti delle libertà e dei principi contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a cui viene attribuito lo stesso valore giuridico dei Trattati (§ 1); riconoscendo l'adesione dell'Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (§ 2) e sancendo che «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» (§ 3).

Tuttavia, ad oggi, l'adesione dell'Unione alla Conv. eur. dir. uomo non è ancora stata realizzata(49), infatti, alla bozza di accordo predisposto a tal fine ha fatto seguito il parere negativo della Corte di giustizia del 18.12.2014(50), la quale ha individuato sei principali profili di incompatibilità del progetto con il diritto primario dell'Unione riguardanti, rispettivamente: l'applicazione dell'art. 53 Conv. eur. dir. uomo rispetto ai diritti riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; la preservazione del principio della fiducia reciproca fra gli Stati membri dell'Unione; l'autonomia ed efficacia del meccanismo del rinvio pregiudiziale alla luce del Protocollo XVI Conv. eur. dir. uomo; la compatibilità tra l'art. 344 TFUE e l'art. 33 Conv. eur. dir. uomo; il meccanismo del convenuto-aggiunto (*co-respondent*) e del previo coinvolgimento della Corte di giustizia; l'attribuzione esclusiva alla Corte europea dei diritti dell'uomo della competenza a pronunciarsi sulla violazione dei diritti con riguardo alla politica estera e sicurezza comune.

In tale contesto, seppure può riconoscersi che i diritti fondamentali garantiti dalla Conv. eur. dir. uomo sono già parte integrante del diritto dell'Unione in quanto principi generali, si deve ritenere che la mancata formale adesione dell'Unione alla Convenzione costituisca una lacuna non secondaria, in quanto comporta che l'operato delle istituzioni europee rimanga svincolato al sindacato della Corte europea dei diritti dell'uomo; il che, aggiunto alla diarchia esistente tra Corte di giustizia e Corte di Strasburgo sul tema della tutela dei diritti fondamentali(51), lascia emergere uno scenario di non secondaria incertezza.

A ben vedere, quanto detto, in uno con la rilevanza che lo stesso Trattato di Lisbona ha riconosciuto, al § 2 dell'art. 4, al rispetto delle identità nazionale degli Stati membri, comporta il rischio evidente e concreto di compromettere irrazionalmente la primazia del diritto europeo, finendo per sviluppare una integrazione asimmetrica del diritto dell'Unione tra i vari Stati membri che sicuramente non contribuirà al già difficile processo di uniformità del diritto europeo.

A tale ultimo fine sembra quindi da accogliere con favore la lettura recentemente proposta della clausola di salvaguardia delle identità nazionali contenuta nel Trattato, la quale dovrebbe essere letta nel senso di consentire non tanto una

applicazione generalizzata e diffusa da parte dei giudici costituzionali nazionali della stessa, con un controllo decentrato(52), quanto piuttosto consentire alla Corte di giustizia di limitare l'applicazione del diritto europeo che si riveli lesivo dei principi fondamentali dell'ordinamento nazionale di uno Stato membro(53).
Tale ultima prospettiva comporta certamente una cospicua dose di fiducia nella sensibilità costituzionale della Corte di giustizia, il che, anche alla luce di alcune note decisioni in cui la Corte, di fronte al rapporto tra diritti fondamentali e libertà economiche(54), ha finito per subordinare i primi ai secondi(55), potrebbe legittimamente suscitare una certa diffidenza(56) che tuttavia potrà essere attenuata, come si avrà modo di vedere, tramite l'auspicata ed irrimandabile adesione dell'Unione europea alla Conv. eur. dir. uomo.

6. I recenti sviluppi connessi al c.d. caso *Taricco*.

Pur a fronte delle novità intervenute con il Trattato di Lisbona, il quale, come visto, contiene una espressa previsione circa la tutela dei diritti fondamentali ed espressamente si riferisce al rispetto delle identità nazionali degli Stati membri, non sono mancati, proprio nel nostro ordinamento, recenti contrasti circa la compatibilità del diritto dell'Unione con i principi costituzionali nazionali e con la tutela dei diritti fondamentali, il che conferma che, nonostante i recenti interventi sul diritto primario dell'Unione, il problema in questione sia tutt'altro che risolto.

Le preoccupazioni circa una effettiva tutela dei diritti fondamentali e dei principi costituzionali degli Stati membri da parte delle istituzioni europee sono infatti stati recentemente riproposti da parte della giurisprudenza, registrandosi, all'esito delle relative vicende, un significativo mutamento di prospettiva per l'avvicendamento della rigida posizione in precedenza assunta dalla Corte di giustizia a quella della nostra Corte costituzionale. Il riferimento è, in particolare, alle pronunce originate dalla vicenda *Taricco*, recentemente conclusa con la decisione della Corte di giustizia e la successiva declaratoria di infondatezza della nostra Corte costituzionale.

La questione è nota e per certi versi, vale a dire quelli prettamente penalistici, esula dal presente contributo. Ciò che è sufficiente ricordare in questa sede è dopo che con una prima decisione con cui la Corte di giustizia ha affermato, nella decisione c.d. *Taricco*(57), che il giudice nazionale, nonostante il principio di legalità, è tenuto a disapplicare *in malam partem* alcune norme penali in tema di prescrizione al fine di garantire l'efficacia del diritto europeo, la nostra Corte costituzionale ha successivamente disposto un ulteriore rinvio pregiudiziale(58).
È stato in particolare chiesto alla Corte di chiarire: se le disposizioni del Trattato, in particolare l'art. 325 TFUE, debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata (prima questione) e anche quanto nell'ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità (seconda questione); ma soprattutto, per quanto in questa sede interessa, «*se la sentenza* (...) *Taricco* (...) *debba essere interpretata nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione* (...) *anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i*

principi supremi dell'ordine costituzione dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro» (terza questione).

A tali interrogativi ha dato recentemente risposta la Corte di giustizia, con la sentenza del 5.12.2017(59), c.d. *Taricco bis*, con la quale tuttavia si è omesso di dare una risposta alla questione più importante che era stata sollevata in via pregiudiziale, vale a dire quella dei rapporti tra diritto europeo ed i principi supremi dell'ordine costituzione dello Stato membro come anche con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro. Sul punto, la Corte di giustizia si è infatti limitata a decidere le prime due questione proposte, ritenendo «*non necessario rispondere alla terza*»; con la conseguenza che, seppure la decisione della Corte di giustizia ha consentito alla Corte costituzionale in sede di rinvio di non applicare la "*regola Taricco*"(60), continua ancora oggi a mancare una risposta chiara da parte delle istituzioni europee all'evidenziato profilo di problematicità costituito dal rispetto da parte del diritto europeo dei principi costituzionali nazionali e della tutela dei diritti fondamentali.

In verità, nonostante l'occasione, forse non tanto inconsapevolmente, mancata dalla Corte di giustizia per fornire una risposta chiara all'interrogativo posto, la recente decisione dei giudici europei presenta in ogni caso, come dinnanzi accennato, una certa carica innovativa rispetto alla linea sino ad ora seguita. Infatti, a fronte della tradizionale chiusura manifestata nei confronti del dialogo con i giudici costituzionali nazionali, in ossequio ad una esclusiva competenza volta a garantire l'unità e l'uniformità dell'ordinamento europeo, si registra una apertura in favore di quella «collaborazione *dialogante*»(61), riconoscendo la possibilità per il giudice nazionale di non disapplicare la norma interna qualora la disapplicazione, pur essendo conforme alla regola di diritto europeo, si ponga in contrasto con un principio costituzionale quale, nel caso di specie, quello di legalità(62).

Al riguardo è peraltro significativo che, a fronte delle conclusioni dell'Avvocato generale, il quale auspicava una applicazione formale della *primautè* del diritto europeo(63), la Corte affermi, pur con una certa dose di timida contraddittorietà, che «*resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità o l'effettività del diritto dell'Unione*» (§47).

Proprio le timide aperture offerte dalla Corte di giustizia nella pronuncia da ultimo richiamata sembrano aver consentito alla Corte costituzionale di rivendicare dichiaratamente la prerogativa ad «*accertare se il diritto dell'Unione è in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale e in particolare con i diritti inalienabili della persona», in ciò avendo cura di precisare che «il ruolo essenziale che riveste il giudice comune consiste nel porre il dubbio sulla legittimità costituzionale della normativa nazionale che dà ingresso alla norma europea generatrice del preteso contrasto*»(64).

In tale contesto, ciò che risulta dalla vicenda da ultimo segnalata è che, a fronte dell'apparente sforzo di attuare una prospettiva dialogante tra Corte costituzionale e Corte di giustizia, con ciò ripensando la teoria dei controlimiti

secondo gli auspici della dottrina più recente(65), la nostra Corte costituzionale abbia colto l'occasione per autolegittimare il controllo di compatibilità del diritto europeo con i principi supremi dell'ordine costituzionale, sul presupposto - implicito ma evidente - che a suo modo di vedere l'effettiva tutela dei diritti fondamentali da parte dell'Unione europea non sembra ancora aver raggiunto un livello soddisfacente. A bene vedere, ciò si potrà realizzare, salvo attuare soluzioni più impegnative, come ripensare il funzionamento e i ruoli delle istituzioni europee, solo quanto l'Unione Europea compirà quell'ulteriore passo che ora le si impone, vale a dire quello di aderire formalmente alla Conv. eur. dir. uomo.

7. Integrazione e armonizzazione del quadro ordinamentale unitario.

Il dialogo costante che negli anni ha interessato la Corte di giustizia e la Corte costituzionale, come anche i giudici delle leggi di altri Stati membri, lascia trasparire un conflitto endemico sulla struttura ordinamentale. In particolare, si è dinnanzi vista la latente differenza di prospettiva che caratterizza la posizione della nostra Corte costituzionale rispetto a quella della Corte di giustizia, laddove la prima proclama la separatezza dell'ordinamento nazionale rispetto a quello europeo, in una posizione tradizionalmente definita dualista, a fronte della visione integralista fatta propria dalla Corte di giustizia, la quale ha notoriamente aderito ad una prospettiva ordinamentale monista.

La prospettiva dualista, in forza della quale si afferma che la fonte comunitaria appartiene ad altro ordinamento diverso da quello statale(66), non sembra più coerente già solo in ragione dell'indiscussa portata del primato del diritto europeo e della sua efficacia diretta(67). Bisogna infatti riconoscere che il sistema ordinamentale nazionale si arricchisce del diritto europeo, che da sovrannazionale diviene parte del diritto nazionale, andando a costituire un sistema ordinamentale integrato ed unitario(68).

Ciò non di meno, le recenti problematiche di cui si è cercato di dare sommariamente conto sembrano far emergere un diverso e innovativo paradigma rispetto a quello che era emerso nella prima fase dell'integrazione europea. Ad un primato del diritto europeo che si affermava con sempre maggiore forza, sta facendo seguito, dapprima per opera della giurisprudenza nazionale e da ultimo anche da parte della Corte di giustizia, l'erosione del principio del primato del diritto europeo in favore di una tutela del controlimite identitario degli Stati membri.

In tale contesto, che è senz'altro possibile qualificare come d'incertezza delle fonti(69), le istituzioni, tanto europee quanto nazionali, sembrano improrogabilmente chiamate a dare risposte chiare sul futuro ordinamentale dell'Unione Europea. Il compito non è certo facile, ma occorre guardare con realismo alle incertezze che genera oggi la competenza limitata dell'Unione, ancora incentrata formalmente sulla funzionalizzazione dell'agire nella prospettiva delle libertà economiche su cui la stessa si fonda, ma che poi, nella sostanza, con sempre maggiore frequenza travalica i confini formali di competenza con incursioni in settori riservati alla competenza nazionale.

Le alternative, al riguardo, sono trancianti, ma quello che è certo è che il processo di integrazione europea ha consolidato e continua a valorizzare quel dialogo tra ordinamenti destinato a sfociare nella circolazione delle regole e dei modelli giuridici(70)che crediamo costituisca la premessa imprescindibile per la creazione di un futuro diritto sostanziale europeo, anche nel diritto privato.
Il sistema ordinamentale multilivello, nel progressivo accentuarsi del carattere transnazionale dell'ordine giuridico e della perdita di centralità del precetto legislativo del singolo Stato membro che inevitabilmente il diritto dell'Unione comporta, pur creando uno spazio sociale di fortissima integrazione, è destinato oggi a confrontarsi con la necessità di individuare il punto di incontro delle diverse culture giuridiche degli Stati membri.

Quanto detto richiede un radicale mutamento del modello di integrazione europea, rispettoso dell'equilibrio tra tutela dei diritti e organizzazione democratica, che sviluppi e faccia proprio il pensiero costituzionale europeo ma che allo stesso tempo tuteli incondizionatamente il valore della persona, quale principio generale e irriducibile, specie di fronte alle libertà economiche.

(*) Contributo pubblicato in base a *referee*.

(1) La distinzione tra fase esclusivamente liberistica (*pars destruens*) e fase ri-regolativa (*pars costruens*) si trova in SIRENA, *Il diritto dei contratti nello spazio giuridico europeo*, in *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, a cura di MEZZANOTTE, e con introduzione di ZOPPINI, Roma TrE-Press, 2016, 121 ss.

(2) IRTI, *Diritto europeo e tecno-economia*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 3.

(3) NAVARRETTA, *Introduzione*, in *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo. Giornate di studio per Umberto Breccia*, a cura di NAVARRETTA, Giappichelli, 2015, XIII. Per una ricostruzione generale del sistema europeo del diritto privato v. i contributi raccolti in RIESENHUBER (a cura di), *European Legal Methodology*, Intersentia, 2017, *passim*, ma spec. 115 ss. per quanto riguarda il sistema delle fonti.

(4) Sono le premesse da cui trae spunto la recente analisi di CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Giappichelli, 2017, 87 ss., la quale individua proprio nel primato del diritto europeo il «fattore normativo "responsabile" di un tale fenomeno», pur riconoscendo che questo «non può pregiudizialmente essere inteso come fattore patologico di turbamento del quale prima o poi sbarazzarsi, ma tutto al contrario come nuovo elemento di normale e fisiologica implementazione della produzione normativa in tutte le sue componenti».

(5) Una ricostruzione dell'evoluzione del sistema ordinamentale nel contesto europeo si legge in CASSESE, *Ordine giuridico europeo e ordine nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 419 ss.

(6) Corte giust. CE, 5.2.1963, causa C-26/62, in *Giur. it.*, 1963, IV, 49 ss., con nota di GORI, *Una pietra miliare nell'affermazione del diritto europeo*. Su tale

decisione v. HAY, *Federal jurisdiction of the Common Market Court*, in *Americ. journ. comp. law*, 1963, 12, 21 ss.

(7) Una testimonianza del ruolo avuto da Alberto Trabucchi nella pronuncia in parola, come anche nelle successive che aprirono il dibattito sul sistema ordinamentale europeo, si trova in GORI, *Quindici anni insieme ad Alberto Trabucchi alla Corte di Giustizia delle C.E.*, in *La formazione del diritto europeo giornata di studio per Alberto Trabucchi nel centenario della nascita*, nei *Quad. Riv. dir. civ.*, 2008, n. 14, 71 ss.

(8) In tal senso Alberto Trabucchi nel documento approntato in vista della discussione in seno al Collegio della causa, la cui copia fotostatica si trova oggi pubblicata in *La formazione del diritto europeo giornata di studio per Alberto Trabucchi nel centenario della nascita*, cit., 213 ss.

(9) CORTE GIUST. CE, 15.7.1964, causa C-6/64, in *Foro it.*, 1964, IV, 137 ss.

(10) Critico sul punto P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e identità nazionali*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 532.

(11) Sul punto v. MANGIAMELI, *Integrazione europea e diritto costituzionale*, in *Annuario di diritto tedesco*, a cura di S. PATTI, Giuffrè, 2001, 25 ss., il quale parla di preminenza del diritto europeo come *Grundprinzip* dell'ordinamento europeo.

(12) CORTE COST., 27.12.1973, n. 183, in *Giur. cost.*, 1973, 2401 ss., con nota di BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*, dove, come noto, si riconduce l'attribuzione delle competenze della Comunità all'art. 11 Cost., con la conseguenza che l'ordinamento europeo si affianca all'ordinamento nazionale, di cui costituisce elemento autonomo e distinto. Tale ultima affermazione, che si contrappone alla concezione della Corte di giustizia, secondo la quale l'ordinamento europeo non è distinto da quelli nazionali, ma si integra in essi, costituendo un tutt'uno, permane anche nella successiva giurisprudenza costituzionale. Si legge in tale pronuncia che «*i regolamenti emananti dai competenti organi delle Comunità europee appartengono all'ordinamento proprio delle Comunità: il diritto di queste e il diritto interno dei singoli Stati membri possono configurarsi come sistemi giuridici autonomi e distinti, ancorché coordinati secondo la ripartizione di competenza prevista nei Trattati*», riconoscenza, per quanto in questa sede rileva, che «*Esigenze fondamentali di eguaglianza e di certezza giuridica postulano che le norme comunitarie debbano avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di recezione e adattamento, sì da entrare ovunque contemporaneamente in vigore e conseguire applicazione uguale e uniforme nei confronti di tutti i destinatari. I regolamenti delle Comunità, come fonte immediata di diritti ed obblighi sia per gli Stati sia per i loro cittadini in quanto soggetti delle Comunità, non debbono essere oggetto di provvedimenti statali a carattere riproduttivo, integrativo o esecutivo, che possono comunque differirne o condizionarne l'entrata in vigore, e tanto meno sostituirsi ad essi, derogarli o abrogarli, anche parzialmente*».

(13) CORTE COST., 22.10.1975, n. 232, in *Riv. dir. int.*, 1975, 766 ss.

(14) CORTE GIUST. CE, 9.3.1978, causa C-106/77, in *Foro it.*, 1978, IV, 201 ss. Per un commento a tale decisione v. FRANCHINI, *Il diritto comunitario tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1978, IV, 116 ss.

(15) Si allude a CORTE COST., 5.6.1984, n. 170, in *Foro it.*, 1984, I, 2062 ss., con nota di TIZZANO, *La corte costituzione e il diritto comunitario: vent'anni dopo.*

(16) Al riguardo particolarmente penetrante è l'indagine di GORI, *Preminenza ed immediata applicazione del diritto comunitario per forza propria*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, 681 ss.

(17) Rileva V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 419, che il principio dell'interpretazione conforme si innesta sul principio del primato del diritto europeo.

(18) Sul punto v. P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e identità nazionali*, cit., 532.

(19) In tema v. ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Esi, 2006, 286 ss., e 592 ss.; LIPARI, *Diritto privato e diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 17; V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti*, cit., 413 ss.

(20) CORTE GIUST. CE, 10.4.1984, causa C-14/83, in *Racc.*, 1979, 1891 ss., spec. §§ 24, 26 e 28. Al riguardo v. RUVOLO, *Interpretazione conforme e situazioni giuridiche soggettive*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006, 1407 ss.

(21) CORTE GIUST. CE, gr. sez., 5.10.2004, cause riunte da C-397/01 a C-403/01, spec. § 115, in *Corr. giur.*, 2005, 185 ss., con nota di CONTI, *Direttive comunitarie dettagliate ed efficacia diretta nei rapporti inter privati: il timone passa al giudice nazionale*.

(22) V. Corte giust. CE, gr. sez., 19.1.2010, causa C-555/07, in *Racc.*, 2010, 365 ss., la quale afferma che «Il giudice nazionale, in presenza di una norma nazionale, rientrante nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, che ritenga incompatibile con tale principio e per la quale risulti impossibile un'interpretazione conforme a quest'ultimo, deve disapplicare detta disposizione, senza che gli sia imposto né gli sia vietato di sottoporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale».

(23) Diversamente sembra porsi CAMARDI,*Certezza e incertezza*, cit., 96, la quale ritiene che per il tramite dell'interpretazione conforme «seppure formalmente non si sia dato ingresso ad un processo di disapplicazione della norma interna, l'argomentazione (...) ne produce lo stesso effetto sostanziale (e perciò paradossale), in quanto all'esito del giudizio le norme nazionali oggetto di verifica risultano sterilizzare».

(24) V. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti*, cit., 418 ss.

(25) ID., *Interpretazione e teoria delle fonti*, cit., 437.

(26) Sul punto v. P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e identità nazionali*, cit., 541, il quale rileva che le Dichiarazioni non hanno vincolatività giuridica ma mero valore declaratorio.

(27) Si allude in particolare a CORTE GIUST. CE, gr. sez., 18.7.2007, causa C-119/05, in *Foro it.*, 2007, IV, 532 ss., e CORTE GIUST.CE, 3.9.2009, causa C-2/08, in *Giur. it.*, 2010, 369 ss. Si legge nella prima delle citate decisioni che «Il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione di diritto nazionale, come l'art. 2909 cod. civ., volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva»**.**

(28) In tal senso CAMARDI, *Certezza e incertezza, cit.,* 106 s.

(29) Così C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Giuffrè, 2015, 278.

(30) CORTE GIUST. UE, gr. sez., 26.2.2013, causa C-399/11, in *Riv. dir. int.*, 2013, 971 ss.

(31) Sul tema, di recente, i contributi pubblicati in questa ***Rivista***, 2016, II, 103 ss., ed in particolare, per il tema in questione, i contributi di ALPA, *La tutela giurisdizionale dei diritti umani*, 108 ss.; SIRENA, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'art. 6 del Trattato sull'Unione europea*, 119 ss.; GENTILI, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali. Sulla efficacia orizzontale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, 183 ss. V., inoltre, A.G. CIANCI, *Diritto privato e libertà costituzionali. I. Libertà personale*, Jovene, 2016, 5 ss. (recensito da PROSPERI, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 945 ss.).

(32) CORTE GIUST. CE, 17.12.1970, causa C-11/70, in *Racc.*, 1970, I, 1225 ss. In senso analogo CORTE GIUST. CE, 13.7.1972, causa C-48/71, *ivi*, 1974, 529 ss.

(33) A tale affermazione fa seguito il discutibile (v. sul punto i condivisibili rilievi critici manifestati da C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 245 ss.) principio per cui dalla mancata applicazione del diritto europeo deriva un obbligo risarcitorio da parte degli Stati membri nei confronti dei cittadini, i quali possono ottenere il risarcimento del danno per violazione del diritto comunitario anche qualora tale violazione derivi da una decisione giurisdizionale (CORTE GIUST. CE, 30.9.2003, causa C-224/01, in *Foro it.*, 2004, IV, 4 ss.).

(34) CORTE GIUST. CE, 12.11.1969, causa C-29/69, in *Racc.*, 1969, 419 ss.

(35) V. CORTE COST., 23.12.1973, n. 183, cit.; CORTE COST., 5.6.1984, n. 170, cit.; CORTE COST., 13-21.4.1989, n. 232, in *Foro it.*, 1990, I, 1855 ss., ove si afferma, pur con soluzione di compromesso, il potere del giudice nazionale di esprimersi sulla legittimità degli atti comunitari; CORTE COST., 18.12.1995, n. 509, *ivi*, 1996, I, 784 ss., con nota di BARONE; CORTE COST., 24.6.2010 n. 227, in *Giur. cost.*, 2010, I, 2598 ss.

(36) BVERFG, 29.5.1974, in *BVerfGE*, 1975, vol. 37, 271 ss., traduzione inglese in *Comm. Market Law Rep.*, 1974, 540 ss., c.d. *Solange I*, sulla competenza della Corte costituzionale a verificare il rispetto della normativa comunitaria dei diritti fondamentali del *Grundgesetz*; BVERFG, 22.10.1986, *ivi*, 1987, vol. 73, 339 ss., c.d. *Solange II*, dove la Corte costituzionale tedesca afferma la necessità di un controllo del diritto comunitario in relazione ai principi e non

alla legge di ratifica del Trattato istitutivo; BVERFG, 12.10.1993, *ivi*, 1994, vol. 89, 155 ss., c.d. *Maastricht*; BVERFG, 7.6.2000, *ivi*, 2001, vol. 102, 147 ss., c.d. *Bananenmarkt*; BVERFG, 30.6.2009, n. 72, in *Foro it.*, 2010, IV, 277 ss., con nota di CAPONI, *Dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul trattato di Lisbona,* c.d. *Lissabon;* BVERFG, 6.7.2010, *ibidem*, IV, 533 ss., con nota di CAPONI, *La svolta europeista della Corte costituzionale tedesca;* BVERFG, 15.12.2015 - 2 BvR 2735 14, in *JZ*, 2016, 410 ss. Sulla *Lissabon-Urteil* cfr., inoltre, CASSESE, *L'Unione europea e il guinzaglio tedesco*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1003 ss.; Palermo-Woelk, *"Maastricht reloaded", il Tribunale costituzionale federale tedesco e la ratifica condizionata del Trattato di Lisbona*, in *Dir. pubb. comp. eur.*, 2009, 1027 ss.

(37) Per una rassegna delle posizioni assunte dagli organi di giustizia costituzionale degli Stati membri v. F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali. Effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*, Giappichelli, 2012, *passim*, ma spec. 103 ss. Particolare rilevanza assumono le decisioni rese in Francia (CONS. CONST., 19.11.2004, 2004-505, in *Rev. fr. dr. const.*, 2005, 330 ss.; CONS. CONST., 10.6.2004, n. 2004-496, in *www.conseil-constitutionnel.fr*; CONS. CONST., 1°.7.2004, n. 2004-497, *ivi*; CONS. CONST., 29.7.2004, n. 2004-498, *ivi*; CONS. CONST., 29.7.2004, n. 2004-499, *ivi*) e in Spagna (TRIB. CONST., *déclaration* 13.12.2004, n. 1/2004, in *Comm. Market Law Rep.*, 2005, 1169 ss.).

(38) Rileva P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e identità nazionali*, cit., 536, che la già con la pronuncia n. 183/1973 la Corte costituzionale italiana «rivendica la competenza a sindacare la compatibilità della legge di esecuzione del Trattato istitutivo con i princípi fondamentali dell'ordinamento».

(39) Per una analisi del percorso che ha caratterizzato il dialogo tra la Corte di giustizia ed i giudici costituzionali italiani e tedeschi v. FEUSTEL, *Diritto comunitario e diritto interno nella giurisprudenza italiana e tedesca*, in *Riv. dir. eur.*, 1976, 187 ss.

(40) L'espressione ed il concetto, inizialmente espresso con il termine "controlimitazioni", si trova in BARILE, *Il commino comunitario della Corte*, in *Giur. cost.*, 1974, II, 2406 ss. Al riguardo si afferma che «in una fase della evoluzione dell'ordinamento costituzionale europeo in cui la tendenza alla omologazione dei valori costituzionali sul continente europeo subisce una forte accelerazione a causa della scrittura della Carta dei diritti fondamentali, la riserva sulla interpretazione e sulla salvaguardia dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale nazionale costituisce uno strumento - forse l'unico - per proteggere l'identità costituzionale nazionale» (CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di CARTABIA, Il Mulino, 2007, 25).

(41) Così testualmente CORTE COST., 23.12.1973, n. 183, cit., con affermazione che si ritrova poi in CORTE COST., 8.8.1984, n. 170, cit.

(42) CORTE COST. 13-21.4.1989, n. 232, cit., la quale peraltro rileva, dando atto che, come visto, la Corte di giustizia riconosce che i principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri costituiscono parte integrante ed essenziale dell'ordinamento comunitario (v. CORTE GIUST. CE, 12.11.1969, causa C-29/69, cit., secondo la quale «*i diritti fondamentali* (...) *fanno parte dei principi generali del diritto, di cui la Corte garantisce l'osservanza*»; nonché CORTE GIUST. CE, 14.5.1974, causa C-4/73, in *Racc.*, 1974, 491 ss., che ricomprende tra il diritto europeo anche i principi e i diritti fondamentali facenti parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri), che non «*non potrebbe affermarsi con certezza che tutti i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale si trovino fra i principi comuni degli ordinamenti degli Stati membri e quindi siano compresi nell'ordinamento comunitario*».

(43) CORTE EUR. DIR. UOMO, 30.6.2005, ric. 45036/98, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 21 ss., con nota di PACINI, *Il controllo della CEDU sugli atti nazionali in funzione comunitaria.*

(44) Il riferimento alla protezione equivalente viene affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo già nel caso *Matthews*(CORTE EUR. DIR. UOMO, 18.2.1999, ric. 24833/94, in *Riv. int. dir. uomo*, 1999, 613 ss.) ma successivamente articolato e sviluppato nel caso *Bosphorus* dove viene delineato il test di tutela equivalente, secondo il quale, nel valutare il rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati membri in sede di attuazione del diritto europeo, ferma la necessità di una mancanza di discrezionalità da parte dello Stato membro, si deve presumere, dato che il livello di protezione dei diritti umani nell'ordinamento europeo è equivalente con quello della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta dir. UE), c.d. Carta di Nizza, che ogni misura adottata dagli Stati membri nell'esecuzione di obblighi dell'Unione deve essere considerata compatibile con la Conv. eur. dir. uomo, salvo la possibilità di provare che il livello di tutela offerto sia manifestamente insufficiente.

(45) È al riguardo noto che, secondo la concezione maggioritaria, la Conv. eur. dir. uomo non ha efficacia orizzontale ma solo verticale, potendo essere fatta valere unicamente nei confronti degli Stati membri e non anche nei rapporti tra privati (sul punto si segnala tuttavia la differente e condivisibile prospettiva di GENTILI, *Diritti fondamentali e rapporti contrattuali*, cit., 184, il quale ritiene che l'efficacia orizzontale derivi dall'art. 6, § 3, TUE, facendo divenire «le disposizioni della Convenzione norme e principi a tutti gli effetti degli ordinamenti degli Stati aderenti con la possibilità di deferire alla Corte costituzione il giudizio di compatibilità della disposizione interna, tanto che la controversia si radichi nel diritto pubblico quanto che si radichi nel diritto privato (...) ferma ovviamente la possibilità di adire la Corte di Strasburgo»).

(46) La Corte europea dei diritti dell'uomo ha peraltro affermato che gli Stati membri possono essere responsabili per le violazioni della Conv. eur. dir. uomo solo qualora vi sia un atto nazionale di qualche tipo, mentre quando la condotta non conforme alla Convenzione è stata posta in essere esclusivamente da organi dell'Unione la competenza della Corte di Strasburgo

è esclusa (CORTE EUR. DIR. UOMO, 9.12.2008, ric. 73274/01, ined. ma consultabile in *www.echr.coe.int*).

(47) Si deve ricordare al riguardo che la decisione *Bosphorus*, pur essendo adottata all'unanimità, ha registrato due opinioni concorrenti, quella dei giudici Rozakis, Tulkens, Traja, Botochaurova, Zagrebelsky e Garlicky, e quella del giudice Ress.

(48) Occorre tenere presente che secondo quanto disposto dallo stesso art. 6 TUE, l'applicazione della Carta dir. UE è limitata alle competenze che nei Trattati sono attribuite all'Unione (sul punto v. SIRENA, *La giurisprudenza*, cit., 121; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 282). Sembra invece propendere per una estensione della competenza della Corte di giustizia V. Scalisi, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italina e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 174 s., il quale afferma che «non sembra invece convincente, anzi rischia di essere decisamente controproducente, la proposta di chiudere la Corte di Lussemburgo e il suo controllo di legittimità entro gli stretti e rigidi confini di prefissate competenze comunitarie».

(49) Si ricorda che le modifiche ai Trattati si sono rese necessaria in seguito al parere negativo della Corte di giustizia (CORTE GIUST. CE, par. 28.3.1996, n. 2/94, in *Racc.*, 1996, 1759 ss.), con cui veniva affermato che la Comunità non aveva competenza a sottoscrivere la Conv. eur. dir. uomo.

(50) CORTE GIUST. UE, sed. pl., par. 18.12.2014, n. 2/13, in *Foro it.*, 2015, IV, 61 ss., con nota di TIZZANO. Al riguardo v. ALPA, *La tutela giurisdizionale dei diritti umani*, cit., 116 ss., il quale rileva che il parere negativo è stato reso per ragioni non giuridiche ma politiche, in quanto per effetto dell'adesione alla Conv. eur. dir. uomo «l'Unione (...), al pari di qualsiasi altra Parte contraente, sarebbe sottoposta ad un controllo esterno avente a oggetto il rispetto dei diritti e delle libertà che l'Unione si impegnerebbe a rispettare (...). Poiché della Convenzione fanno parte 47 Stati di cui solo 28 appartenenti all'Unione, attraverso la Corte gli Stati esterni all'Unione potrebbero esercitare forme di controllo sugli atti dell'Unione, e la stessa Corte di Strasburgo diventerebbe corte di ultima istanza avverso le sentenze della Corte di giustizia».

