



Consiglio di Stato

Ufficio Studi, massimario e formazione

“Il diniego di giurisdizione”

ALLEGATO

GIURISPRUDENZA

SOMMARIO

- [Tar Friuli Venezia-Giulia, sez. I, sentenza 29 agosto 2014, n. 456](#)
- [Cons. Stato, sez. IV, sentenza 22 dicembre 2014, n. 6284](#)
- [Cons. Stato, A.P., sentenza 25 febbraio 2014, n. 9](#)
- [Corte di Giustizia UE, sez. X, sentenza 4 luglio 2013, n. C-100/12](#)
- [Corte di Giustizia UE, Grande sez., sentenza 5 aprile 2016, n. C-689/13](#)
- [Cass. civ., S.U., sentenza 6 febbraio 2015, n. 2242](#)
- [Cass. civ., S.U., ordinanza 15 marzo 2017, n. 6822](#)
- [Cons. Stato, sez. IV, sentenza 29 febbraio 2016, n. 860](#)
- [Cass. civ., S.U., sentenza 31 maggio 2017, n. 13722](#)
- [Cass. civ., S.U., sentenza 30 marzo 2017, n. 8245](#)
- [Cass. civ., S.U., sentenza 16 gennaio 2014, n. 771](#)
- [Cass. civ., S.U., sentenza 17 maggio 2013, n. 12106](#)
- [Cass. civ., S.U., sentenza 30 maggio 2007, n. 12671](#)
- [Cass. civ., S.U., sentenza 11 maggio 2006, n. 10828](#)
- [Cass. civ., S.U., sentenza 15 aprile 2005, n. 7799](#)
- [Cass. civ., S.U., ordinanza 30 dicembre 2004, n. 24175](#)
- [Cass. civ., S.U., sentenza 9 agosto 1996, n. 7339](#)
- [Cass. civ., S.U., sentenza 5 aprile 2017, n. 8798](#)
- [Cass. civ., S.U., sentenza 17 gennaio 2017, n. 964](#)
- [Cass. civ., S.U., sentenza 30 ottobre 2013, n. 24468](#)
- [Cass. civ., S.U., sentenza 14 settembre 2012, n. 15428](#)
- [Corte di Giustizia UE, sez. VI, sentenza 27 febbraio 2003, n. C-327/00](#)
- [Corte di Giustizia UE, sez. VI, sentenza 12 dicembre 2002, n. C-470/99](#)
- [Corte di Giustizia UE, Grande sez., sentenza 18 luglio 2007, n. C-119/05](#)

- Corte di Giustizia UE, sez. II, sentenza 10 luglio 2014, n. C-213/13
- Corte di Giustizia UE, sentenza 30 settembre 2003, n. C-224/01
- Corte di Giustizia UE, sez. II, sentenza 3 settembre 2009, n. C-2/08
- Cons. Stato, sez. V, ordinanza 10 aprile 2013, n. 1962
- Corte di Giustizia UE, sez. I, sentenza 16 marzo 2006, n. C-234/04
- Corte di Giustizia UE, Grande sez., sentenza 29 giugno 2010, n. C-526/08
- Corte di Giustizia UE, Grande sez., sentenza 29 marzo 2011, n. C-352/09
- Corte di Giustizia UE, sentenza 1 giugno 1999, n. C-126/97
- Corte di Giustizia UE, sez. I, sentenza 6 ottobre 2009, n. C-40/08
- Corte di Giustizia UE, sez. IV, sentenza 22 dicembre 2010, n. C-507/08
- Corte di Giustizia UE, sentenza 13 gennaio 2004, n. C-453/00
- Corte di Giustizia UE, Grande sez., sentenza 12 febbraio 2008, n. C-2/06
- Corte cost., sentenza 24 ottobre 2007, n. 348
- Corte cost., sentenza 24 ottobre 2007, n. 349
- Corte cost., sentenza 5 gennaio 2011, n. 1
- Corte cost., sentenza 7 aprile 2011, n. 113
- Corte cost., sentenza 4 giugno 2010, n. 196
- Corte cost., sentenza 28 maggio 2010, n. 187
- Corte cost., sentenza 15 aprile 2010, n. 138
- Corte cost., sentenza 4 dicembre 2009, n. 317
- Corte cost., sentenza 26 novembre 2009, n. 311
- Corte cost., sentenza 27 febbraio 2008, n. 39
- Corte cost., sentenza 11 marzo 2011, n. 80
- Corte cost., sentenza 26 maggio 2017, n. 123
- Cass. civ., S.U., sentenza 4 febbraio 2014, n. 2403
- Cass. civ., S.U., sentenza 17 novembre 2015, n. 23460
- Cass. civ., S.U., sentenza 29 febbraio 2016, n. 3915
- Cass. civ., S.U., sentenza 21 marzo 2017, n. 7157
- Cass. civ., S.U., sentenza 17 gennaio 2017, n. 956
- Cass. civ., S.U., sentenza 5 luglio 2013, n. 16886
- Cass. civ., S.U., sentenza 1 marzo 2012, n. 3236
- Cass. civ., S.U., sentenza 31 maggio 2016, n. 11380
- Cass. civ., S.U., ordinanza 8 aprile 2016, n. 6891
- CEDU, sentenza 4 febbraio 2014, n. 29932/07 *Mottola e altri vs. Italia*
- CEDU, sentenza 4 febbraio 2014, n. 29907/07 *Staibano e altri vs. Italia*
- Cass. civ., S.U., sentenza 14 dicembre 2016, n. 25629
- Cons. Stato, sez. IV, sentenza 22 settembre 2014, n. 4729
- Cass. civ., S.U., sentenza 8 luglio 2016, n. 14042
- Cass. civ., S.U., sentenza 8 luglio 2016, n. 14043
- Cass. civ., S.U., sentenza 1 aprile 2015, n. 6605

- Cass. civ., S.U., sentenza 20 gennaio 2014, n. 1013
- Cass. civ., S.U., ordinanza 5 maggio 2008, n. 10974
- Cass. civ., S.U., sentenza 16 maggio 2017, n. 12050
- Cons. Stato, A.P., sentenza 9 giugno 2016, n. 11
- Corte di Giustizia UE, sez. VIII, sentenza 21 dicembre 2016, n. C-355/15
- Corte di Giustizia UE, sez. VIII, sentenza 11 maggio 2017, n. C-131/16
- Cass. civ., S.U., sentenza 17 gennaio 2017, n. 953
- Corte di Giustizia UE, sez. VIII, sentenza 18 luglio 2013, cause riunite da C-228/12 a 232/12 e da C-254/12 a C-258/12
- Cass. civ., S.U., sentenza 14 dicembre 2016, n. 25628
- Cass. civ., S.U., sentenza 13 maggio 2013, n. 11345
- Cass. civ., S.U., sentenza 15 marzo 2016, n. 5077
- Cass. civ., S.U., sentenza 8 febbraio 2013, n. 3037
- Cass. civ., S.U., sentenza 1 aprile 2015, n. 6606
- Cass. civ., S.U., sentenza 6 luglio 2017, n. 16694

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 228 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

-OMISSIS-, rappresentata e difesa dagli avv. Luca Antonini e Maria Alessandra Sandulli, con domicilio eletto presso Simonetta Rottin in Trieste, via Filzi 8;

-OMISSIS-

nei confronti di

.A., Interporto Bologna S.p.A., Cosmo Ambiente S.r.l.;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

- della deliberazione n. 181/2014 del 7 maggio 2014, di esclusione delle ricorrenti dalla procedura concorsuale per la realizzazione e gestione di una Piattaforma Logistica tra lo Scalo Legnami e l'ex Italsider, di annullamento dell'aggiudicazione provvisoria a favore delle ricorrenti, di avvio comunicazione alle Autorità competenti della presunta falsità della dichiarazione sostitutiva resa e di escussione del deposito cauzionale depositato dalle ricorrenti;

- della deliberazione n. 182/2014 del 7 maggio 2014, di aggiudicazione definitiva dell'appalto al RTI controinteressato;

-della nota dell'Autorità Portuale di Trieste n. 0004689 dd. 16 maggio 2014 con la quale è stata chiesta l'escussione della polizza fideiussoria delle ricorrenti e la comunicazione dd. 12 maggio 2014, nonché della "richiesta di chiarimenti" e dei verbali di gara con particolare riferimento a quelli concernenti l'ammissione del RTI controinteressato e la valutazione della relativa offerta;

-per la condanna dell'Amministrazione a dichiarare l'aggiudicazione definitiva della procedura di gara in capo al RTI ricorrente e a stipulare il contratto con il medesimo, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con il RTI I.COP. e condanna dell'APT a disporre il subentro del RTI Mantovani nel medesimo, per l'annullamento del silenzio serbato da parte dell'Autorità Portuale e per la condanna dell'intimata Amministrazione;

quanto ai primi motivi aggiunti depositati in data 30.6.2014 e ai secondi motivi aggiunti depositati in data 31.7.2014:

degli stessi atti impugnati con il ricorso principale e della nota APT dd. 22 luglio 2014, prot. 0007300/P, con la quale la SA afferma che ICOP ha allegato la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di cui all'art. 48 DLgs 163/2006 dichiarati in sede di prequalifica direttamente nel plico di gara e che nè a ICOP nè a codesta Società è stata trasmessa alcuna richiesta scritta in tale senso;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Autorità Portuale di Trieste e della I.Co.P. S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio, il ricorso incidentale e i motivi aggiunti al ricorso incidentale proposti dalla ricorrente incidentale I.Co.P. S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci e Giuseppe Sbisà, con domicilio eletto presso il terzo, in Trieste, via Donata 3;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 52 D. Lgs. 30.06.2003 n. 196, commi 1 e 2;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 agosto 2014 il dott. Umberto Zuballi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Fatto e Diritto

1. La ditta ricorrente agisce in giudizio per chiedere l'annullamento dei seguenti provvedimenti:

la deliberazione del 7 maggio 2014 con cui la ditta stessa è stata esclusa dalla procedura concorsuale con annullamento dell'aggiudicazione provvisoria alla stessa ditta a causa della presunta falsità di una dichiarazione resa dall'ingegner Mantoni;

la deliberazione del presidente dell'autorità portuale del 7 maggio 2014 di aggiudicazione definitiva dell'appalto al raggruppamento temporaneo d'impresе controinteressato;

ogni atto connesso compresa la nota dell'autorità portuale che ha chiesto l'escussione della polizza fideiussoria della ricorrente nonché la comunicazione del 12 maggio 2014 e infine ove necessario la richiesta di chiarimenti inviata il 22 gennaio 2014, nonché i verbali di gara con riferimento a quelli contenenti l'ammissione del raggruppamento temporaneo d'impresе controinteressato e la valutazione della relativa offerta.

Chiede altresì la condanna dell'amministrazione ad aggiudicare in via definitiva la gara al raggruppamento ricorrente previa, ove necessario, declaratoria d'inefficacia del contratto medio tempore stipulato col raggruppamento dichiarato vincitore, previo l'annullamento del silenzio serbato dall'autorità portuale a seguito del preavviso di ricorso e per la condanna al risarcimento di danni.

2. La ricorrente fa presente di aver partecipato alla gara avente ad oggetto la concessione per la progettazione, costruzione, manutenzione e gestione della piattaforma logistica nel porto di Trieste.

Il bando di gara prevedeva che ciascun candidato e soggetto partecipante avesse l'obbligo di dichiarare l'inesistenza delle cause di esclusione di cui all'articolo 38 del codice di appalti.

Nell'ambito di tale procedura l'ingegner Mantoni, quale institore di una società del raggruppamento, dichiarava l'inesistenza a suo carico di tutte le cause di esclusione dalla partecipazione alla gara indicate nell'articolo 38 del codice dei contratti. Analoga dichiarazione venne presentata dall'ingegner Baita presidente del consiglio di amministrazione dell'impresa di costruzioni Mantovani, il quale peraltro in data 28 febbraio 2003 riceveva l'avviso d'indagini penali. Subito dopo rassegnava le proprie dimissioni.

Analoga dichiarazione venne presentata dal ragioniere Buson anch'egli oggetto di indagini penali e anch'egli dimissionario.

I nuovi vertici della società confermavano il possesso dei requisiti previsti dall'articolo 38. L'autorità portuale chiedeva chiarimenti alla società ricorrente in merito alla posizione dei due dirigenti, che venivano regolarmente forniti.

3. Con la deliberazione qui impugnata l'autorità portuale disponeva l'annullamento dell'ammissione alla gara della società ricorrente - nel frattempo divenuta aggiudicataria provvisoria - in quanto il soggetto institore era stato oggetto di una sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti ex articolo 444 divenuta irrevocabile nel giugno del 2012, sentenza non menzionata nella dichiarazione. Inoltre, nella motivazione dell'esclusione si fa riferimento alla circostanza che i due citati soggetti cessati dalle cariche societarie nella Mantovani non avrebbero segnalato la presenza di misure restrittive cautelari nell'ambito di un procedimento penale.

Avverso tale esclusione insorge la ditta ricorrente per i seguenti motivi:

La prima censura riguarda la violazione degli articoli 2, 38 e 46 del decreto legislativo 163 del 2006, 71 e 76 del d.p.r. 445 del 2000 degli articoli 1, 3 e 6 della legge 241 del 1990, violazione degli articoli 3, 11, 41, 97 e 117 della costituzione, degli articoli 41 e 49 della carta di Nizza, errore e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, carenza d'istruttoria e difetto di motivazione, violazione della legge di gara, dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, di tutela della concorrenza e di massima partecipazione, illogicità manifesta.

Osserva la ditta ricorrente come le dichiarazioni previste dall'articolo 38 devono essere fornite solo del legale rappresentante e dai direttori tecnici mentre nel caso il soggetto interessato, institore, non è munito di poteri decisionali e si occupa unicamente di prevenzione infortuni, igiene del lavoro, salute dei lavoratori e quindi risulta un mero procuratore speciale. La dichiarazione resa inoltre non avrebbe potuto essere considerata falsa e quindi era suscettibile di domanda di chiarimenti sulla vicenda, che tra l'altro era di lieve gravità. La ditta cita a favore una copiosa giurisprudenza.

4. Quale seconda censura l'interessata deduce la violazione delle medesime norme sopra citate in relazione alle due dichiarazioni sostitutive relative ai due soggetti cessati dalle cariche di presidente e direttore finanziario. La ditta fa presente che le notizie di reato a carico dei due soggetti risalgono al 28 febbraio 2013, ben quattro mesi dopo le dichiarazioni rese nella gara in oggetto. Subito dopo sono cessati dalla carica e hanno ricevuto due sentenze di patteggiamento, una sola delle quali divenuta irrevocabile in data 29 aprile 2014.

Secondo l'autorità portuale la società non avrebbe dimostrato la dissociazione dai soggetti, ma tale norma riguarda solo le sentenze definitive di condanna mentre nel caso solo una delle sentenze è divenuta definitiva comunque in un momento successivo. La ditta inoltre ha immediatamente sostituito i due dirigenti dimostrando in tal modo la sua dissociazione.

5. Come terza doglianza la ditta deduce l'illegittimità derivata e la violazione degli articoli 48 e 75 del decreto legislativo 163 del 2006; invero l'escussione della cauzione provvisoria avrebbe una funzione sanzionatoria e quindi non potrebbe essere applicata in ipotesi diverse da quelle previste.

6. Come quarta censura deduce l'illegittimità dell'ammissione e della valutazione dell'offerta del raggruppamento controinteressato e dell'aggiudicazione allo stesso della concessione. Nei confronti della società ICOP spa e associate sarebbero carenti i requisiti per partecipare alla gara e numerose dichiarazioni ex art. 38 risulterebbero carenti o mancanti.

Come quinta doglianza deduce l'illegittimità della decisione di procedere alla comunicazione alle autorità competenti della presunta falsità della dichiarazione sostitutiva.

In via subordinata le società ricorrenti chiedono il risarcimento del danno patito dettagliandolo voce per voce.

7. In data 30 giugno 2014 la ricorrente ha depositato un ricorso per motivi aggiunti in relazione ai medesimi atti oggetto del ricorso introduttivo.

Dopo aver sottolineato di aver ottenuto solo in modo parziale la documentazione necessaria e richiesta, illustra i seguenti nuovi motivi:

Il primo riguarda la violazione degli articoli 2, 13 e 79 del decreto legislativo 163 del 2007 1 e 3 della legge 241 del 1990, 11, 24, 97 e 117 della Costituzione, e dei considerando 4 e 6 della direttiva 2007 / 66, degli articoli 1 e 2 quater della direttiva 89/ 665 come modificata dalla direttiva 2007/ 66, errore e travisamento dei presupposti, carenza di istruttoria. La stazione appaltante non ha consentito alla ricorrente di accedere a tutti gli atti e alla documentazione di gara.

Come seconda censura dei primi motivi aggiunti deduce la violazione degli articoli 2, 38 e 49 del decreto legislativo 163 del 2006, 1 e 3 della legge 241 del 90, travisamento dei presupposti di fatto e diritto, carenza di istruttoria e motivazione, violazione della legge e del principio della par condicio.

La ricorrente contesta alcune omissioni nella documentazione presentata dal raggruppamento vincitore della gara in riferimento specifico a varie ditte.

Come terza censura deduce la violazione degli articoli 2, 40, 41 e 42 del decreto legislativo 163 del 2006, degli articoli 79, 92 e 95 del d.p.r. 207 del 2010, dell'articolo III.1.3) del bando di gara relativo alla capacità tecnica, del principio della par condicio, il travisamento dei fatti, la carenza dei requisiti economici, il difetto di istruttoria e di motivazione. La ditta indica esattamente i requisiti mancanti relativi alla capacità tecnica di alcune delle ditte vincitrici della gara.

Come quarta doglianza dei primi motivi aggiunti deduce la violazione degli articoli 2 e 37 del decreto legislativo 163 del 2006, del bando di gara, dell'articolo 92 del d.p.r. 207 del 2010, degli articoli 1 e 3 della legge 241 del 1990, della par condicio, il difetto di istruttoria. Non è stata rispettata la norma che riguarda la specifica indicazione delle parti dei servizi svolti in percentuale dalle varie ditte.

Come quinta censura dei primi motivi aggiunti deduce la violazione degli articoli 2 e 49 del decreto legislativo 163 del 2006, 47, 48 e 52 del considerando 45 della direttiva Ue 2004/18, degli articoli 1 e 3 della legge 241 del 1990, del bando di gara, difetto ed errore sui presupposti e difetto d'istruttoria. Non è stato accertato che la disponibilità dei mezzi fosse effettiva.

Nel sesto motivo dei primi motivi aggiunti deduce la violazione del bando, di vari articoli del decreto legislativo 163 del 2006, della Costituzione, della legge 241 del 1990, del principio della par condicio, errore nei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione. Alcune delle ditte del raggruppamento vincitore, in particolare la Interporto Bologna spa, non avrebbero mai svolto attività di gestione di piattaforme logistiche come richiesto dal bando.

Come settima censura deduce la violazione dei principi di custodia e segretezza delle offerte, di buon andamento e imparzialità. Nei verbali di gara non è stata fatta menzione della custodia dei plichi.

Come ottava censura deduce la violazione di vari articoli del decreto legislativo 163 del 2006, della legge 241 del 1990, carenza dei requisiti, errore e difetto nei presupposti, difetto d'istruttoria e di motivazione, in quanto non si specifica da parte delle ditte vincitrici quali parti della gara devono essere subappaltate. Viene infine quantificato anche nei primi motivi aggiunti il risarcimento dei danni.

8. Con il secondo ricorso per motivi aggiunti depositato in data 31 luglio 2014 parte ricorrente deduce ulteriori motivi d'illegittimità degli atti impugnati.

Dopo aver fatto presente come ancora l'autorità portuale non abbia prodotto tutta la documentazione richiesta, deduce sul diniego di accesso la violazione degli articoli 2, 13 e 79 del decreto legislativo 163 del 2006, 1 e 3 della legge 241/90, 11, 24, 97 e 117 della Costituzione, dei considerando 4 e 6 della direttiva 2007/66, degli articoli 1e 2 quater della direttiva 89/665, errore e travisamento di presupposti e carenza d'istruttoria. La ditta aveva chiesto l'accesso a tutta la documentazione, senza ottenerla.