(51) Così SIRENA, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 123. Sul crescente ruolo della Corte europea dei diritti dell'uomo nel nostro ordinamento v. MELI, *«Sistema internazionale» e sua incidenza sull'ordinamento interno*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 685 ss.

(52) Questa sembra invece essere la lettura proposta dalla Corte costituzionale tedesca nel caso c.d. *Lissabon* (BVERFG,30.6.2009, n. 72, cit.).

(53) In questo senso STROZZI, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Studi integraz. eur.*, 2009, 29 s. Non dissimile la posizione di CASSESE, *Ordine giuridico*, cit., 421, il quale parla di europeizzazione dei controlimiti, affermando che non sono le Corti nazionali ma la Corte di giustizia a dover accertare e far valere i limiti. Sembra ascrivibile a questa lettura la posizione recentemente assunta nella dottrina civilistica da BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Wolters Kluwer, 2017, 67; PAGLIANTINI, *Tra diritto delle Corti e*

teoria dei controlimiti: il recesso del viaggiatore dal contratto di pacchetto turistico ai sensi dell'art. 12 dir. 2015/2302 UE, in D'AMICO-PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole. Studi*, Giappichelli, 2018, 147 ss., il quale, riferendosi alla teoria dei controlimiti, prendendo spunto dalla decisione della Corte di giustizia sulla improduttività di effetti sin dall'origine delle clausole *floor* (CORTE GIUST. UE, gr. sez., 21.12.2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C- 308/15, in *Contratti*, 2017, 11 ss., con nota di PAGLIANTINI, *La non vincolatività (delle sole clausole abusive) e l'interpretazione autentica della Corte di Giustizia*) e contestualizzando poi il problema con riguardo al recesso del viaggiatore dal contratto di pacchetto turistico, ritiene «più funzionale allo scopo un *monopolio* della CGUE nell'opera di accertamento di quelli che, nel frattempo, si sono (a pieno titolo) convertiti in "limiti costituzionali del diritto comunitario"».

(54) Sul tema, nella dottrina tedesca, v. SCHINDLER, *Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten*, Duncker & Humblot, 2001, 159 ss.

(55) Il riferimento è a CORTE GIUST. CE, gr. sez., 11.12.2007, causa C-438/05, in *Dir. e prat. lav.*, 2008, 26 ss.; CORTE GIUST. CE, gr. sez., 18.12.2007, causa C-341/05, in *Giur. cost.*, 2008, 498 ss.

(56) Il problema è colto e sviluppato con persuasiva chiarezza da NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'UE e rapporti tra privati: il bilanciamento di interessi e i rimedi civilistici*, in *Le «libertà fondamentali» dell'Unione europea e il diritto privato*, cit., 59 ss., anche in *Riv. dir. civ.*, 2015, 878 ss., la quale qualifica le libertà economiche come fondanti e non come fondamentali, con conseguente portata recessiva rispetto ai diritti fondamentali, posto che le libertà in parola non connotato l'ordinamento europeo sul piano valoriale. Più di recente l'a. è tornata sul tema in occasione del Seminario di studio in onore di Angelo Falzea, tenutosi a Reggio Calabria l'11.2.2017 (Navarretta, *Costituzione e principi fondamentali: dialogo ideale con Angelo Falzea*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 982 ss.), segnalando la preziosa intuizione di Falzea secondo il quale «la supremazia dei principi costituzionali nella regolamentazione della vita giuridica del nostro ordinamento [venga] contrastata e messa in forse dalle norme del diritto comunitario» (la citazione è tratta dal contributo di E. Navarretta da ultimo citato e si riferisce testualmente all'opera di FALZEA, *La Costituzione e l'ordinamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 261 ss., e spec. 281). Nella medesima prospettiva già LIPARI, *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, *ivi*, 1996, I, 413 ss., e spec. 422 ss.

(57) CORTE GIUST. UE, gr. sez., 8.9.2015, causa C-105/14, in *Foro it.*, 2015, IV, 609 ss. Sulla sentenza *Taricco* e più in generale sui controlimiti, tra i numerosi contributi apparsi, si segnala in particolare la riflessione di M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. BERNARDI, Jovene, 2017, 53 ss.

(58) CORTE COST., ord. 26.1.2017, n. 24, in *Foro it.*, 2017, I, 393 ss. Al riguardo v. VIGANÒ, *Supremacy of EU Law vs. (Constitutional) National Identity: A New Challenge for the Court of Justice from the Italian Constitutional Court*, in *EuCLR*, 2017, 105 ss.; nonché i saggi raccolti in BERNARDI-CUPELLI (a cura di), *Il caso* Taricco *e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Jovene, 2017, *passim*.

(59) CORTE GIUST. UE, gr. sez., 5.12.2017, causa C-42/17, in *Foro it.*, 2018, IV, 18 ss.

(60) CORTE COST., 31.5.2018, n. 115, in *G.U., Serie speciale - Corte costituzionale*, 6.6.2018, n. 23.

(61) È l'auspicio che suggeriva V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali*, cit., 174, il quale guarda con favore «un rapporto di intima e costante tensione *dialogica* in un processo continuo e ininterrotto di incessante interlocuzione e reciproco adeguamento, senza che nessuna delle due Corti abbia la pretesa di pronunciare l'ultima parola, perché solo così anche all'interno della categoria dei diritti fondamentali è possibile istituire quel doppio senso di marcia, quella indispensabile *circolarità* tra centro e periferia, senza la quale il processo di implementazione dello standard di protezione dei diritti fondamentali può subire solo inceppamenti e ritardi con riflessi negativi anche sullo stesso processo di integrazione giuridica europea».

(62) CORTE GIUST. UE, gr. sez., 5.12.2017, cit., «*Ne deriva, da un lato, che spetta al giudice nazionale verificare se la condizione richiesta dal punto 58 della sentenza Taricco, secondo cui le disposizioni del codice penale in questione impediscono di infliggere sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, conduca a una situazione di incertezza nell'ordinamento giuridico italiano quanto alla determinazione del regime di prescrizione applicabile, incertezza che contrasterebbe con il principio della determinatezza della legge applicabile. Se così effettivamente fosse, il giudice nazionale non sarebbe tenuto a disapplicare le disposizioni del codice penale in questione*» (§ 59).

(63) Si legge nelle conclusioni dell'Avvocato generale che «l'applicazione del livello di tutela di cui all'articolo 25, paragrafo 2, della Costituzione italiana, fatto valere dalla Corte costituzionale, compromette il primato del diritto dell'Unione, in quanto consente di ostacolare l'attuazione di un obbligo stabilito dalla Corte di giustizia il quale è non solo conforme alla Carta, ma anche in linea con la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo», in *http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30dd04b5d0a0248349dfa200eaff24b25898.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyNbxz0?text=&docid=192922&pageIndex=0&doclang=it&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=606268*.

(64) CORTE COST., 31.5.2018, n. 115, cit., § 8.

(65) Il riferimento è ancora a V. SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali*, cit., 172.

(66) CORTE COST., 8.6.1984, n. 170, cit., la quale afferma che «Vi è un punto fermo nella costruzione giurisprudenziale dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno: i due sistemi sono configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato». In senso analogo v. Corte cost., 22.10.1975, n. 23, cit., e CORTE COST., 27.12.1973, n. 183, cit.

(67) V. LIPARI, *Introduzione*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di SIRENA, Giuffrè, 2006, 71, il quale afferma che «L'alternativa diritto interno-diritto comunitario poteva, al limite, giustificarsi fino a quando ci fosse stato bisogno di un intervento del legislatore nazionale per rendere operante nel nostro ordinamento una regola di fonte comunitaria; nel momento invece in cui si riconosce che le fonti si sono venute ormai intersecando e sovrapponendo, incidendo comunque direttamente sulle posizioni soggettive dei cittadini italiani, quella alternativa conserva un limitato valore descrittivo, priva di qualunque incidenza operativa per il giurista». Più di recente l'a. rileva la contraddittorietà della prospettiva dualista della nostra Corte costituzionale nel momento in cui ammette l'interpretazione conforme, proponendo peraltro di risolvere il problema dei limiti interni di costituzionalità all'applicazione della norma di fonte europea tramite il principio di effettività, inteso come «criterio operativo volto a conseguire, nella piena consapevolezza dell'integrità del sistema interno, un risultato interpretativo certamente idoneo a conseguire una soluzione conforme alla finalità perseguita dalla fonte comunitaria» (LIPARI, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 896).

(68) P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e identità nazionali*, cit., 531, secondo il quale «L'ordinamento italo-europeo è unitario: il diritto comunitario, che nasce sovranazionale, si integra negli ordinamenti degli Stati membri». Nello stesso senso v. ID., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 188 ss.; ID., *L'ordinamento vigente e i suoli valori. Problemi di diritto civile*, Esi, 2006, 20 ss.; nonché di recente PAGLIANTINI, *Tra diritto delle Corti e teoria dei controlimiti*, cit., 173.

(69) Al riguardo, con riferimento proprio al sistema ordinamentale, v. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, cit., 87 ss.

(70) Sul tema v. MATTEI, voce «Circolazione dei modelli giuridici», in *Enc. del dir.*, Ann. I, Giuffrè, 2007, 173 ss.; ZOPPINI, *Fonti del diritto privato, concorrenza tra ordinamenti giuridici e riforma del diritto delle obbligazioni (note minime)*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 123 ss.

LA TUTELA DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO PER GLI AIUTI DI STATO CONCESSI CON MISURE FISCALI

di Pio Murgia

Reg. (CE) 22-03-1999, n. 659/1999/CE, Articolo 2

Reg. (CE) 22-03-1999, n. 659/1999/CE, Articolo 9

Reg. (CE) 22-03-1999, n. 659/1999/CE, Articolo 10
Reg. (CE) 22-03-1999, n. 659/1999/CE, Articolo 15
Reg. (CE) 22-03-1999, n. 659/1999/CE, Articolo 26

ABSTRACT - *Secondo la costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, il cui principio è stato recepito dalla Corte Costituzionale, i beneficiari delle agevolazioni hanno l'onere di diligenza di accertare il rispetto della procedura comunitaria prevista per la concessione degli aiuti di Stato e, in caso di inottemperanza a tale onere, non possono vantare, di regola, alcun legittimo affidamento sugli aiuti incompatibili con l'ordinamento comunitario.*

Si ripercorre l'orientamento della Corte di Giustizia sulla questione, soffermandosi sulla carenza di garanzie procedimentali nella fase preliminare di controllo degli aiuti di Stato, alla luce dei principi generali presenti nell'ordinamento giuridico italiano.

1. La giurisprudenza della Corte di Giustizia sul principio di tutela del legittimo affidamento in materia di aiuti di Stato

Partendo dalla sent. 20 settembre 1990 (causa C-5/89) è possibile ricostruire l'orientamento della Corte di Giustizia sulla questione.

Innanzitutto, la sentenza, condividendo quanto affermato in precedenza nella sent. 21 marzo 1990 (causa C-142/87) e 21 settembre 1983 (cause riunite C-205-215/82), ha ricordato: che, rientrando il principio della tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento giuridico comunitario, non può considerarsi contrario a questo stesso ordinamento il fatto che una legislazione nazionale garantisca la tutela del legittimo affidamento e la certezza del diritto in un settore come quello della ripetizione di aiuti comunitari indebitamente versati; e che, per giurisprudenza costante, uno Stato membro non può eccepire norme, prassi o situazioni del proprio ordinamento giuridico interno per sottrarsi all'esecuzione degli obblighi ad esso incombenti in base al diritto comunitario.

La Corte ha, quindi, rilevato che, tenuto conto del carattere imperativo della vigilanza sugli aiuti statali, operata dalla Commissione ai sensi dell'art. 93 del Trattato, le imprese beneficiarie di un aiuto possono fare legittimo affidamento, in linea di principio, sulla regolarità dell'aiuto, solamente qualora quest'ultimo sia stato concesso nel rispetto della procedura prevista dal menzionato articolo.

In particolare, un operatore economico diligente deve, per la Corte, normalmente essere in grado di accertarsi che tale procedura sia stata rispettata. E sul punto la Corte ricorda che, con comunicazione pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale* delle Comunità europee, la Commissione ha informato i potenziali beneficiari di aiuti statali della precarietà degli aiuti illegittimamente concessi, nel senso che essi potrebbero essere portati a restituirli (GUCE 24 novembre 1983, C 318, pag. 3) [(1)].

La Corte ha, poi, concluso che non può certamente escludersi la possibilità, per il beneficiario di un aiuto illegittimamente concesso, di invocare circostanze eccezionali sulle quali egli abbia potuto fondare il proprio affidamento nella natura regolare dell'aiuto e di opporsi, conseguentemente, alla sua ripetizione: in tale ipotesi spetterebbe al giudice nazionale eventualmente adito valutare, se

necessario dopo aver proposto alla Corte le questioni pregiudiziali di interpretazione, le circostanze del caso di specie.

Infine, la Corte ha precisato che uno Stato membro, le cui autorità abbiano concesso un aiuto in violazione delle norme procedurali di cui all'art. 93 del Trattato, non può invocare il legittimo affidamento dei beneficiari per sottrarsi all'obbligo di adottare i provvedimenti necessari ai fini della esecuzione di una decisione della Commissione con cui sia stato ordinato di ripetere l'aiuto: ammettere tale possibilità significherebbe, infatti, privare di pratica efficacia le norme di cui agli artt. 92 e 93 del Trattato, in quanto le autorità nazionali potrebbero far valere in tal modo il proprio illegittimo comportamento, al fine di vanificare l'efficacia delle decisioni emanante dalla Commissione in virtù di tali disposizioni del Trattato.

Con la sent. 22 giugno 2006 (cause riunite C-182/03 e C-217/03) (2) la Corte ha affermato che nessuno può invocare una violazione di tale principio in mancanza di assicurazioni precise che l'amministrazione gli abbia fornito.

Allo stesso modo, qualora un operatore economico prudente ed accorto sia in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento comunitario idoneo a ledere i suoi interessi, egli non può invocare il beneficio di tale principio nel caso in cui detto provvedimento venga adottato.

Nella sent. 14 gennaio 1997 (causa C-169/95) la Corte ha ricordato, in primo luogo, che la soppressione di un aiuto illegittimo mediante recupero è la logica conseguenza dell'accertamento della sua illegittimità. Pertanto, il recupero di un aiuto statale illegittimamente concesso, onde ripristinare lo status quo ante, non può, in linea di principio, ritenersi un provvedimento sproporzionato rispetto alle finalità delle disposizioni del Trattato in materia di aiuti di Stato, ciò anche in riferimento alla richiesta di interessi per il periodo compreso tra la data del versamento degli aiuti e la data del loro effettivo rimborso.

Tale sentenza, nel ribadire che un operatore economico diligente deve normalmente essere in grado di accertarsi che la procedura di cui all'art. 93 del Trattato sia stata rispettata, ha, poi, chiarito, in relazione alla fattispecie affrontata, che non si può ritenere che la decisione, inizialmente adottata dalla Commissione di non sollevare obiezioni nei confronti degli aiuti controversi, abbia potuto creare un legittimo affidamento dell'impresa beneficiaria, perché tale decisione è stata contestata entro i termini di ricorso contenzioso e successivamente annullata dalla Corte: l'errore così commesso dalla Commissione non può vanificare le conseguenze del comportamento illegittimo dello Stato membro.

Nella sent. 20 marzo 1997 (causa C-24/95) la Corte ha chiarito che l'autorità competente deve, in forza del diritto comunitario, revocare la decisione di concessione di un aiuto attribuito illegittimamente, conformandosi alla decisione definitiva d'incompatibilità della Commissione e deve ordinarne il recupero, anche quando l'illegittimità della decisione sia imputabile alla detta autorità in una misura tale che la revoca appare, nei confronti del beneficiano dell'aiuto, contraria al principio di buona fede, poiché il beneficiario dell'aiuto non può aver riposto, a causa dell'inosservanza della procedura prevista dall'art. 93 del

Trattato, alcun legittimo affidamento nella regolarità dell'atto. Nel caso di specie l'autorità nazionale aveva lasciato scadere il termine stabilito dal diritto nazionale per la revoca della decisione di concessione dell'aiuto.

Nella sent. 11 novembre 2004 (cause riunite C-183/02 P e C-187/02 P) la Corte ha ribadito che, in relazione alla rilevanza, ai fini della sussistenza di un legittimo affidamento, di un'eventuale inazione della Commissione, qualsiasi apparente inazione è priva di significato, nel caso in cui un regime di aiuti non le sia stato notificato.

Nella sent. 15 dicembre 2005 (causa C-148/04) (3) la Corte, dopo aver ricordato che il recupero di un aiuto concesso in violazione della procedura prevista dall'art. 88, n. 3), del Trattato CE, costituisce un rischio prevedibile per l'operatore che ne trae beneficio, ha sottolineato che le imprese beneficiarie di un aiuto illegittimo, in genere, tengono conto dell'importo di tale aiuto nelle loro scelte economiche ed il successivo recupero dell'aiuto medesimo, di regola, produce effetti negativi sulla loro situazione economica. Se una tale situazione dovesse essere di ostacolo al recupero, gli aiuti resterebbero definitivamente acquisiti dai beneficiari nella quasi totalità dei casi e il controllo comunitario degli aiuti di Stato sarebbe svuotato della propria efficacia.

Infine, il Tribunale delle Comunità europee con sent. 27 novembre 2007 (cause riunite T-3/00 e T-337/04) ha ricordato che: per quanto riguarda la violazione del principio di tutela del legittimo affidamento, il diritto di invocare siffatto principio si estende a chiunque si trovi in una situazione dalla quale risulti che l'amministrazione comunitaria ha suscitato in lui aspettative fondate; e, inoltre, nessuno può invocare una violazione del legittimo affidamento in mancanza di assicurazioni precise fornitegli dall'amministrazione.

2. La Corte Costituzionale, ord.n. 36del 6 febbraio 2009

La questione sottoposta al giudizio della Corte ha riguardato gli artt. 27 della L. 18 aprile 2005, n. 62, e 1 del D.L. 15 febbraio 2007, n. 10, convertito, con modificazioni, dall'art. 1 della L. 6 aprile 2007, n. 46, che hanno assoggettato retroattivamente all'imposta sui redditi alcuni contribuenti beneficiari di esenzioni fiscali, costituenti aiuti di Stato incompatibili con l'ordinamento comunitario, e, quindi, hanno consentito all'Amministrazione finanziaria di recuperare l'Irpeg relativa agli anni dal 1995 al 1998, dopo oltre dieci anni dalla formazione del reddito imponibile, al fine di dare attuazione alla decisione della Commissione CE n. 2003/193/CE del 5 giugno 2002 ed alla sent. della Corte di Giustizia CE del 1° giugno 2006, causa C-207/05 (4).

La Corte (5), nel dichiarare la manifesta infondatezza delle questioni sollevate, ha affermato che non sussiste la denunciata violazione:

a) dell'art. 53 della Costituzione, perché il prelievo fiscale denunciato dal giudice *a quo* non vìola il principio di capacità contributiva, in quanto costituisce un recupero dell'ammontare dell'esenzione fiscale indebitamente concessa e non è effetto di un'ulteriore imposta ad efficacia retroattiva;

b) dell'art. 97 della Costituzione, perché - data l'inapplicabilità nell'ordinamento interno delle esenzioni fiscali incompatibili con l'ordinamento comunitario - il recupero delle somme, corrispondenti ai benefici fiscali indebitamente concessi,

comporta la sottoposizione ad imposta di redditi che (contrariamente a quanto affermato dal rimettente), all'epoca della loro formazione, erano già imponibili, con la conseguenza che tale recupero non lede, ma - al contrario - attua gli evocati principi costituzionali di imparzialità e di buon andamento della Pubblica Amministrazione.

Nell'ordinanza il Giudice delle leggi affronta, pure, il tema del legittimo affidamento con riguardo agli aiuti di Stato.

In particolare, la Corte si allinea alla giurisprudenza della Corte di Giustizia e ne recepisce il principio laddove afferma ''l'inapplicabilità delle esenzioni fiscali doveva essere rilevata dagli stessi beneficiari delle agevolazioni, i quali - come sottolineato dalla costante giurisprudenza comunitaria - hanno l'onere di diligenza di accertare il rispetto della procedura comunitaria prevista per la concessione degli aiuti di Stato e, in caso di inottemperanza a tale onere, non possono vantare, di regola, alcun legittimo affidamento sugli aiuti incompatibili con l'ordinamento comunitario''.

Tale posizione non può che essere condivisa per diversi motivi che vengono di seguito illustrati.

3. La normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato illegali

Occorre, innanzi tutto, ricordare che, con comunicazione pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee (GUCE 24 novembre 1983, C 318), la Commissione aveva informato ''i beneficiari potenziali di aiuti di Stato del carattere precario degli aiuti che saranno concessi loro illegalmente: ogni beneficiario di un aiuto versato illegalmente, vale a dire senza che la Commissione abbia preso una decisione definitiva sulla sua ammissibilità, potrà essere costretto a restituire le somme ricevute''.

In secondo luogo, il Consiglio dell'Unione europea ha adottato il Regolamento, recante modalità di applicazione dell'art. 93 del Trattato CE, del 22 marzo 1999, n. 659/1999/CE [(6)], per accrescere la trasparenza e la certezza del diritto anche in caso di aiuti di Stato illegali: tale Regolamento, nel disciplinare i procedimenti amministrativi di indagine preliminare e di indagine formale, prevede disposizioni che garantiscono la pubblicità e la partecipazione degli interessati.

Gli artt. da 2 a 9 disciplinano le procedure relative agli aiuti notificati. In particolare, l'art. 4 prevede l'istituto di semplificazione del silenzio assenso (anche se condizionato) per la procedura di esame preliminare; l'art. 5 assicura, nei casi dubbi, un vero e proprio contraddittorio con lo Stato membro interessato; gli artt. 6 e 26, comma 2, garantiscono - con l'avviso di avvio del procedimento (pubblicazione in *Gazzetta Ufficiale* dell'Unione europea della decisione di avviare il procedimento) e i diritti di osservazione - la partecipazione degli interessati al procedimento di indagine formale; l'art. 7 stabilisce il termine del procedimento in 18 mesi; l'art. 9, nel disciplinare la revoca delle decisioni relative alle fasi preliminare e di indagine formale della Commissione, garantisce la partecipazione degli interessati al procedimento.

Gli articoli da 10 a 15 regolano la procedura relativa agli aiuti illegali: in particolare, l'art. 14 stabilisce che la Commissione non impone il recupero dell'aiuto qualora ciò sia in contrasto con un principio generale del diritto

comunitario; l'art. 15 stabilisce il periodo limite di dieci anni perché la Commissione possa esercitare il suo potere di recupero.

L'art. 20, relativamente al procedimento di indagine formale, ribadisce i diritti di osservazione ed informazione degli interessati e la possibilità per gli stessi di informare la Commissione anche di ogni presunto aiuto illegale.

L'art. 26 del Regolamento prevede la pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale* dell'Unione europea non solo delle decisioni della Commissione che concludono i procedimenti di esame preliminare e di indagine formale, ma anche, ripeto, delle decisioni che avviano quest'ultimo procedimento (art. 26, comma 2).

Considerata la disciplina dettata dal Regolamento per la fase preliminare, sarebbe auspicabile, come autorevolmente rilevato in dottrina [(7)], prevedere l'obbligo per la Commissione di comunicare (con avviso in *Gazzetta Ufficiale* dell'Unione europea) l'avvenuta notifica di un aiuto o l'avvio d'ufficio del procedimento di esame preliminare, così da assicurare il raggiungimento dello scopo di consentire agli interessati (beneficiari, concorrenti non beneficiari e terzi) la chiara percezione dell'avvio di tale procedimento, in modo da porli nella effettiva possibilità di interloquire.

In proposito, la Corte di Giustizia, probabilmente nella consapevolezza della scarsa trasparenza della fase preliminare, ha ritenuto che la decisione conclusiva di tale fase è impugnabile dal terzo interessato, anche se non abbia partecipato alla procedura, con l'onere per la Commissione di provare che le eventuali difficoltà incontrate nella valutazione della compatibilità dell'aiuto non hanno richiesto l'avvio del procedimento di indagine formale [(8)].

In terzo luogo, di recente, è stata emanata la comunicazione della Commissione relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali (2009/C 85/01) [(9)].

Tale comunicazione ha chiarito che ''I potenziali ricorrenti possono intentare azioni di risarcimento danni contro l'autorità che ha erogato l'aiuto di Stato. Tuttavia, possono esistere circostanze in cui il ricorrente preferisce reclamare i danni direttamente al beneficiario dell'aiuto. Nella sentenza SFEI [(10)], la Corte di giustizia ha espressamente esaminato la questione dell'esperibilità di azioni di risarcimento danni contro il beneficiario in forza del diritto comunitario e ha concluso che l'articolo 88, paragrafo 3 del trattato CE, non impone alcun obbligo diretto al beneficiario e quindi il diritto comunitario non offre una base giuridica sufficiente per siffatti ricorsi. Tuttavia, ciò non preclude affatto la possibilità di intentare con successo azioni di risarcimento danni contro il beneficiario in base all'ordinamento interno. A tal proposito la Corte di giustizia ha specificamente indicato la possibilità per i potenziali ricorrenti di invocare le disposizioni nazionali in materia di responsabilità extracontrattuale''.

4. I principi del giusto procedimento e del neminem laedere nell'ordinamento giuridico italiano

A favore di una modifica garantista del Regolamento comunitario n. 659/1999/CE citato e del riconoscimento per gli interessati del diritto ad essere avvisati dallo Stato italiano della notifica dell'aiuto alla Commissione, milita il

nostro ordinamento giuridico insieme alla giurisprudenza della Corte Costituzionale che - in tema di applicazione del principio del giusto procedimento alle fasi sub procedimentali autonome - ha statuito che ''alla stregua dei sopravvenuti principi introdotti dalla legge n. 241 del 1990, in materia di trasparenza dell'azione amministrativa, l'amministrazione è tenuta a predisporre un meccanismo procedurale (formula espressa apposta in calce al documento comunicato all'interessato, avviso ad hoc o altro mezzo) che assicuri il raggiungimento dello scopo di consentire all'interessato la chiara percezione dell'avvio della nuova fase, in modo da porlo nella effettiva possibilità di interloquire nella anzidetta ulteriore fase procedimentale. In altri termini, occorre, salvo che sussista una urgenza qualificata, che l'amministrazione adotti una procedura di comunicazione idonea a porre in grado il soggetto interessato di venire a conoscenza della successiva eventuale fase endoprocedimentale (avente carattere autonomo, nella specie per la natura di secondo grado e per il diverso organo che deve provvedere) che possa risolversi in un pregiudizio per lo stesso soggetto, con esclusione delle ipotesi in cui tali successive fasi siano dovute alla iniziativa del medesimo interessato'' (11).

Va aggiunto che l'art. 29, comma 2-*bis*(12), della L. n. 241/1990 così definisce i diritti di partecipazione al procedimento: ''Attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, le disposizioni della presente legge concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato e di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti''.

Alla luce di tali considerazioni è difficile ritenere garantito il principio del giusto procedimento nella procedura di esame preliminare dell'aiuto di Stato, salvo rinvenire in essa, di regola, un'urgenza qualificata o considerare la decisione che la conclude come un provvedimento cautelare (13).

La mancata applicazione di tale garanzia procedimentale a detta fase preliminare impedirebbe, di regola, il sorgere, in base all'ordinamento interno, della responsabilità del beneficiario rispetto a tale procedura.

Potrebbe sorgere, invece, una responsabilità dello Stato italiano nei confronti del beneficiario e degli altri interessati. Infatti, in base al principio del giusto procedimento, lo Stato dovrebbe avvisare gli interessati della notifica dell'aiuto alla Commissione in modo da porli nell'effettiva possibilità di interloquire in detta fase procedimentale avente carattere autonomo.

Va aggiunto che nell'ordinamento italiano è presente pure il principio generalissimo del *neminem laedere* che costituisce anche limite di ordine pubblico all'introduzione nell'ordinamento di decisioni giurisprudenziali o norme col principio contrastanti.

In particolare, la Corte Costituzionale ha ritenuto tale principio costitutivo dell'ordine giuridico ''risultando ogni norma che sopravvenga ad omologare fatti conseguiti alla violazione del *neminem laedere* … fuori del quadro dei valori su cui è costruito lo Stato di diritto'' (14). Ovviamente nel nostro caso l'operatività

del principio del *neminem laedere* risulta condizionata dalla compiuta attuazione del principio del giusto procedimento.
Peraltro, va ricordato che la Corte Costituzionale ha più volte affermato, in relazione alle direttive comunitarie e alle norme comunitarie, come interpretate in pronunce rese dalla Corte di Giustizia in sede contenziosa, che ''i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi (e agli atti aventi forza o valore di legge) - tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi - sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili'' (15).
Al riguardo, va aggiunto che il Regolamento n. 659/1999/CE - quale atto normativo pubblicato in GUCE e idoneo a vincolare chiunque - all'art. 3 stabilisce che ''agli aiuti soggetti a notifica, ai sensi dell'art. 2, paragrafo 1, non può essere data esecuzione prima che la Commissione abbia adottato, o sia giustificato ritenere che abbia adottato una decisione di autorizzazione dell'aiuto''. Tale disposizione, stante la sua natura regolamentare, imporrebbe obblighi anche per i privati come sostenuto da autorevole dottrina (16).
In dottrina si è affermato che, qualora il danno sia stato cagionato dalla condotta di una persona fisica o giuridica non titolare di pubbliche potestà, è rinvenibile la responsabilità dei singoli, per violazione del diritto comunitario, in applicazione del principio di garanzia dell'effettività delle posizioni soggettive, fondate sull'ordinamento comunitario (17).

5. Conclusioni

Dalle considerazioni espresse risulta legittimo e ragionevole porre a carico del beneficiario dell'aiuto (salvo le riserve espresse in relazione alla fase di controllo preliminare) l'onere di diligenza, evidenziato dall'ord. n. 36 del 2009 della Corte Costituzionale, di accertare il rispetto della procedura comunitaria prevista.
Tale ordinanza, che non ha riguardato l'affidamento dei beneficiari in relazione alla procedura di esame preliminare dell'aiuto, dimostra che la Corte di Giustizia non cade in contraddizione quando afferma la vigenza, nel diritto comunitario, del principio di tutela dell'affidamento, quale principio generale del diritto comunitario (18), e, al contempo, ne delinea, come sopra riportato, l'operatività in materia di recupero degli aiuti illegali, perché, correttamente, rileva solo l'affidamento eventualmente suscitato nel beneficiario dall'atteggiamento dell'Istituzione comunitaria (19).
Al riguardo, è significativa la sent. della Corte di Giustizia 18 luglio 2007 (causa C-119/05) (20) la quale, correttamente, non ravvede gli estremi di un legittimo affidamento anche nell'ipotesi di formazione di un giudicato nazionale favorevole al beneficiario di un aiuto illegale, il quale, però, non ha ottemperato all'onere di diligenza richiesto (accertamento del rispetto della procedura comunitaria e impugnazione nei termini della decisione sfavorevole della Commissione).
A parte, dunque, i dubbi che permangono, alla luce dei principi generali presenti nel nostro ordinamento (21), per il procedimento preliminare di controllo dell'aiuto, la cui sola decisione è soggetta a pubblicazione in GUUE, il contribuente, come acutamente rilevato in dottrina, non riceve una differente

tutela dell'affidamento nel diritto interno e in quello comunitario, perché ''un operatore economico (contribuente) diligente è in grado, grazie ad un sempre maggiore uso degli strumenti telematici da parte delle istituzioni comunitarie, di avere un facile accesso ai documenti della Commissione in materia'' (22).

---

(1) In banca dati *on line* "Leggi d'Italia Professionale'', WKI.

(2) In banca dati "fisco*nline*".

(3) In "*il fisco*" n. 48/2005, fascicolo n. 1, pag. 7595.

(4) In "*il fisco*" n. 27/2006, fascicolo n. 1, pag. 4239.

(5) Corte Cost., ord. n. 36 del 6 febbraio 2009.

(6) Si vedano i punti 11 e 14 del preambolo del Regolamento. Per le disposizioni di esecuzione si veda il Regolamento 21 aprile 2004, n. 794/2004/CE.

(7) Riconoscono il carattere opaco e non trasparente della fase preliminare di controllo sulla compatibilità dell'aiuto con il mercato comune, G. Tesauro, *Diritto comunitario*, Milano, 2008, pag. 832; A. Fantozzi, *Problemi di adeguamento dell'ordinamento fiscale nazionale alle sentenze della Corte Europea di Giustizia e alle decisioni della Commissione CE*, in Atti del Convegno, "Aiuti di Stato nel Diritto comunitario e misure fiscali", in "Rassegna tributaria" n. 6-*bis*/2003.

(8) Corte di Giustizia 19 maggio 1993, causa C-198/91.

(9) In banca dati "fisco*nline*".

(10) Corte di Giustizia 11 luglio 1996, causa C-39/94. In motivazione si legge: "il diritto comunitario non offre una base giuridica sufficiente per far sorgere la responsabilità del beneficiario che non ha verificato se l'aiuto ricevuto sia statodebitamente notificato alla Commissione. Ciò non impedisce tuttavia l'eventuale applicazione del diritto nazionale in materia di responsabilità extracontrattuale. Se, alla luce dei suoi principi, l'operatore economico che accetta un sostegno illegittimo idoneo a provocare un danno ad altri operatori economici può, in talune circostanze, essere considerato civilmente responsabile, il principio di non discriminazione può indurre il giudice nazionale ad affermare la responsabilità del beneficiario di un aiuto di Stato corrisposto in violazione dell'art. 93, n. 3, del Trattato''.

(11) Corte Cost. 5 novembre 1996, n. 383, in "Foro Amm.", 1997, pag. 724, con nota di P. Murgia, *Comunicazione di avvio di procedimento e procedimento di secondo grado*. Negli stessi termini Corte Cost. 25 ottobre 2000, n. 437, in "Foro Amm.", 2001, pag. 1449, con nota di P. Murgia, *La Corte costituzionale e l'avviso di avvio del procedimento ministeriale di annullamento delle autorizzazioni paesistiche*.

(12) Tale comma è stato aggiunto dalla lettera b) del comma 1 dell'art. 10 della L. 18 giugno 2009, n. 69.

(13) In proposito si veda l'art. 7 della L. n. 241/1990, che esclude l'avviso di avvio del procedimento ove sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, e fa salva la facoltà dell'amministrazione di adottare, anche prima della effettuazione delle comunicazioni, provvedimenti cautelari.

(14) Corte Cost. 24 gennaio 1992, n. 16, in banca dati *on line* ''Leggi d'Italia Professionale'', WKI.

(15) Corte Cost. 4 luglio 1989, n. 389; 8 aprile 1991, n. 168; 20 marzo 1995, n. 94, tutte in banca dati *on line* ''Leggi d'Italia Professionale'', WKI.

(16) In questi termini, si veda F. Gallo, *L'inosservanza delle norme comunitarie sugli aiuti di Stato e sue conseguenze nell'ordinamento fiscale interno*, in Atti del Convegno, "Aiuti di Stato nel Diritto comunitario e misure fiscali", in "Rassegna tributaria" n. 6-*bis*/2003. In senso contrario la sentenza SFEI citata.

(17) F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, Tomo I, 2004, Milano, pag. 110. Nello stesso senso si vedano le conclusioni dell'avvocato generale Van Gerven nell'udienza del 27 ottobre 1993, in causa C-128/92, il quale ha ricondotto la responsabilità dei singoli per violazione del diritto comunitario all'esigenza di garantire l'effettività dell'ordinamento comunitario. Sul tema del rapporto tra la tutela dell'affidamento legittimo e l'autotutela decisoria si veda F. Caringella, *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in "Riv. it. Dir. Pubbl. comunit.", 2008, pag. 425. Si veda pure A. Saggio, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in "Danno e responsabilità" n. 3/2001, pag. 242.

(18) Corte di Giustizia 3 maggio 1978, causa C-112/97.

(19) In tal senso Cass. 25 marzo 2003, n. 4353, in banca dati *on line* ''Leggi d'Italia Professionale'', WKI, la quale ha ribadito che la tutela del legittimo affidamento prevista da una legislazione nazionale non può funzionare quale tecnica di elusione dell'obbligo di ripristino dello *status quo ante* rispetto ad un aiuto incompatibile e ha chiarito che il legittimo affidamento deve essere inteso come ignoranza incolpevole della irregolarità comunitaria.

(20) In banca dati "fisco*nline*".

(21) Oltre alle sentenze citate in nota n. 11, si rammenta che la Corte Costituzionale 23 luglio 1997, n. 262, in banca dati *on line*''Leggi d'Italia Professionale'', WKI, ha affermato che ''Con l'anzidetto sistema (legge n. 241 del 1990 e successive integrazioni ...) il legislatore ha voluto dare applicazione generale a regole in buona parte già enucleate in sede di elaborazione giurisprudenziale e dottrinale che sono attuazione, sia pure non esaustiva, del principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 della Costituzione) negli obiettivi di tempestività, trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa, pubblicità, partecipazione e tempestività dell'azione amministrativa, quali valori essenziali in un ordinamento democratico. Tale impostazione è stata ulteriormente accentuata dallo stesso legislatore che ha inserito, tra i principi e i criteri direttivi di una serie di

deleghe legislative rilevanti in settori di riforma dell'amministrazione, i 'principi generali desumibili dalla legge 7 agosto 1990, n. 241'".

(22) A. Fantozzi, *op. cit.*

I PRINCIPI DI BUONA FEDE E DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO: TUTELA "PIENA" O "PARZIALE"?

MAURIZIO LOGOZZO(*) - *Ordinario di Diritto tributario*
Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

cost. art. 3

cost. art. 53

cost. art. 97

L. 27-07-2000, n. 212, Art. 10.

L. 27-07-2000, n. 212, Art. 11.

Sintesi: I rapporti tra contribuente e Amministrazione finanziaria devono ispirarsi ai principi di collaborazione e buona fede. Tale ultimo principio ha quale corollario il principio del legittimo affidamento esplicitamente richiamato dall'art. 10, l. n. 212 del 2000, ove si rinviene una specifica scusante per il contribuente che abbia riposto il proprio affidamento e si sia conformato alle indicazioni contenute in atti dell'Amministrazione finanziaria, successivamente modificate dalla medesima, per cui viene esclusa l'irrogazione di sanzioni e la richiesta di interessi moratori. Nonostante la formulazione letterale della norma, ci si chiede se, nell'ipotesi in cui l'Amministrazione finanziaria fornisca al contribuente istruzioni chiare, precise, specifiche e personali, attraverso atti amministrativi formali, non siano dovuti non solo le sanzioni e gli interessi, ma anche il tributo. In altri termini, ci si chiede se i principi di buona fede e dell'affidamento legittimo siano in grado di assicurare, in ipotesi specifiche, non solo una tutela "parziale", ma anche una tutela "piena". Nelle sue pronunce più recenti la Corte di Cassazione, in contrasto con un orientamento giurisprudenziale più risalente nel tempo, sostiene la tesi della tutela "parziale" (cioè limitata all'esclusione di sanzioni e interessi), mentre vi sono argomenti per affermare, anche sulla base della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, che, almeno in alcune fattispecie particolari, debba essere assicurata la tutela "piena" del contribuente (ossia, l'inesigibilità del tributo).

Sommario: 1. - Il principio di collaborazione e buona fede nel rapporto tra contribuente e Amministrazione finanziaria - 2. - La tutela dell'affidamento legittimo: il mutamento dell'orientamento interpretativo da parte dell'Amministrazione finanziaria - 3. - L'affidamento in atti o comportamenti erronei o fuorvianti dell'Amministrazione. La c.d. tolleranza dell'Amministrazione - 4. - Le informazioni "non ufficiali" provenienti dall'Amministrazione finanziaria - 5. - L'art. 10 dello Statuto dei diritti del contribuente tra interpretazione letterale e interpretazione fondata sul principio di buona fede: il problema dell'esigibilità o meno del tributo - 6. - (Segue): evoluzione dell'orientamento della giurisprudenza tributaria - 7. - Affidamento legittimo e affinità con l'istituto dell'interpello ordinario - 8. - Il problema della conformità del principio dell'affidamento legittimo delineato nel sistema interno

rispetto all'orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea - 9. - Gli atti di consulenza giuridica a carattere individuale aventi efficacia vincolante per l'Amministrazione finanziaria: le diverse forme di interpello - 10. - (Segue): l'interpello "ordinario" e l'interpello "qualificatorio" previsti dallo Statuto dei diritti del contribuente - 11. - Conclusioni

1. - *Il principio di collaborazione e buona fede nel rapporto tra contribuente e Amministrazione finanziaria*

Nell'ordinamento tributario italiano i rapporti tra contribuente e Amministrazione finanziaria sono improntati al principio di collaborazione e della buona fede(1), che trova origine nei valori fondamentali della Costituzione, quali il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), la capacità contributiva (art. 53 Cost.) nonché l'uguaglianza, intesa sotto il profilo della ragionevolezza (art. 3 Cost.)(2).

Va rilevato che la norma statutaria fa riferimento ad un principio unico, una sorta di endiadi rafforzativa, in quanto il termine "buona fede" ricomprende quello di "collaborazione" ed è inteso ad esprimere una "maggiore democrazia dei rapporti fisco - contribuente"(3).

Il principio in parola, che si pone come canone oggettivo di condotta delle parti a cui è improntato il rapporto tributario, si sostanzia nel dovere per l'Amministrazione finanziaria di comportarsi secondo correttezza e lealtà, guidando e facilitando l'adempimento dei doveri fiscali da parte dei contribuenti, nonché nel correlativo obbligo di comportarsi in modo coerente e non contraddittorio, ovvero nel dovere di non *venire contra factum proprium*.

Il principio riguarda non solo la condotta dell'Amministrazione finanziaria, che deve essere coerente (e quindi non contraddittoria), ma anche la condotta del contribuente, che deve evitare comportamenti "capziosi, dilatori, sostanzialmente connotati da abuso di diritti e/o tesi ad eludere una giusta pretesa tributaria"(4).

Sotto il profilo specifico dell'azione amministrativa, il principio di collaborazione e buona fede genera in capo all'autorità finanziaria il dovere di esercitare i propri poteri senza tradire quella situazione soggettiva di affidamento ingenerata nei contribuenti dalle determinazioni amministrative dalla stessa assunte.

Trattasi di buona fede oggettiva, che trova la sua massima espressione nella tutela dell'affidamento del contribuente(5), il quale può legittimamente confidare nel fatto che l'autorità finanziaria si comporti con coerenza, osservando le sue precedenti determinazioni senza modificarle nella successiva azione amministrativa.

Il suddetto principio è sancito, come si è detto, dallo Statuto dei diritti del contribuente (l. 27 luglio 2000, n. 212)(6) e tutela espressamente la posizione soggettiva del contribuente che abbia violato la legge tributaria, confidando legittimamente nelle determinazioni erronee assunte dall'Amministrazione finanziaria.

In particolare, l'art. 10, 1° comma, dello Statuto, che è l'unica legge fondamentale in Italia circa i rapporti tra Fisco e contribuente(7), ha qualificato la buona fede come principio generale al quale contribuente e amministrazione

devono ispirarsi nell'attuazione del rapporto tributario; quale corollario del principio di buona fede, lo Statuto ha introdotto una specifica scusante per il contribuente che si sia conformato ad indicazioni contenute in atti dell'Amministrazione finanziaria dalla stessa successivamente modificate o qualora il suo comportamento sia dovuto a ritardi, omissioni od errori dell'Amministrazione: in tali ipotesi, come dispone il secondo comma dell'art. 10, l. n. 212 del 2000, "non sono irrogate sanzioni né richiesti interessi moratori al contribuente".

L'affidamento riposto dal contribuente è stato in tal modo ricompreso e inserito nell'ambito del principio di buona fede oggettiva, inteso quale obbligo di correttezza dell'agire della pubblica amministrazione, cui consegue il riconoscimento della tutela dell'affidamento legittimo in ordine alle determinazioni, ai comportamenti erronei e alle interpretazioni della legge tributaria fornite dall'Amministrazione.

Le ragioni che giustificano la tutela apprestata dallo Statuto sono da rinvenirsi nell'autorevolezza della fonte pubblica che ha fornito l'informazione o emanato il provvedimento(8): la tutela si fonda infatti non già su un dato meramente soggettivo o psicologico del contribuente (come, invece, nelle diverse ipotesi di buona fede in senso soggettivo, di assenza di colpevolezza o di ignoranza inevitabile della legge), ma sul dato oggettivamente rilevabile dell'affidamento, che diviene "legittimo" in quanto riposto in atti interpretativi a carattere generale o, comunque, in atti formali provenienti dall'autorità amministrativa(9) e indirizzati al singolo contribuente.

L'affidamento si distingue dalla buona fede in senso soggettivo sotto il profilo dell'oggetto su cui ricade la fiducia da parte del contribuente: nella buona fede soggettiva, la fiducia investe il comportamento di chi la invoca; nell'affidamento, viceversa, la fiducia viene riposta nella "apparente" correttezza del comportamento di controparte, ossia dell'Amministrazione finanziaria.

In altre parole, il contribuente diviene legittimato a comportarsi nel modo in cui gli viene "consigliato" dall'Amministrazione finanziaria, e ciò a prescindere dalla propria situazione soggettiva in ordine alla corretta interpretazione della legge: la violazione è scusata in quanto determinata dalle indicazioni del Fisco a cui la condotta del contribuente si è conformata.

Si tratta a questo punto di chiarire in quale rapporto si pongano il principio di buona fede, da un lato, e la tutela dell'affidamento legittimo, dall'altro, ovvero di stabilire se la scusante prevista dall'art. 10, 2° comma, l. n. 212 del 2000, che esclude le sanzioni amministrative e gli interessi moratori, rappresenti o meno l'unica forma di tutela del principio di buona fede nelle situazioni di affidamento legittimo.

È dubbio, infatti, se la tutela del legittimo affidamento possa estendersi anche all'esigibilità del tributo.

Il problema, naturalmente, non si pone, come si vedrà, nell'ipotesi di affidamento riposto in una risposta "formale" ad un atto interpello, ove è espressamente disposto che "gli atti, anche a contenuto impositivo o sanzionatorio, difformi dalla risposta espressa o tacita sono nulli"(10).

In altre parole, la questione che si intende affrontare riguarda il limite della tutela nelle situazioni di affidamento legittimo, ovvero se si tratti di una tutela "parziale", ovvero se siano prospettabili situazioni rispetto alle quali, al di fuori della risposta vincolante all'istanza di interpello, possa essere assicurata una tutela "piena" in termini di inesigibilità del tributo (oltre che di sanzioni ed interessi moratori).

2. - *La tutela dell'affidamento legittimo: il mutamento dell'orientamento interpretativo da parte dell'Amministrazione finanziaria*

In un sistema fondato sull'autotassazione, il contribuente tende ad uniformarsi all'interpretazione della legge tributaria e alle indicazioni fornite dall'Amministrazione finanziaria, la quale, dal canto suo, è tenuta ad assistere il contribuente, fornendogli la necessaria conoscenza della legge per applicarla correttamente.

L'Amministrazione, titolare del potere impositivo, ha infatti il compito istituzionale di curare l'applicazione della legge tributaria e di effettuare una complessa attività di interpretazione e di indirizzo(11), che faciliti la corretta conoscenza delle norme e l'adempimento spontaneo degli obblighi di natura fiscale della platea dei contribuenti.

Proprio alla luce di tale ruolo istituzionale, lo Statuto stabilisce che al contribuente che si sia uniformato alle indicazioni contenute in atti dell'Amministrazione finanziaria, in caso di successivo *revirement in malam partem* della stessa, non si applichino le sanzioni amministrative e gli interessi moratori; la stessa tutela viene inoltre estesa alle ipotesi in cui il comportamento risulti posto in essere a seguito di fatti direttamente conseguenti a ritardi, omissioni od errori dell'autorità fiscale(12).

I comportamenti "qualificati" dell'Amministrazione finanziaria che possono fondare l'affidamento legittimo del contribuente si dividono sostanzialmente in due categorie: da un lato, le opinioni interpretative contenute in atti amministrativi (circolari, risoluzioni, note, comunicati, ecc.), dall'altro, situazioni di fatto consistenti in ritardi, omissioni ed errori.

Nell'ambito della prima categoria, tra le informazioni meritevoli di affidamento hanno primaria importanza quelle fornite dall'Amministrazione finanziaria mediante atti interpretativi di carattere generale quali le circolari, che contengono indicazioni e direttive circa l'interpretazione delle disposizioni che disciplinano l'attuazione del rapporto tributario(13).

Gli atti che appartengono a tale categoria, come ormai riconosciuto pacificamente, hanno rilevanza non solo all'interno della sfera operativa dell'Amministrazione, rispondendo all'esigenza di coordinare, indirizzare e uniformare l'azione impositiva degli uffici periferici(14), ma anche all'esterno, nel senso che, pur non essendo "vincolanti giuridicamente", manifestano ai contribuenti quella che è l'opinione "interpretativa" (c.d. dottrina del Fisco) della stessa amministrazione con riguardo a singole fattispecie normative.

Nonostante tali atti interpretativi dell'amministrazione non siano inquadrabili nel sistema delle fonti legali, le circolari assumono tuttavia un importante rilievo per i contribuenti dal punto di vista operativo. Ciò in quanto il contribuente tende a

seguire l'interpretazione amministrativa, al fine di evitare eventuali contestazioni nella consapevolezza che, "tendenzialmente", gli uffici fiscali nell'applicare la normativa tributaria si atterranno alle indicazioni fornite dalla prassi amministrativa espressa a livello centrale(15): a nessun contribuente viene in mente che l'Amministrazione finanziaria possa emettere un atto di accertamento in contrasto con l'opinione interpretativa espressa in una circolare.
Poiché le circolari assumono tale ruolo di strumento privilegiato di conoscenza della legge, esse, qualora esprimano una interpretazione giudicata errata dal giudice, sono comunque idonee ad indurre in errore il contribuente in ordine al corretto comportamento fiscale, dando origine ad una situazione di affidamento legittimo.

Oltre alle circolari, l'attività di informazione dell'Amministrazione finanziaria si esplica anche attraverso degli atti interpretativi inquadrabili nell'ambito della c.d. consulenza giuridica svolta dalla stessa amministrazione(16).
Si tratta "dell'attività interpretativa finalizzata all'individuazione del corretto trattamento fiscale di fattispecie riferite a problematiche di carattere generale".

L'Amministrazione finanziaria specifica che "la consulenza giuridica assume rilevanza anche esterna, in quanto costituisce uno strumento di supporto a disposizione del contribuente, al fine di agevolare la *tax compliance*"(17).
Le richieste di consulenza giuridica possono essere presentate dagli uffici periferici, dalle associazioni sindacali o di categoria o da Ordini professionali, nonché da organi periferici o centrali delle amministrazioni statali, enti pubblici, territoriali o da altri enti con finalità di interesse pubblico.

Tali consulenze riguardano questioni che interessano una intera categoria di contribuenti, che in alcuni casi potrebbero anche dar luogo alla presentazione di istanze e di richieste d'informazione da parte dei singoli contribuenti (interpello).

In altri termini, l'attività di consulenza giuridica svolta dall'Amministrazione finanziaria con riguardo all'interpretazione delle disposizioni tributarie si esplica su tre livelli:

1. le circolari amministrative;

2. gli "atti intermedi" di consulenza giuridica riferiti ad una o più categorie di contribuenti;

3. atti di interpretazione riferiti a singoli contribuenti a seguito di proprie istanze formali (risposte agli interpelli)(18).

La precisa indicazione interpretativa dell'amministrazione è la fonte di conoscenza maggiormente idonea a generare, per la sua provenienza ed autorevolezza, un affidamento legittimo in capo alla platea dei contribuenti, anche qualora l'interpretazione ivi sostenuta si riveli successivamente, sulla base della decisione del giudice tributario, contraria alla legge.

Difatti, l'amministrazione è libera di mutare successivamente il proprio orientamento, ma il contribuente nei confronti del quale dovesse essere azionata una pretesa per aver tenuto una condotta conforme alle indicazioni in seguito sconfessate dalla stessa amministrazione potrà invocare l'affidamento legittimo al fine di ottenere la tutela prevista dallo Statuto dei diritti del contribuente.

Sullo sfondo rimane il problema, che sarà affrontato successivamente, se tale tutela sia solo "parziale", cioè limitata all'esclusione delle sanzioni amministrative e degli interessi moratori, ovvero se e in quali casi possa prospettarsi una tutela "piena", che escluda, quindi, anche l'esigibilità del tributo.

3. - *L'affidamento in atti o comportamenti erronei o fuorvianti dell'Amministrazione. La c.d. tolleranza dell'Amministrazione*

Il problema della tutela dell'affidamento e della buona fede del contribuente si pone anche con riguardo ad atti di diversa natura, distinti da quelli "interpretativi", ed a comportamenti erronei o fuorvianti dell'Amministrazione finanziaria.

Le fattispecie scusanti considerate dallo Statuto (art. 10, 2° comma, l. n. 212 del 2000), vengono integrate quando il contribuente:

- si sia conformato ad indicazioni contenute in atti dell'Amministrazione finanziaria, ancorché successivamente modificati o revocati dalla medesima;

- abbia adottato un comportamento a seguito di fatti direttamente conseguenti a ritardi, omissioni od errori della stessa amministrazione.

In presenza di queste fattispecie, profondamente diverse tra loro in ordine ai presupposti, opera la scusante dell'affidamento, che, come si è visto, comporterebbe che non possono essere irrogate sanzioni, amministrative, né richiesti interessi moratori.

Quanto alla prima fattispecie, il termine "atti" deve essere inteso in senso estensivo. Qualsiasi atto dell'Amministrazione finanziaria, sia indirizzato al singolo, sia avente carattere generale, in quanto oggetto di comunicazione esterna, può costituire presupposto per il legittimo affidamento del contribuente.

Come accade per gli atti interpretativi, si verifica una situazione di affidamento generata dalla determinazione o dall'informazione dell'amministrazione. Queste indicazioni dell'amministrazione rappresentano una sorta di "regola vivente" a cui il privato si conforma nell'adempimento degli obblighi fiscali. Con la conseguenza che l'atto *contra legem* posto in essere dal contribuente in adesione alle informazioni fornite dall'amministrazione, non può comportare la sua punibilità in forza del principio di buona fede e, in talune ipotesi, anche l'inesigibilità del tributo.

In altri termini, la violazione della legge non può essere posta a carico del contribuente, qualora egli si sia attenuto alle determinazioni, *contra legem*, fornite dall'amministrazione. Si pensi, ad esempio, ai casi di dilazione di pagamento, quando l'ufficio abbia errato nella determinazione dei termini della rateazione o alle ipotesi in cui nell'atto impositivo vengano indicate modalità e termini diversi da quelli legalmente previsti per effettuare il versamento, ovvero ai casi di indeterminatezza delle richieste di informazioni o dei modelli per le dichiarazioni tributarie o della modulistica per effettuare il pagamento delle imposte[19].

Più complessa, per la mancanza di un atto formale dell'amministrazione, è la fattispecie dell'affidamento riposto in una "situazione di fatto" consistente in un

errore, in un ritardo, in un'omissione da parte della stessa amministrazione (anche se involontaria), che abbia "direttamente" determinato il comportamento erroneo del contribuente.

Il "fatto" ascrivibile all'Amministrazione, per essere fonte di scusa, deve costituire la causa della condotta illecita, nel senso che deve essere riscontrabile un nesso di causalità diretta tra il "fatto", riferibile al caso concreto, ed il comportamento del contribuente. Così il comportamento illecito del funzionario che si appropria di quanto versato dal contribuente a estinzione della pretesa tributaria, in virtù del rapporto organico e del principio dell'apparenza è immediatamente imputabile all'Agenzia delle entrate. Quindi la richiesta di procedere nuovamente al versamento di quanto non confluito nelle casse erariali è illegittima per violazione dei principi di affidamento e di buona fede. A giustificare l'affidamento del contribuente possono essere solo condotte ragionevolmente idonee a generare una erronea convinzione, caratterizzata da negligenza dell'Amministrazione finanziaria(20).

Per quanto concerne le "situazioni di fatto" (errori, ritardi od omissioni), pare difficile configurare sul piano pratico un errore dell'amministrazione che non si manifesti in un atto comunicato al contribuente(21).

Particolare rilievo rivestono, invece, le fattispecie di ritardo o di omissione.

Qui la tutela del comportamento in buona fede non è connessa ad un affidamento suscitato da una precedente attività, ma da una "inerzia" dell'amministrazione, che, nei casi di "omissione", potrebbe essere ricondotta al fenomeno della c.d. tolleranza amministrativa. Questa può essere definita come lo stato di inerzia dell'Amministrazione finanziaria nel caso di conoscenza dell'inadempimento degli obblighi fiscali da parte dei contribuenti.

È pur vero che su di un piano fattuale la c.d. tolleranza può provocare un affidamento da parte del contribuente in ordine ad un certo modo di applicazione o di non applicazione della singola norma tributaria; tuttavia, si potrebbe obiettare che la posizione "silente" dell'amministrazione non assume valore analogo al dato positivo "ufficiale", oggettivamente riscontrabile, cui è subordinata la scusabilità del comportamento del contribuente.

In linea generale, la parificazione tra inerzia e decisione formale dell'amministrazione è considerata inammissibile nell'ambito del diritto amministrativo(22) e del diritto penale(23).

Lo Statuto del contribuente, invece, attribuisce rilievo alla fattispecie della "inattività" dell'amministrazione. Questa è da intendersi in senso tecnico, come manifestazione (tacita, concludente) di una scelta determinata; è il comportamento inerte che sembra poter essere interpretato come una precisa determinazione dell'amministrazione rispetto al caso concreto.

La legge prende in considerazione il fattore oggettivo del ritardo o dell'inerzia in casi in cui manchi l'obbligo dell'amministrazione di provvedere entro un termine legale.

Onde evitare soluzioni eccessive, si richiede una valutazione puntuale e rigorosa da parte del giudice (essendo difficile che l'amministrazione riconosca il proprio ritardo o la propria omissione) circa l'idoneità del comportamento amministrativo

ad essere equiparato ad una sorta di determinazione tacita, che giustifichi il legittimo affidamento del contribuente.

In tale valutazione, le ragioni che possono aver impedito all'amministrazione di comportarsi diversamente (ragioni oggettive, implicanti la dilazione della scelta o la sua formalizzazione, oppure l'impossibilità materiale di occuparsi con celerità del caso) sono ininfluenti(24).

Non importa che l'inattività sia involontaria, colposa o, addirittura, intenzionale (ad esempio, la prassi di non tassare una fattispecie, che, secondo la normativa, sarebbe tassabile).

Vi è, comunque, una fascia temporale, da valutare ovviamente in relazione al caso concreto, rispetto alla quale l'inerzia, il ritardo, possono configurarsi come leciti; superata quella fascia temporale senza che l'amministrazione abbia provveduto, l'inattività assume valenza giuridica, non nel senso di inibire alla stessa amministrazione l'adozione di atti difformi dal comportamento "apparentemente concludente", quanto di impedire, in osservanza del principio di buona fede, la punibilità e la richiesta di interessi moratori.

Nessun rimprovero può essere mosso al contribuente che abbia assunto un comportamento fiscale conforme a quello che la stessa amministrazione, col suo "silenzio", sembrava ritenere legittimo.

Possono prospettarsi, quindi, delle particolari ipotesi in cui l'inattività dell'amministrazione può suscitare nel contribuente la convinzione che il suo operare fiscale sia legittimo. Ciò avviene nel caso, ad esempio, di ritardata risposta ad una istanza di agevolazione fiscale ovvero quando l'amministrazione abbia "controllato" nei confronti del singolo contribuente una determinata fattispecie imponibile senza emanare alcun atto impositivo, né rilevare alcuna violazione.

In quest'ultima ipotesi, non sarebbe azzardato affermare che qualora l'amministrazione, con riguardo ad una medesima fattispecie imponibile relativa ad altro periodo d'imposta, notificasse un atto impositivo, il contribuente potrebbe invocare la propria buona fede alla stregua dell'affidamento nel precedente comportamento inerte. In altri termini, la precedente scelta del "verificatore" potrebbe essere equiparata ad una interpretazione formale vincolante per l'amministrazione, non abbisognando un atto scritto (ovviamente il vincolo produce effetti solo sul piano sanzionatorio e risarcitorio)(25).

Di tolleranza può parlarsi nel caso della costante disapplicazione di certe leggi da parte dell'Amministrazione finanziaria, com'è avvenuto in Italia con riguardo alle plusvalenze speculative derivanti da operazioni di borsa. La normativa del tempo (art. 77, d.p.r. n. 597 del 1973), che ne prevedeva la tassabilità, era praticamente disapplicata: da una parte, veniva segnalata dal Ministro *pro-tempore* "la volontà effettiva del sistema di non tassare i guadagni di borsa", dall'altra vi era la previsione espressa della loro tassazione.

Il fenomeno della tolleranza potrebbe anche essere esaminato sotto il profilo della parità di trattamento, che sembrerebbe violata quando l'amministrazione, inerte nell'esercitare il potere d'imposizione rispetto ad una determinata

fattispecie, procede poi nei confronti di singoli contribuenti ad "accertamenti imprevedibili".

Anche con riguardo all'inosservanza dei termini degli obblighi tributari, l'amministrazione ha manifestato la "massima tolleranza", non applicando le sanzioni amministrative nei casi di giustificato ritardo dell'adempimento(26).

L'operatività del principio di buona fede non può non riconoscersi nelle situazioni descritte: l'inattività dell'amministrazione produce una "aspettativa legittima". Sussistendo certe condizioni, l'inerzia può tradursi in un "dato positivo", che, a ragione, il contribuente può intendere come precisa indicazione a cui adeguare il proprio comportamento fiscale.

In conclusione, lo Statuto del contribuente attribuisce efficacia scusante a tutti gli atti e comportamenti di diversa natura con cui l'Amministrazione finanziaria, creando una situazione di legittimo affidamento, induce il contribuente alla violazione degli obblighi fiscali.

4. - *Le informazioni "non ufficiali" provenienti dall'Amministrazione finanziaria*

Nel quadro di quelli che abbiamo qualificato come elementi positivi oggettivamente idonei a scusare l'errore del contribuente, è dubbio se possano essere inseriti le indicazioni, i chiarimenti, i pareri orali, ecc., espressi da singoli funzionari dell'amministrazione in maniera non "ufficiale"(27).

Si pensi, in particolare, al fenomeno, rilevantissimo nella pratica, delle informazioni assunte dai contribuenti presso gli uffici finanziari e, comunque, nelle forme (servizio telefonico, telematica, videoconferenze, ecc.) in cui si esplica la c.d. attività di consulenza e di assistenza giuridica dell'amministrazione.

Cosa succede nel caso in cui il contribuente, conformandosi all'indicazione espressa dal singolo funzionario, commetta un illecito fiscale? È evidente che sul piano della giustizia sostanziale la violazione del contribuente non dovrebbe essere sanzionabile. Ma a parte i profili processuali della vicenda in ordine alla prova dell'informazione erronea, resa per di più oralmente (profili non di poco conto se si tiene presente l'inammissibilità della prova testimoniale nel processo tributario), le "opinioni" dei funzionari dovrebbero valere come "opinioni personali", nulla di più.

Mancano le caratteristiche oggettive (atto formale) o soggettive (provenienza dell'atto da un organo abilitato ad emanarlo) idonee a dare "ufficialità" alla presa di posizione espressa dal funzionario dell'amministrazione.

Considerata la provenienza da persona esperta, le informazioni di cui si discute, possono essere, tuttalpiù, accostate ai "pareri" espressi dai consulenti, anche se, mancando l'atto formale, non si vede come possano essere fatte valere nel processo tributario. È onere del contribuente procurarsi una prova documentale delle informazioni ricevute, giacché ciò consentirebbe la tutela di cui all'art. 10, 2° comma, dello Statuto.

In altri termini, l'informazione erronea data "oralmente" dagli uffici periferici dell'Amministrazione finanziaria non sembra possa essere oggettivamente apprezzata quale fonte di scusa, in quanto non si è in presenza di una manifestazione formale riferibile alla stessa amministrazione.

Non bisogna, comunque, enfatizzare la situazione in questione: l'informazione fornita dai funzionari si basa comunemente sulle circolari o istruzioni diramate dagli organi superiori, che, essendo atti formali, costituiscono "elementi positivi qualificati" idonei a rendere applicabile la scusante dell'affidamento.