Come ulteriore motivo deduce la violazione degli articoli 2, 41, 42 e 48 del decreto legislativo 163 del 2006, dell'articolo 95 del d.p.r. 207 del 2010, del bando in relazione alla capacità tecnica, della legge 241 del 90, della Costituzione, errore e travisamento di presupposti, illogicità e irragionevolezza. La stazione appaltante non si è procurata la documentazione prevista.

Nei secondi motivi aggiunti la ditta ricorrente deduce poi un'ulteriore violazione del decreto legislativo 163 del 2006, della legge 241 del 1990 e del bando di gara; le ditte vincitrici non avrebbero dettagliato come previsto il conto economico e lo stato patrimoniale.

In ulteriore censura deduce il mancato rispetto delle norme sempre sul piano economico e finanziario.

9. Resiste in giudizio l'autorità portuale la quale sottolinea la falsità della dichiarazione resa da un soggetto institore di una delle società del raggruppamento ricorrente. Allo stesso

modo sono mancate le comunicazioni in relazione alla vicenda penale di due dirigenti della società ricorrente, senza che ci fosse una prova di effettiva dissociazione.

Anche l'escussione della fideiussione sarebbe corretta.

Inoltre, quanto al silenzio dell'amministrazione con riferimento alla nota del 13 maggio 2014, esso non sussiste in quanto detta nota non può essere considerata un'informativa ex articolo 243 bis del decreto legislativo 163 del 2006.

10. Si difende in giudizio con varie memorie anche il raggruppamento vincitore contestando sia il ricorso principale sia i motivi aggiunti. Il ricorso per motivi aggiunti poi sarebbe inammissibile in quanto se una ditta è stata legittimamente esclusa essa non può contestare l'esito della gara alla quale non poteva partecipare. La possibilità di esaminare congiuntamente sia il ricorso principale sia quello incidentale riguarderebbe solo le ipotesi in cui le offerte siano affette da vizi afferenti alla medesima fase procedurale, mentre nel caso la società ricorrente è stata esclusa per vizi attinenti al possesso dei requisiti di ordine generale. Il raggruppamento vincitore contesta anche le altre censure di cui ai primi e secondi motivi aggiunti concludendo per il loro rigetto.

11. Le ditte controinteressate hanno altresì proposto ricorso incidentale ai fini di determinare il difetto di legittimazione e di interesse del raggruppamento ricorrente, il quale sarebbe dovuto essere escluso anche per altre due ragioni non evidenziate dalla stazione appaltante.

La prima riguarda la mancanza di indicazioni in sede di formulazione dell'offerta dei costi per la sicurezza aziendale come previsto espressamente dagli articoli 86 e 87 del decreto legislativo 163 del 2006 e dall'articolo 26 del decreto legislativo 281 del 2008. Inoltre, le ditte ricorrenti del ricorso principale dovevano essere escluse anche perché non risulterebbero chiari e comunque non verrebbero rispettati i parametri relativi alla quota di gestione assunta dalle varie ditte partecipanti.

Con ulteriore censura subordinata (di cui ai motivi aggiunti al ricorso incidentale depositati il 6 agosto 2014) deducono l'illegittimità del bando per violazione dei principi di buon andamento e imparzialità in quanto nel sesto motivo del ricorso per motivi aggiunti detto bando verrebbe interpretato in maniera distorta dalla ricorrente. In caso che tale interpretazione fosse corretta la stessa norma del bando sarebbe viziata e dovrebbe essere annullata per violazione del D Lgs 163 del 2006.

12. La ditta ricorrente con memoria depositata il 25 agosto 2014, oltre a ribadire le proprie argomentazioni e a replicare alle tesi avversarie, si sofferma sull'ordine di esame delle censure, rilevando la necessità di vagliare in via prioritaria le proprie doglianze avverso l'aggiudicazione alla controinteressata, e ribadisce le proprie tesi.

Nella camera di consiglio del 27 agosto 2014 la causa è stata introitata per la decisione in forma semplificata, ritenendo questo collegio che ne sussistessero i presupposti, di cui le parti sono state rese edotte. Sempre in camera di consiglio si è svolta un'approfondita discussione, in particolare sulla necessità o meno di esaminare congiuntamente e

compiutamente le censure contenute nel ricorso principale, nei motivi aggiunti e nel ricorso incidentale

13. In via preliminare risulta necessario indicare l'ordine in cui le varie questioni verranno esaminate, in particolare per quanto concerne il ricorso incidentale. Invero, secondo l'insegnamento dell'adunanza plenaria n. 9 del 2014, l'esame incrociato delle censure proposte con il ricorso principale e di quelle proposte con il ricorso incidentale è ammissibile solo nell'ipotesi di "simmetria escludente" in cui le due offerte siano asseritamente affette da un vizio riguardante la medesima fase procedimentale; nel caso in esame la ditta ricorrente è stata esclusa dalla gara per vizi riguardanti il possesso dei requisiti di ordine generale, e in particolare del requisito di cui all'articolo 38 comma I, lettera c) del decreto legislativo 163 del 2006.

Con il ricorso incidentale si contesta un aspetto riguardante una diversa fase procedimentale, in quanto la ICOP spa rileva che la ditta ricorrente principale sarebbe dovuto essere esclusa per due motivi non rilevati dalla stazione appaltante, riguardanti la stesura delle offerte in relazione agli oneri di sicurezza e i requisiti di qualificazione di alcune società del raggruppamento d'impresе, in particolare la percentuale della quota di gestione, questioni queste che a tutta evidenza riguardano una diversa e successiva fase procedurale relativa alla presentazione delle offerte e delle relative dichiarazioni.

Anche le parti del ricorso principale, inclusi i due motivi aggiunti, che riguardano una fase della procedura successiva rispetto all'esclusione, cioè la sussistenza dei requisiti soggettivi di partecipazione alla gara della ditta ICOP spa, vanno esaminate solo in ipotesi di accoglimento delle censure rivolte avverso l'esclusione.

Pertanto nell'ordine di trattazione delle questioni e nella stessa individuazione delle varie fasi procedurali, da rapportarsi al caso in esame, necessita tenere presente altresì il principio di economia processuale e il collegamento logico tra le varie censure.

In questo quadro, la parte del ricorso principale sicuramente da esaminare è quella in cui si contestano alcune dichiarazioni ex art. 38 rese dalle imprese del raggruppamento vincitore, in quanto facenti parte della stessa fase procedurale del motivo dell'esclusione.

Invero, mentre i requisiti relativi alle dichiarazioni da rendere ex art 38 attengono alla fase relativa ai requisiti generali di partecipazione, le questioni sollevate nel ricorso e nei motivi aggiunti concernenti il contenuto dell'offerta riguardano un diverso e successivo segmento procedurale. Lo stesso vale per il ricorso incidentale, riguardante anch'esso una fase successiva rispetto all'esame della completezza delle dichiarazioni ex art. 38.

Va quindi esaminato in via prioritaria il ricorso principale nella parte riguardante detta esclusione, in quanto dalla sua fondatezza dipende la procedibilità o meno del ricorso incidentale e delle restanti parti del ricorso principale e dei motivi aggiunti.

14. Va doverosamente premesso in via generale che, sulla questione dell'applicazione dell'art. 38 del Codice dei contratti, l'Adunanza Plenaria n 16 del 30 luglio 2014, ha statuito che:

“In coerenza e ad integrazione dei principi di diritto già enunciati da questa Adunanza Plenaria (con la decisione n.9 del 2014) si ritiene, quindi, di ribadire o di ulteriormente precisare che: a) la formulazione letterale dell’art.46, comma 1-bis, impone di applicare la sanzione dell’esclusione alla violazione della prescrizione del codice (contenuta nell’art.38, comma 2) relativa alla presentazione delle dichiarazioni attestanti l’assenza delle relative condizioni ostative (quand’anche queste fossero in concreto inesistenti)”.

L’Adunanza Plenaria rileva poi che “per quanto ci si sforzi di offrire una lettura delle suddette disposizioni (anche valorizzando la formulazione testuale delle previsioni del bando e del disciplinare di gara) che legittimi la sanzione dell’esclusione per i soli casi di difetto oggettivo dei requisiti di moralità prescritti dall’art.38 d.lgs. cit. (e non anche per le ipotesi di carenze nelle relative dichiarazioni sostitutive), l’esegesi dell’art.46, comma 1-bis d.lgs. cit. impone la diversa interpretazione della doverosità dell’esclusione nei casi d’inosservanza dell’obbligo, codificato all’art.38, comma 2, d.lgs. cit., di produrre le dichiarazioni sostitutive.

La portata univoca e generale del richiamo al “mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice”, quale violazione che impone l’esclusione dei concorrenti inadempienti, non ammette, infatti, alcuna interpretazione riduttiva e vincola, anzi, l’interprete ad assegnare alla disposizione la più ampia latitudine precettiva, con la conseguenza che l’inosservanza dell’obbligo di attestazione previsto dal secondo comma dell’art.38 impone all’Amministrazione l’esclusione del concorrente che lo ha violato”.

15. Ciò premesso, l’esclusione della Mantovani è stata disposta per due motivi: il primo concerne la falsità della dichiarazione dell’ingegner Mantoni, institore della ditta mandante, in quanto nei suoi confronti era stata pronunciata una sentenza di applicazione della pena su richiesta ex articolo 444 del codice di procedura penale ed ex articolo 590 del codice penale, non menzionata nella dichiarazione resa.

L’altra ragione riguarda due soggetti al vertice della società cessati dalla carica nelle more della procedura i quali avevano ricevuto avvisi penali di garanzia e nei cui confronti venne emessa una sentenza di patteggiamento: in relazione a tali soggetti la ditta Mantovani non aveva dato tempestivamente notizia delle loro vicende penali alla stazione appaltante né aveva spiegato quanto fatto per dissociarsi dal loro comportamento.