5. - *L'art. 10 dello Statuto dei diritti del contribuente tra interpretazione letterale e interpretazione fondata sul principio di buona fede: il problema dell'esigibilità o meno del tributo*

Ancorché la formulazione dell'art. 10, 2° comma, l. n. 212 del 2000, stabilisca espressamente che in caso di affidamento legittimo non sono dovuti sanzioni e interessi moratori, la dottrina si è interrogata sulla possibilità di estendere la portata della tutela del legittimo affidamento oltre la lettera della norma, in modo tale da giustificare l'esclusione, oltre che di sanzioni e interessi, anche del recupero del tributo che si renderebbe dovuto a seguito del mutamento di orientamento da parte dell'Amministrazione finanziaria.

La posizione che ammette l'estensione della portata dell'affidamento legittimo all'inesigibilità del tributo(28) si fonda sulla seguente lettura del rapporto intercorrente tra i primi due commi dell'art. 10 dello Statuto.

Il principio di buona fede di cui al primo comma, in tale impostazione, impedirebbe all'Amministrazione finanziaria, nell'ipotesi di mutamento di orientamento *in peius*, di azionare nei confronti del contribuente non solo la pretesa sanzionatoria, ma anche quella impositiva, in quanto l'autorità fiscale sarebbe obbligata a mantenere un comportamento coerente con la precedente determinazione.

Secondo tale ricostruzione, la tutela apprestata dal secondo comma dell'art. 10 dello Statuto non sarebbe infatti che una mera specificazione, per così dire esemplificativa, del più ampio principio generale di buona fede di cui al primo comma(29), sicché la diretta applicazione del principio generale di buona fede avrebbe carattere prevalente, tale da impedire anche il recupero del tributo. Si tratta di ipotesi in cui la determinazione espressa dall'Amministrazione finanziaria deve assumere un carattere del tutto chiaro ed inequivoco.

L'impostazione in parola si fonda sull'esigenza della tutela "piena" del contribuente, valorizzando la buona fede quale principio che non ammette restrizioni e prevale rispetto al vincolo d'indisponibilità dell'obbligazione tributaria(30), che viene travolto dal rispetto dei valori fondamentali di imparzialità e ragionevolezza di cui è portatrice la clausola della buona fede.

Rispetto a tale ricostruzione, si è argomentato che essa finirebbe col contrastare apertamente con la lettera dell'art. 10, 2°comma, l. n. 212 del 2000, che, nell'escludere espressamente "solo" le sanzioni e gli interessi, sembra riflettere una precisa scelta legislativa in favore della prevalenza dei principi di legalità e indisponibilità dell'obbligazione tributaria rispetto ad altri principi costituzionalmente garantiti, quali l'affidamento e la buona fede(31).

La scelta del legislatore, in altri termini, sarebbe quella di attribuire all'affidamento una tutela non "piena", ma "parziale" (limitata cioè alle sanzioni e agli interessi), dovendosi interpretare il silenzio della legge circa l'inesigibilità

del tributo quale implicita affermazione dell'obbligatorietà dell'acquisizione del tributo(32): *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*.
La lettera dell'art. 10, 2° comma, l. n. 212 del 2000, rappresenterebbe quindi il bilanciamento tra l'indisponibilità dell'obbligazione tributaria, da un lato, e l'esigenza di tutelare l'affidamento e la buona fede, dall'altro.

Si è infine sostenuto che la tesi che estende la tutela dell'affidamento legittimo oltre la formulazione letterale della norma porterebbe alla violazione dei principi di legalità(33), di capacità contributiva(34) nonché di eguaglianza(35). Ciò in quanto, riconoscendo la possibilità che la tutela dell'affidamento determini un regime impositivo diverso rispetto a quello ordinario, si finirebbe per attribuire rilevanza normativa agli atti dell'Amministrazione finanziaria e si determinerebbe un ingiustificato trattamento differenziato tra contribuenti che manifestano la medesima capacità contributiva, a seconda che versino o meno in condizione di affidamento legittimo.
Nonostante le critiche, accanto alla teoria della tutela "parziale" si è consolidata negli ultimi anni la diversa ricostruzione della tutela "piena" dell'affidamento legittimo, che, anche con il conforto della giurisprudenza tributaria, ha determinato un'espansione dell'applicazione del principio in parola.

Nell'ambito del dibattito sin qui tracciato, si è infine inserito un terzo percorso interpretativo, che ha ampliato la tutela del legittimo affidamento, attribuendo al contribuente, accanto alla tutela di cui all'art. 10, 2° comma, l. n. 212 del 2000, un rimedio di carattere risarcitorio nei confronti dell'Amministrazione finanziaria(36), facendo in tal modo salvo il vincolo di inesigibilità del tributo.
La tutela sarebbe inquadrabile nell'ambito della responsabilità civile da danno ingiusto ai sensi dell'art. 2043 c.c., in cui l'illecito si concretizzerebbe nella diffusione, da parte dell'amministrazione, di informazioni errate nei confronti del contribuente.

Si è infatti affermato che il contribuente, allorquando sia incorso in errore facendo affidamento su atti o comportamenti dell'amministrazione, sarebbe tenuto a pagare comunque il tributo, ma avrebbe diritto al risarcimento del danno in concreto subito (si pensi, a titolo esemplificativo, ai danni causati dalla necessità di reperire la provvista necessaria a saldare un debito tributario non preventivato dal contribuente, che confida nella non debenza del tributo e successivamente si trova costretto al versamento in tempi e con modalità impreviste), mediante il ricorso ad un'azione di responsabilità extracontrattuale in sede civile.

Tale ricostruzione, ancorché abbia il pregio di non interferire con il vincolo d'indisponibilità dell'obbligazione tributaria e di rispettare la lettera dell'art. 10, 2° comma, l. n. 212 del 2000, appare tuttavia, sotto il profilo processuale, di difficile attuazione, attesa la difficoltà di dimostrare nel caso concreto l'integrazione dei presupposti fondanti la responsabilità civile dell'Amministrazione finanziaria, in particolare per quanto concerne l'elemento soggettivo della colpevolezza (colpa grave o dolo), necessario per l'addebito dell'illecito.

La colpa in capo all'amministrazione sembra infatti difficilmente dimostrabile in sede processuale, atteso che l'erroneità delle informazioni fornite potrebbe essere giustificata dall'obiettiva incertezza che caratterizza gran parte delle disposizioni tributarie oggetto di interpretazione da parte della stessa amministrazione(37); senza contare la difficoltà di dimostrare la sussistenza di un danno derivante dalla corresponsione, ancorché non preventivata, di somme che si rendono *ex lege* dovute.
A tale impostazione è rimasta estranea la giurisprudenza, la quale, al pari della dottrina prevalente, ha dato soluzioni difformi, ma sempre in ambito tributario.

6. - *(*Segue*): evoluzione dell'orientamento della giurisprudenza tributaria*

Nella giurisprudenza attuale, la tematica dell'affidamento legittimo in relazione alla inesigibilità del tributo è particolarmente delicata e ad oggi tuttora non risolta definitivamente, come dimostrano i precedenti giurisprudenziali di legittimità e di merito, che negli ultimi anni hanno arricchito il dibattito.

In particolare, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione si è andato affermando un orientamento che ammette l'esclusione del recupero del tributo nelle ipotesi di affidamento legittimo del contribuente riposto in comportamenti non coerenti dell'Amministrazione finanziaria.

Il primo precedente risale all'anno 2002, allorquando la Cassazione, con una "dotta" sentenza, apprezzata dalla dottrina in quanto espressiva di un'interpretazione adeguatrice orientata allo Statuto e ai valori costituzionali che presiedono alla tutela del legittimo affidamento(38), ha annullato un avviso di accertamento emesso dall'Amministrazione finanziaria in contrasto con una precedente indicazione contenuta nel processo verbale di constatazione posto a fondamento della pretesa tributaria.
Secondo tale sentenza, nei casi in cui sussiste un grado particolarmente intenso e qualificato di affidamento del contribuente nelle determinazioni assunte dall'Amministrazione finanziaria in atti formali, ne consegue non solo l'inapplicabilità di sanzioni amministrative e interessi (come prevede la formulazione letterale dell'art. 10, 2° comma, l. n. 212 del 2000), ma si rende altresì inesigibile il tributo richiesto dall'Amministrazione finanziaria a seguito del mutamento di orientamento(39).
Nella sentenza in parola sono individuati analiticamente i tre presupposti idonei ad integrare una situazione di legittimo affidamento del contribuente tali da condurre all'esclusione del recupero del tributo:

a) un'attività dell'Amministrazione finanziaria idonea a determinare una situazione di "apparente legittimità e coerenza" in senso favorevole al contribuente;

b) l'affidamento da parte di quest'ultimo alla situazione giuridica "apparente", purché nel contesto di una condotta dello stesso connotata soggettivamente dall'assenza di qualsiasi violazione del generale dovere di correttezza gravante sul medesimo;

c) la presenza di circostanze specifiche nel caso concreto e "rilevanti", cioè indicative della sussistenza del legittimo affidamento, quale ad esempio il fluire

del tempo e quindi il consolidamento della situazione "apparente" in senso favorevole al contribuente.

L'esistenza di atti formali, specifici e relativi ad una fattispecie concreta, comporta che la tutela dell'affidamento prevista dall'art. 10, 2° comma, l. n. 212 del 2000, sia insufficiente, poiché in tali ipotesi lo stesso recupero del tributo a seguito del mutamento di orientamento dell'amministrazione si rivelerebbe contrario al principio di buona fede.

L'art. 10, 2° comma, l. n. 212 del 2000, fa infatti riferimento a una "tutela minima", che esclude sanzioni e interessi moratori nel caso di mutamento da parte dell'Amministrazione finanziaria della propria opinione rispetto a fattispecie generali ed astratte, come risoluzioni, circolari, note, ecc.

Rispetto a tale "tutela minima", rinvenibile nel dato letterale della disposizione, la Corte di Cassazione ha individuato un *quid pluris* costituito dalla presenza di circostanze specifiche e concrete, il cui apprezzamento è riservato al giudice di merito, *che siano idonee a determinare un grado particolarmente intenso di affidamento rispetto alla generalità dei casi.*

In altri termini, i Giudici (ma anche la dottrina) hanno valorizzato il principio di leale collaborazione tra amministrazione e contribuente e, quindi, il principio di buona fede.

Si sostiene, in tale ottica, che la buona fede è un principio generale, come tale dotato di forza propria ed espansiva rispetto alla tutela specifica apprestata dall'art. 10, 2° comma, l. n. 212 del 2000, il quale dovrebbe essere interpretato alla stregua di una disposizione meramente esemplificativa, e non esaustiva, circa la forma di tutela dell'affidamento legittimo.

Da ciò deriva che in presenza di atti formali dell'Amministrazione relativi ad una fattispecie concreta, può riscontrarsi una tutela dell'affidamento in misura "piena", e cioè oltre i limiti previsti dalla lettera della citata disposizione statutaria: "Possono pertanto darsi dei casi" - conclude la Suprema Corte - "in cui, accertata la sussistenza dei presupposti dell'affidamento del contribuente, ne consegue necessariamente, come rilevato esattamente da una parte della dottrina, non soltanto l'inapplicabilità di sanzioni e/o interessi moratori, bensì l'inesigibilità *tout court* della prestazione tributaria"(40).

La tutela dell'affidamento può, pertanto, essere "piena", escludendo il recupero del tributo dovuto per legge nel caso in cui l'interpretazione dell'amministrazione non sia diretta *ad incertam personam* né si inquadri in una logica di semplice consulenza, ma costituisca la soluzione interpretativa data su di un caso concreto e personale, capace di regolamentare il rapporto tributario(41).

L'orientamento in parola è stato ulteriormente avvalorato da successive pronunce dello stesso tenore(42).

In particolare, con sentenza 6 ottobre 2006, n. 21513(43), la Cassazione ha ritenuto illegittimo un avviso di accertamento emesso da un ente impositore in materia di tassa sullo smaltimento dei rifiuti, in quanto lo stesso risultava in contrasto con l'accordo concluso tra l'ente medesimo e il contribuente circa l'entità del tributo da corrispondere.

I Giudici della Corte di Cassazione hanno rilevato che gli accordi fra contribuente ed ente impositore in ordine all'applicazione delle imposte assumono valore vincolante in virtù del principio del legittimo affidamento risposto dal contribuente in atti e comportamenti della pubblica amministrazione, e non in base ai principi di libertà negoziale.

La Corte ha inoltre chiarito che la tutela dell'affidamento legittimo, in quanto espressiva di principi di rango costituzionale immanenti nell'ordinamento, si applica "sia ai rapporti fra contribuente ed ente impositore diverso dall'Amministrazione finanziaria, sia ad elementi dell'imposizione diversi da sanzioni ed interessi".

Nell'ambito dello stesso filone giurisprudenziale, con sentenza n. 18218 del 5 giugno 2007(44), in materia di accise sulle bevande alcoliche, la Suprema Corte ha ulteriormente specificato le circostanze in cui ricorre un affidamento di particolare intensità idoneo ad escludere il recupero del tributo.

In tale pronuncia, i giudici di legittimità, hanno stabilito che l'applicazione del principio dell'affidamento presuppone "una valutazione caso per caso delle condotte poste in essere dai soggetti del rapporto tributario nel quadro normativo di riferimento", in quanto l'affidamento, per rilevare ai fini della inesigibilità del tributo, deve fondarsi su elementi probatori idonei a dimostrare un comportamento univoco dell'Amministrazione finanziaria(45).

In tal senso si richiama anche la sentenza 13 maggio 2009, n. 10982(46), nella quale la Corte di Cassazione ha confermato la sussistenza della tutela dell'affidamento legittimo del contribuente riposto in un provvedimento formale emesso dall'Amministrazione finanziaria in relazione al caso concreto(47).

Da ultimo, la Corte di Cassazione ha confermato tale orientamento(48), ribadendo che i casi di tutela espressamente enunciati dall'art. 10, 2° comma, l. n. 212 del 2000, riguardano situazioni meramente esemplificative e legate a ipotesi maggiormente frequenti, e non "limitano la portata generale della regola, idonea a disciplinare una serie indeterminata di casi concreti", con la conseguenza che possono darsi dei casi in cui, accertata la sussistenza dei presupposti dell'affidamento del contribuente, ne consegue necessariamente, non soltanto l'inapplicabilità di sanzioni ed interessi moratori, ma anche l'inesigibilità dell'imposta.

Nelle sentenze citate, la Cassazione ha quindi formulato a più riprese una teoria dell'affidamento legittimo che si potrebbe definire "rafforzata"(49) o "piena", che va oltre la tutela "minima" o "parziale" prevista dalla lettera dell'art. 10, 2° comma, l. n. 212 del 2000.

Difatti, vi sono ipotesi circoscritte in cui la tutela apprestata dalla lettera della legge (che esclude l'applicazione di sanzioni e interessi) debba essere necessariamente integrata e ampliata con la maggiore tutela offerta dall'applicazione diretta del principio di buona fede, così che, nei casi in cui l'affidamento venga riposto in atti formali dell'Amministrazione finanziaria relativi a casi concreti e personali, si determina anche l'inesigibilità del tributo.

Tuttavia, nelle sue più recenti decisioni, la Corte di Cassazione sembra aver mutato orientamento, sostenendo un'interpretazione letterale dell'art. 10, 2° comma, l. n. 212 del 2000[(50)].
Secondo detta interpretazione, in contrasto con il percorso giurisprudenziale sopra indicato, la lettera della norma limiterebbe gli effetti della tutela dell'affidamento alla sola esclusione delle sanzioni e degli interessi moratori, senza incidere in alcun modo sull'obbligazione tributaria.

In particolare, la Corte di Cassazione ha ulteriormente precisato che la disciplina dell'10, 2° comma, l. n. 212 del 2000, si differenzia da quanto previsto con riguardo all'istituto dell'interpello di cui al successivo art. 11, ove si afferma che "Gli atti, anche a contenuto impositivo o sanzionatorio, difformi dalla risposta espressa o tacita sono nulli".

In particolare, la Cassazione ritiene che solo con riguardo ai procedimenti di interpello, di cui si dirà successivamente, valga la deroga al principio generale d'indisponibilità dell'obbligazione tributaria, in quanto l'amministrazione è espressamente "vincolata" alla risposta data all'istanza di interpello del contribuente, anche in ordine alla non debenza del tributo[(51)].
La Corte di Cassazione ha anche ritenuto che il mutamento di interpretazione da parte dell'amministrazione non legittima la tutela "piena" dell'affidamento, potendosi quest'ultima ottenere solo laddove l'amministrazione abbia esaurito il potere impositivo[(52)].
Pertanto, nelle più recenti decisioni, la Suprema Corte, sostiene che la tutela dell'affidamento legittimo "non incide in alcun modo sull'obbligazione tributaria"[(53)] poiché "la l. n. 212 del 2000, art. 10 limita gli effetti della tutela dell'affidamento alla sola esclusione delle sanzioni e degli interessi moratori"[(54)].
C'è da chiedersi se l'orientamento espresso da ultimo dalla Corte possa ritenersi a questo punto definitivo, in quanto, mentre le precedenti sentenze della Cassazione non avevano affrontato compiutamente la questione circa l'esistenza dell'affidamento in precisi atti dell'ente impositore indirizzati al singolo contribuente[(55)], nelle ultime sentenze la Cassazione insiste nel sottolineare la differenza tra la tutela "piena" prevista dalla legge per i casi di interpello (art. 11, Statuto) e la tutela "parziale" prevista dall'art. 10, 2° comma, Statuto[(56)].
Da ultimo, con la sentenza 8 febbraio 2017, n. 12635, la Corte di Cassazione, a fronte di un provvedimento emesso dagli organi centrali dell'amministrazione con il quale si comunicava al contribuente la sussistenza dei requisiti per non applicare la ritenuta d'acconto su dividendi erogati ad una fondazione, i Giudici hanno chiarito che laddove il contribuente si sia conformato alle indicazioni rese dall'Amministrazione finanziaria, a seguito del mutamento interpretativo di quest'ultima, è "esclusa soltanto l'irrogazione delle sanzioni e la debenza dei relativi interessi, senza alcun esonero dall'adempimento dell'obbligazione tributaria". Ciò in quanto "l'art. 10, 2° comma, l. n. 212 del 2000, non incide sulla debenza del tributo, che prescinde del tutto dalle intenzioni manifestate dalle parti del rapporto fiscale, dipendendo esclusivamente dall'obiettiva realizzazione dei presupposti impositivi"[(57)].

L'orientamento che invoca la tutela "piena" del principio dell'affidamento è tuttora sostenuto da gran parte della giurisprudenza di merito e dalla prevalente dottrina, anche in conformità, come si vedrà, alla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

7. - Affidamento legittimo e affinità con l'istituto dell'interpello ordinario

Nonostante il più recente orientamento della Corte di Cassazione neghi la tutela "piena" del legittimo affidamento, non si può non rilevare come vi siano dei casi concreti e personali in cui l'Amministrazione, mediante l'emanazione di provvedimenti formali, incida sul contenuto del rapporto tributario.

Rispetto a tali circostanziate ipotesi appare fondato sostenere che, secondo il principio generale di buona fede, l'Amministrazione finanziaria non possa emanare atti impositivi aventi contenuto difforme dalle precedenti determinazioni.

Ciò in quanto, come afferma condivisibile dottrina(58), le fattispecie in esame presenterebbero un'evidente affinità con l'istituto dell'interpello ordinario, di cui si dirà dopo, previsto dall'art. 11 dello Statuto: nello stesso modo in cui la risposta all'interpello, con riguardo a casi individuali, vincola l'amministrazione in termini di inapplicabilità del tributo, così, in presenza di determinazioni dell'amministrazione relative a casi concreti e personali, il vincolo dell'affidamento impedirebbe, con effetti anche in ordine alla inesigibilità del tributo, il *revirement in peius* da parte dell'ente impositore.

Del resto, l'ampia portata applicativa dell'istituto dell'interpello, introdotto dal legislatore statutario proprio al fine di incentivare il rapporto di collaborazione tra contribuente e Amministrazione finanziaria(59), potrebbe condurre a ritenere che gli effetti propri della risposta all'interpello possano esplicarsi anche in quelle ipotesi in cui la posizione dell'amministrazione con riferimento alla fattispecie concreta venga esternata in forme "equipollenti" a quella prevista dall'art. 11 dello Statuto.

Tale norma, com'è noto, dispone che la risposta all'interpello, scritta e motivata, vincola l'amministrazione con riferimento alla questione oggetto dell'istanza, determinando la nullità di qualsiasi atto impositivo e sanzionatorio in difformità dalla risposta medesima.

In un'ottica di interpretazione sistematica e teleologica della disposizione in parola, appare possibile sostenere l'applicazione estensiva di tale norma anche con riguardo al caso in cui l'Amministrazione emani nei confronti del contribuente dei provvedimenti relativi ad una fattispecie concreta, anche al di fuori del meccanismo "procedimentalizzato" dell'interpello.

In tale fattispecie, difatti, gli effetti sostanziali dell'interpello risultano già prodotti, nel senso che il contribuente ha una conoscenza "qualificata" o "privilegiata" della posizione dell'Amministrazione finanziaria (allo stesso resa nota con un provvedimento formale) rispetto al caso concreto(60).

Ponendosi nell'ottica del contribuente, in tale ipotesi viene meno lo stesso interesse alla presentazione dell'istanza di interpello, giacché una "risposta, scritta e motivata dell'Amministrazione finanziaria in ordine al caso concreto" è

già in suo possesso: si è in tal modo svolta e compiuta tra le parti del rapporto tributario, ancorché al di fuori del rito, una sorta di procedura di interpello.

Non sembrano, quindi, sussistere elementi decisivi che impediscano l'estensione della tutela "piena" prevista dall'art. 11 dello Statuto anche alle ipotesi di "interpello informale", avuto riguardo alla natura dell'interpello, che non è che una delle forme procedimentali in cui si esprime il principio immanente della buona fede e dell'affidamento che caratterizza il rapporto tributario.

La *vis espansiva* di tale principio induce a sostenere che gli effetti propri dell'interpello ordinario - la nullità degli atti emessi in difformità della risposta resa dall'amministrazione - si possano produrre anche in quelle analoghe ipotesi in cui venga emesso uno specifico atto nei confronti del contribuente, idoneo a ingenerare in quest'ultimo la medesima situazione di affidamento legittimo.

La diversa lettura, che esclude la produzione degli effetti previsti dall'art. 11 dello Statuto a fattispecie analoghe, pare ridurre l'istituto in parola ad una mera "procedura amministrativa", senza tener conto del sottostante fondamento teleologico che lo giustifica, ovvero la tutela della buona fede e dell'affidamento legittimo.

Senza contare che, laddove si dovesse disconoscere la tutela "piena" del contribuente che confidi nella correttezza di specifici provvedimenti resi dall'amministrazione con riguardo a casi concreti, si verrebbe a creare una ingiustificata disparità di trattamento tra coloro i quali, avendo esperito il procedimento di interpello ordinario, vengono pienamente tutelati dall'art. 11 dello Statuto, e quanti non abbiano proposto richiesta di interpello perché privi di interesse, in quanto già in possesso della chiara risposta dell'Amministrazione finanziaria con riguardo al caso concreto: in relazione a due analoghe situazioni di affidamento legittimo del contribuente, sarebbe accordata una ingiustificata disparità di tutela.

In quest'ottica può prospettarsi che l'art. 10, 2° comma, dello Statuto possa essere considerato costituzionalmente illegittimo per violazione del principio di uguaglianza o parità di trattamento (art. 3, Cost.) laddove non prevede, diversamente da quanto stabilito per l'interpello (art. 11, Statuto), che le determinazioni chiare ed univoche assunte dall'amministrazione nei confronti del singolo contribuente, in relazione a questioni specifiche, precludano l'emanazione di atti impositivi(61) in caso di affidamento.

Alla luce di tali considerazioni, la conclusione della dottrina circa la possibilità di escludere l'esigibilità del tributo nelle ipotesi di *revirement in peius* rispetto a provvedimenti dell'Amministrazione finanziaria relativi a casi concreti e personali, appare perfettamente in linea con un modello di tutela "piena" del legittimo affidamento ed ha inoltre il pregio di valorizzare l'interpretazione sistematica e teleologica delle disposizioni dello Statuto.

Appare quindi auspicabile il superamento dell'orientamento da ultimo espresso dalla Cassazione, al fine di assicurare la "piena" tutela del contribuente di fronte a ripensamenti dell'amministrazione, che, seppur legittimi, dovrebbero escludere la debenza del tributo per il passato in base al principio di buona fede: l'affidamento legittimo del contribuente, riposto in determinazioni

dell'Amministrazione finanziaria relative a casi concreti e personali, dovrebbe condurre "sempre" all'inesigibilità del tributo.

8. - *Il problema della conformità del principio dell'affidamento legittimo delineato nel sistema interno rispetto all'orientamento della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*

Quanto sostenuto nel paragrafo precedente, si raccorda ed è suffragato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Considerato che nell'ordinamento tributario italiano il principio dell'affidamento legittimo è stato ricostruito dalla giurisprudenza più recente della Cassazione nel senso di consentire una tutela "parziale" al contribuente, ossia la non irrogazione delle sanzioni e la non debenza degli interessi moratori, è necessario verificare la compatibilità di detta tesi con l'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea(62) relativamente ai c.d. tributi armonizzati (in particolare iva e accise).

Il principio del legittimo affidamento non ha una esplicita formulazione nel diritto europeo, ma è frutto dell'elaborazione giurisprudenziale(63).

Difatti, la Corte di Giustizia ha affermato che "i principi di tutela del legittimo affidamento e di certezza del diritto fanno parte dell'ordinamento giuridico comunitario, e, pertanto, essi devono essere rispettati dalle istituzioni comunitarie"(64).

In particolare, il principio della certezza del diritto, il cui corollario è il principio della tutela del legittimo affidamento, richiede, da un lato, che le norme giuridiche siano chiare e precise e, dall'altro, che la loro applicazione sia prevedibile per coloro che vi sono sottoposti.

Occorre rammentare che tale principio deve essere osservato con rigore particolare quando si tratta di una "normativa idonea a comportare oneri finanziari, al fine di consentire agli interessati di conoscere con esattezza l'estensione degli obblighi che essa impone loro"(65).

Come statuito a più riprese dalla Corte di Giustizia, le norme tributarie, sia europee che degli Stati membri relativi a tributi di fonte europea (c.d. armonizzati), devono essere certe e la loro applicazione prevedibile per coloro che vi sono sottoposti.

Tale esigenza, come detto, si impone con particolare rigore nel caso in cui le norme possano comportare delle conseguenze finanziarie: "Del pari, nelle materie disciplinate dal diritto dell'Unione, la normativa degli Stati membri deve essere formulata in modo non equivoco al fine di consentire ai soggetti interessati di conoscere i loro diritti e obblighi in modo chiaro e preciso e ai giudici nazionali di garantirne l'osservanza"(66).

Ne consegue che le disposizioni del diritto nazionale che disciplinano tributi armonizzati, come nel caso dell'iva, devono essere sufficientemente chiare e precise in modo da non ledere il diritto degli interessati a conoscere e ad osservare gli obblighi che esse impongono.

Strettamente collegata al principio della certezza del diritto è la tutela del legittimo affidamento, che consiste in una "concretizzazione" della certezza del diritto nel suo aspetto soggettivo, dato che la sua valutazione può essere

effettuata solo alla luce della situazione concreta e dell'atteggiamento tenuto dagli interessati.

Questi potranno invocare una tutela "piena", nel senso della inesigibilità del tributo, solo nel caso in cui il comportamento o concreti atti dell'amministrazione abbiano fondato delle aspettative sul mantenimento di una determinata situazione giuridica di vantaggio.

Pertanto, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia si desume che deve esistere in primo luogo quella che viene individuata come la "base dell'affidamento", più specificamente un atto o un comportamento dell'Amministrazione finanziaria che generi una fondata aspettativa.

È inoltre necessario che l'affidamento in questione sia "legittimo", ossia non si può esigere da un qualsiasi operatore economico del settore, prudente e diligente, un comportamento diverso da quello in concreto tenuto in osservanza di precise indicazioni dell'Amministrazione finanziaria.

Sul punto, la Corte UE ha affermato ripetutamente: "Per quanto concerne il principio di tutela del legittimo affidamento, il diritto di avvalersi di tale principio si estende a ogni individuo in capo al quale un'autorità amministrativa abbia fatto sorgere fondate speranze a seguito di assicurazioni precise che gli avrebbero fornito. A tal riguardo, occorre verificare se gli atti di un'autorità amministrativa abbiano ingenerato ragionevoli aspettative in capo ad un operatore economico prudente ed accorto e, se ciò è avvenuto, accertare la legittimità di tali aspettative"(67).

Si evidenzia che la prassi amministrativa "generica" o "conservativa" non è sufficiente a suffragare l'affidamento legittimo in capo "ad un operatore economico prudente ed accorto"(68).

Ciò in coerenza con il principio di proporzionalità, a mente del quale la semplice prassi amministrativa non può ingenerare *ex se* l'affidamento legittimo del contribuente.

In altri termini, proprio sulla base del principio di prevalenza della sostanza sulla forma (più volte affermato dalla Corte) e di proporzionalità, le ipotesi in cui l'atto dell'amministrazione è riferito ad un caso concreto e circostanziato vanno equiparati, quanto agli effetti dell'affidamento, a quelli in cui è stata resa, come previsto nell'ordinamento italiano, una risposta ad istanza specifica di interpello.

Anche di recente la Corte ha affermato che "secondo costante giurisprudenza il diritto di avvalersi del principio del legittimo affidamento si estende ad ogni individuo in capo al quale un'autorità amministrativa abbia fatto sorgere fondate speranze a causa di assicurazioni precise che essa gli avrebbe fornito"(69).

Alla luce di tali massime, occorre, quindi, chiedersi quali siano i requisiti in base ai quali la Corte riconosce la tutela "piena" al contribuente, escludendo il recupero a posteriori del tributo.

La Corte, con la sentenza *Elmeka* del 14 settembre 2006 (procedimenti riuniti da C-181/04 a C-183/04), dopo aver premesso che ″le autorità nazionali sono tenute a rispettare il principio della tutela del legittimo affidamento degli operatori economici″, ha sottolineato che per stabilire se tale principio possa essere invocato dal destinatario di un'informazione a sé favorevole proveniente

dall'amministrazione tributaria "occorre, in primo luogo, verificare se gli atti dell'autorità amministrativa abbiano ingenerato fondate aspettative in capo ad un operatore prudente ed accorto (v. in tal senso, sentenze 10 dicembre 1975, cause riunite da 95/74 a 98/74, 15/75 e 100/75, *Union nationale des coopéeratives agricoles de cèrèales e a./Commissione e Consiglio*). Se la risposta a tale quesito dà esito positivo, occorre, in secondo luogo, accertare la legittimità di tali aspettative".

In particolare, la Corte nel caso *Elmeka* si sofferma, quanto alla diligenza dell'operatore economico, sulla provenienza delle informazioni qualificate da parte della autorità amministrativa competente, affermando che spetta al giudice nazionale valutare se "il soggetto passivo iva potesse ragionevolmente presumere che la decisione controversa fosse stata adottata da un'autorità competente". In presenza di una tale circostanza, il tributo non è dovuto.

Sul punto si evidenzia che qualora un operatore economico "prudente e accorto" sia comunque in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, non può invocare la violazione del suo legittimo affidamento nel caso in cui il provvedimento venga adottato e la misura risultava essere prevedibile, in considerazione dell'evoluzione del mercato e della politica adottata dalle Istituzioni comunitarie(70).

Ancora, la Corte di Giustizia(71) ha ulteriormente precisato che "il diritto a far valere il principio della tutela del legittimo affidamento spetta a qualsiasi amministrato nel quale un'istituzione dell'Unione abbia ingenerato fondate aspettative fornendogli precise assicurazioni (...). Può parlarsi di assicurazioni siffatte quando vengono fornite informazioni precise, incondizionate e concordanti, quale che sia la forma in cui queste vengono comunicate".

In altri termini, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea è pacifico il riconoscimento della tutela "piena" del contribuente quando siano state rese dall'amministrazione delle informazioni "precise, incondizionate e concordanti", e ciò a prescindere "dalla forma in cui queste vengono comunicate".

Quest'ultima affermazione è particolarmente significativa in quanto la non debenza del tributo nei casi di legittimo affidamento prescinde dalla natura degli atti con cui l'amministrazione ha manifestato le sue decisioni.

A fronte dell'orientamento delineatosi a livello eurounitario è evidente il contrasto con l'orientamento della giurisprudenza maggioritaria della Corte di Cassazione, secondo cui il principio del legittimo affidamento fornisce al contribuente solo una tutela "parziale", escludendo sanzioni e interessi.