Sulla prima questione riguardante l’institore sostiene la ditta ricorrente che non si tratta di un amministratore di fatto della società e che egli non aveva quindi potere di amministratore attivo e quindi non era tenuto a effettuare la dichiarazione ex art. 38 del Codice degli appalti. Aggiunge poi che comunque era necessaria un’indagine da parte della stazione appaltante sul suo comportamento, che non si sarebbe trattato di una vera dichiarazione falsa ma al limite incompleta e che comunque la condanna era di tale lievità da non comportare l’esclusione della società.

L’assunto di parte ricorrente non può essere condiviso.

Invero, a parte che l’institore ha prodotto sua sponte la dichiarazione, è la stessa ditta ricorrente ad elencare a pagina 12 del ricorso introduttivo le funzioni del soggetto interessato, che aveva ampi poteri di rappresentanza (come emerge altresì dalla

documentazione in atti) e che non solo si occupava di prevenzione infortuni, igiene del lavoro, sicurezza e salute dei lavoratori, materie queste di notevole rilievo nell'ambito di una gestione della società, ma anche di ambiente ed ecologia. Orbene, risulta dagli atti di causa e comunque costituisce un fatto notorio in sede locale che l'appalto in questione, riguardante la piattaforma logistica del porto di Trieste, concerne un'area e una zona in cui i problemi ambientali ed ecologici risultano quanto mai importanti e addirittura essenziali per lo svolgimento dei lavori oggetto della gara oltre che per la successiva gestione della piattaforma logistica.

Anche in relazione allo specifico caso, risulta evidente che l'attività svolta dal soggetto institore era di particolare rilievo e quindi che egli avrebbe dovuto presentare una dichiarazione completa e veritiera. Invero, nell'autocertificazione egli non aveva nemmeno menzionato la condanna patteggiata e tale elemento risulta decisivo per farla considerare falsa e non semplicemente incompleta. Tale elemento, la violazione cioè dell'articolo 38 da parte di un soggetto che era tenuto presentare la dichiarazione, risulta sufficiente per giustificare l'esclusione dalla gara della ditta ricorrente (Consiglio di Stato sez VI 8 luglio 2010 n 4436; sez III 16 marzo 2012 n. 1471; sez V 17 aprile 2013 n 2118; sez V 17 giugno 2014 n 3092).

Invero, secondo la citata giurisprudenza, e in particolare l'ultima pronuncia menzionata, condivisa dal Collegio, in materia di cause di esclusione dalle gare per reati incidenti sulla moralità professionale, la verifica dell'incidenza dei reati commessi dal rappresentante dell'impresa sulla moralità professionale della stessa attiene all'esercizio del potere discrezionale della Pubblica amministrazione e deve essere valutata mediante la disamina in concreto delle caratteristiche dell'appalto, del tipo di condanna, della natura e delle concrete modalità di commissione del reato, non potendo il concorrente valutare da sé quali reati siano rilevanti ai fini della dichiarazione da rendere, ciò implicando un giudizio inevitabilmente soggettivo, inconciliabile con la finalità della norma.

In sede di gara d'appalto i concorrenti non possono quindi operare alcun filtro in sede di dichiarazioni rilasciate ai sensi dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici, relativamente all'indicazione delle condanne penali subite ed alla loro rilevanza sulla moralità professionale, che è riservata in via esclusiva alla stazione appaltante (cfr. da ultimo Consiglio di Stato, sez. V, 27 gennaio 2014, n. 400; n. 1378 del 2013; cfr. anche la determinazione n. 1 del 2010 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici).

Inoltre la giurisprudenza ha chiarito che: " la completezza delle dichiarazioni è già di per sé un valore da perseguire perché consente, anche in ossequio al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara; conseguentemente una dichiarazione che è inaffidabile perché, al di là dell'elemento soggettivo sottostante, è falsa od incompleta, deve ritenersi di per sé stessa lesiva degli interessi considerati dalla norma, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare alla gara" (Cons. Stato, III, 123/2014; sez. V, 21.6.2013, n. 3397; sez. V, 3.6. 2013, n. 3045; 07.05.2013, n. 2462).

Né può operare nella specie il principio dell'irrelevanza del c.d. "falso innocuo", in quanto questo non è ravvisabile nel caso di omessa dichiarazione ex art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 di condanne penali riportate dai rappresentanti dei concorrenti (Consiglio di Stato, sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6271).

Quanto al presunto dovere di soccorso e alla possibilità di non escludere la ditta va inoltre richiamata l'Adunanza plenaria n 16 del 30 luglio 2014, che ha indicato la tassatività delle cause di esclusione ex art 38 del Codice degli appalti, almeno nel regime antecedente al Decreto legge 24 giugno 2014 n 90 convertito nella legge 11 agosto 2014 n 114.

16. Per completezza vanno esaminate le posizioni degli altri due soggetti cessati dalla carica nelle more dell'espletamento delle procedure, in relazione ai quali viene imputato alla ditta ricorrente da parte della stazione appaltante la mancata tempestiva comunicazione degli avvisi di garanzia ricevuti e la mancata dimostrazione della dissociazione da parte della società.

Anche se lo svolgimento dei fatti, e specificatamente la circostanza che i due soggetti sono stati tempestivamente allontanati dalle loro cariche, costituisce un indizio di dissociazione della società dal loro comportamento penale, tuttavia una valutazione della dissociazione stessa, di spettanza della stazione appaltante, richiedeva un'informazione completa anche sulle vicende penali successive, che è mancata.

Invero, la leale collaborazione che deve contraddistinguere i rapporti tra stazione appaltante e ditte partecipanti alla gara avrebbe dovuto indurre la società a comunicare tempestivamente gli eventi penalmente rilevanti.

Su tale aspetto la difesa della società ricorrente appare sottilmente contraddittoria con quanto essa stessa afferma in relazione alla posizione dell'istitutore; se, come sostiene la ditta ricorrente, è necessario avere riguardo al dato sostanziale e non al dato formale in relazione all'attività svolta, affermazione questa che peraltro si è rivelata inesatta proprio in relazione alle mansioni svolte dall'interessato istitutore, analogo criterio sostanziale avrebbe dovuto rendere necessaria la comunicazione delle vicende penali dei due cessati amministratori, fino al momento della conclusione della gara, ancorché successive rispetto alla presentazione delle offerte.

La motivazione quindi dell'esclusione della ditta ricorrente appare corretta.

17. Va peraltro aggiunto come le due ragioni del provvedimento di esclusione impugnato, valutate non separatamente ma congiuntamente, presentano un decisivo elemento comune: attengono tutte e due a vicende penalmente rilevanti che nel loro svolgimento rischiano di minare il rapporto di fiducia indispensabile tra stazione appaltante e ditta aggiudicataria.

Invero, sia gli obblighi di dichiarazioni ex articolo 38 sia il dovere di comunicare le evoluzioni di vicende penali rispondono alla medesima ratio, quella di creare e mantenere un rapporto di certezza e di leale collaborazione tra parte pubblica e parte privata in una concessione di costruzione e gestione, per cui la stazione appaltante deve essere messa in grado di valutare la moralità professionale della ditta partecipante alla gara.

18. Quanto acclarato sulla legittimità dell'esclusione rende improcedibile il ricorso incidentale riguardante altri due motivi di esclusione della ditta ricorrente, concernenti un aspetto logicamente successivo dal punto di vista procedimentale.

Inoltre, ad avviso di questo Collegio, il ricorso incidentale diventa privo d'interesse una volta rigettato il citato motivo del ricorso della Mantovani spa e acclarata la sua legittima esclusione, e ancor più dopo aver dichiarato infondate anche le restanti doglianze.

Altrettanto improcedibili risultano peraltro i motivi ulteriori contenuti nel ricorso e nei due motivi aggiunti, che riguardano vicende successive rispetto quelle poste alla base dell'esclusione e in particolare l'ammissione della ditta aggiudicataria alla gara e i relativi requisiti, non più contestabili da una ditta legittimamente esclusa; detti motivi peraltro verranno, per scrupolo di completezza esaminati in seguito al n 20. Nel caso in esame invero si può altresì dubitare della sussistenza di un interesse strumentale al rifacimento della gara, come avverrebbe in ipotesi di esclusione di tutti e due i raggruppamenti partecipanti, anche per ragioni legate al finanziamento dell'opera e per la scadenza dei poteri spettanti alla Stazione appaltante.

19. Vanno ora esaminate le censure del ricorso principale e dei motivi aggiunti che riguardano la medesima fase procedurale che ha portato all'esclusione della ditta ricorrente.

Prima di esaminare nel dettaglio le presunte carenze delle dichiarazioni, questo Collegio rileva come dal punto di vista qualitativo le presunte incompletezze o mancanze delle dichiarazioni non sarebbero comunque comparabili con la summenzionata carenza della dichiarazione dell'istitutore, palesemente falsa.

Specificatamente, con riferimento alla ICOP e alla Taverna, le dichiarazioni rese da Piero Petrucco, Luca Grillo, e Vittorio Petrucco sono corredate dalla copia della carta d'identità, mentre la dichiarazione resa da Paolo Petrucco in relazione a Domenico Taverna e Nereo Pettenà risulta conforme all'art. 38.

Nereo Pettenà e Enzo Rizzi hanno reso le dichiarazioni ex art 38; il secondo poi è stato assolto con sentenza 210/13 dal Tribunale penale de L'Aquila.

Nei confronti poi di Paolo Petrucco non risulta alcuna sentenza di condanna irrevocabile.

Quanto ai progettisti dello Studio Altieri il bando nulla prescriveva a riguardo.

Circa il signor Filipuzzi, in fase di prequalifica sono state presentate le dichiarazioni ex art 38.

Quanto alla ditta Parisi, il presidente del Consiglio di amministrazione ha presentato le dichiarazioni in sede di prequalifica, mentre gli altri componenti del Consiglio di amministrazione risultavano privi di rappresentanza generale. Il signor Valentinuz e il signor Balbo sono privi di precedenti, laddove Roberto Vuerich ha poteri meramente esecutivi. Lo stesso vale per i vari procuratori speciali della ditta Parisi.