Stante la sussistenza di tale contrasto tra gli orientamenti giurisprudenziali, si segnala che dalla Commissione Tributaria Regionale di Napoli è stato proposto rinvio pregiudiziale(72) alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea al fine di chiarire se il principio del legittimo affidamento, così come interpretato dai Giudici eurounitari, osta a una normativa nazionale (come quella italiana) in forza della quale l'imposta resta comunque dovuta dal contribuente in casi in cui l'Amministrazione finanziaria, sulla base di specifici atti (diversi da risposte ad

istanze formali d'interpello), ha fatto sorgere nel soggetto passivo il legittimo convincimento di non essere tenuto al pagamento dell'imposta.
A questo punto, solo l'intervento definitivo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea potrà chiarire se l'orientamento espresso dalla giurisprudenza maggioritaria della Cassazione sia conforme o meno al principio dell'affidamento legittimo così come ricostruito a livello eurounitario.

9. - *Gli atti di consulenza giuridica a carattere individuale aventi efficacia vincolante per l'Amministrazione finanziaria: le diverse forme di interpello*

L'esame del tema dell'affidamento legittimo del contribuente non potrebbe concludersi senza accennare ai vari procedimenti di interpello previsti dall'art. 11 dello Statuto dei diritti del contribuente (l. n. 212 del 2000), la cui risposta determina una tutela "piena" per il contribuente.

La possibilità di "interrogare" l'amministrazione intorno alle conseguenze giuridiche derivanti dall'interpretazione e dell'applicazione di norme tributarie, con riguardo a specifiche fattispecie, rappresenta una facoltà per i contribuenti: nell'ordinamento italiano è prevista una pluralità di forme di "interpello diretto" da parte dei contribuenti all'Amministrazione finanziaria.

L'intento di attribuire ai contribuenti uno strumento per chiedere e ricevere risposte/pareri dall'amministrazione, con effetti durevoli e vincolanti per quest'ultima, risponde appieno all'esigenza della corretta attuazione del rapporto tributario.

Il fondamento dell'istituto dell'interpello, nelle sue varie forme, è da ravvisarsi nell'attività che l'amministrazione finanziaria deve prestare a favore dei contribuenti per la corretta conoscenza della legge tributaria, e ciò mediante l'attuazione di "idonei strumenti di informazione, assistenza e consulenza giuridica" (art. 5, Statuto dei diritti del contribuente).

I procedimenti di interpello sono alquanto diversi tra loro, sia con riferimento agli organi competenti a pronunciarsi, all'oggetto della richiesta e alla struttura del relativo procedimento, sia con riferimento agli effetti, dal punto di vista temporale, attribuibili alla risposta dell'Amministrazione finanziaria resa a seguito dell'istanza del contribuente.

La *ratio* comune, comunque, è quella di avere una risposta/parere preventivo dell'Amministrazione finanziaria circa il trattamento tributario di atti, operazioni o iniziative riconducibili direttamente alla sfera di interessi del soggetto che ha proposto l'istanza. Ciò al fine di evitare il contenzioso qualora il contribuente si uniformi alla risposta dell'amministrazione.

In altri termini, l'estensione delle forme di interpello, operata anche di recente dal legislatore italiano (d.lgs. n. 156 del 2015), ha la finalità di migliorare il dialogo e la collaborazione tra l'Amministrazione finanziaria e il contribuente nel senso che qualora il contribuente si conformi al parere dell'amministrazione non vi sono i presupposti perché sorga una controversia tra le parti[(73)].
Le diverse forme di interpello devono essere azionate in via "preventiva" rispetto ad eventuali attività di verifica o controllo dell'Amministrazione finanziaria, ma anche rispetto all'operazione che si intende realizzare.

In termini necessariamente schematici, l'art. 11 dello Statuto attribuisce ai contribuenti il diritto di avviare un procedimento volto ad ottenere la risposta dell'Amministrazione finanziaria mediante cinque diversi tipi di interpello:

a) interpello ordinario "puro", che si riferisce alla richiesta del contribuente di ottenere dall'amministrazione l'interpretazione di una disposizione tributaria da applicare ad un caso concreto e personale;

b) interpello "qualificatorio", con il quale si chiede all'amministrazione di qualificare giuridicamente una fattispecie concreta, cioè se essa sia disciplinata da una determinata disposizione normativa(74);

c) interpello "probatorio", con il quale si chiede all'amministrazione se, nel caso concreto, esistano gli elementi probatori e le condizioni per accedere a determinati regimi fiscali espressamente previsti dalla legge; si evidenzia che una particolare ipotesi di interpello "probatorio" ricorre nel caso di esercizio dell'opzione relativa all'imposta sostitutiva per le persone fisiche che trasferiscono la propria residenza in Italia (c.d. *flat tax* per i neo - residenti)(75);

d) interpello "antielusivo", con il quale si chiede all'amministrazione se una determinata operazione, o più operazioni collegate tra di loro, possano integrare una fattispecie di elusione o abuso del diritto (i due termini sono sinonimi)(76);

e) interpello "disapplicativo", con il quale, fornendo la relativa prova, si chiede all'amministrazione di verificare l'inesistenza di effetti elusivi e di conseguenza la possibilità di disapplicare delle norme antielusive specifiche riguardanti il caso concreto prospettato(77).

A quelli sopra indicati, si aggiungono poi l'interpello sui "nuovi investimenti" (art. 2, d.lgs. n. 147 del 2015)(78) e il c.d. *ruling*internazionale (art. 1, d.lgs. n. 156 del 2015)(79) riguardante l'applicazione di determinate disposizioni di legge ad operazioni e rapporti di carattere internazionale: si tratta di accordi tra contribuente e amministrazione che risultano vincolanti per le parti per alcuni periodi di imposta (cinque), salvo mutamenti delle circostanze di fatto o di diritto rilevanti ai fini dell'accordo stipulato.

I diversi tipi di interpello hanno in comune l'effetto preclusivo dell'azione di accertamento dell'Amministrazione finanziaria, rimanendo libero il contribuente, invece, di adottare comportamenti diversi da quello ritenuto corretto dalla stessa amministrazione. Qualora il contribuente si sia uniformato alla risposta dell'amministrazione, gli atti di accertamento o di irrogazione delle sanzioni sono nulli.

L'amministrazione è obbligata a dare una risposta all'istanza di interpello entro un termine breve previsto dalla legge (novanta giorni nel caso degli interpelli ordinari e qualificatori e centoventi giorni in tutti gli altri casi). Se l'amministrazione non risponde entro il termine stabilito dalla legge, si forma il c.d. silenzio-assenso, cioè l'inerzia dell'amministrazione è qualificata dalla legge come risposta positiva all'istanza di interpello.

La *fictio juris* del silenzio-assenso risponde alla tutela dell'affidamento, avendo l'istituto la funzione di assicurare la certezza del rapporto tributario.

La risposta dispiega i propri effetti vincolanti limitatamente "alla questione oggetto dell'istanza di interpello" e nei confronti del "solo" contribuente richiedente.

Altro tratto comune degli interpelli è rappresentato dal fatto che la risposta dell'amministrazione non è mai impugnabile davanti al giudice tributario: il contribuente può adeguarsi o meno alla risposta dell'amministrazione, per la stessa vincolante, ma non può impugnare tale risposta davanti al giudice tributario.

10. - *(Segue): l'interpello "ordinario" e l'interpello "qualificatorio" previsti dallo Statuto dei diritti del contribuente*

L'art. 11 dello Statuto dei diritti del contribuente (l. n. 212 del 2000) disciplina, come si è visto, sia l'interpello "ordinario" che l'interpello "qualificatorio", che rappresentano gli istituti principali di esplicazione dell'attività di consulenza giuridica dell'amministrazione a favore dei singoli contribuenti.

Gli interpelli in esame sono circoscritti a fattispecie rispetto alle quali sussistono obiettive condizioni di incertezza sull'interpretazione delle disposizioni che vengono in considerazione nel caso prospettato.

Parrebbe di comprendere che l'obiettiva incertezza della legge tributaria assurge ad istituto generale dell'ordinamento tributario, quasi a conferma (paradossalmente) della sua incertezza: essa non solo scusa l'errore del contribuente (che non è punibile), ma è anche presupposto del suo diritto ad avere conoscenza dell'opinione interpretativa dell'amministrazione finanziaria rispetto a specifiche fattispecie.

Il contribuente, per accedere alla consulenza dell'amministrazione, deve valutare se la fattispecie normativa, che si suppone applicabile al caso concreto, sia "oggettivamente" (e non "soggettivamente") incerta. Ci si potrebbe chiedere se tale limitazione sia in linea con l'esigenza di assicurare la conoscenza "a tutto campo" della legge tributaria ai contribuenti, esigenza che sembra essere tutelata dal principio di collaborazione (art. 10) e dal dovere di informazione dell'Amministrazione finanziaria (art. 5), principi generali dell'ordinamento tributario in base allo Statuto del contribuente.

L'art. 11 dello Statuto e il relativo regolamento di attuazione (d.m. 29 aprile 2001, n. 209) delineano sia l'ambito oggettivo dell'istanza di interpello, sia gli effetti della risposta dell'Amministrazione finanziaria. Quanto ai presupposti, la legittimità della procedura di interpello è subordinata alle seguenti condizioni.

a) Specificità e concretezza della questione oggetto d'interpello.

L'istanza, che può essere presentata per iscritto da ciascun contribuente, deve riguardare l'applicazione delle disposizioni tributarie a casi concreti e personali. Il quesito deve, quindi, essere riferito ad una fattispecie ben individuata, il che implica l'indicazione, "circostanziata e specifica", degli elementi di fatto, nonché delle norme ed, eventualmente, degli altri dati (giurisprudenza, prassi amministrativa, dottrina) ritenuti rilevanti per la soluzione del caso specifico.

Nell'istanza il contribuente può indicare la soluzione interpretativa che ritiene corretta rispetto alla fattispecie esposta. Su tale indicazione potrà formarsi il silenzio-assenso.

Il regolamento prevede l'obbligo del contribuente di esporre, "in modo chiaro ed univoco", il comportamento o la soluzione interpretativa che si intende adottare (art. 3, 3° comma, d.m. n. 209 del 2001). La funzione di "informazione giuridica anticipata", propria dell'interpello, implica che l'istanza abbia ad oggetto situazioni in corso o future. Difatti, l'efficacia vincolante della risposta dell'Amministrazione può prospettarsi limitatamente a fattispecie ancora da realizzare, escludendosi qualsiasi rilevanza rispetto a situazioni già verificatesi.

Ovviamente, gli effetti vincolanti dell'interpello non si produrranno qualora l'amministrazione dimostri la divergenza tra i fatti rappresentati nell'istanza e quelli concretamente verificatisi. La presentazione dell'istanza non produce alcuna sospensione delle scadenze previste dalla disciplina tributaria. In tal modo si è inteso evitare che possano essere presentate istanze a scopo dilatorio, al fine di escludere l'irrogazione di sanzioni amministrative, sia pure con riguardo alla questione oggetto di chiarimento.

b) Obiettive condizioni d'incertezza sull'interpretazione delle disposizioni tributarie.

Le disposizioni tributarie riferibili al caso concreto, oggetto dell'istanza, devono presentarsi come obiettivamente incerte. Il quesito può riguardare l'interpretazione di qualsiasi disposizione tributaria che interessa il caso concreto (interpello "ordinario"), ovvero l'applicazione al caso concreto di una determinata disposizione di legge (interpello "qualificatorio"). Le condizioni "oggettive" (e non "soggettive") di incertezza, che ostacolano l'interpretazione delle disposizioni tributarie, possono essere le più variegate. Non è possibile dare una definizione a priori dell'obiettiva incertezza normativa. A parte l'ipotesi dell'assenza di una disciplina chiara e puntuale applicabile al caso concreto, rappresentano cause sintomatiche dell'obiettiva incertezza la novità di una disciplina tributaria complessa e i contrasti interpretativi esistenti tra l'Amministrazione finanziaria, la giurisprudenza e finanche la dottrina.

L'aspetto in questione è quello più problematico: l'amministrazione dovrà stabilire, rispetto alla situazione di fatto prospettata, quando una disposizione fiscale presenti quelle condizioni di incertezza, che possono giustificare la validità della richiesta di interpello. A riguardo il regolamento sull'interpello, all'art. 3, 5° comma, statuisce che "non ricorrono obiettive condizioni di incertezza" (per cui l'istanza non è ammissibile) qualora l'Amministrazione finanziaria si sia già pronunciata con riferimento a casi analoghi.

La risposta ha efficacia vincolante *ex lege* per l'amministrazione, costituendo per essa la regola del caso concreto allo "stato delle cose" (secondo la clausola *rebus sic stantibus*); e ciò anche quando il responso amministrativo sia giuridicamente errato. L'effetto della risposta o del silenzio-assenso, come si è visto, è quello dell'illegittimità degli atti a contenuto impositivo o sanzionatorio emanati dall'amministrazione in difformità dell'informazione giuridica fornita o della soluzione interpretativa, prospettata dal contribuente, su cui si è formato il

silenzio-assenso. Il vincolo, in quanto atto formale motivato, perdura nel tempo, fin quando non interviene una revoca espressa; il mutamento della normativa dovrebbe far venir meno, automaticamente, gli effetti vincolanti, senza, quindi, che sia necessario procedere alla notifica di un atto di revoca.

11. - *Conclusioni*

In conclusione, solo le risposte all'istanza di interpello nell'ordinamento tributario italiano assicurano la tutela "piena" al contribuente in forza del principio dell'affidamento legittimo, mentre rimane aperta la questione se, in presenza di provvedimenti formali dell'Amministrazione finanziaria su casi specifici e personali, possa applicarsi la tutela "piena" ovvero se la tutela sia solo "limitata" alla non irrogazione di sanzioni amministrative e alla richiesta di interessi moratori.

Si è visto che vi sono solidi argomenti per sostenere la tesi della tutela "piena" del contribuente in casi specifici e personali, superando quell'orientamento "iperformalistico" di parte della giurisprudenza della Cassazione. L'indirizzo manifestato, invece, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE (per i tributi armonizzati) è quello di assicurare la tututela "piena" al contribuente, sicché non ci si può sottrarre nel prossim futuro a dare una soluzione definitiva alla questione in senso conforme.

(*) Il contributo è dedicato alla memoria del compianto e mai dimenticato prof. Victor Uckmar.

(1) Art. 10, 1° comma, l. 27 luglio 2000, n. 212 (Statuto dei diritti del contribuente). Per una ricostruzione esaustiva del principio di buona fede nel diritto tributario italiano, da ultimo N. Sartori, *Il principio di buona fede e collaborazione nello Statuto dei diritti del contribuente*,in *Giur. it.*, 2018, 763 ss.; M. Pierro, *Il dovere di informazione dell'amministrazione finanziaria*, Torino, 2013, 14 ss.; M. Trivellin, *Il principio di buona fede nel rapporto tributario*, Milano, 2009, 96 ss.; M. Trivellin, *Il principio di buona fede oggettiva*, in A. Di Pietro e T. Tassani (a cura di), *I principi europei del diritto tributario*, Padova, 2013, 59 ss.; G. Marongiu, *Lo Statuto dei diritti del contribuente*, Torino, 2008, 133 ss.; A. Meloncelli, *Affidamento e buona fede nel rapporto tributario*, in A. Fantozzi e A. Fedele, *Statuto dei diritti del contribuente*, Milano, 2005, 539 ss.; G. Marongiu, *Lo Statuto e la tutela dell'affidamento e della buona fede*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, I, 165 ss.; M. Logozzo, *L'ignoranza della legge tributaria*, Milano, 2002, 129 ss.; M. Logozzo, *La tutela dell'affidamento e della buona fede del contribuente tra prospettiva comunitaria e nuova codificazione*, in *Boll. trib* , 2003, 1125 ss.; A. Colli Vignarelli, *Considerazioni sulla tutela dell'affidamento e della buona fede nello Statuto dei diritti del contribuente*, in *Riv. dir. trib.*, 2001, I, 669 ss.; E. Della Valle, *Affidamento e certezza del diritto tributario*, Milano, 2001, 147 ss.; F. D'Ayala Valva, *Il principio di cooperazione tra Amministrazione e contribuente. Il ruolo dello Statuto*, in *Riv. dir. trib* , 2001, I, 915 ss.; E. De

Mita, *La buona fede in diritto tributario*, in *Politica e diritto dei tributi in Italia*, Milano, 2000, 94; M. Logozzo, *Sull'applicabilità delle sanzioni al contribuente che in buona fede violi la normativa tributaria*, in *Boll. trib.*, 1991, 1047 ss.; F. Benatti, *Principio di buona fede ed obbligazione tributaria*, in *Boll. trib*., 1986, 947 ss.

(2) Il principio di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost., di capacità contributiva (art. 53 Cost.) e di uguaglianza (art. 3 Cost.) sono richiamati dall'art. 1, 1° comma, dello Statuto dei diritti del contribuente (l. n. 212 del 2000), nel quale si evidenzia che la buona fede, al pari degli altri principi statutari, è attuativa di valori fondamentali della Costituzione in materia tributaria. Come afferma la Corte di Cassazione, il principio di buona fede "di derivazione costituzionale, è diretta applicazione dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione (art. 97 Cost.), capacità contributiva (art. 53 Cost.), nonché uguaglianza, intesa sotto il profilo della ragionevolezza (art. 3 Cost.), e quindi in definitiva, come fondamenti dello Stato di diritto e canoni di civiltà giuridica" (*ex multis*, Cass., 7 agosto 2015, n. 16602; Cass., 10 dicembre 2002, n, 17576). In dottrina, cfr. A. Mastroiacovo, *Valenza ed efficacia delle disposizioni dello Statuto dei diritti del contribuente*, in A. Fantozzi e A. Fedele (a cura di), *Statuto dei diritti del contribuente*, cit., 7 ss.; M. Logozzo, *Il "valore" dello Statuto del contribuente: irretroattività della legge tributaria e legittimo affidamento*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 2004, 955 ss.

(3) Cass., 30 marzo 2001, n. 4760.

(4) Cass., 10 dicembre 2002, n. 17576. In merito alla condotta del contribuente è stato, ad esempio, deciso che era da ritenersi abusivo, in palese violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede, la condotta del contribuente, il quale ha impugnato l'atto impositivo ben oltre la scadenza del termine previsto dalla legge al solo scopo di instaurare una lite per accedere alla c.d. sanatoria delle liti pendenti (Cass., 9 gennaio 2014, n. 210; cfr. anche Cass., 22 gennaio 2014, n. 1271).

(5) In tema di affidamento legittimo, cfr. M. Trivellin, *Il principio di buona fede nel rapporto tributario*, cit., 166 ss.; M. Logozzo, *L'ignoranza della legge tributaria*, cit., 219 ss.; E. Della Valle, *Affidamento e certezza del diritto tributario*, cit., 113 ss.; P. Marongiu, *Legittimo affidamento e Fisco*, Genova, 2010, 57 e ss.; E. Della Valle, *Il principio di buona fede oggettiva e la marcia inarrestabile dello Statuto*, in *Riv. dir. trib*., 2003, II, 249 ss.; A. Turchi, *In tema di tutela dell'affidamento riposto dal contribuente nelle indicazioni provenienti dall'amministrazione finanziaria*, in *Giur. it.,* 2003, 2194 ss.; A. Turchi, *La tutela dell'affidamento del contribuente a fronte dei mutamenti interpretativi della finanza*, in *Riv. dir. trib*., 2003, I, 769 ss.; D. Stevanato, *Tutela dell'affidamento e limiti all'accertamento del tributo*, in *Rass. trib.*, 2003, 795 ss.; M. Logozzo, *La tutela dell'affidamento e della buona fede del contribuente tra prospettiva comunitaria e nuova codificazione*, cit., 1126; A. Colli Vignarelli, *Considerazioni sulla tutela dell'affidamento e della buona fede nello Statuto dei diritti del contribuente*, cit., 673; M.C.

Fregni, *Obbligazione tributaria e codice civile*, Torino 1998, 230 ss.; E. Della Valle, *La tutela dell'affidamento del contribuente*, in *Rass. trib.*, 1998, 975, ss.

(6) Già prima dell'entrata in vigore dello Statuto, la dottrina si era interrogata sull'esistenza e sull'operatività del principio di buona fede e della tutela dell'affidamento legittimo, affermando che, anche in difetto di una previsione espressa, la buona fede poteva fondare la tutela del contribuente di fronte ai mutamenti di orientamento dell'Amministrazione finanziaria. Tale conclusione era giustificata dal dovere per l'ente impositore di mantenere comportamenti coerenti, il cui fondamento era da rinvenirsi nell'art. 97 Cost. Cfr., sul punto, E. De Mita, *La buona fede in diritto tributario (quando l'amministrazione cambia orientamento)*, in *Interesse fiscale e tutela del contribuente*, Milano, 2006, 333 e ss.; F. Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario. Parte generale*, Torino, 2016, 170; G. Falsitta, *Rilevanza delle circolari "interpretative" e tutela giurisdizionale del contribuente*, in AA.VV., *Studi in onore di E. Allorio*, Milano, 1987, II, 1693 ss.; E. Allorio, *Diritto processuale tributario*, Torino, 1969, 13. L'immanenza del principio anche in epoca precedente allo Statuto è stata affermata anche dalla Corte di Cassazione, la quale ha statuito che "*la previsione del citato art. 10 è dunque espressiva di principi generali, anche di rango costituzionale, immanenti nel diritto e nell'ordinamento tributario anche prima della l. n. 212/2000, sicché essa vincola l'interprete, risultando così applicabile anche ai rapporti tributari sorti in epoca anteriore*": così Cass., sez. trib., 6 ottobre 2006, n. 21513, in *Giur. it.*, 2007, 2084, con nota di L. Peverini, *La tutela del legittimo affidamento del contribuente ed il divieto di recuperare il maggior tributo accertato: riflessioni critiche*.

(7) Per la disamina dei vari principi statutari si rinvia ad AA.VV., *Consenso, equità e imparzialità nello Statuto del contribuente - Studi in onore di G. Marongiu*, in A. Bodrito - A. Contrino - A. Marcheselli (a cura di), Torino, 2012, *passim*.

(8) Così A. Colli Vignarelli, *Considerazioni sulla tutela dell'affidamento e della buona fede nello Statuto dei diritti del contribuente*, cit., 699.

(9) Per quanto riguarda il diritto civile, v. Pietrobon, voce *Affidamento*, in *Enc. giur. Treccani*, I, 1988, 1 ss.

(10) Art. 11, 3° comma, l. n. 212 del 2000, disposizione alla quale fa riferimento, come si vedrà successivamente, buona parte della giurisprudenza della Cassazione per sostenere che la tutela "piena" dell'affidamento legittimo è assicurata dal nostro ordinamento solo in presenza di una risposta formale ad una istanza di interpello.

(11) La funzione istituzionale di guida e assistenza dei contribuenti nelle attività di indirizzo e interpretazione dell'Amministrazione finanziaria è direttamente prevista nell'ambito delle disposizioni che regolano il funzionamento del Ministero dell'Economia e delle Finanze e dell'Agenzia delle Entrate, in particolare dagli artt. 56 lett. *f*), e 59, d.p.r. n. 300 del 1999 e dall'art. 14 lett. *e*), *l*) *m*), d.p.r. n. 43 del 2008. Sul punto si v. diffusamente M. Pierro, *Il dovere di informazione dell'amministrazione,* cit., 37 ss.

(12) Art. 10, 2° comma, l. n. 212 del 2000.

(13) Sulla natura e l'efficacia degli atti interpretativi dell'Amministrazione finanziaria, cfr. G. Falsitta, *Rilevanza delle circolari interpretative e tutela del contribuente*, in *Rass. trib*., 1998, 1 ss.; A. Di Pietro, *I regolamenti, le circolari e le altre norme amministrative per l'applicazione della legge tributaria*, in A. Amatucci (diretto da), *Trattato di diritto tributario*, Padova, 1994, I, 619 ss.; E. De Mita, *La buona fede in diritto tributario (quando l'amministrazione cambia orientamento)*, op. cit.; F. Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario. Parte generale*, Torino, cit., 55; S. Sammartino, *Le circolari interpretative delle norme tributarie emesse dall'amministrazione finanziaria*, in AA.VV., *Studi in onore di V. Uckmar*, II, Padova, 1998, 1077, ss.; E. De Mita, *La tutela del contribuente contro la dottrina del Fisco*, in *Interesse fiscale e tutela del contribuente*, cit., 259 ss.; M. Bertolissi, *Circolare (dir trib)*, in *Digesto (Disc. Pubbl.)*, Torino, 1990.

(14) Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno chiarito che le circolari non vincolano nemmeno la stessa autorità emanante, che resta libera di "modificare, correggere e anche completamente disattendere l'interpretazione adottata". Nella medesima pronuncia si afferma che la circolare non è atto impugnabile né davanti al giudice amministrativo, non essendo un atto amministrativo generale, né dinanzi alla giustizia tributaria, non essendo espressione di una potestà impositiva da parte dell'amministrazione. Così Cass., sez. un., 2 novembre 2007, n. 23031, in *Riv. dir. trib*, 2008, I, 15 ss., con nota di M.V. Serranò, *L'affievolita funzione direttiva delle circolari alla luce della sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 23031 del 2 novembre 2007*. Da ultimo, v. Cass., 8 giugno 2017, n. 10436.

(15) La rilevanza esterna delle circolari interpretative è del resto valorizzata dall'art. 5 dello Statuto dei diritti del contribuente, a mente del quale il quale l'amministrazione, in adempimento del dovere di informazione, "deve portare a conoscenza dei contribuenti, tempestivamente e con mezzi idonei, tutte le circolari e risoluzioni da essa emanate". Sul punto cfr. M. Logozzo, *L'ignoranza della legge tributaria*, cit., 227. In giurisprudenza, v. Cass., sez. trib., 11 settembre 2009, n. 19623, in banca dati *fisconline*, ove si afferma che l'emanazione di una circolare da parte dell'Agenzia delle Entrate può essere addirittura idonea a rappresentare il momento da cui far decorrere il termine decadenziale per proporre istanza di rimborso. Secondo la Corte, "il valore meramente ricognitorio di diritti ed obblighi, normalmente ricollegabile all'interpretazione ministeriale, non esclude la possibilità di attribuire valore determinante alla circolare".

(16) A. Viotto, *Tutela dell'affidamento, consulenza giuridica e interpello*, in *Riv. dir. trib*., 2017, I, 691, ss.

(17) Agenzia delle entrate, circ. 5 agosto 2011, n. 42/E (*Istruzioni sulla trattazione delle richieste di consulenza giuridica*).

(18) Si rinvia ai paragrafi 8 e seguenti.

(19) Sul punto, cfr. M. Logozzo, *Le istruzioni per le dichiarazioni non escludono l'obiettiva incertezza della legge tributaria*, in *Corr. trib*., 2012, 810 ss.

(20) Sono questi i punti cardine della sentenza della Comm. trib. reg. Liguria, 17 gennaio 2018, n. 53. Il fatto è singolare: una contribuente presentava all'Agenzia delle entrate una dichiarazione di successione; il funzionario provvedeva alla liquidazione e riscuoteva le imposte richieste, trattenendole personalmente. L'Agenzia, scoperto l'illecito del dipendente infedele, notificava alla contribuente un avviso di liquidazione, richiedendo il pagamento dell'imposta ed applicando sanzioni ed interessi. La contribuente impugnava l'atto eccependo la lesione dei principi di buona fede e del legittimo affidamento. La Comm. trib. prov. accoglieva parzialmente il ricorso, dichiarando dovuta l'imposta, ma non le sanzioni e gli interessi. In sede di appello, la Comm. trib. reg. Liguria escludeva anche l'esigibilità dell'imposta in quanto era evidente che la contribuente era stata incolpevolmente indotta a ritenere che il comportamento del dipendente fosse corretto. Più in generale, occorre sottolineare che la Cassazione ha affermato (sent. n. 20986 del 2007) che, affinché ricorra la responsabilità dell'amministrazione per fatto illecito del proprio dipendente, deve sussistere sia il nesso di casualità fra comportamento ed evento, sia che l'attività del dipendente si manifesti come esplicitazione dell'attività pubblica. In tal caso, gli atti illeciti compiuti dal pubblico dipendente nello svolgimento delle sue funzioni risultano immediatamente imputabili alla stessa amministrazione.

(21) Anche nel caso di errore relativo alla compilazione della dichiarazione tributaria o della modulistica, l'affidamento è protetto perché il contribuente segue le indicazioni dell'amministrazione risultanti dalle istruzioni dalla stessa predisposte.

(22) Nel campo amministrativo non è giustificato un affidamento determinato dalla tolleranza dell'amministrazione rispetto ad una attività vietata, svolta, ad esempio, senza autorizzazione; così, A. Carullo, *La prassi amministrativa*, Padova, 1979, 252.

(23) Nel campo penale, di regola, si esclude l'efficacia scusante della c.d. tolleranza, anche se si registrano delle aperture da parte della giurisprudenza e della dottrina, soprattutto quando l'autorità amministrativa competente abbia esaminato la medesima situazione senza adottare alcun provvedimento. Sul problema della tolleranza in diritto penale, D. Pulitanò, *L'errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 505 ss.

(24) A tale conclusione è pervenuta la dottrina, traendo spunto dall'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia di aiuti di stato. Cfr., *ex multis*, Corte giust., 24 novembre 1987, c. 223/85, *RSV Machinefabrieken en Scheepswerven c. Commissione della Comunità Europea*, in *Raccolta*, 1987, 4617, in cui si è affermato che anche l'inerzia dell'amministrazione può giustificare l'affidamento legittimo e la sua tutela. Il silenzio, in tale ottica, assume lo stesso significato di una condotta omissiva e conduce all'applicazione dell'art. 10 dello Statuto. Sul punto, cfr. M. Logozzo, *L'ignoranza della legge tributaria*, cit., 234.

(25) Tuttavia, la giurisprudenza della Corte di Cassazione, ritiene che se l'amministrazione, in sede di controllo, non abbia contestato una determinata

violazione, in un successivo controllo, per un periodo d'imposta diverso, il contribuente non può opporre all'amministrazione medesima la tutela del legittimo affidamento.

(26) Così è più volte accaduto in Italia che l'Amministrazione finanziaria abbia assicurato "la massima tolleranza", disponendo la non applicazione delle sanzioni amministrative per i ritardati invii telematici delle dichiarazioni tributarie o di altre comunicazioni, a causa delle difficoltà dei professionisti di accedere ai portali telematici istituzionali.

(27) La Corte di Cassazione ha stabilito che non c'è tutela dell'affidamento legittimo nelle ipotesi in cui "i funzionari si siano limitati a fornire generiche informazioni sul regime fiscale ai fini della semplificazione del processo burocratico senza influire sul processo decisionale del contribuente": così Cass., 29 agosto 2007, n. 18218, in banca dati *fisconline*.

(28) Cfr. G. Marongiu, *Lo Statuto e la tutela dell'affidamento e della buona fede*, cit., 194, in cui l'Autore afferma che il divieto di recuperare il tributo si giustifica in base alla chiarezza e alla precisione dell'informazione fornita dall'amministrazione, che impedirebbe a quest'ultima di mutare *in peius* il proprio orientamento, nel rispetto del principio di buona fede. Secondo L. Del Federico, *Tutela del contribuente ed integrazione giuridica europea*, Milano, 2010, 281, verrebbe in considerazione il principio comunitario dell'*estoppel*, in forza del quale l'amministrazione non potrebbe vantare nei confronti del contribuente una pretesa impositiva incoerente rispetto al precedente comportamento. Si confronti, infine, la ricostruzione di E. Della Valle, *Affidamento e certezza nel diritto tributario*, cit., 175, in cui si afferma che l'esclusione dal recupero del tributo si impone ogniqualvolta la tutela fornita dall'art. 10, 2° comma, l. n. 212 del 2000 si riveli inadeguata nel caso concreto.

(29) E. Della Valle, *Affidamento e certezza nel diritto tributario*, cit., 178; cfr., altresì, M. Nussi, *Mutamenti interpretativi e affidamento del contribuente*, in *Rass. trib.*, 2007, 1379, nel quale l'Autore sostiene che il primo comma dell'art. 10 dello Statuto realizza una piena tutela del legittimo affidamento, che conduce, laddove l'atto dell'amministrazione a cui si è attenuto il contribuente presenti un contenuto inequivoco, all' inesigibilità del tributo, oltre all' impossibilità di richiedere gli interessi e di irrogare le sanzioni amministrative.