Quanto alla ditta Cosmo Ambiente risulta che tutti i titolari di potere di rappresentanza hanno reso le prescritte dichiarazioni. Claudio Cosmo non ha poteri di rappresentanza, le

dichiarazioni di Francesco Valori sono complete, mentre Fabio Cosmo ha subito una contravvenzione nel 1993, reato estinto.

Quanto alla Interporto Bologna e alla Gestione Servizi Interporto, il Presidente di quest'ultima ha reso le dichiarazioni prescritte, Pietro Spirito era solo procuratore speciale, Capitani Luigi non ha poteri di rappresentanza mentre il Presidente della Interporto Bologna ha reso le dichiarazioni per tutti i vertici della società.

In sostanza, contrariamente a quanto indicato dalla ricorrente nel ricorso e nei motivi aggiunti tutte le ditte aggiudicatrici hanno reso le necessarie dichiarazioni ex art 38, come emerge dalla documentazione in atti.

Pertanto le censure riguardanti la medesima fase procedurale che ha portato all'esclusione della Mantovani, cioè la fase dei requisiti di ammissione alla gara relativi alle dichiarazioni obbligatorie, sono infondate.

20. Per mero scrupolo di completezza, si esaminano, ancorché in maniera sintetica come si addice ad una sentenza resa ex art. 60 del codice del processo amministrativo, le ulteriori doglianze concernenti alcuni requisiti delle ditte partecipanti, contestati in ricorso.

Va premesso che, come indicato dal Consiglio di Stato nella già citata Adunanza Plenaria n 16 del 2014, l'evoluzione giurisprudenziale e normativa (tra cui il decreto legge n 90 del 2014 convertito con modifiche nella legge 114 del 2014, ancorché non applicabile alla fattispecie) milita verso una dequotazione dei vizi formali e una visione sostanzialistica dell'esame dei requisiti delle offerte in sede di gara. Va innanzi tutto rilevato come la Interporto Bologna spa, contrariamente a quanto si assume in ricorso, si è sempre occupata di realizzazione e gestione in senso lato d'impianti interportuali e di logistica e quindi aveva titolo a partecipare alla gara in questione. Risulta sufficiente esaminare le dichiarazioni prodotte dei committenti privati. Sempre per scrupolo di completezza si rileva che la Parisi Casa di Spedizioni era in possesso dei requisiti anche economici previsti dal bando e ha prodotto la richiesta documentazione probatoria conformemente a quanto disposto dall'art 42 del D Lgs 163 del 2006, riguardante i committenti privati.

Altrettanto corretta appare l'indicazione da parte del raggruppamento vincitore delle quote di partecipazione, agevolmente ricavabili dalla documentazione prodotta in causa. La questione peraltro è regolata dai novellati art 37 del D Lgs 163 del 2006 e 92 del dPR 207/2010, rispettati nel caso.

Quanto ai rapporti tra ICOP e Impresa Taverna essi risultano definiti con un contratto di avalimento ex art 50 del D Lgs 163 del 2006. Lo stesso vale sul rapporto di avalimento tra la ICOP e la Gestione Interporto Bologna. Regolare risulta poi la partecipazione della ditta Cosmo, anch'essa in possesso dei prescritti requisiti.

21. Quanto all'escussione della fideiussione essa è stata disposta sulla base dell'articolo 75 del codice del contratto e non già sensi dell'articolo 48 del medesimo codice, per cui la relativa censura risulta infondata.

Quanto alla pretesa illegittimità del silenzio con riferimento alla nota del 13 maggio del 2014, essa non può essere assimilata a quella prevista dall'articolo 243 bis del codice dei contratti, come emerge da una semplice lettura della nota stessa.

Sulla presunta mancanza dell'indicazione dei subappaltatori, si osserva che il subappalto viene previsto solo come eventuale.

Il Piano economico e finanziario redatto dalla ICOP risulta poi conforme alla lettera d'invito.

Quanto alla richiesta di documenti, a parte che essa risulta evasa, almeno per la parte che interessava la ditta ricorrente, essa risulta inammissibile per genericità e carenza di interesse laddove non riguarda la fase procedurale di esclusione dalla gara della stessa.

Per tutte le suindicate ragioni il ricorso va rigettato; l'infondatezza del ricorso rende infondata anche la richiesta di risarcimento dei danni.

22. In conclusione, il ricorso principale va in parte rigettato e parte dichiarato improcedibile, così come i motivi aggiunti. Il ricorso incidentale e i relativi motivi aggiunti vanno dichiarati improcedibili.

La peculiarità e complessità della vicenda induce il collegio a compensare le spese di giudizio tra le parti. A tutela della riservatezza dei soggetti terzi citati nella sentenza, privati e ditte, occorre ordinare, ai sensi dell'articolo 52 D.Lgs. n. 196/2003, che in caso di riproduzione del presente provvedimento in qualsiasi forma, per finalità di informazione giuridica su riviste giuridiche, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, vadano omesse le generalità e gli altri dati identificativi degli stessi.

PQM

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte rigetta e in parte dichiara improcedibile il ricorso principale e i relativi motivi aggiunti e dichiara improcedibili il ricorso incidentale e i relativi motivi aggiunti, come da motivazione.

Spese compensate.

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52 D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela della riservatezza dei terzi citati nella sentenza, sia ditte sia persone, manda alla Segreteria di procedere all'annotazione di cui ai commi 1 e 2 della medesima disposizione, nei termini indicati, e di omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei medesimi in caso di riproduzione del presente provvedimento in qualsiasi forma, per finalità di informazione giuridica su riviste giuridiche, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 27 agosto con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente, Estensore

Enzo Di Sciascio, Consigliere

Alessandra Tagliasacchi, Referendario

Fonti: Redazione Giuffrè amministrativo 2014

Classificazione: PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.) - Contratti della P.A. - - in genere

Pubblica amministrazione - Contratti della p.a. - In genere - Appalti - Gara - Potere di soccorso istruttorio -Art. 46, comma 1, d.lg. n. 163 del 2006 - Limiti.

Nelle gare pubbliche il c.d. 'potere di soccorso' previsto dall'art. 46 comma 1, del Codice dei contratti pubblici, approvato con d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, può essere esercitato al fine di richiedere una interlocuzione per sanare l'omissione riscontrata; tale prospettiva infatti si sostanzia unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti e, quindi, non consente la sanatoria degli adempimenti omessi ove previsti a pena di esclusione dal medesimo Codice, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali.

Fonti: Redazione Giuffrè amministrativo 2014

Classificazione: PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.) - Contratti della P.A. - - in genere

Pubblica amministrazione - Contratti della p.a. - In genere - Appalto - Gara - Concorrenti - Dichiarazioni ex art. 38, d.lg. n. 163 del 2006 - Obbligo - Institori - Sussiste.

Nelle gare pubbliche, alla dichiarazione d'insussistenza della cause di esclusione dalla partecipazione alle stesse di cui all'art. 38 comma 1, lett. c), d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 si deve provvedere sulla base di criteri formali, sicchè a tale scopo è sufficiente il possesso della qualità di amministratore, che certamente non può negarsi alla figura dell'institore.

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7257 del 2014, proposto da:

Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani Spa in proprio e quale Capogruppo Costituendo Rti, Vgt Venice Green Terminal Srl A Socio Unico in proprio e quale Componente Costituendo Rti, Samer Seaports & Terminals Srl in proprio e quale Componente Costituendo Rti, rappresentati e difesi dagli avv.ti Maria Alessandra Sandulli e Luca Antonini, con domicilio eletto presso Maria Alessandra Sandulli in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 349;

contro

Autorità Portuale di Trieste, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Icop Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio eletto presso Arturo Cancrini in Roma, Via G. Mercalli, 13;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. FRIULI-VENEZIA-GIULIA - TRIESTE: SEZIONE I n. 00456/2014, resa tra le parti, concernente l'affidamento realizzazione e gestione piattaforma logistica tra lo scalo legnami e l'ex Italsider - Ris.danni – Mcp;
Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autorita' Portuale di Trieste e di Icop Spa;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 novembre 2014 il Cons. Raffaele Potenza e uditi per le parti gli avvocati Sandulli, Antonini, Vagnucci e l'Avvocato dello Stato Varrone.;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

L'appello in esame controverte della legittimità dell'esclusione dell'impresa appellante dalla procedura indetta dall'autorità portuale di Trieste per la concessione di progettazione, costruzione e gestione di piattaforma logistica portuale.

1.- Con ricorso al TAR del Friuli Venezia-Giulia, l'odierna appellante esponeva che alla predetta gara partecipavano, il raggruppamento temporaneo di imprese Mantovani ed il raggruppamento I.CO.P.. Nel corso delle fasi di prequalifica e di aggiudicazione provvisoria, tre dirigenti della società Mantovani erano colpiti da procedimenti penali e venivano rimossi dall'incarico tra il febbraio ed il marzo del 2013; in tale arco di tempo la stazione appaltante chiedeva chiarimenti alla Mantovani che rispondeva attestando, al 24.1.2014, che nessuno dei soggetti in carica risultava destinatario di sentenza irrevocabile di condanna.

Con provvedimento del 7.5.2014, la stazione appaltante disponeva l'annullamento della ammissione alla procedura del raggruppamento Mantovani (divenuto nel frattempo aggiudicatario provvisoria), ai sensi dell'art. 38, lett. c, del codice dei contratti, per:

- omessa menzione, nella dichiarazione resa dall'ing. Mantoni (istitutore) di una sentenza resa ex art. 444 (c.d."patteggiamento"), risalente al 2011;
- omessa segnalazione, nelle dichiarazioni del legale rappresentante dell'azienda, delle misure cautelari restrittive adottate dall'ing. Baita e dal rag. Buson e delle iniziative assunte dalle società per dissociarsi dalle relative condotte.

Al termine della procedura la gara veniva aggiudicata al raggruppamento ICOP.

1.2.- Pertanto la società Mantovani, in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento, adiva il TAR Veneto col predetto ricorso, impugnando:

- la deliberazione del 7 maggio 2014, di esclusione dalla procedura concorsuale e conseguente annullamento dell'aggiudicazione provvisoria alla ricorrente;
- la deliberazione del presidente dell'autorità portuale del 7 maggio 2014 di aggiudicazione definitiva dell'appalto al raggruppamento temporaneo d'impresе controinteressato;
- ogni atto connesso, compresa la nota dell'autorità portuale richiedente l'escussione della polizza fideiussoria della ricorrente nonché la comunicazione del 12 maggio 2014;

- ove necessario, la richiesta di chiarimenti inviata il 22 gennaio 2014, nonché i verbali di gara con riferimento a quelli contenenti l'ammissione del raggruppamento temporaneo d'impresa controinteressato e la valutazione della relativa offerta.

Tali atti venivano inoltre contestati con un primo ricorso per motivi aggiunti (sostenuto da otto censure) ed un secondo ricorso per motivi aggiunti (supportato da due doglianze).

La ricorrente chiedeva altresì:

- la condanna dell'amministrazione ad aggiudicare in via definitiva la gara al raggruppamento istante, previa, eventuale declaratoria d'inefficacia del contratto medio tempore stipulato col raggruppamento dichiarato vincitore, previo l'annullamento del silenzio serbato dall'autorità portuale a seguito del preavviso di ricorso;

- la condanna dell'Amministrazione al risarcimento di danni.

1.3.- Resistevano al ricorso l'Amministrazione appaltante ed il RTI ICOP, avversando le tesi della ricorrente e la seconda proponendo inoltre un ricorso incidentale contro gli atti della procedura nella parte in cui non avevano disposto l'esclusione del raggruppamento Mantovani, e contro (seppur in via subordinata) la clausola del bando di gara (punto III.1.1.), ove interpretata nel senso indicato dalla ricorrente.

1.4.- Con la sentenza impugnata, resa in forma semplificata, il TAR, dopo aver indicato l'ordine di trattazione delle questioni in rapporto alla presenza del ricorso incidentale, ha:

- in via prioritaria, in parte rigettato ed in parte dichiarato improcedibile l'atto introduttivo ed i motivi aggiunti;

- dichiarato improcedibile, per difetto di interesse, il ricorso incidentale ed i motivi aggiunti proposti dal raggruppamento ICOP (punto 18).

Le ragioni poste a fondamento della pronuncia sono riassunte in sede di trattazione dei motivi d'appello contro la stessa formulati.

La sentenza è stata oggetto di appello da parte del RTI Mantovani e di appello incidentale del raggruppamento aggiudicatario ICOP (v. infra, punto 3), istante per la declaratoria di improcedibilità (per difetto di legittimazione e carenza di interesse ad agire) dell'appello principale e, in subordine per l'annullamento della clausola del bando di gara (punto III.1.1.), ove interpretata nel senso indicato dalla ricorrente.

2.- L'appellante principale avversa quanto deciso dal primo giudice con un serie di motivi che, in merito al rispettivo contenuto, riguardano in sintesi:

a)- l'ordine con cui il primo giudice ha esaminato le questioni derivanti dal ricorso principale, incidentale e dai rispettivi motivi aggiunti, con le relative conseguenze sulla procedibilità sia del ricorso incidentale che delle doglianze aggiuntive;

b)- il rigetto del primo motivo del ricorso introduttivo, attinente alla dichiarazione resa dall'ing.Mantoni;

c)- il rigetto del secondo motivo del ricorso stesso, riferito alla posizione degli altri due soggetti dichiaranti e con riferimento alla questione del dovere di "soccorso istruttorio".

2.1.- Precede la trattazione dei profili sostanziali della controversia la trattazione delle censure formulate contro l'ordine con cui il primo giudice ha esaminato le questioni proposte dai ricorsi, in particolare trattando in via prioritaria il ricorso principale, ritenendo che dal suo esito dipendesse anche quello del ricorso incidentale, nonché delle restanti

parti del ricorso principale e dei motivi ad esso aggiunti. In particolare sostiene l'appellante che illegittimamente il primo giudice avrebbe dichiarato improcedibili le doglianze proposte (con motivi aggiunti) dal RTI Mantovani contro l'ammissione del raggruppamento ICOP per difetto dei requisiti speciali, motivi contraddittoriamente e superficialmente esaminati e comunque infondatamente respinti. A sostegno della tesi l'appellante premette che sia le censure principali che quelle aggiuntive (contro l'ammissione del raggruppamento ICOP), investendo tutte il possesso dei requisiti di ammissione e riguardando al medesima fase di procedura cui avevano partecipato due ditte, risultavano "simmetricamente escludenti" e pertanto, in osservanza dei principi enunciati dalla recente giurisprudenza (Cons. di Stato, a.p., n.9/2014), la ricorrente aveva diritto all'esame nel merito anche di tutti i vizi denunciati con i motivi aggiunti (dichiarati invece improcedibili), il cui accoglimento, determinando l'esclusione anche dell'unico altro concorrente, avrebbe imposto la ripetizione della gara. L'orientamento, per quanto diffusamente argomentato, non può essere condiviso con riferimento al caso risolto dalla decisione gravata.

In primo luogo va rilevato che la pronuncia gravata ha comunque esaminato tutti i motivi formulati dal ricorso introduttivo e dai motivi aggiunti (v. p. 25 e ss. gg. della decisione), seppur rigettando i secondi con motivazioni molto sintetiche, ma formalmente consone al quadro processuale di rito "abbreviato" che la decisione ha ritenuto di privilegiare.

Inoltre tutte le fasi procedurali contrastate dal ricorso principale risultano anteriori a quelle avversate col ricorso incidentale e ciò impedisce di configurare l'ipotesi della simmetria escludente, che la decisione dell'adunanza plenaria ha esplicitamente individuato allorché le censure reciprocamente escludenti, principali ed incidentali, riguardino la medesima fase del procedimento.

Pertanto il richiamo al principio giurisprudenziale della simmetria escludente è inconferente, poiché attiene al tema dell'esame incrociato tra censure principali e censure incidentali, mentre la doglianza critica la decisione in riferimento ai motivi aggiunti al ricorso principale e va quindi regolata all'interno di tale tipologia delle deduzioni principali, senza correlazioni con l'impugnativa incidentali.

Quanto all'interesse finale azionato, anche spinto nella sua massima valenza strumentale, è difficilmente affermabile che possa condurre "ex se" (in caso di accoglimento del ricorso principale) al dovere giuridico di ripetizione della gara; ed invero una procedura che rimanga senza partecipanti (perché entrambi legittimamente esclusi a seguito dell'accoglimento di ricorsi incrociati) produce direttamente solo l'esito infruttuoso della stessa, rimanendo nella sfera discrezionale della stazione appaltante la possibilità, e non il dovere, di emanare ulteriori provvedimenti, tra i quali potrebbe quindi solo ipoteticamente porsi il rinnovo del procedimento concorsuale negativamente percorso. La stessa costruzione della censura in esame, infine, desume tale ipotesi di prospettiva solo dalla fondatezza, e dal conseguente accoglimento, dei motivi tendenti ad escludere la controinteressata, sicché resta confermato che nella fattispecie è stato correttamente ritenuto prioritario l'esame nel merito delle deduzioni principali proposte contro l'ammissione dell'aggiudicataria.

2.2.- Il TAR avrebbe poi respinto erroneamente la censura proposta contro la prima ragione dell'esclusione, riferita alla dichiarazione dell'ing. Mantoni (istitutore della ditta mandante), non facente menzione dell'intervenuta sentenza penale, resa ex artt. 444 c.p.c. e 590 c.p.; al contrario di quanto affermato dal primo giudice (che ha evidenziato gli ampi poteri di rappresentanza del soggetto in seno all'azienda e l'esclusione di poteri di filtro nelle dichiarazioni), si argomenta che il Mantoni non era amministratore di fatto della società e non aveva poteri di amministrazione attiva ma nella specie limitati ad una delega in materia di prevenzione sul lavoro ed ecologia, non risultando quindi tenuto ad effettuare la dichiarazione prevista dall'art. 38, comma 1, lett.c, del codice degli appalti. Inoltre l'omissione si è riferita ad una condanna con riconoscimento di attenuanti generiche in ragione dell'oggettiva modestia dell'evento contestato. Il Collegio non condivide questa tesi.

Va premesso in via generale che la figura dell'istitutore, ai sensi del codice civile, si caratterizza per una preposizione che conferisce ampia rappresentanza al fine di compiere tutti gli atti di amministrazione dell'impresa o del settore ad esso affidato; orbene, le materie indicate dall'appellante a supporto della non spettanza dell'obbligo sono in effetti, come sottolineato dal TAR, particolarmente pertinenti in tema di realizzazione di opere pubbliche, riguardando profili di ampio impatto sul territorio e sulla collettività. Inoltre è stato già affermato che la individuazione del soggetto tenuto alla dichiarazione di insussistenza della causa di esclusione dalla partecipazione alle gare (art. 38,c.1, lett c del codice appalti) deve avvenire sulla base di criteri "formali" (cfr. Cons. di Stato, sez.V,n.95/2013), sicchè a tale scopo è sufficiente il possesso della qualità di amministratore, che certamente non può negarsi alla figura dell'istitutore certamente preposto ai profili sopra richiamati.

Quanto alla gravità dell'evento contestato e che ha originato la condanna, oltre a doversi confermare che l'obbligo in questione non è subordinato ad un potere valutativo del dichiarante (che mai quindi può elidere l'oggettiva esistenza della condanna da dichiarare), deve segnalarsi che la norma applicata, nel menzionare "reati gravi in danno dello Stato o della Comunità" intende evidentemente riferirsi alla violazione di quelle norme che proteggono interessi e valori chiaramente di ampia valenza collettiva, tra i quali non può certamente non annoverarsi la sicurezza del lavoro.