(30) A. Colli Vignarelli, *Considerazioni sulla tutela dell'affidamento e della buona fede nello Statuto dei diritti del contribuente*, cit., 686.

(31) Per la tesi della prevalenza del vincolo dell'indisponibilità dell'obbligazione tributaria, si confronti G. Falsitta, *Natura e funzione dell'imposta, con speciale riguardo al fondamento della sua indisponibilità*, in S. La Rosa (a cura di), *Profili autoritativi e consensuali del diritto tributario*, Milano, 2008, 58.

(32) Diversamente da quanto previsto, ad esempio, nell'ordinamento francese in cui è espressamente affermata la tutela "piena" all'affidamento del contribuente allorquando questi abbia, in buona fede, agito secondo l'interpretazione ufficiale resa dall'amministrazione all'epoca dei fatti: sul

punto, cfr. J. Grosclaude e P. Marchessou, *Diritto tributario francese. Le imposte - Le procedure*, trad. a cura di E. De Mita, Milano 2006, 33. Per un'esaustiva ricostruzione in chiave comparatistica del principio dell'affidamento legittimo, si rinvia a P. Marongiu, *Legittimo affidamento e Fisco - Italia, Germania, Europa*, cit., 101 ss., nel quale l'Autore si sofferma in particolare sul sistema tedesco, evidenziando come, in assenza di una norma specifica, la dottrina e la giurisprudenza abbiano ricostruito l'affidamento legittimo , nell'ambito del principio a valenza costituzionale di certezza del diritto, come istituto generale che opera sia nei confronti del legislatore che nei riguardi dell'Amministrazione finanziaria. Con particolare riguardo a tale ultimo profilo, viene evidenziato che parte della dottrina e della giurisprudenza tedesca, mutuando le conclusioni raggiunte in ordine alla irretroattività delle leggi, negano l'ammissibilità di applicare retroattivamente un atto amministrativo, sull'assunto che, in caso contrario, potrebbe essere leso il principio dell'affidamento legittimo del contribuente.

(33) A. Di Pietro, *I regolamenti, le circolari e le altre norme amministrative per l'applicazione della legge tributaria*, cit., 660.

(34) G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Milano, 2010, 275.

(35) D. Stevanato, *Tutela dell'affidamento e limiti all'accertamento del tributo*, cit., 818.

(36) E. Della Valle, *Affidamento e certezza del diritto tributario*, cit., 172 ss.; A. Turchi, *In tema di tutela dell'affidamento riposto nelle indicazioni dell'amministrazione finanziaria*, cit., 796; D. Stevanato, *Tutela dell'affidamento e limiti all'accertamento del tributo*, op. cit.; A. Meloncelli, *Affidamento e buona fede nel rapporto tributario*, cit., 559; S. Sammartino, *Le circolari interpretative delle norme tributarie emesse dall'amministrazione finanziaria*, in AA.VV., *Studi in onore di Victor Uckmar*, cit., 1077. In generale, sulla responsabilità civile (aquiliana o contrattuale) dell'Amministrazione finanziaria, cfr. la monografia di P. Marongiu, *L'amministrazione fiscale tra poteri e responsabilità*, Torino, 2016, 87 ss.

(37) M. Logozzo, *L'ignoranza della legge tributaria*, cit., 242.

(38) Il riferimento è a Cass., 10 dicembre 2002, n. 17576, in *Rass. trib.*, 2003, 795, con commento di D. Stevanato, *Tutela dell'affidamento e limiti dell'accertamento del tributo*; cfr. altresì i contributi di V. Mastroiacovo, *Efficacia dei principi dello statuto e affidamento del contribuente*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, II, 249 e di A. Turchi, *In tema di tutela dell'affidamento riposto nelle indicazioni dell'amministrazione finanziaria*, cit., 2003, 2194.

(39) I Giudici hanno così affermato: "I casi di tutela espressamente enunciati dal 2° comma dell'art. 10 dello Statuto (attinenti all'area della irrogazione di sanzioni e della richiesta di interessi), riguardanti situazioni meramente esemplificative e legate a ipotesi ritenute maggiormente frequenti, non limitano la portata generale della regola, idonea a disciplinare una serie indeterminata di casi concreti", con la conseguenza che "possono darsi dei casi

in cui, accertata la sussistenza dei presupposti dell'affidamento del contribuente, ne consegue necessariamente, come rilevato esattamente da una parte della dottrina, non soltanto l'inapplicabilità di sanzioni e/o interessi moratori, bensì l'inesigibilità *tout court* della prestazione tributaria".

(40) Cass., 10 dicembre 2002, n.17576, cit.

(41) M. Logozzo, *La tutela dell'affidamento e della buona fede del contribuente tra prospettiva comunitaria e "nuova" codificazione,* cit., 1132.

(42) Cfr., in particolare, Cass., 14 aprile 2004, n. 7080, *retro*, 2004, 847, con commento di E. De Mita, *Lo Statuto del contribuente alla prova della gerarchia delle fonti*.

(43) In *Riv. dir. trib*., 2006, 271, con nota di M. Trivellin, *Un'altra pronuncia della Cassazione esclude il recupero del tributo per violazione del principio di tutela dell'affidamento: alcune note sulle ragioni delle soluzioni adottate*. Cfr., inoltre: L. Peverini, *La tutela del legittimo affidamento del contribuente ed il divieto di recuperare il maggior tributo accertato: riflessioni critiche*, in *Giur. it*., 2007, 2083; M.V. Serranò, *Il principio dell'affidamento del contribuente nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Boll. trib*., 2007, 296.

(44) Si confronti il commento di F. Batistoni Ferrara, *Tutela dell'affidamento e indisponibilità dell'obbligazione tributaria*, cit., 3341, in cui l'Autore evidenzia criticamente come la conclusione della Corte, formulata in termini assolutamente generali, susciti talune perplessità in relazione alla possibile lesione dei principi di indisponibilità dell'obbligazione tributaria e di legalità.

(45) Nella sentenza della Corte di Cassazione 5 giugno 2007, n. 18218, i Giudici hanno anche affermato che la tutela dell'affidamento legittimo costituisce "uno dei fondamenti dello Stato di diritto ed è diretta espressione del contenuto delle disposizioni i cui agli artt. 3, 23, 53 e 97 della Costituzione".

(46) In *Rass. trib*., 2009, 1482 ss., con nota di V. Achilli, *La tutela dell'affidamento legittimo e della buona fede del contribuente*. Si veda il prezioso commento di E. De Mita, *Affidamento del contribuente da stabilizzare*, in *Il Sole 24 Ore* del 7 giugno 2009. L'Autore esprime apprezzamento per la decisione in parola, in quanto essa "segna un altro passo innanzi verso la precisazione dei principi generali della materia tributaria, verso l'inquadramento del diritto tributario nell'intero sistema giuridico". Si veda, altresì, E. De Mita, *Principi di diritto tributario*, Milano, 2011, 59.

(47) Valorizzando il principio immanente di buona fede e tutela del legittimo affidamento del contribuente, la Corte ha nuovamente ribadito: "La previsione dell'art. 10 dello Statuto è espressiva di principi generali, anche di rango costituzionale (…), sicché essa vincola l'interprete, in forza del canone ermeneutico dell'interpretazione adeguatrice a Costituzione, risultando così applicabile sia ai rapporti tributari sorti in epoca anteriore alla sua entrata in vigore (…), sia ad elementi dell'imposizione diversi da sanzioni e interessi, giacché i casi di tutela espressamente enunciati dall'art. 10, comma 2, riguardano situazioni meramente esemplificative, legate a ipotesi

maggiormente frequenti, ma non limitano la portata generale della regola, idonea a disciplinare una serie indeterminata di casi concreti".

(48) V. Cass., ord. 14 gennaio 2015, n 537, ove i Giudici hanno affermato che il principio di buona fede, in ipotesi particolari, comporta anche la inesigibilità del tributo. Viene richiamata Cass., 10 dicembre 2002, n. 17576.

(49) Nel duplice significato per cui, da un lato, l'affidamento assume un'intensità superiore rispetto alle ordinarie ipotesi previste dall'art. 10, 2° comma, l. n. 212 del 2000 e, dall'altro, la tutela apprestata dall'ordinamento tributario al principio di buona fede di cui al primo comma del medesimo articolo prevale rispetto a quella, meno incisiva, prevista per la generalità dei casi.

(50) Il "nuovo corso" della giurisprudenza di legittimità è inaugurato da Cass., 10 settembre 2009, n. 19479, in *Giur. imp.*, n. 5 del 2009, seguito da Cass., 13 ottobre 2011, n. 21070, in Banca dati *fisconline* e da Cass., 12 settembre 2012, n. 15224, in *Dir. e giust.*, 2012, 707, annotata da A. Terlizzi, *Niente sanzioni a tutela dell'affidamento del contribuente*; l'orientamento in parola è stato confermato da Cass., sez. trib., 17 aprile 2013, n. 9282, in Banca dati *fisconline*. In tale pronuncia i Giudici hanno affermato: "La previsione dell'art. 10 dello Statuto … testualmente limita gli effetti della tutela dell'affidamento alla sola esclusione delle sanzioni e degli interessi moratori, senza incidere in alcun modo sull'obbligazione tributaria".

(51) V. Cass., 10 settembre 2009, n. 19479, in banca dati *fisconline*.

(52) La Suprema Corte afferma che il principio di tutela "rafforzata" dell'affidamento legittimo, riconosciuto a partire dalla fondamentale sentenza n. 17576 del 2002, non può essere attuato nella generalità dei casi, ma "attiene alla diversa fattispecie in cui l'Amministrazione finanziaria abbia esaurito il proprio potere impositivo, consentendo al contribuente di condonare, seppure erroneamente, i propri debiti fiscali": così Cass., 10 settembre 2009, n. 19479, cit.

(53) Cfr. Cass.,12 settembre 2012, n. 15224, cit., in cui la Suprema Corte afferma che l'art. 10, 2° comma, l. n. 212 del 2000limita gli effetti della tutela "alla sola esclusione delle sanzioni e degli interessi, senza incidere in alcun modo sull'obbligazione tributaria", e ciò diversamente rispetto a quanto accade nell'ipotesi di interpello ordinario prevista dall'art. 11 dello Statuto, "il quale, nel disciplinare il caso in cui il contribuente sì sia adeguato ad un esplicito responso dell'Amministrazione finanziaria, motivatamente espresso in esito alla particolare procedura dell'interpello, prevede la nullità degli atti impositivi che siano in contrasto con l'esito dell'interpello".

(54) La questione è stata decisa con sentenza 17 aprile 2013, n. 9282 della Suprema Corte.

(55) I casi risolti dalla Suprema Corte, nelle citate sentenze emesse tra il 2009 e il 2012, attengono in effetti ad ipotesi di "tolleranza" di condotte da parte dell'Amministrazione finanziaria, e non ad atti formali relativi allo specifico rapporto tributario. In particolare, in alcune delle decisioni di cui sopra, il

legittimo affidamento era stato invocato dal contribuente in relazione alla circostanza per cui lo stesso era stato oggetto di verifica per gli anni precedenti rispetto a quello accertato, e che, di fronte alla medesima condotta, l'esito della verifica per le altre annualità non si era concretizzato in alcuna contestazione. Il contribuente pertanto aveva tenuto la medesima condotta anche nei periodi d'imposta successivi, confidando di agire nel rispetto della normativa tributaria.

(56) In Cass., 17 aprile 2013, n. 9282, cit., la Suprema Corte ha precisato: "La disciplina dell'art. 10, l. n. 212 del 2000 si differenzia da quanto previsto dall'art. 11 della stessa legge, che, con la disposizione posta al termine del comma 2 (Qualsiasi atto, anche a contenuto impositivo o sanzionatorio, emanato in difformità della risposta è nullo), deroga al principio generale di indisponibilità dell'obbligazione tributaria, vincolando l'Amministrazione alla posizione assunta nella risposta resa all'interpello del contribuente anche in ordine alla debenza del tributo".

(57) V. Cass., 8 febbraio 2017, n. 12635, in Banca dati *fisconline*. Nello stesso senso si segnala Cass., 25 marzo 2015, n. 25785.

(58) Cfr., per tutti, M. Trivellin, *Il principio di buona fede nel rapporto tributario*, cit., 251, in cui l'Autore afferma che il vincolo che impedisce il ripensamento dell'ente impositore si può manifestare anche in relazione ad atti e condotte dell'Amministrazione finanziaria con cui viene fissato in maniera definitiva il rapporto tributario. Sarebbe ipotizzabile in tale ipotesi un'estensione della tutela prevista in materia di interpello, escludendo *in toto* il *revirement in peius* dell'Amministrazione finanziaria nelle ipotesi di "*affidamento nelle indicazioni, nei comportamenti, negli atti e provvedimenti riguardanti questioni specifiche, concrete e personali del singolo contribuente*", avuto tuttavia riguardo al "*potere concretamente e sostanzialmente esercitato*". Nello stesso senso, M. Logozzo, *La tutela dell'affidamento e della buona fede del contribuente tra prospettiva comunitaria e nuova codificazione*, cit., 1132.

(59) F. Pistolesi, *Gli interpelli tributari*, Milano, 2007, 45; M. Nussi, *Prime osservazioni sull'interpello del contribuente*, in *Rass. trib*., 2000, 1862; M. Logozzo, *L'ignoranza della legge tributaria*, cit., 258 ss.

(60) Con riferimento all'attività di consulenza giuridica prestata dall'Amministrazione finanziaria, singolare è il caso affrontato, prima, dalla Commissione Tributaria Provinciale della Valle d'Aosta in senso favorevole al contribuente (sentenza n. 13/2/2016 dell'1 febbraio 2016, depositata il 4 febbraio 2016), e, successivamente, dalla Commissione Tributaria Regionale della Valle d'Aosta in senso contrario (sentenza 15 settembre 2017, n. 22/1/2017, depositata il 23 ottobre 2017). In particolare, l'Amministrazione finanziaria, a fronte di una istanza di interpello proposta da una società e volta ad ottenere una risposta in ordine alla spettanza di un'esenzione (relativa al regime delle accise per autoproduzione di energia elettrica da fonti rinnovabili), pur rilevando l'inammissibilità di tale istanza per assenza di obiettive condizioni di incertezza, rispondeva favorevolmente al contribuente in modo puntuale,

concreto e preciso, nella forma della consulenza giuridica. Tuttavia, l'Amministrazione finanziaria successivamente, attesa la dichiarata inammissibilità dell'istanza di interpello, procedeva al recupero delle maggiori imposte nonostante la dichiarata spettanza dell'esenzione con l'atto con cui veniva dichiarata l'inammissibilità dell'interpello per mancanza del requisito delle obiettive condizioni di incertezza. La Comm. trib. prov. della Valle d'Aosta ha dichiarato l'illegittimità dell'atto impositivo, risultando evidente che, nonostante l'inammissibilità dal punto di vista formale dell'istanza di interpello, nella sostanza l'Amministrazione finanziaria aveva risposto al contribuente in senso ad esso favorevole. Al contrario, la Comm. trib. reg. della Valle d'Aosta, nonostante la risposta chiara, precisa e puntuale data dall'Amministrazione finanziaria al contribuente, ha statuito che l'atto impositivo era da ritenersi legittimo poiché la risposta della stessa amministrazione non rivestiva la forma della "risposta" positiva all'istanza di interpello, ma quella della consulenza giuridica: secondo la Comm. trib. reg. gli effetti di tali risposte non sono equivalenti! La vicenda pende, ora, innanzi alla Corte di Cassazione.

(61) M. Logozzo, *La tutela dell'affidamento e della buona fede del contribuente tra prospettiva comunitaria e nuova codificazione*, cit., 1132.

(62) Per una ricostruzione completa, v. R. Schiavolin, *Il principio di certezza del diritto e la retroattività delle norme impositrici*, in A. Di Pietro - T. Tassani (a cura di), *I principi europei del diritto tributario*, Padova, 2013, 27 ss.; M. Trivellin, *Il principio di buona fede oggettiva*, in A. Di Pietro - T. Tassani (a cura di), *I principio europei del diritto tributario*, cit., 59 ss.; S. Pérez, *Il principio del legittimo affidamento,* in A. Di Pietro - T. Tassani (a cura di), *I principio europei del diritto tributario*, cit., 99 ss.

(63) Sul punto, Corte di Giustizia UE, 5 giugno 1973, causa C-81/72; Corte di Giustizia UE, 16 maggio 1979, causa C-84/78; Corte di Giustizia UE, 5 maggio 1981, causa C-112/80.

(64) Vedi, Corte di Giustizia CE, 26 aprile 2005, causa C-376/02, par. 32, *Stichting*; tra le altre, Corte di Giustizia CE, 14 maggio 1975, causa C-74/74, *CNTA/Commissione*; Corte di Giustizia UE, 15 febbraio 1996, causa C-63/93, *Duff*.

(65) In tema di iva v., Corte di Giustizia UE, 9 ottobre 2014, causa C-492/13, *Traum*, par. 28 e 29; tra le altre, Corte di Giustizia UE, 10 settembre 2009, causa C-201/08, *Plantanol*, par. 46 e giurisprudenza ivi citata.

(66) Vedi, Corte di Giustizia UE, 9 luglio 2015, causa C-183/14, *Salomie*, par. 31 e 32; nello stesso senso, tra le altre, Corte di Giustizia, 21 giugno 1988, causa C-257/88, *Commissione/Italia*, par. 12.

(67) Corte di Giustizia UE, 9 luglio 2015, causa C-144/14, *Cabinet Medical Vetrinar Dr. Andrei*. Nel caso citato, condivisibilmente la Corte esclude che per il riconoscimento del legittimo affidamento la prassi amministrativa delle autorità tributarie rumene in tema di assoggettamento all'iva di talune prestazioni rese dai medici veterinari "non può essere sufficiente, a priori, salvo circostanze del tutto particolari, a creare in capo ad un operatore economico normalmente prudente e accorto un ragionevole affidamento nella

non applicabilità dell'iva a determinati servizi (…). Una prassi simile, per quanto deplorevole, non può, di per sé, essere ritenuta idonea a fornire ai soggetti passivi interessati assicurazioni precise in tal senso".

(68) Vedi Corte di Giustizia CE, 14 febbraio 1990, causa C-350/88, *Delacre e a./Commissione*. Nello stesso senso: Corte di Giustizia CE, 15 dicembre 1982, causa C-5/82; Corte di Giustizia CE, 26 aprile 1988, causa C-316/86.

(69) Corte di Giustizia UE, 21 febbraio 2018, causa C-628/16, *Kreuzmayer GmbH*, nella quale la Corte sottolinea che un operatore economico "non può invocare il principio di tutela del legittimo affidamento nei confronti del suo fornitore per avvalersi di un diritto a detrazione dell'iva a monte". La Corte, quindi, rileva che il principio di tutela del legittimo affidamento va riposto unicamente su degli atti della autorità finanziaria e giammai può basarsi su atti provenienti da un privato, quale ad esempio la fattura emessa dal fornitore di beni. Peraltro, la Corte rileva che la maggiore iva indicata in fattura non legittima il cessionario all'esercizio del diritto di detrazione, che va "limitato alle sole imposte dovute e non può essere esteso all'iva indebitamente versata a monte". Particolarmente interessante è la sentenza della Corte di Giustizia UE, 14 giugno 2017, causa C-26/16, *Santogal*; nel caso esaminato, la Corte aveva escluso il recupero a posteriori dell'iva in quanto l'autorità amministrativa aveva in precedenza riconosciuto in capo al soggetto passivo il diritto all'esenzione da iva per una determinata operazione.

(70) Corte di Giustizia CE, 14 febbraio 1990, causa C-350/88, *Delacre*; Corte di Giustizia CE, 26 marzo 1998, causa C-119/95, *Petridi*.

(71) Corte di Giustizia UE, 16 dicembre 2010, causa C-537/08, *Kahla Thuringen*. In tale senso v. anche CGUE, 16 dicembre 2008, causa C-47/07, *Masdar (UK)/Commissione*.

(72) Comm. trib. reg. Napoli, sez. III, ord. 1° settembre 2017, n. 2445/3/17. Nel caso oggetto del giudizio, la società contribuente presentava all'Agenzia delle Dogane nel corso degli anni varie istanze al fine di beneficiare di talune agevolazioni in materia di imposte sul consumo di energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili. Successivamente al riconoscimento della spettanza di tali agevolazioni, l'amministrazione ha mutato orientamento. Sulla base del principio del legittimo affidamento, l'amministrazione non ha richiesto al contribuente il pagamento di sanzioni e di interessi, mentre ha preteso il pagamento delle imposte riferite alle annualità precedenti al mutamento del proprio orientamento. Si precisa che tale rinvio pregiudiziale è stato dichiarato inammissibile dalla Corte di Giustizia UE, sez. VI, con ordinanza del 21 giugno 2018, posto che il giudice del rinvio si è limitato a riprodurre testualmente un estratto dell'argomentazione esposta dalla società ricorrente nel ricorso introduttivo del giudizio tributario, senza evidenziare le disposizioni di legge oggetto del contrasto con i principi comunitari. La Corte di Giustizia UE ha, comunque, rilevato che il giudice del rinvio conserva la facoltà di presentare una nuova domanda di pronuncia pregiudiziale completa di tutti i requisiti indicati nell'art. 267, t.f.u.e.

(73) In termini generali sull'istituto dell'interpello, cfr. A. Viotto, *Tutela dell'affidamento, consulenza giuridica e interpello*, cit., 691; R. Alfano e C. Verrigni, *Gli interpelli: evoluzione sistematica e trend legislativo italiano,* in *Dir. prat. trib. int.*, 2016, 841; M.G. Committeri e G. Scifoni, *Revisione degli interpelli: migliorano dialogo e collaborazione tra fisco e contribuente?*, in *Corr. trib.*, 2015, 4193; L. Del Federico, *Autorità e consenso nella disciplina degli interpelli fiscali*, in S. La Rosa (a cura di), *Profili autoritativi e consensuali del diritto tributario*, cit., 155; M. Versiglioni, *L'interpello nel diritto tributario*, Perugia, 2005; F. Pistolesi, *Gli interpelli tributari*, cit., 45; G. Marongiu, *Riflessioni sul diritto d'interpello*, in *Corr. trib*., 2002, 1408; M. Logozzo, *L'ignoranza della legge tributaria*, cit., 258.

(74) G. Fransoni, *Qual vaghezza, considerazioni sui presupposti dell'interpello qualificatorio*, in *Rass. trib.*, 2016, 570.

(75) Per una ricostruzione approfondita dell'imposta sostitutiva per le persone fisiche che trasferiscono la propria residenza in Italia v. A. Saini - P. Mandarino, *La* flat tax *per i neo residenti: un regime non convenzionale*, in *Innovazione&Diritto*, 2017, 314; G. Salanitro, *Profili sistematici dell'imposta sostitutiva per le persone fisiche che trasferiscono la propria residenza in Italia (c.d.* flat tax *per i neo residenti)*, in *Riv. dir. trib.*, 2018, 53. Secondo la disposizione di cui all'art. 24-*bis*, t.u.i.r., prima dell'esercizio dell'opzione per la "*flat tax*" è obbligatorio presentare istanza di interpello "probatorio" all'Agenzia delle entrate e ottenere una risposta positiva. Tuttavia, il provvedimento attuativo dell'Agenzia delle entrate dell'8 marzo 2017, nonché la circ. 23 marzo 2017, n. 17/E, considerano l'interpello una mera facoltà. Tale contrasto tra fonte primaria e secondaria può essere risolto non nel senso della prevalenza del testo di legge, ma del provvedimento amministrativo. Ciò in quanto, ai sensi dell'art. 2, 1° comma, d.l. n. 16 del 2012, la fruizione di benefici fiscali o l'accesso a regimi fiscali opzionali, subordinati all'obbligo di preventiva comunicazione ovvero ad altro adempimento di natura formale non tempestivamente eseguiti, non precludono il regime premiale laddove sussistano i requisiti sostanziali richiesti dalle norme. Pertanto, ricorrendo gli elementi essenziali richiesti dalla norma, gli adempimenti di natura formale devono essere considerati facoltativi.

(76) V. art. 10-*bis*, 5° comma, l. n. 212 del 2000.

(77) G. Fransoni - R. Suraci, *Facoltatività o obbligatorietà dell'interpello disapplicativo*, in *Corr. trib*., 2016, 1645.

(78) Cfr. G. Albano, *Attuata la disciplina sui nuovi investimenti,* in *Corr. trib.,* 2016, 2034; A. Tomassini*, L'interpello sui nuovi investimenti,* in *Corr. trib*., 2015, 1673.

(79) Cfr. C. Romano - M. Squittieri, *Rilancio del ruling internazionale per risolvere i conflitti in via preventiva ed eliminare le doppie imposizioni*, in *Corr. trib*., 2016, 2034; G. Gaffuri, *Il ruling internazionale*, in *Rass. trib*., 2004, 488; l. Tosi, *Il ruling di standard internazionale*, in *Dialoghi trib.*, 2004, 491.

IL CARATTERE UNITARIO DELLA TUTELA PAESAGGISTICA E L'INELUDIBILITÀ DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

di Edoardo Giardino

Corte cost., 30 marzo 2018, n. 66

L. 23-12-1999, n. 488, 26.

La Corte costituzionale, in linea con un consolidato orientamento, ribadisce il valore unitario e la concertazione necessaria della tutela paesaggistica, così da assicurare un agire uniforme, che si invera nel rispetto della legislazione di tutela dei beni culturali e paesaggistici. Quanto detto, però, non ascrive alla legislazione regionale il potere di prevedere una procedura per l'autorizzazione paesaggistica diversa da quella sancita dalla legislazione statale, non potendo le Regioni derogare agli istituti di protezione ambientale, che sono riflesso di una disciplina uniforme che vige su tutto il territorio nazionale e nel cui novero deve essere sussunta l'autorizzazione paesaggistica.
La Corte, infine, chiarisce il confine che separa la legislazione dall'amministrazione, ritenendo costituzionalmente illegittima quella norma legislativa, dal contenuto particolare, che preclude le garanzie procedimentali, in specie quelle derivanti da un'adeguata istruttoria e dal vincolo del giusto procedimento, viepiù funzionali ad una compiuta tutela dei valori paesaggistici ed ambientali.

Sommario: Premessa - La tutela paesaggistica quale valore unitario prevalente a concertazione necessaria - L'autorizzazione paesaggistica e l'unitarietà del regime giuridico degli istituti di protezione ambientale - I poteri regionali di pianificazione in materia di cave e l'uniformità dei livelli di tutela ambientale e paesaggistica - La rigidità della legge e l'ineludibilità del procedimento amministrativo

Premessa

Con la sentenza in commento, la Corte costituzionale delimita l'ambito di competenza statale in materia di ambiente e di paesaggio, ribadendone la natura trasversale nonché palesando, soprattutto, l'impronta unitaria della tutela paesaggistica, da intendersi quindi non solo come valore a prevalente concertazione necessaria, quanto come riflesso di dettami e di limiti non derogabili in peius.

In particolare, la Corte viene adita dal Presidente del Consiglio dei Ministri, il quale così promuove questioni di legittimità costituzionale, altresì, degli artt. 63, comma 7, 68 comma 1 e 95, commi 2, 4 e 5, L. R. Veneto del 30 dicembre 2016, n. 30 (recante "Collegato alla legge di stabilità regionale 2017").
Trattasi di disposizioni che, seppur in misura diversa, implementano i poteri regionali, contemplando previsioni non sempre in linea con il dettato costituzionale, quindi, con l'art. 117, comma 2, lett. s), Cost., laddove la norma ascrive alla competenza esclusiva dello Stato le materie della "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali".

Di qui, la necessità di preservare l'ambiente e il paesaggio attraverso una uniformità previsionale, che trova, quindi, nella legislazione statale la sua fonte, pur nella consapevolezza che proprio l'ambiente non postuli una sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta, lo stesso, infatti, investendo e intersecando altri interessi e altre competenze.
Si invera, quindi, una materia "traversale" ovvero "obiettivo", che non preclude l'intervento regionale se rivolto ad implementare il valore preservato, così da innalzarne e corroborarne i livelli di tutela.

La sentenza, inoltre, contempla i limiti che la Corte pone al potere legislativo di attrarre a sé ambiti, in genere, riservati all'azione amministrativa ed alle sue regole. Anche in tal caso-pur non escludendo a priori detta "possibilità", da sottoporre in ogni caso, ad un vaglio di stretta costituzionalità-la Corte evidenzia la sovente inadeguatezza di una disciplina, qual è quella legislativa, segnata da rigide predeterminazioni difficilmente modificabili e priva di una previa compiuta istruttoria, quindi, delle note garanzie procedimentali, del pari funzionali "all'inveramento dei valori paesaggistici e ambientali (...)"(1).

La tutela paesaggistica quale valore unitario prevalente a concertazione necessaria
Rievocando l'ordine delle censure esaminate con la sentenza in esame, la Corte dapprima vaglia la questione di legittimità costituzionale dell'art. 63, comma 7, L. R. n. 30/2016, il quale-inserendo il comma 1 bis nell'art. 45 ter della L.R. 23 aprile 2004, n. 11 (recante "Norme per il governo del territorio e in materia di paesaggio")-contempla i compiti della Regione strumentali all'adozione del piano paesaggistico, così disponendo: "La Giunta regionale, in attuazione all'accordo con il Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo (MiBACT) di cui agli articoli 135, comma 1 e 143, comma 2, del Codice, nelle more dell'approvazione del piano paesaggistico di cui al comma 1, procede alla ricognizione degli immobili e delle aree dichiarate di notevole interesse pubblico e delle aree tutelate per legge di cui, rispettivamente, agli articoli 136 e 142, comma 1, del Codice".

Si ascrive, così, alla Regione un potere unilaterale di natura sostitutiva ed interinale, sebbene gli artt. 135 e 143 del D.Lgs. n. 42 del 2004 contemplino un esercizio congiunto della pianificazione, in particolare, tra lo Stato (id est il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo) e la Regione e, solo nel caso di mancata approvazione del piano (limitatamente ai beni paesaggistici di cui alle lettere b, c e d del comma 1 del cit. art. 143) attribuiscano, viceversa, al Ministro la titolarità di un potere sostitutivo.

Trattasi, quindi, di una disposizione regionale che esorbita da un perimetro di competenza, costituzionale e ordinario, che invece si rivela ossequioso della natura composita o, per meglio dire, "trasversale"(2) dell'ambiente(3), trattandosi infatti di un ambito che riflette competenze differenti, ivi intrecciandosi interessi non tutti e non sempre riconducibili alla dimensione statuale.

La sentenza in esame, infatti, nel rievocare un consolidato orientamento, postula una lettura costituzionale alla cui stregua non tutte le sfere di competenza contemplate dal secondo comma dell'art. 117 riflettono "materie" in senso stretto, talvolta infatti rinvenendosi competenze del legislatore statale atte a lambire plurime materie, quindi, ad investire differenti interessi e competenze.

Del resto, già prima della novella del Titolo V Parte II della Costituzione(4), la stessa giurisprudenza della Consulta qualificava l'ambiente quale valore costituzionalmente protetto, espressione di una dimensione trasversale, tale perché contenitore di competenze diverse, quindi anche regionali, alla cui stregua conferire allo Stato la titolarità di quei poteri funzionali alla tutela di bisogni meritevoli di una disciplina uniforme(5). È noto, ormai da tempo, che la disciplina unitaria e complessiva del bene ambiente inerisce ad un interesse di valore costituzionale primario(6) ed assoluto(7), volto a garantire un livello di tutela elevato ed inderogabile in peius da altre discipline di settore(8).

Infatti, accanto al bene giuridico ambiente, da intendersi in senso unitario, possono coesistere "altri beni giuridici, aventi ad oggetto componenti o aspetti del bene ambiente, ma concernenti interessi diversi giuridicamente tutelati"(9).

Del resto, la natura composita dell'ambiente deriva dal suo essere un bene della vita complesso, ritenuto finanche "immateriale"(10), il cui regime giuridico non può non ricomprendere anche la salvaguardia delle qualità e degli equilibri delle sue singole componenti. Donde, la necessità di vagliarlo come sistema, esaminandolo nel suo tratto non solo statico ed astratto quanto, altresì e soprattutto, dinamico e concreto(11).

Spetta allo Stato, pertanto, disciplinare l'ambiente come una entità organica, così da dettare norme di tutela aventi ad oggetto "il tutto e le singole componenti considerate come parti del tutto"(12).