Questo orientamento peraltro, a parere del Collegio, estrinseca il principio affermato in materia da questo Consiglio (v.a.p. n. 16/2014) per cui l'esegesi dell'art.46, comma 1-bis d.lgs. cit. impone l'interpretazione della "doverosità dell'esclusione nei casi d'inosservanza dell'obbligo, codificato all'art.38, comma 2, d.lgs. cit., di produrre le dichiarazioni sostitutive. La portata univoca e generale del richiamo al "mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice", quale violazione che impone l'esclusione dei concorrenti inadempienti, non ammette, infatti, alcuna interpretazione riduttiva e vincola, anzi, l'interprete ad assegnare alla disposizione la più ampia latitudine precettiva, con la conseguenza che l'inosservanza dell'obbligo di attestazione previsto dal secondo comma dell'art.38 impone all'Amministrazione l'esclusione del concorrente che lo ha violato".

Per la stessa ragione il Collegio deve confermare l'esclusione di qualsiasi potere di effettuare valutazioni filtro circa la gravità delle risultanze oggetto delle dichiarazioni richieste.

2.3.- Il ricorso avverso (col terzo motivo) anche la motivazione resa dal TAR nel respingere la tesi della violazione delle medesime norme sopra citate, in relazione alle due dichiarazioni sostitutive relative ai due soggetti (Presidente e Direttore finanziario), cessati dalla carica subito dopo le notizie di reato (sopraggiunte dopo quattro mesi dopo le dichiarazioni) e prima delle sentenze di patteggiamento; di tali pronunzie una sola era divenuta irrevocabile in data 29 aprile 2014. In relazione a tali soggetti la società Mantovani è stata esclusa per non aver dato tempestiva notizia delle vicende penali e non aver illustrato quanto fatto per dissociarsi. Al riguardo il primo giudice ha valutato corretta la motivazione della esclusione (mancata tempestiva comunicazione degli avvisi di garanzia e dimostrazione di comportamento dissociativo), osservando che "anche se lo svolgimento dei fatti, e specificatamente la circostanza che i due soggetti sono stati tempestivamente allontanati dalle loro cariche, costituisce un indizio di dissociazione della società dal loro comportamento penale, tuttavia una valutazione della dissociazione stessa, di spettanza della stazione appaltante, richiedeva un'informazione completa anche sulle vicende penali successive, che è mancata. Invero, la leale collaborazione che deve contraddistinguere i rapporti tra stazione appaltante e ditte partecipanti alla gara avrebbe dovuto indurre la società a comunicare tempestivamente gli eventi penalmente rilevanti". Oppone l'appellante le censure già formulate in prime cure, in particolare che la ditta "ha immediatamente sostituito i due dirigenti dimostrando in tal modo la sua dissociazione", e l'assenza di sentenze irrevocabili a carico dei soggetti al momento della loro cessazione dalla carica. Anche queste ragioni non possono trovare accoglimento. Se infatti la immediata rimozione può costituire indice dissociativo, non può essere superato il rilievo che non è stata data notizia nella dichiarazione della sentenza divenuta irrevocabile, seppur dopo la dichiarazione della nuova società del gennaio 2014, ma sempre prima dell'aggiudicazione e quindi in un arco temporale del procedimento in cui la stazione appaltante conserva in pieno il potere di verificare la sussistenza dei requisiti generali prescritti dall'art. 36.

In contrario non è poi invocabile il "potere di soccorso" previsto dall'art. 46, comma 1, del Codice al fine di richiedere una interlocuzione per sanare l'omissione riscontrata; tale prospettiva infatti si sostanzia "unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti - non consente la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal medesimo Codice, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali" (Cons. di Stato, a.p., n.9/2014). Gli atti impugnati, pertanto, poggiano sufficientemente sulle ragioni testè esaminate.

2.4.- I successivi motivi d'appello (ad eccezione del motivo sub 9, riportato alla p.112 del ricorso e di cui al successivo punto 2.5.) avversano il rigetto dei motivi aggiunti,

riproponendo le censure già formulate in primo grado contro l'ammissione alla procedura del raggruppamento controinteressato.- La censura sub 9 sostiene omessa pronunzia sui motivi n.9 del primo ricorso per motivi aggiunti e n. 12 del secondo gravame per motivi aggiunti, che vengono perciò riproposti in questa sede. Tuttavia non sussiste interesse a riproporre nel merito alcuna di dette doglianze atteso che esse sono state correttamente dichiarate improcedibili dal TAR in ragione dell'infondatezza del ricorso introduttivo, pronunziata in ragione dei motivi sopra trattati.

3.- L'appello incidentale del RTI ICOP impugna la sentenza nelle parti in cui:

- non ha dichiarato improcedibili per difetto di interesse tutte le censure rivolte dalla ricorrente principale Mantovani contro l'aggiudicazione alla ricorrente ICOP;
- ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale proposto da ICOP (contro gli atti della procedura nella parte in cui non avevano disposto l'esclusione del raggruppamento Mantovani), non esaminandolo in via prioritaria rispetto al ricorso principale ed ai motivi ad esso aggiunti.

3.1.- La prima censura, che ripropone la tesi della improcedibilità del ricorso principale e contesta mancata pronunzia sullo stesso, è inammissibile per difetto di interesse. La sentenza impugnata è infatti soddisfattiva della pretesa azionata dal ricorso incidentale, avendo dichiarato improcedibili i motivi aggiunti con cui la ricorrente principale censurava l'aggiudicazione della gara (o la mancata esclusione dalla stessa) alla ICOP, in quella sede controinteressata.

3.2.- La seconda doglianza mossa dall'appello incidentale è invece improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, in ragione dell'infondatezza dell'appello nel merito; non permane interesse a coltivare un motivo d'appello incidentale (che sostiene il mancato esame prioritario del ricorso incidentale) a carico di una sentenza di primo grado confermata in forza della reiezione nel merito dell'appello principale.

3.3.- Pertanto l'appello incidentale va dichiarato in parte inammissibile ed in parte improcedibile.

4.- Le spese del giudizio possono essere compensate in ragione della complessità delle questioni sollevate.

PQM

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunziando in merito al ricorso in epigrafe:

respinge l'appello principale;

dichiara l'appello incidentale in parte inammissibile e in parte improcedibile;

compensa le spese del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere, Estensore

Andrea Migliozi, Consigliere
Giulio Veltri, Consigliere

Fonti: Foro it. 2014, 7-8, III, 429 (nota di: TRAVI; SIGISMONDI)

Classificazione: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Ricorso incidentale e domanda riconvenzionale

Nel giudizio amministrativo avente oggetto procedure di gara, il ricorso incidentale va esaminato prima del ricorso principale, quando abbia carattere "escludente" perché contesti la legittimazione a ricorrere del ricorrente principale; invece va esaminato dopo il ricorso principale, se censuri valutazioni ed operazioni di gara nel presupposto della regolare partecipazione del ricorrente principale.

Fonti: Foro it. 2014, 7-8, III, 429 (nota di: TRAVI; SIGISMONDI)

Classificazione: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Legittimazione a ricorrere e a resistere

Nel giudizio amministrativo avente ad oggetto gara, il concorrente escluso ha legittimazione a ricorrere contro l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, solamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale.

Fonti: Foro it. 2014, 7-8, III, 429 (nota di: TRAVI; SIGISMONDI)

Classificazione: PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.) - Contratti della P.A. - procedura di gara

Rispetto alle procedure di gara non dal d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, è illegittima la clausola del bando che commina l'esclusione per l'inosservanza di una prescrizione meramente formale.

Fonti: Foro it. 2014, 7-8, III, 429 (nota di: TRAVI; SIGISMONDI)

Classificazione: PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.) - Contratti della P.A. - procedura di gara

Nelle procedure di gara disciplinate dal d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, il "potere di soccorso" previsto dall'art. 46 di tale decreto non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano prescritti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici o dal suo regolamento d'attuazione o dalle leggi dello Stato.

Fonti: Foro it. 2014, 7-8, III, 429 (nota di: TRAVI; SIGISMONDI)

Classificazione: PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.) - Contratti della P.A. - procedura di gara

L'art. 46, comma 1 bis, d.lg. 12 aprile 2006 n. introdotto dall'art. 4 comma 2 lett. d) n. 1 e 2 d.l. 13 maggio 2011 n. 70, conv. dalla l. 12 luglio 2011 n. 106, sulla tassatività delle cause di esclusione da una procedura di gara per appalti pubblici, non è norma di interpretazione autentica e pertanto si applica soltanto alle procedure i cui bandi o avvisi siano stati pubblicati dopo la sua entrata in vigore.

Fonti: Foro Amministrativo (II) 2014, 2, 387 – Diritto Processuale Amministrativo 2014, 2, 544 (nota di: BERTONAZZI)

Classificazione: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Legittimazione a ricorrere e a resistere

Giustizia amministrativa - Giudizio amministrativo - Ricorsi in materia - Di gara pubblica - Aggiudicazione - Ricorrente in via principale estromesso - Legittimazione a ricorrere - Condizione.

Nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale - estromesso per atto dell' amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale - ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale; devono, in particolare, ritenersi afferenti alla medesima fase i vizi ricompresi esclusivamente all'interno delle seguenti tre, alternative, categorie: a) tempestività della domanda ed integrità dei plichi (trattandosi in ordine cronologico e logico dei primi parametri di validazione del titolo di ammissione alla gara); b) requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione dell'impresa (comprensivi dei requisiti economici, finanziari, tecnici, organizzativi e di qualificazione); c) carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione (comprensiva delle ipotesi di incertezza assoluta del contenuto dell'offerta o della sua provenienza). Sono, quindi, identici - e dunque consentono l'esame incrociato e l'eventuale accoglimento di entrambi i ricorsi (principale ed incidentale), con la consequenziale esclusione dalla gara degli unici due contendenti - solo i vizi che afferiscono alla medesima categoria.

Fonti: Foro Amministrativo (II) 2014, 2, 387 – Diritto Processuale Amministrativo 2014, 2, 544 (nota di: BERTONAZZI)

Classificazione: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Ricorso incidentale e domanda riconvenzionale

Giustizia amministrativa - Ricorso incidentale - Esame prioritario - Ricorso incidentale che non ha carattere escludente - Non va esaminato prioritariamente.

Nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, il ricorso incidentale non va esaminato prima del ricorso principale allorché non presenti carattere escludente; tale evenienza si verifica se il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale.