In altri termini, in linea con il dettato costituzionale, l'intervento dello Stato assicura sì una disciplina variegata, tuttavia accomunata dalla finalità, immanente all'intervento stesso, di garantire, sull'intero territorio nazionale, una tutela unitaria e non frazionata del bene stesso(13).

E così, l'attribuzione allo Stato di siffatta competenza esclusiva non implica una preclusione assoluta per l'intervento regionale "purché questo sia volto all'implementazione del valore ambientale e all'innalzamento dei suoi livelli di tutela"(14).

In tal modo, l'ordinamento riserva allo Stato il potere di fissare standards di tutela uniformi, funzione, questa, compatibile con coesistenti quanto differenti competenze, inclusa quindi quella regionale, che risulteranno legittime solo se postuleranno una disciplina tesa "a realizzare un ampliamento dei livelli di tutela non derogatoria in senso peggiorativo"(15).

Ebbene, quanto dianzi rievocato trova piena riprova nel Codice dei beni culturali e del paesaggio(16), il quale infatti, agli artt. 135(17) e 143(18), ascrive, congiuntamente, allo Stato e alle Regioni la funzione di pianificazione paesaggistica, un obbligo, questo, di elaborazione, che, in ordine ai beni vincolati indicati dal cit. art. 135, si atteggia a vero e proprio principio inderogabile della legislazione statale.

Infatti, proprio la co-titolarità, non solo partecipativa quanto decisionale, degli organi ministeriali nei procedimenti in esame assicura una effettiva ed uniforme tutela dell'ambiente(19), riflesso, questo, ineluttabile di quell'impronta unitaria che segna l'intera pianificazione paesaggistica, da intendersi sempre più come "valore imprescindibile, non derogabile dal legislatore regionale in quanto espressione di un intervento teso a stabilire una metodologia uniforme nel rispetto della legislazione di tutela dei beni culturali e paesaggistici sull'intero territorio nazionale"(20).

In caso contrario, l'esclusione o la mera partecipazione procedimentale dell'organo statale degraderebbe la tutela paesaggistica "da valore unitario prevalente e a concertazione rigorosamente necessaria, in mera esigenza urbanistica"(21).

Pertanto, lungi dal discostarsi da un orientamento ormai consolidatosi, la Corte accoglie la questione di legittimità costituzionale in esame, ritenendo che anche l'attività di ricognizione dei beni da sottoporre a vincoli paesaggistici debba essere espletata congiuntamente, viepiù a fronte dell'art. 143 del cit. Codice "che annovera la ricognizione dei beni di rilevanza paesaggistica tra le attività ricomprese nella 'elaborazione' del piano". Ed in tal senso muove - sempre secondo la Corte - non solo il Protocollo d'Intesa del 15 luglio 2009(22), quanto, altresì, l'art. 136, comma 1(23), del medesimo Codice, sicché "anche l'attività ricognitiva deve essere frutto di un percorso condiviso, in ogni suo passaggio e in ogni sua fase, da Stato e Regioni"(24).

Si afferma, così, una interpretazione in linea con la lettera della norma e con il tratto unitario che segna la funzione di pianificazione paesaggistica, a prescindere, quindi, dalla natura dell'attività di

ricognizione(25), dal suo essere, in quanto tale, funzione di accertamento di vincoli già esistenti. Effetti, questi, che pertanto si rivelano irrilevanti in quanto inidonei ad incidere, in senso derogatorio, su una sfera di competenza delimitata dalla fonte costituzionale e circoscritta dalla fonte primaria oltre che da quella consensuale.

L'autorizzazione paesaggistica e l'unitarietà del regime giuridico degli istituti di protezione ambientale

In linea con i principi dianzi rievocati, la Corte esamina l'ulteriore questione di legittimità costituzionale promossa in ordine all'art. 68, comma 1, L. R. Veneto n. 30 del 2016, laddove la norma dispone che: "Gli interventi di manutenzione degli alvei, delle opere idrauliche in alveo, delle sponde e degli argini dei corsi d'acqua, compresi gli interventi sulla vegetazione ripariale arborea e arbustiva, finalizzati a garantire il libero deflusso delle acque possono essere eseguiti senza necessità di autorizzazione paesaggistica ai sensi dell'articolo 149 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 'Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137 e successive modificazioni' e della valutazione di incidenza ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 8 settembre 1997, n. 357 'Regolamento recante attuazione della direttiva 92/43/CEE relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali, nonché della flora e della fauna selvatiche' previa verifica della sussistenza di tali presupposti ai sensi delle disposizioni statali e regionali".

Il vaglio di costituzionalità si traduce, così, nel verificare se la previsione regionale, in particolare, confligga o meno con l'art. 117, comma 2 lett. s), Cost., considerato che il regime giuridico dell'autorizzazione paesaggistica trova fonte nell'art. 146(26) del D.Lgs. n. 42 del 2004 e che le relative eccezioni, del pari, sono tassativamente ed in via esclusiva disciplinate dall'art. 149(27) del cit. Codice.

Ebbene, è pacifico per la giurisprudenza costituzionale - ampiamente rievocata dalla sentenza in commento - ritenere che la disciplina dell'autorizzazione paesaggistica costituisca esclusiva prerogativa statale, sicché non sarebbe consentito alle Regioni disporre deroghe al riguardo, dovendosi, infatti, sussumere l'autorizzazione paesaggistica nel genus di quegli istituti di protezione che recano una disciplina uniforme su tutto il territorio nazionale(28).

Il territorio, in verità, è gravato da plurimi interessi pubblici: da un lato, quelli concernenti la conservazione ambientale e paesaggistica, la cui cura spetta in via esclusiva allo Stato; dall'altro, quelli relativi al governo del territorio e alla valorizzazione dei beni culturali ed ambientali (id est la fruizione del territorio), conferiti, invece, alla competenza concorrente dello Stato e delle Regioni.

La tutela ambientale e paesaggistica postula, pertanto, un bene complesso e tuttavia unitario, riflesso di un valore primario ed assoluto, il quale-poiché ascritto alla competenza esclusiva dello Stato - "precede e comunque costituisce un limite alla tutela degli altri interessi pubblici assegnato alla competenza concorrente delle Regioni in materia di governo del territorio e di valorizzazione dei beni culturali e ambientali"(29).

Si assiste, così, alla coesistenza di due differenti interessi pubblici, costituiti: l'uno, dalla conservazione del paesaggio, affidato allo Stato; l'altro, dalla fruizione del territorio, attribuito anche alle Regioni(30).

Il tratto unitario della pianificazione paesaggistica assurge in tal guisa a valore imprescindibile, quindi, non derogabile dal legislatore regionale, giacché volto ad assicurare "una metodologia

uniforme"(31) nel segno della legislazione di tutela dei beni culturali e paesaggistici sull'intero territorio nazionale.

Il paesaggio, quindi, dovrà essere tutelato come valore primario "attraverso un indirizzo unitario che superi la pluralità degli interventi (...)"(32) e che non consenta deroghe "agli istituti di protezione ambientale uniformi, validi in tutto il territorio nazionale, nel cui ambito deve essere annoverata l'autorizzazione paesaggistica"(33).

Delineato, pertanto, l'afferente quadro normativo, è necessario verificare se la formula contemplata dalla disposizione regionale in esame rechi, attraverso la previsione di espressioni ampie ed invero indeterminate, effetti abrogativi sulla disciplina nazionale per quanto concerne, in particolare, una intera classe di interventi ivi contemplata.

Ebbene, da un processo di mera comparazione valutativa la Corte appura che la classe di interventi prevista dalla norma regionale non risulta sussumibile non solo nel novero degli interventi che l'art. 149 del Codice esonera dall'autorizzazione paesaggistica di cui all'art. 146, quanto, altresì, nella tipologia di interventi contemplata dal d.P.R. 13 febbraio 2017, n. 31 (emanato nelle more del giudizio di legittimità costituzionale in esame e, quindi, successivamente all'entrata in vigore delle norme ivi impugnate) e, in specie, in quella prevista dal relativo Allegato A(34).

A ben vedere, infatti, la norma regionale "non menziona le opere idrauliche in alveo (richiamate invece dalla disposizione regionale) e condiziona l'esenzione dell'autorizzazione paesaggistica 'all'assenza di alterazioni permanenti della visione d'insieme della morfologia del corso d'acqua'"(35).

La disposizione regionale reca, così, una previsione dal portato di certo più ampio di quello statale, in ordine tanto alla tipologia di intervento esonerato (id est "le opere idrauliche in alveo"), quanto alle condizioni legittimanti l'esonero stesso (ossia che gli interventi di manutenzione non alterino la "visione d'insieme della morfologia del corso d'acqua").In altri termini, non è dato alle Regioni esonerare dall'autorizzazione paesaggistica interventi in materia di difesa del suolo discostandosi o prescindendo da quanto disposto dalla normativa statale, le stesse, invece, potendo al riguardo disporre eccezioni, ma sempre "sulla base della normativa statale, se del caso a seguito di concertazione con la Regione"(36).

Peraltro, pur considerando che la normativa statale di cui al cit. d.P.R. n. 31 del 2017 risulta sopravvenuta, in ogni caso permangono profili di incostituzionalità della norma, in quanto la previsione regionale avrebbe prodotto, sebbene per un arco temporale limitato, una dequotazione del livello di tutela ambientale, in tal guisa violando il riparto di competenza costituzionale.

L'incostituzionalità della norma deriverebbe, pertanto, da un "intervento peggiorativo, in deroga, della Regione nell'ambito riservato all'esclusiva competenza statale in materia ambientale"(37).

I poteri regionali di pianificazione in materia di cave e l'uniformità dei livelli di tutela ambientale e paesaggistica
Viene, altresì, sottoposto al vaglio della Corte il comma 2 dell'art. 95 della cit. L. R. Veneto n. 30 del 2016, laddove la norma dispone che: "È consentito, previa autorizzazione della struttura regionale competente in materia di attività estrattive, lo stoccaggio e la lavorazione, nelle cave non estinte, di materiali da scavo costituiti da sabbie e ghiaie, provenienti dalla realizzazione delle opere di cui al comma 1, con almeno 500.000 metri cubi di materiale di risulta, ove sussistano le seguenti condizioni: a)i materiali sono qualificabili come sottoprodotti ai sensi della vigente normativa; b)i

materiali conferiti sono equiparabili per tipologia al materiale costituente il giacimento coltivato nella cava".

Ad avviso del Presidente del Consiglio dei Ministri, la previsione censurata, incidendo sulla disciplina del trattamento dei sottoprodotti prevista dagli artt. 183, comma 1, lett. qq) e 184 bis del D.Lgs. n. 152/2006, violerebbe l'art. 117, comma 2, lett. s), Cost., dovendosi sussumere lo smaltimento delle rocce da scavo nella competenza esclusiva dello Stato in materia di ambiente.

Invero, la Corte adita ha sovente ritenuto che "la disciplina delle procedure per lo smaltimento delle rocce e terre da scavo attiene al trattamento dei residui di produzione ed è perciò da ascriversi alla 'tutela dell'ambiente' affidata in via esclusiva alle competenze dello Stato, affinché siano garantiti livelli di tutela uniformi su tutto il territorio nazionale"(38). Di qui, la previsione dell'art. 184 bis del D.Lgs. n. 152/2006, che non solo, al comma 1(39), distingue i "sottoprodotti" dai "rifiuti", quanto, al comma 2, rinvia all'emanazione di un decreto ministeriale(40) la definizione "di criteri qualitativi o quantitativi da soddisfare affinché specifiche tipologie di sostanze o oggetti siano considerati sottoprodotti e non rifiuti".

Di qui, l'insussistenza di verosimili profili di incostituzionalità, poiché la stessa "non incide in alcun modo sulla normativa statale (...) presupponendone anzi l'applicazione"(41).

A ben vedere, infatti, la previsione in esame dispone la possibilità di riutilizzare materiale inerte, a sua volta, proveniente dalla realizzazione di opere pubbliche, sempre che "questo sia qualificabile come 'sottoprodotto' alla stregua della normativa vigente e purché il luogo di conferimento sia ordinariamente adibito all'estrazione di materiali aventi analoghe caratteristiche"(42).

La norma regionale, pertanto, né confligge né, quindi, si sovrappone a quella statale, giacché l'attività di stoccaggio e di lavorazione postula la qualificazione come "sottoprodotto" del materiale inerte, così come previsto dalla normativa vigente. Ed è proprio il riferimento alla "normativa vigente", recato dalla norma censurata, che configura un rinvio alla fonte statale in materia di sottoprodotti, donde la riutilizzabilità del materiale da scavo solo laddove risultino rispettate le stringenti condizioni poste dalla disciplina statale(43).

La rigidità della legge e l'ineludibilità del procedimento amministrativo
Il giudizio di legittimità costituzionale si estende altresì ai commi 4 e 5 del cit. art. 95 della L. R. Veneto n. 30 del 2016, che così, rispettivamente, prevedono: "4. Per un periodo di nove (9) anni non può essere autorizzata l'apertura di nuove cave di sabbia e ghiaia. 5. Sono consentiti i soli ampliamenti di cave di sabbia e ghiaia, non ancora integralmente estinte ai sensi dell'articolo 25 della legge regionale 7 settembre 1982, n. 44, quali aree di cui all'articolo 5, lettera a) della legge regionale 7 settembre 1982, n. 44, nel caso ricorrano le seguenti condizioni: a) l'impresa richiedente sia titolare di autorizzazioni di cava per sabbia e ghiaia che, nel complesso, non presentino un volume residuo estraibile superiore a cinquecentomila metri cubi; b) il volume in ampliamento non superi, per ciascuna ditta richiedente, cinquecentomila (500.000) metri cubi e, per ciascuna cava, il 50 per cento del volume complessivamente già autorizzato; c) per la cava oggetto di ampliamento la autorizzazione sia ancora in essere al momento di presentazione della istanza e la superficie già ricomposta in via definitiva sia superiore al 50 per cento della superficie complessiva di cava già autorizzata, con esclusione dell'area occupata da impianti di lavorazione eventualmente presenti all'interno del sito; d) ai fini di cui all'articolo 5, lettere b) e c) della legge regionale 7 settembre 1982, n. 44, i volumi autorizzati in ampliamento ai sensi del presente comma 5, non superino complessivamente 8,5 milioni di metri cubi così suddivisi: 4,5 milioni di metri cubi per il territorio della provincia di Verona e 4 milioni di metri cubi per il territorio della provincia di Vicenza. Tali

previsioni, ai sensi dell'articolo 7 della legge regionale 7 settembre 1982, n. 44, sono novennali e soggette a revisione almeno ogni tre anni e comunque ogni qualvolta se ne determini la necessità; e) il progetto preveda che la porzione in ampliamento raggiunga una profondità analoga a quella già autorizzata, ma comunque mai sottofalda".

Secondo il ricorrente, il suddetto comma 4, precludendo l'espletamento delle procedure di valutazione di impatto ambientale per un tempo, peraltro, irragionevole e sproporzionato, si rivelerebbe contrario ai vincoli di cui agli artt. 117, comma 2, lett. s), 3 e 41, Cost.

Si contesta, così, una norma che dispone un'aprioristica ed indiscriminata sospensione del rilascio dei titoli minerari per un considerevole lasso di tempo, in tal guisa sortendo un effetto sostanzialmente interdittivo, come tale, contrario all'ineluttabile esigenza di ponderare ciascuna proposta progettuale imposta dalla normativa dettata in tema di VIA e riconducibile alla potestà legislativa esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. s), Cost.(44).

E senza tacere la paventata violazione degli artt. 3 e 41 Cost., se si considera l'irragionevolezza di un divieto che, da un lato, impedisce l'esame delle ricadute ambientali e delle specifiche soluzioni tecniche relative alle singole proposte progettuali(45) e, dall'altro, favorisce, rendendole dominanti, le posizioni degli attuali titolari di autorizzazione alla coltivazione di cave.

Si determinerebbe, così, a favore di questi ultimi, un beneficio sproporzionato ed irragionevole anche rispetto alla stessa finalità di tutela dell'ambiente, poiché lo sfruttamento delle cave esistenti, non più bilanciabile dall'apertura di nuove cave e dalla chiusura e ricomposizione di quelle già esistenti, cagionerebbe, invero aggravandolo, un nocumento complessivo all'ambiente stesso.

Ad avviso sempre del ricorrente, anche il comma 5 del cit. art. 95 risulterebbe affetto da incostituzionalità, laddove condiziona l'ampliamento delle cave di sabbia e ghiaia non estinte alla ricorrenza di taluni requisiti (quali un limite massimo dei volumi complessivamente assentiti e una soglia massima prestabilita dei volumi estraibili). Dette limitazioni colliderebbero con la competenza esclusiva dello Stato di cui all'art. 117, comma 2, lett. e)(46), Cost. in materia di tutela della concorrenza e all'art. 117, comma 2, lett. s), Cost. in materia di tutela dell'ambiente.

Si delineerebbero, anche in tal caso, esiti limitativi dell'attività economica di cava affatto funzionali ad una effettiva tutela dell'ambiente, la quale, nella lettera e nella ratio del D.Lgs. n. 152/2006, non può non postulare una gestione pianificata delle risorse ambientali. Di qui, pertanto, l'inadeguatezza di modalità gestionali recate da rigide predeterminazioni legislative, le quali - poiché prive di specifica istruttoria e, quindi, non modificabili se non attraverso un ulteriore iter legislativo - potrebbero risultare foriere di danni irreversibili all'ambiente laddove si determinasse un impatto negativo delle relative misure.

Orbene, attesa la connessione delle suddette disposizioni censurate, la Corte ha ritenuto di esaminarle congiuntamente, preliminarmente chiarendo che le disposizioni censurate tentano di sopperire all'indefinita provvisorietà e alla mancata pianificazione amministrativa delle attività estrattive sul territorio regionale.

Emerge, così, che il legislatore regionale abbia tentato, da un lato, di salvaguardare l'integrità paesaggistica del territorio, evitando l'eccessivo consumo di suolo attraverso il divieto di nuove cave, dall'altro, di promuovere il reperimento di materiali inerti necessari per lo svolgimento di date attività produttive, ampliando, quindi, le attività estrattive.

Tuttavia, sebbene il contemperamento di detti contrapposti interessi spetti al potere regionale, ciò che risulterebbe, invero, censurato non è l'esito del bilanciamento bensì - secondo la Corte - "lo strumento normativo prescelto".

Ebbene, vero è che la fonte legislativa possa attrarre a sé oggetti o materie in genere ascritti all'agire amministrativo, in quanto nessuna disposizione costituzionale comporta una riserva agli organi amministrativi o esecutivi degli atti a contenuto particolare e concreto(47), ma è altrettanto vero che detto processo attrattivo debba soggiacere ad uno scrutinio stretto di costituzionalità(48).

Nel caso di specie, in realtà, l'autorizzazione all'ampliamento ex lege lambisce procedimenti di piano che, a loro volta, implicano competenze tanto statali (la tutela ambientale e la tutela paesaggistica) quanto regionali (la disciplina delle cave e delle torbiere), donde il rischio che proprio l'ampliamento operato dalla legge delle attività estrattive possa vanificare tutti quegli atti di pianificazione territoriale eventualmente incompatibili con la volontà legislativa, in tal modo "generando una automatica prevalenza delle esigenze legate all'approvvigionamento del materiale inerte sulle istanze di protezione paesaggistica, che pure la Costituzione annovera tra i suoi principi fondamentali (art 9, secondo comma, Cost.)"(49).

Qualora la scelta necessiti di una compiuta ponderazione non è dato, pertanto, privarsi di un'adeguata istruttoria e del vincolo del giusto procedimento(50) a favore, invece, di una rigida predeterminazione legislativa delle modalità gestionali, difficilmente modificabili se non attraverso un nuovo, lento ed incerto, iter legislativo.

Solo il procedimento, quindi, può assicurare una compiuta sintesi delle plurime istanze coinvolte, siano esse statali, regionali, locali e private, in linea, del resto, con una giurisprudenza costituzionale che, proprio in ordine all'adozione di un piano paesistico, ha sovente chiarito che al legislatore competa non solo enunciare ipotesi astratte, quanto predisporre "un procedimento amministrativo attraverso il quale gli organi competenti provvedano (...) dopo avere fatto gli opportuni accertamenti, con la collaborazione, ove occorra, di altri organi pubblici, e dopo avere messo i privati interessati in condizioni di esporre le proprie ragioni sia a tutela del proprio interesse, sia a titolo di collaborazione nell'interesse pubblico"(51).

Se, quindi, spetta alla discrezionalità politica del legislatore regionale dettare la disciplina delle attività estrattive nel territorio regionale, è viceversa incostituzionale quella norma dal portato particolare, che preclude, rendendole inoperanti, quelle garanzie procedimentali, funzionali, proprio nel caso di specie, all'inveramento di quei valori paesaggistici e ambientali interessati dall'attività di cava.

E così il tentativo semplificatore di ovviare all'inerzia amministrativa, attraverso una norma legislativa tale più nella forma che nella sostanza, non solo dequota valori costituzionali ormai acquisiti, quanto sopravvaluta la capacità stessa della legge di disciplinare, uniformemente, una serie infinita di rapporti.

Detta sicurezza infatti "non è che relativa"(52), perché molteplici e problematici sono i rapporti giuridici che, di volta in volta, esigono una scelta di concreta ponderazione, nella consapevolezza che ciò che noi possiamo conferire alle leggi altro non è che "un'estrema probabilità di applicazione"(53).

Tutto questo si profila viepiù in una società, qual è quella attuale, variegata e complessa, ove plurimi e compositi sono gli interessi da tutelare e dove permane il bisogno di recuperare e, quindi, di

rimarcare gli ordinari tratti della legislazione, a fortiori se si considera non già "quello che la legge fu" bensì ciò che "la legge è diventata"(54), ossia una fonte di "regolazioni diversificate, articolate, settoriali"(55), i cui tradizionali caratteri dell'astrattezza e della generalità continuano, sovente, a non risultare ontologicamente imprescindibili(56).

(1) Così Corte cost., 30 marzo 2018, n. 66, in www.cortecostituzionale.it.
(2) Cfr. Corte cost., 12 ottobre 2017, n. 212, in www.cortecostituzionale.it; Id., 16 settembre 2016, n. 210, in Urb. e app., 2016, 11, 1229; Id., 6 luglio 2012, n. 171, in Foro it., 2013, 6, 1, 1807; Id., 18 aprile 2008, n. 104, in www.cortecostituzionale.it; Id., 14 novembre 2007, n. 378, ivi; Id., 26 luglio 2002, n. 407, in Riv. giur. edil., 2002, I, 1189; Id., 18 novembre 2000, n. 507, in Giur. it., 2001, 1781 con nota di F. Modugno - A. Celotto; Id. 15 febbraio 2000, n. 54, in www.cortecostituzionale.it; Id., 7 ottobre 1999, n. 382, in Regioni, 2000, 163 con nota di S. Mangiameli; Id. 17 luglio 1998, n. 273, in www.cortecostituzionale.it.
(3) Sulla nozione di ambiente, cfr. M.S. Giannini, "Ambiente": saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, in Riv. trim. dir. pubbl.,1973, 23 e in Id., Scritti,VI, Milano, 2005, 455, il quale ne offre una triplice analisi, in specie esaminando: "1) l'ambiente a cui fanno riferimento la normativa e il movimento di idee relativi al paesaggio; 2) l'ambiente a cui fanno riferimento la normativa e il movimento di idee relativi alla difesa del suolo, dell'aria, dell'acqua; 3) l'ambiente a cui si fa riferimento nella normativa e negli studi dell'urbanistica". Sulla plurisignificanza del termine "ambiente" cfr. sempre M.S. Giannini, Primi rilievi sulle nozioni di gestione dell'ambiente e di gestione del territorio,in Id., Scritti, cit., 870, laddove l'Autore precisa che "'ambiente' è in realtà, sotto l'aspetto giuridico, una sintesi verbale, perché gli elementi che compongono l'ambiente non sono omogenei per natura, e l'azione che l'uomo dispiega nell'ambiente è a sua volta non omogenea". Sulla tutela dell'ambiente a fronte dell'esercizio di poteri globali, cfr. L. Casini, Potere globale, Bologna, 2018, 40 ss.; Id., Un patrimonio culturale senza frontiere, in Aedon, n. 2/2018. Sulla tutela del paesaggio, cfr. G. Piperata, Paesaggio, in Diritto del patrimonio culturale (di C. Barbati - Cammelli - L. Casini - G. Piperata- G. Sciullo), Bologna, 2017, 243 ss.; P. Carpentieri, Autorizzazione paesaggistica semplificata, Santarcangelo di Romagna, 2017, passim; Id., Semplificazione e tutela, in Aedon, n. 3/2016; G. Severini, La tutela costituzionale del paesaggio (art. 9 Cost.),in S. Battini - L. Casini - G. Vesperini - C. Vitale (a cura di), Codice di edilizia e urbanistica Torino, 2013, 3 ss.; R. Fattibene, L'evoluzione del concetto di paesaggio tra norme e giurisprudenza costituzionale: dalla cristallizzazione all'identità, in Federalismi.it, n.10/2016; C. Barbati, Il paesaggio come realtà etico-culturale, in Aedon, n. 2/2007; M. Immordino, La dimensione "forte" della esclusività della potestà legislativa statale sulla tutela del paesaggio nella sentenza della Corte costituzionale n. 367 del 2007,in Aedon, n. 1/2008; F. Fonderico, La tutela dell'ambiente,in Trattato di diritto amministrativo (a cura di S. Cassese), Diritto amministrativo speciale, tomo secondo, Milano, 2003, 2017 ss.; Id., Ambiente (Dir. amm.), in Dizionario di diritto pubblico (diretto da S. Cassese), I, Milano, 2006, 204, per il quale "Nel linguaggio giuridico, il termine 'ambiente' ricorre in tre accezioni fondamentali. In primo luogo, l''ambiente' costituisce un 'bene giuridico', oggetto di specifici istituti e discipline di tutela (...) Ve ne sono una molteplicità di definizioni, paragonabili a una serie di cerchi concentrici. Accanto ad un nucleo comune (aria, acqua, suolo, flora, fauna, salute umana, interazione tra i precedenti fattori), si rinvengono nozioni più estese in relazione al settore di intervento e alle specifiche finalità perseguite (a seconda dei casi, sono ricompresi il clima, il paesaggio, i monumenti, il patrimonio culturale, le condizioni socioeconomiche ecc.) (...) In secondo luogo, l''ambiente' può essere inteso come 'materia', ossia come la sfera, normativamente definita, che delimita la competenza di un soggetto pubblico ovvero di un campo di intervento legislativo (...). In terzo luogo, l''ambiente' può essere inteso come 'valore costituzionale'. Così viene interpretato dalla prevalente giurisprudenza costituzionale specie a seguito della riforma del titolo V della Costituzione, secondo cui non tutti gli ambiti materiali di cui all'art. 117, co. 2, cost. possono, in quanto tali, configurarsi come 'materie in senso tecnico', in alcuni casi, dovendosi

ragionare di 'competenze' del legislatore statale 'idonee ad investire una pluralità di materie' (...) (C. cost., n. 407/2002)". In argomento cfr., inoltre, E. Capaccioli - A. Dal Paz, Ambiente, in Noviss. Dig. it., App., I, Torino, 1980, 257; G. Pericu, Ambiente (tutela dell') nel diritto amministrativo, in Dig. disc. pubbl., vol. I, Torino, 1987, 189 ss. Sul rapporto tra la nozione di ambiente e quella di paesaggio, cfr. A. Predieri, Paesaggio,in Enc. dir., XXXI, Milano, 1981, 503-504, il quale osserva che "la promiscuità di riferimenti al paesaggio e all'ambiente è ormai assai frequente (...) e spiegabile con varie considerazioni. Se (...) è opportuno distinguere ambiente da paesaggio, l'unione di sinonimi ed espressioni vicine ha aspetti utili: sottolinea gli scopi comuni di domande sociali, la matrice comune di risposte dell'ordinamento e, nelle condizioni di scollamento anche lessicale che caratterizza l'attuale legislazione, enorme, ripetitiva, sfiancata e insieme iperdettagliata, propone formule che, se anche sono costituite da elementi coincidenti parzialmente o ripetitivi, consentono 'un'ampia visione del pubblico interesse rispetto alle esigenze ambientali offerta dalla complessità di elementi di valutazione non soltanto paesistici (ecologia, flora, fauna, situazione geologica) che convergono in una moderna concezione urbanistica dell'ambiente'" (al riguardo l'Autore rievoca testualmente la sentenza del. Cons. Stato, Sez. IV, 22 ottobre, 1974, n. 668, in Cons. Stato, 1974, I, 1181 ss.). Si giunge così a ritenere che la "nozione di paesaggio accolta ha punti di coincidenza strutturali, a diverse profondità, con quella di ambiente, o almeno con alcune nozioni di esso e l'attività di tutela del paesaggio è funzionalmente connessa a quella di tutela dell'ambiente. Ambiente non è nozione tipicamente giuridica, o almeno nello stato della normazione attuale (ma è difficile che le cose possano cambiare, soprattutto per la fluidità del termine ambiente), anche se la parola viene usata in senso ampio, con frequenza (...) in non poche leggi, per varie ragioni. Esse vanno dalla moda, alla opportunità di utilizzare parole atecniche, e perciò tali da consentire maggiori innovazioni e discrezionalità (...)" (A. Predieri, Paesaggio, cit., 507). Sulla nozione di paesaggio come valore estetico-culturale e sulle sue connessioni con la nozione di ambiente, cfr. M. Immordino, Paesaggio (tutela del),in Dig. disc. pubbl., X, Torino, 1995, 576 ss. Sul rapporto tra paesaggio, beni ambientali e beni paesaggistici, cfr. M. Cecchetti, Art. 9, in R. Bifulco - A Celotto - M. Olivetti (a cura di), Commentario alla Costituzione, Torino, 2006, 224 ss. Sul fronte definitorio e concettuale "Paesaggio, in un ambiente naturale modificato dall'uomo, è l'espressione di una dinamica di forze naturali, ma soprattutto di forze dell'uomo (...) e quindi delle forze sociali (...) condizionate dall'ambiente geografico e dal clima ma che non accettano supinamente le costrizioni e operano contro di esse, o sono addirittura particolarmente stimolate da esse. Il paesaggio è fatto fisico, oggettivo ma, al tempo stesso, un farsi, un processo creativo continuo, incapace di essere configurato come realtà o dato immobile; è il modo di essere del territorio nella sua percezione visibile. Il paesaggio, insomma, viene a coincidere con la forma e l'immagine dell'ambiente, come ambiente visibile, ma inscindibile dal non visibile, come un conseguente riferimento di senso o di valori a quel complesso di cose" (A. Predieri, Paesaggio, cit., 506-507). In argomento, cfr., altresì, G.F. Cartei, Il paesaggio, in Trattato di diritto amministrativo (diretto da S. Cassese) Diritto amministrativo speciale, tomo secondo, cit., 2120 ss.; Id., Paesaggio, in Dizionario di diritto pubblico (diretto da S. Cassese), V, Milano, 2006, 4063 ss.; M. Immordino, Vincolo paesaggistico e regime dei beni, Padova, 1991, 3 ss.; F. Merusi, Art. 9,in G. Branca (a cura di),Commentario alla Costituzione, I, Bologna, 1975, 441 ss.; G. Repetto, Art. 9, in La Costituzione italiana (a cura di F. Clementi - L. Cuocolo- F. Rosa - G. E. Vigevani), Bologna, 2018, 65 ss.. Sia consentito,altresì, richiamare E. Giardino, La nozione giuridica di ambiente e la sua configurazione nella disciplina costituzionale,in Arch. giur. Filippo Serafini, n. 2/2005, 199 ss.

(4) Cfr. Corte cost., 17 luglio 1998, n. 273, cit.; Id.,7 ottobre 1999, n. 382, cit.; Id., 15 febbraio 2000, n. 54, cit.; Id., 18 novembre 2000, n. 507, cit.

(5) Corte cost., 26 luglio 2002, n. 407, cit.

(6) Cfr. Corte cost., 27 giugno 1986, n. 151, in Riv. giur. edil., 1986, I, 701.

(7) Cfr. Corte cost., 28 maggio 1987, n. 210, in Cons. Stato, 1987, II, 920.

(8) Corte cost., 14 novembre 2007, n. 378, cit.

(9) Così Corte cost., 14 novembre 2007, n. 378, cit., la quale altresì osserva che "Si parla, in proposito, dell'ambiente come 'materia trasversale', nel senso che sullo stesso oggetto insistono interessi diversi: quello alla conservazione dell'ambiente e quelli inerenti alle sue utilizzazioni. In questi casi, la disciplina unitaria del bene complessivo ambiente, rimessa in via esclusiva allo Stato, viene a prevalere su quella dettata dalle Regioni o dalle Province autonome, in materie di competenza propria, ed in riferimento ad altri interessi".
(10) Cfr. Corte cost., 14 novembre 2007, n. 378, cit.
(11) Cfr. Corte cost., 14 novembre 2007, n. 378, cit.; Id., ord. 27 aprile 2007, n. 144, in www.cortecostituzionale.it.
(12) Cfr. Corte cost., 14 novembre 2007, n. 378, cit.
(13) Corte cost., 12 ottobre 2017, n. 212, cit.
(14) Corte cost., 30 marzo 2018, n. 66, cit.
(15) Cfr. Corte cost., 6 luglio 2012, n. 171, cit.; Id., 22 luglio 2011, n. 235, in Foro it., 2011, 10, 1, 2575; Id., 26 febbraio 2010, n. 67, in www.cortecostituzionale.it; Id., 22 luglio 2009, n. 225, ivi; Id., 23 gennaio 2009, n. 12, ivi; Id., 26 luglio 2002,n. 407, cit.
(16) D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.
(17) Ex art. 135, comma 1, D.Lgs. n. 42 del 2004: "Lo Stato e le regioni assicurano che tutto il territorio sia adeguatamente conosciuto, salvaguardato, pianificato e gestito in ragione dei differenti valori espressi dai diversi contesti che lo costituiscono. A tale fine le regioni sottopongono a specifica normativa d'uso il territorio mediante piani paesaggistici, ovvero piani urbanistico-territoriali con specifica considerazione dei valori paesaggistici, entrambi di seguito denominati: 'piani paesaggistici'. L'elaborazione dei piani paesaggistici avviene congiuntamente tra Ministero e regioni, limitatamente ai beni paesaggistici di cui all'articolo 143, comma 1, lettere b), c) e d), nelle forme previste dal medesimo articolo 143". In argomento, cfr. M. Cecchetti, Art. 135 Pianificazione paesaggistica, in Codice dei beni culturali e del paesaggio (di G. Famiglietti - N. Pignatelli), Roma, 2015, 817, per il quale "la tutela paesaggistica non è soltanto salvaguardia e conservazione statica dei più elevati valori paesaggistici, ma si estende ad ogni intervento umano destinato ad incidere sulla forma fisica del territorio".
(18) Ai sensi dell'art. 143, comma 2, D.Lgs. n. 42 del 2004: "Le regioni, il Ministero ed il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare possono stipulare intese per la definizione delle modalità di elaborazione congiunta dei piani paesaggistici, salvo quanto previsto dall'articolo 135, comma 1, terzo periodo. Nell'intesa è stabilito il termine entro il quale deve essere completata l'elaborazione del piano. Il piano è oggetto di apposito accordo fra pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241. L'accordo stabilisce altresì i presupposti, le modalità ed i tempi per la revisione del piano, con particolare riferimento all'eventuale sopravvenienza di dichiarazioni emanate ai sensi degli articoli 140 e 141 o di integrazioni disposte ai sensi dell'articolo 141-bis. Il piano è approvato con provvedimento regionale entro il termine fissato nell'accordo. Decorso inutilmente tale termine, il piano, limitatamente ai beni paesaggistici di cui alle lettere b), c) e d) del comma 1, è approvato in via sostitutiva con decreto del Ministro, sentito il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare".
Del pari, necessario è evocare quanto disposto dall'art. 143, comma 1, lett. b), c) e d), secondo cui: "1. L'elaborazione del piano paesaggistico comprende almeno: (...) b) ricognizione degli immobili e delle aree dichiarati di notevole interesse pubblico ai sensi dell'articolo 136, loro delimitazione e rappresentazione in scala idonea alla identificazione, nonché determinazione delle specifiche prescrizioni d'uso, a termini dell'articolo 138, comma 1, fatto salvo il disposto di cui agli articoli 140, comma 2, e 141-bis; c) ricognizione delle aree di cui al comma 1 dell'articolo 142, loro delimitazione e rappresentazione in scala idonea alla identificazione, nonché determinazione di prescrizioni d'uso intese ad assicurare la conservazione dei caratteri distintivi di dette aree e, compatibilmente con essi, la valorizzazione; d) eventuale individuazione di ulteriori immobili od aree, di notevole interesse pubblico a termini dell'articolo 134, comma 1, lettera c), loro delimitazione e rappresentazione in

scala idonea alla identificazione, nonché determinazione delle specifiche prescrizioni d'uso, a termini dell'articolo 138, comma 1". Sul rapporto tra l'art. 143 e l'art. 135 del cit. Codice, cfr. G Conti, Art. 143 Piano paesaggistico, in Codice dei beni culturali e del paesaggio (di G. Famiglietti - N. Pignatelli), cit., 884-885, laddove osserva che le intese di cui all'art. 143 "non sono - sul piano dell'apparenza letterale - necessarie (la disposizione in commento usa il verbo "possono"). Tuttavia, questa disposizione deve essere interpretata alla luce dell'art. 135, co. 1, secondo periodo (...) Di conseguenza, è possibile sostenere che le intese rappresentino il normale modo di esprimersi del principio di leale collaborazione che impone alle regioni di pianificare congiuntamente allo Stato i beni paesaggistici di cui all'art. 143, co. 1, lett. (b), (c) e (d) (...) Le intese possono quindi essere considerate necessarie per quanto concerne il contenuto del piano paesaggistico riferito ai ai beni paesaggistici che si sono ricordati, il che è espresso nell'art 135, co. 1, ma la ragione per la quale la norma (ossia l'art. 143) (...) le considera facoltative è che attraverso di esse è possibile prevedere una collaborazione assai più ampia fra le regioni e i ministeri competenti".

(19) Cfr. Corte cost., 16 settembre 2016, n. 210, cit.; Id., 17 aprile 2015, n. 64, in Foro it., 2015, 6, 1, 1882; Id., 11 luglio2014, n. 197, in www.cortecostituzionale.it; Id., 18 luglio 2013, n. 211, ivi; Id., 22 luglio 2011, n. 235, in questa Rivista, 2011, 10, 1118.

(20) Corte cost., 5 maggio 2006, n. 182, in www.cortecostituzionale.it. In senso analogo, cfr. Corte cost., 30 marzo 2018, n. 66, cit.; Id., 17 aprile 2015, n. 64, cit.

(21) Corte cost., 30 marzo 2018, n. 66, cit.; Id., 17 aprile 2015, n. 64, cit.; Id., 23 dicembre 2008, n. 437, in Foro it., 2010, 2, 1, 394.

(22) Secondo la Corte infatti: "In tale direzione si muove, peraltro, il Protocollo d'Intesa del 15 luglio 2009, finalizzato, in attuazione dell'art. 143, comma 2, cod. beni culturali, ad attribuire al piano territoriale regionale di coordinamento (PTRC) 'la qualità di piano urbanistico-territoriale con specifica considerazione dei valori paesaggistici' (art. 1 del Protocollo sottoscritto tra Ministero per i beni e le attività culturali e la Regione del Veneto, in attuazione delle disposizioni di cui agli articoli 135, comma 1, e 143 comma 2, del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, per l'elaborazione congiunta del piano paesaggistico regionale e relativo disciplinare attuativo). L'accordo, oltre a istituire un comitato tecnico a composizione mista per il coordinamento e la definizione dell'aggiornamento paesaggistico del piano, ha espressamente disposto, all'art. 10, comma 3, che 'le parti si impegnano sin d'ora a completare la ricognizione indicata all'art. 143, comma 1, lettere b) e c), del Codice', affidando al predetto comitato paritetico la 'definizione dei contenuti' del piano e il 'coordinamento delle azioni necessarie alla sua redazione'" (Corte cost., 30 marzo 2018, n. 66, cit.).

(23) L'art. 136 del D.Lgs. n. 42 del 2004 così recita: "1. Sono soggetti alle disposizioni di questo Titolo per il loro notevole interesse pubblico: a) le cose immobili che hanno cospicui caratteri di bellezza naturale, singolarità geologica o memoria storica, ivi compresi gli alberi monumentali; b) le ville, i giardini e i parchi, non tutelati dalle disposizioni della Parte seconda del presente codice, che si distinguono per la loro non comune bellezza; c) i complessi di cose immobili che compongono un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale, inclusi i centri ed i nuclei storici; d) le bellezze panoramiche e così pure quei punti di vista o di belvedere, accessibili al pubblico, dai quali si goda lo spettacolo di quelle bellezze".

(24) Corte cost., 30 marzo 2018, n. 66, cit.

(25) La ricognizione, più segnatamente, costituisce "l'identificazione dei tratti essenziali del territorio attraverso una sua attenta osservazione e non è un caso che questa espressione sia utilizzata in topografia per la mappatura del terreno"(G. Conti, Art. 143 Piano paesaggistico, cit., 877). La ricognizione si distingue dall'"individuazione" e dall'"analisi" (entrambe contemplate, del pari, dall'art. 143), in quanto mentre l'individuazione "è un processo, il processo che costruisce un'identità attraverso la specificazione di ciò che la rende originale", l'analisi "è la scomposizione di un tutto nelle parti che lo compongono" (Ibidem).

(26) Sull'art. 146 del D.Lgs. n. 42 del 2004, cfr. M.R. Spasiano, Art. 146, in M.A. Sandulli (a cura di), Codice dei beni culturali e del paesaggio, Milano, 2012, 1119 ss.; N. Pignatelli, Art. 146

Autorizzazione, in Codice dei beni culturali e del paesaggio (di G. Famiglietti - N. Pignatelli), cit., 905 ss.

(27) In argomento, cfr. R. Lombardi, Art. 149, in M.A. Sandulli (a cura di),Codice dei beni culturali e del paesaggio, cit., 1155-1156, secondo cui detta norma "praticamente inalterata a seguito delle novelle intervenute, contribuisce a definire l'ambito di applicazione dell'art. 146 del Codice, ovverosia l'area di concreta operatività del nulla-osta paesaggistico. Il testo della norma, che appare fedelmente ricalcato su quello dell'art. 152 del t.u. del 1999 (il quale, a sua volta, recepiva l'art. 82, commi 8 e 12, del d.P.R. n. 616/1977, nel testo novellato dalla l. n. 431/1985), individua, infatti, le tipologie di interventi che, pur ricadenti su immobili o aree situate in zone di particolare pregio naturalistico, non necessitano del preventivo permesso autorizzatorio e sono quindi escluse dall'area di applicazione della predetta disposizione. L'articolo in esame richiama, al suo esordio, quelle categorie di attività che rinvengono la propria esenzione dal preventivo assenso pubblicistico nelle disposizioni del piano paesaggistico, nell'intento - forse - di racchiudere in un'unica disposizione il panorama completo delle situazioni costituenti eccezioni al regime delineato all'art. 146 del Codice. Viene, in effetti, per un verso, richiamata la disciplina relativa alle finalità e ai contenuti del piano (art. 143), limitatamente alla possibilità di individuare aree la cui trasformazione non sia subordinata ad alcuna autorizzazione paesaggistica, ma soltanto alla verifica - da effettuarsi nell'ambito del procedimento inerente al rilascio del titolo edilizio - della conformità dell'intervento progettato alle previsioni dello stesso piano paesaggistico e allo strumento urbanistico. (...) La deroga all'obbligo di autorizzazione paesaggistica, già introdotta dalla legge Galasso per temperare la notevole estensione della tutela operata, per vaste porzioni di territorio, direttamente dal regime disciplinare della l. n. 431/1985 (...), trova la sua ratio nella scelta legislativa di rendere liberi quegli interventi in grado di incidere solo lievemente sul contesto oggetto di protezione. Si tratta di un elenco di attività di diversa matrice, raggruppate secondo una triplice tipologia di opere in grado di incidere sul contesto territoriale, ma accomunate dalla circostanza di essere considerate dal legislatore irrilevanti sotto il profilo della tutela paesaggistica. Va ancora sottolineato che la delimitazione delle fattispecie di esonero dall'autorizzazione - con particolare riferimento a quelle più significative identificate nell'ambito dell'elenco di cui alla lettera a) - soffre ancora di qualche incertezza interpretativa, nonostante la disciplina si possa ritenere pressoché consolidata, data l'assenza di aspetti innovativi rispetto al contesto normativo precedente (...)". Cfr., altresì N. Pignatelli, Art. 149 Interventi non soggetti ad autorizzazione, in Codice dei beni culturali e del paesaggio (di G. Famiglietti - N. Pignatelli), cit., 953, il quale rinviene nell'art. 149 "una dimensione libera" che affonda "la propria legittimazione, in una logica di bilanciamento e proporzionalità di tutela del valore paesaggistico, nella necessità di non rendere inutilmente gravoso il procedimento necessario alla realizzazione di interventi incidenti in modo soltanto 'debole' sul paesaggio, ossia interventi ad un basso tasso di offensività paesaggistica".

(28) Cfr. Corte cost., 20 luglio 2016, n. 189, in Foro it., 2016, 10, 1, 3038; Id., 24 luglio 2013, n. 238, in www.cortecostituzionali.it; Id., 22 luglio 2011, n. 235, in Foro it., 2011, 10, 1, 2575; Id., 17 marzo 2010, n. 101, in Urb. e app., 2010, 5, 572; Id., 27 giugno 2008, n. 232, in www.cortecostituzionali.it.

(29) Cfr. Corte cost., 7 novembre 2007, n. 367, cit. In argomento, v. inoltre Corte cost., 27 giugno 2008, n. 232, cit.; Id. 7 novembre 2007, n. 367, in www.cortecostituzionali.it; Id., 5 maggio 2006, n. 182, cit.

(30) Cfr. Corte cost., 30 novembre 2011, n. 309, in Foro it., 2012, 1, 1, 16, secondo cui la morfologia dell'intero territorio nazionale "identifica il paesaggio, considerato questo come 'la rappresentazione materiale e visibile della Patria, coi suoi caratteri fisici particolari, con le sue montagne, le sue foreste, le sue pianure, i suoi fiumi, le sue rive, con gli aspetti molteplici e vari del suo suolo, quali si sono formati e son pervenuti a noi attraverso la lenta successione dei secoli' (Relazione illustrativa della legge 11 giugno 1922, n. 778 'Per la tutela delle bellezze naturali e degli immobili di particolare interesse storico', Atti parlamentari, Legislatura XXV, Senato del Regno, Tornata del 25 settembre 1920). Sul territorio, infatti, 'vengono a trovarsi di fronte' - tra gli altri - 'due tipi di interessi pubblici

diversi: quello alla conservazione del paesaggio, affidato allo Stato, e quello alla fruizione del territorio, affidato anche alle Regioni' (sentenza n. 367 del 2007, punto 7.1 del Considerato in diritto). Fermo restando che la tutela del paesaggio e quella del territorio sono necessariamente distinte, rientra nella competenza legislativa statale stabilire la linea di distinzione tra le ipotesi di nuova costruzione e quelle degli altri interventi edilizi".
(31) Corte cost., 5 maggio 2006, n. 182, cit.
(32) Corte cost., 5 maggio 2006, n. 182, cit.
(33) Corte cost., 27 giugno 2008, n. 232, cit.
(34) Più segnatamente "l'art. 25, comma 2, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133 (Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive), convertito, con modificazioni, nella legge 11 novembre 2014, n. 164, ha affidato ad un regolamento di delegificazione l'individuazione delle 'tipologie di interventi per i quali l'autorizzazione paesaggistica non è richiesta, ai sensi dell'articolo 149 del medesimo Codice dei beni culturali, sia nell'ambito degli interventi di lieve entità già compresi nell'allegato 1 al suddetto regolamento di cui all'articolo 146, comma 9, quarto periodo, cod. beni culturali, sia mediante definizione di ulteriori interventi minori privi di rilevanza paesaggistica'. Tale regolamento, emanato nelle more del presente giudizio di legittimità costituzionale, successivamente all'entrata in vigore delle norme impugnate (decreto del Presidente della Repubblica 13 febbraio 2017, n. 31, intitolato 'Regolamento recante individuazione degli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti a procedura autorizzatoria semplificata'), ha stabilito, per una serie di interventi, l'esonero dall'autorizzazione paesaggistica. Tra questi, l'Allegato A del d.P.R. n. 31 del 2017, come riporta anche la Regione resistente, ha individuato gli "interventi di manutenzione degli alvei, delle sponde e degli argini dei corsi d'acqua, compresi gli interventi sulla vegetazione ripariale arborea e arbustiva, finalizzati a garantire il libero deflusso delle acque e che non comportino alterazioni permanenti della visione d'insieme della morfologia del corso d'acqua" (Corte cost., 30 marzo 2018, n. 66).
(35) Corte cost., 30 marzo, 2018, n. 66, cit.
(36) Corte cost., 30 marzo 2018, n. 66, cit.
(37) Corte cost., 30 marzo 2018, n. 66, cit.
(38) Corte cost., 3 dicembre 2014, n. 269, in www.cortecostituzionale.it. Cfr., inoltre, Corte cost. 10 ottobre2014, n. 232, ivi; Id., 2 aprile 2014, n. 70, in Foro it., 2014, 5, 1, 1349; Id., 11 dicembre 2013, n. 300, in www.cortecostituzionale.it, secondo cui: "La disposizione oggetto del presente giudizio attiene al trattamento dei residui di produzione e, dunque, secondo la giurisprudenza di questa Corte è riconducibile alla 'tutela dell'ambiente' di competenza esclusiva statale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., anche se interferisce con altri interessi e competenze, di modo che deve intendersi riservato allo Stato il potere di fissare livelli di tutela uniforme sull'intero territorio nazionale, restando ferma la competenza delle Regioni alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali (ex multis, sentenze n. 249 del 2009, n. 62 del 2008). La disciplina ambientale, che scaturisce dall'esercizio di tale competenza esclusiva dello Stato, viene a funzionare come un limite alla normativa che le Regioni e le Province autonome dettano in altre materie di loro competenza, per cui queste ultime non possono in alcun modo peggiorare il livello di tutela ambientale stabilito dallo Stato (sentenza n. 378 del 2007). D'altra parte, questa Corte ha ripetutamente affermato che, in materia di ambiente, le Regioni devono mantenere la propria legislazione negli ambiti di competenza fissati dal Codice dell'ambiente (le già citate sentenze n. 93 del 2013, n. 227 del 2011, n. 186 del 2010). A questo proposito occorre ricordare che l'art. 266, comma 7, del d.lgs. n. 152 del 2006 riserva chiaramente allo Stato, e per esso ad un apposito decreto ministeriale, la competenza a dettare 'la disciplina per la semplificazione amministrativa delle procedure relative ai materiali, ivi incluse le terre e le rocce da scavo, provenienti da cantieri di piccole dimensioni', senza contemplare, in tale ambito, alcun ruolo residuo - neppure a carattere

cedevole - in capo alle Regioni e Province autonome. A sua volta l'art. 184-bis del Codice dell'ambiente, relativo al trattamento dei sottoprodotti - a cui la novella legislativa del 2013 riconduce il regime delle terre e delle rocce da scavo, con l'eccezione di quelle che provengono da attività o opere soggette a valutazione d'impatto ambientale o ad autorizzazione integrata ambientale che rimangono disciplinate dal d.m. n. 161 del 2012 - prevede che ben possano essere adottate misure per stabilire criteri qualitativi o quantitativi da soddisfare affinché specifiche tipologie di sostanze o oggetti siano considerati sottoprodotti e non rifiuti. Ma anche all'adozione di tali criteri può provvedere, in conformità a quanto previsto dalla disciplina comunitaria, solo un decreto ministeriale, senza che residui alcuno spazio per la fonte regionale". V., anche Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 315, in www.cortecostituzionale.it; Id., 14 marzo 2008, n.62, ivi.

(39) Ex art. 184 bis, comma 1, D.Lgs. n. 152/2006: "È un sottoprodotto e non un rifiuto ai sensi dell'articolo 183, comma 1, lettera a), qualsiasi sostanza od oggetto che soddisfa tutte le seguenti condizioni: a) la sostanza o l'oggetto è originato da un processo di produzione, di cui costituisce parte integrante, e il cui scopo primario non è la produzione di tale sostanza od oggetto; b) è certo che la sostanza o l'oggetto sarà utilizzato, nel corso dello stesso o di un successivo processo di produzione o di utilizzazione, da parte del produttore o di terzi; c) la sostanza o l'oggetto può essere utilizzato direttamente senza alcun ulteriore trattamento diverso dalla normale pratica industriale; d) l'ulteriore utilizzo è legale, ossia la sostanza o l'oggetto soddisfa, per l'utilizzo specifico, tutti i requisiti pertinenti riguardanti i prodotti e la protezione della salute e dell'ambiente e non porterà a impatti complessivi negativi sull'ambiente o la salute umana".

(40) Si è così pervenuti all'emanazione del D.M. 10 agosto 2012, n. 161, poi sostituito dal d.P.R. 13 giugno 2017, n. 120, che quindi integra e specifica la disciplina di rango legislativo.

(41) Corte cost., 30 marzo 2018, n. 66, cit.

(42) Corte cost., 30 marzo 2018, n. 66, cit.

(43) Corte cost., 30 marzo 2018, n. 66, cit. Cfr., inoltre, Corte cost., 1 dicembre 2010, n. 345, in www.cortecostituzionale.it.

(44) Al riguardo, cfr. Corte cost., 16 luglio 2014, n. 199, in www.cortecostituzionale.it, laddove si rimarca che le discipline relative alla valutazione ambientale "debbono essere ascritte allamateria della 'tutela dell'ambiente' in ordine alla quale lo Stato ha competenza legislativa esclusiva, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. s), Cost.". Cfr., inoltre, Corte cost., 26 febbraio 2010, n. 67, in Foro it., 2010, 4, 1, 1088; Id., 24 ottobre 2013, n. 246, inwww.cortecostituzionale.it.

(45) In argomento, cfr. Corte cost., 29 aprile 2010, n. 152, in Foro it.,2010, 6, 1, 1681; Id., 29 maggio 2009, n. 167, in www.cortecostituzionale.it.

(46) Al riguardo, cfr. Corte cost., 12 febbraio 2010, n. 45, in www.cortecostituzionale.it; Id., 22 luglio 2010, n. 270, ivi; Id., 22 maggio2009, n. 160, ivi; Id., 14 dicembre 2007, n. 430, in Giur. it., 2008, 6, 1509; Id., 23 novembre 2007, n.401, in www.cortecostituzionale.it.

(47) Cfr. Corte cost., 19 maggio 2017, n. 114, in www.cortecostituzionale.it; Id., 20 novembre 2013, n. 275, ivi; Id., 9 maggio 2013, n. 85, ivi; Id., 21 marzo 1989, n. 143, ivi.

(48) Cfr. Corte cost., 30 marzo 2018, n. 66, cit.; Id., 9 febbraio 2012, n. 20, in www.cortecostituzionale.it; Id., 29 ottobre 2002, n. 429, in Urb. e app., 2002, 12, 1422; Id. 10 gennaio 1997, n. 2, in Foro it., 1997, I, 368. In argomento, cfr. C. Mortati, Istituzioni di diritto pubblico, Tomo II, Padova, 1976, 783-784, il quale, in ordine al possibile intervento del legislatore nel campo amministrativo, osserva che in tal senso muovono "anzitutto argomenti esegetici (quale quello che risulta dal confronto fra gli articoli 92 e 98, che si limitano ad elencare gli organi del governo e dell'amministrazione (...)), ed altresì argomenti tratti dalla natura stessa della legge, che potrebbe essere tanto minuta e particoleraggiata nelle sue prescrizioni da eliminare in concreto ogni possibilità di apprezzamento discrezionale da parte degli organi amministrativi, che diverrebbero così organi di mera esecuzione materiale. Ora sembra che ciò che il legislatore potrebbe fare attraverso le prescrizioni minutissime contenute in una legge può anche fare attraverso l'emissione di atti che realizzino fasi del procedimento di esecuzione della legge, ne svolgano i principi ed,

esercitando le scelte e procedendo alle decisioni nella direzione precostituita, giungano fino alle statuizioni concrete; con la sola esclusione della parte che deve considerarsi pura e semplice traduzione in atto di ciò che è stato oggetto di scelta e che non potrebbe essere adempiuta dal legislatore, se non altro per la mancanza di disponibilità da parte sua dei mezzi necessari". In argomento, per un ulteriore approfondimento sulle leggi provvedimento, cfr. C. Mortati, Le leggi provvedimento, Milano, 1968, 99 ss.; E. Cheli, Potere regolamentare e struttura costituzionale, Milano, 1967, 306 ss.; L. Paladin, La legge come norma e come provvedimento,in Giur. cost., 1969, 879; E. Forsthoff, Le leggi-provvedimento, in Id., Stato di diritto intrasformazione, Milano, 1973, 101 ss.;F. Salvia, Leggi provvedimento e autonomia regionale, Padova,1977, 115 ss.; L. Carlassare, Garanzia dei diritti e leggi provvedimento,in Giur. cost., 1986, I, 1490 ss.; G. Morbidelli, La riserva di atto amministrativo nella disciplina delle modifiche di destinazione d'uso senza opere,in Giur. cost., 1991, 2455 ss.; Id., Note sulla riserva di procedimento legislativo, in Studi in memoria di Franco Piga, I, Milano, 1992, 683 ss.; D. Vaiano, La riserva di funzione amministrativa, Milano, 1996, 1 ss.; A. Cerri, Scrutinio più o meno rigoroso con riguardo a leggi provvedimento di sanatoria ed alla garanzia dei principi di eguaglianza, imparzialità e buon andamento,in Giur. cost., 1999, 1136 ss.; M. Dogliani, Riserva di amministrazione?,in Dir. pubbl., 2000, 696 ss.; S. Spuntarelli, L'amministrazione per legge, Milano, 2007, 125 ss.; A. Cardone, Leggi-provvedimento e leggi auto applicative, in R. Romboli (a cura di), L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello, Napoli, 2006, 377 ss.; Id., Il fenomeno delle leggi-provvedimento e la crisi della separazione tra ordine legale e ordine costituzionale: la retorica dello strict scrutiny e vuoti di tutela, in P. Caretti - C. Grisolia (a cura di), Lo stato costituzionale: la dimensione nazionale e la prospettiva internazionale. Scritti in onore di Enzo Cheli, Bologna, 2010, 182 ss.; G. Arconzo, Contributo allo studio sulla funzione legislativa provvedimentale, Milano, 2013, 165 ss.; F. Modugno, Legge in generale, in Enc. dir., XXIII, 1973, 902-903, per il quale: "la legge formale ordinaria dello Stato, disposta per sua stessa natura ad innovare nell'ordine legislativo, non incontra limiti (di legittimità), nel suo disporre con tale efficacia, se non in espressi divieti della Costituzione, non già nel senso che, in assenza di espresse deroghe da parte di quest'ultima, sia per essa impossibile di disciplinare, in astratto o in concreto, ossia di disporre o di provvedere in qualsiasi materia e su qualsivoglia oggetto, ma nel senso corretto secondo cui essa potrà, in principio, disporre o provvedere, con la capacità che le è propria (cosiddetta forza attiva di legge), in qualsiasi materia e su qualsiasi oggetto che non sia riservato ad altre fonti da disposizioni costituzionali. Ma per la sua natura di residuale primarietà nei confronti di tutte le altre fonti, la legge formale ordinaria, pur superando siffatti limiti e pur intervenendo nell'ambito segnato da coteste riserve, potrà vedere impedita la sua capacità innovativa soltanto in atto, all'atto stesso cioè di una eventuale dichiarazione di incostituzionalità. In tal modo la stessa presunta categoria delle cosiddette leggi meramente formali si vanifica, tutte le leggi ordinarie, essendo, proprio perché formali, idonee ad innovare nell'ordine legislativo (che è poi comprensivo di qualsiasi ordine o livello giuridico, con esclusione di quello costituzionale). La legge cosiddetta meramente formale, lungi dal rappresentare, quindi, l'unica eccezione, in quanto costituzionalmente prestabilita, al presunto principio secondo cui la legge deve disporre e non provvedere, riassume invece i casi nei quali la legge nel suo disporre, o provvedere, non può, pena la illegittimità costituzionale, interferire in materia o incidere sulla disciplina di oggetti, la disciplina o la cura dei quali sia costituzionalmente riservata ad altri 'tipi' di atti".

(49) Corte cost., 30 marzo 2018, n. 66, cit.

(50) Secondo A. Cardone (Riserva di amministrazione in materia di piani regionali e divieto di amministrare per legge: le ragioni costituzionali del "giusto procedimento di pianificazione", in www.forumcostituzionale.it, 6-7 e 10-11), la sentenza in commento risente "della tensione insita nella latente contraddizione esistente all'interno della giurisprudenza costituzionale tra l'affermazione della costituzionalità delle leggi-provvedimento per inesistenza di una riserva d'amministrazione e la ricostruzione del principio del 'giusto procedimento' in termini serventi

rispetto all'attuazione di più principi e norme costituzionali. Si tratta, infatti, come spesso avviene nelle dinamiche della giurisprudenza costituzionale, di una pronuncia che vive 'tutta' nelle pieghe del caso concreto, che ha permesso di individuare un'altra fattispecie in cui le necessità del 'giusto procedimento' sembrano delimitare l'esistenza di una riserva di amministrazione, pur all'interno di un orientamento consolidato che non rimette in discussione l'ammissibilità della legislazione provvedimentale. Allo stesso modo la difficoltà di circoscrivere l'efficacia del precedente in relazione ai casi di avvenuto esercizio della potestà pianificatoria e di mancanza di concorso/contrasto con la potestà legislativa statale riflette il - probabilmente non definito - cammino del rango costituzionale del 'giusto procedimento': ove dovesse, infatti, affermarsi la sua valenza super-primaria in termini non di mera strumentalità, difficile apparirebbe escludere l'incostituzionalità della legge-provvedimento anche in tali casi, perché insatisfattibili rimarrebbero proprio quelle esigenze materialmente costituzionali di equo contemperamento degli interessi pubblici e privati coinvolti enucleate dalla sentenza in commento; viceversa, ove il 'giusto procedimento' continuasse a mantenere il rango di principio generale di livello non costituzionale, quelle medesime esigenze dovrebbero cedere il passo alla pervasività che la legge può manifestare per effetto dell'impossibilità di configurare una riserva costituzionale in punto di funzione amministrativa. Può, forse, non essere privo di utilità, in conclusione, notare che una prospettiva in grado di sciogliere la contraddizione evidenziata potrebbe derivare dal consolidamento della tendenza in atto nell'ordinamento alla processualizzazione della funzione legislativa. La progressiva apertura del procedimento legislativo alla partecipazione degli interessati e dei portatori di interessi coinvolti nella regolamentazione da adottare, unitamente all'esplicitazione motivazionale delle soluzioni prescelte, potrebbe, infatti, consentire non solo di recuperare le virtù democratiche della legge, corrotte dal fallimento dei meccanismi della rappresentanza politica, logorata dal pluralismo, ma anche di sussumere nell'iter formativo della legge le garanzie e le prestazioni di imparzialità e buon andamento del 'giusto provvedimento', di modo che, quando la medesima assume contenuto particolare e concreto, come nel caso della disciplina delle attività produttive a forte impatto urbanistico e ambientale, ne risultino allentate le tensioni derivanti dal mancato ricorso agli strumenti di pianificazione tipici della funzione amministrativa. Su questa strada, che conduce alla creazione di un 'regime assimilato' tra funzione legislativa e amministrativa, il cammino da percorrere è, però, ancora lungo e dagli esiti non scontati (...) ". In argomento, cfr. inoltre G. Sciullo, Il principio "del giusto procedimento" fra giudice costituzionale e giudice amministrativo, in Jus, 1986, 298 ss.; A. Franco, Leggi provvedimento, principi generali dell'ordinamento, principio del giusto procedimento (in margine all'innovativa sentenza n. 143 del 1989), in Giur. cost., 1989, II, 1074 ss.

(51) Corte cost., 2 marzo 1962, n. 13, in www.cortecostituzionale.it. In senso analogo, cfr. Id., 30 marzo 2018, n. 66, cit.; Id., 30 aprile 2015, n. 71, in Foro it., 2015, 9, 1, 2630; Id., 21 marzo 1989, n. 143, cit.

(52) F. Carnelutti, Introduzione allo studio del diritto, Napoli, 2016, 61.

(53) Ibidem.

(54) F. Modugno, Diritto pubblico generale, Roma-Bari, 2002, 202.

(55) F. Modugno, op. ult. cit., 201.

(56) Ibidem.