Fonti: Foro Amministrativo (II) 2014, 2, 387 – Diritto Processuale Amministrativo 2014, 2, 544 (nota di: BERTONAZZI)

Classificazione: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Ricorso incidentale e domanda riconvenzionale

Giustizia amministrativa - Ricorso incidentale - Esame prioritario - Presupposti.

Nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale il ricorso incidentale escludente che sollevi

un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'amministrazione; tuttavia, l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile.

Fonti: Foro Amministrativo (II) 2014, 2, 387 – Diritto Processuale Amministrativo 2014, 2, 544 (nota di: BERTONAZZI)

Classificazione: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Giudizio amministrativo - in genere

Giustizia amministrativa - Giudizio amministrativo - Ordine di esame delle questioni - Individuazione.

Il giudice ha il dovere di decidere la controversia, ai sensi del combinato disposto degli art. 76, comma 4, c. proc. amm. e 276, comma 2, c.p.c., secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito e, fra le prime, la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione.

Fonti: Foro Amministrativo (II) 2014, 2, 387 – Nuovo notiziario giuridico 2014, 2, 550 (nota di: BARBIERI)

Classificazione: PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.) - Contratti della P.A. - procedura di gara

Pubblica amministrazione (p.a.) - Contratti della p.a. - In genere - Appalti - Gara - Dovere di soccorso istruttorio - Gare non disciplinate dal Codice dei contratti pubblici - Art. 6, comma 1, l. n. 241 del 1990 - Esclusione per violazione meramente formale - Illegittimità.

Nelle procedure di gara non disciplinate dal c. contr. pubbl., il "potere di soccorso" sancito dall'art. 6, comma 1, lett. b), l. 7 agosto 1990 n. 241, costituisce parametro per lo scrutinio della legittimità della legge di gara che, in assenza di una corrispondente previsione normativa, stabilisca la sanzione della esclusione; conseguentemente, è illegittima - per violazione del citato comma 1, lett. b), dell'art. 6, l. n. 241 del 1990, nonché sotto il profilo della manifesta sproporzione - la clausola della legge di gara che disciplina una procedura diversa da quelle di massa, nella parte in cui commina la sanzione della esclusione per l'inosservanza di una prescrizione meramente formale.

Fonti: Foro Amministrativo (II) 2014, 2, 387 – Nuovo notiziario giuridico 2014, 2, 550 (nota di: BARBIERI)

Classificazione: PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.) - Contratti della P.A. - procedura di gara

Pubblica amministrazione (p.a.) - Contratti della p.a. - In genere - Appalti - Gara - Dovere di soccorso istruttorio - Gare disciplinate dal Codice dei contratti pubblici - Art. 46, comma 1, d.lg. n. 163 del 2006 - Limiti.

Nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il "potere di soccorso" sancito dall'art. 46, comma 1, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, - sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della "par condicio" dei concorrenti - non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali.

Fonti: Foro Amministrativo (II) 2014, 2, 387 – Nuovo notiziario giuridico 2014, 2, 550 (nota di: BARBIERI)

Classificazione: PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.) - Contratti della P.A. - procedura di gara

Pubblica amministrazione (p.a.) - Contratti della p.a. - In genere - Appalti - Gara - Cause di esclusione - Previste dal bando di gara - Legittimità - Condizione.

Sono legittime ai sensi dell'art. 46 comma 1 bis d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, le clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione, anche se di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali.

Fonti: Foro Amministrativo (II) 2014, 2, 387 – Nuovo notiziario giuridico 2014, 2, 550 (nota di: BARBIERI)

Classificazione: PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.) - Contratti della P.A. - procedura di gara

Pubblica amministrazione (p.a.) - Contratti della p.a. - In genere - Appalti - Gara - Tassatività cause di esclusione - Comma 1bis dell'art. 46, d.lg. n. 163 del 2006 - Ambito di applicazione - Procedure di gara disciplinate dallo stesso codice dei contratti pubblici.

Il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46 comma 1 bis d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 si applica unicamente alle procedure di gara disciplinate dallo stesso codice.

Fonti: Foro Amministrativo (II) 2014, 2, 387 – Nuovo notiziario giuridico 2014, 2, 550 (nota di: BARBIERI)

Classificazione: PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.) - Contratti della P.A. - procedura di gara

Pubblica amministrazione (p.a.) - Contratti della p.a. - In genere - Appalti - Gara - Tassatività cause di esclusione - Comma 1bis dell'art. 46, d.lg. n. 163 del 2006 - Retroattività - Esclusione.

L'art. 4, comma 2, lett. d) n. 1 e 2 d.l. 13 maggio 2011 n. 70 - che ha aggiunto l'inciso " Tassatività delle cause di esclusione" nella rubrica dell'art. 46, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163,

e nel corpo dello stesso ha inserito il comma 1 bis - non costituisce una norma di interpretazione autentica e, pertanto, non ha effetti retroattivi e trova esclusiva applicazione alle procedure di gara i cui bandi o avvisi siano pubblicati (nonché alle procedure senza bandi o avvisi, i cui inviti siano inviati), successivamente al 14 maggio 2011, data di entrata in vigore del d.l. n. 70 del 2011.

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 23 di A.P. del 2013, proposto dalla società Palumbo s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Migliarotti e Luciano Filippo Bracci, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via del Teatro Valle n. 6;

contro

Autorità portuale di Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliato in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

nei confronti di

Nuova Meccanica Navale s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Enrico Soprano e Franco Gaetano Scoca, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via Giovanni Paisiello n. 55;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. della Campania – Napoli - Sezione VII, n. 1888 del 23 aprile 2012.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Autorità portuale di Napoli e della Nuova Meccanica Navale s.r.l.;

Viste le memorie difensive depositate dalle parti prima davanti alla VI Sezione del Consiglio di Stato e successivamente in vista della udienza pubblica celebrata innanzi all'Adunanza plenaria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 novembre 2013 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Bracci, Scoca, e Soprano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. LA PROCEDURA OGGETTO DEL PRESENTE GIUDIZIO.

1.1. Oggetto del presente giudizio è la procedura competitiva, indetta dall'Autorità portuale di Napoli, per l'assegnazione della concessione di uno specchio d'acqua nel porto di Napoli per l'ormeggio di un bacino galleggiante di proprietà privata destinato allo svolgimento di attività di riparazione navale (cfr. avviso di gara del 26 gennaio 2011).

1.2. Alla gara hanno partecipato due società: la Nuova Meccanica Navale s.r.l. (in prosieguo ditta Navale) e la società Pa. s.p.a.

1.3. La ditta Pa., aggiudicataria provvisoria in quanto collocatasi al primo posto della graduatoria, è stata esclusa per non aver accluso nelle buste B e C la fotocopia di un valido

documento di identità del proprio legale rappresentante, in violazione della legge di gara nella parte in cui ha imposto che "l'offerta tecnica dovrà essere sottoscritta dal legale rappresentante del concorrente o da suo procuratore (in tal caso deve essere allegata la relativa procura) e dovrà essere corredata da fotocopia d un valido documento di identità a pena di esclusione" (cfr. art. 5, sezione busta B, ultimo periodo, sezione busta C, n. 4).

1.4. Giova sin da ora precisare che:

a) la legge di gara non ha mai fatto riferimento esplicito o rinvio formale al codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), pur avendo nella sostanza riprodotto alcune disposizioni del medesimo;

b) in base alla lettera delle disposizioni della legge di gara contenute negli artt. 3 -Requisiti di ordine generale per la partecipazione alla procedura - e 5 - Modalità di presentazione della domanda di concessione - al direttore tecnico non era imposto, a pena di esclusione, di corredare la dichiarazione di possesso dei vari requisiti generali con una fotocopia del documento di identità.

1.5. La concessione è stata conseguentemente assegnata alla ditta Navale unica concorrente rimasta in gara (cfr. delibera presidenziale n. 390 dell'8 luglio 2011 recante anche il provvedimento formale di esclusione della ditta Pa.).

2. IL GIUDIZIO DI PRIMO GRADO.

2.1. La ditta Pa. ha impugnato dinanzi al T.a.r. della Campania - con ricorso principale allibrato al nrg. 4596/2011 sostenuto da due atti di motivi aggiunti - i seguenti provvedimenti:

a) l'aggiudicazione della concessione in favore della ditta Navale;

b) la propria esclusione dalla gara;

c) tutti gli atti della procedura inclusa la legge di gara nella parte in cui ha previsto che le offerte tecniche ed economiche dovevano essere corredate, a pena di esclusione, da una fotocopia del documento d'identità del legale rappresentante dell'impresa;

d) la mancata esclusione della ditta vincitrice per non aver corredato la dichiarazione del direttore tecnico, attestante il possesso dei requisiti generali, di una fotocopia del documento di identità.

2.2. Radicatosi il contraddittorio con l'Autorità portuale e la ditta Navale, quest'ultima ha proposto ricorso incidentale sostenendo che la ditta Pa. avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per ragioni ulteriori rispetto a quelle individuate dall'amministrazione concedente.

2.3. L'impugnata sentenza - T.a.r. della Campania - Napoli - Sezione VII, n. 1888 del 23 aprile 2012 - in dichiarata adesione ai principi formulati dall'Adunanza plenaria 7 aprile 2011, n. 4:

a) ha respinto il ricorso principale proposto dalla ditta Pa.; in particolare ha disatteso la domanda di annullamento delle clausole escludenti contenute nella legge di gara e del provvedimento di esclusione, ritenendo che la produzione della fotocopia del documento di identità del legale rappresentante dell'impresa costituisca elemento centrale della stessa dichiarazione di volontà;

b) ha dichiarato inammissibili, per difetto di legittimazione al ricorso, tutte le rimanenti censure sviluppate dalla ditta Pa. avverso gli atti di gara e il provvedimento di assegnazione, incluse quelle finalizzate alla caducazione della scelta dell'Amministrazione di indire la gara per cui è causa (in particolare, incompetenza del presidente dell'Autorità portuale e violazione degli artt. 36 del codice della navigazione e 18 del regolamento di esecuzione);

c) ha respinto la domanda di risarcimento del danno;

d) ha dichiarato inammissibile il ricorso incidentale della ditta Navale;

e) ha condannato la parte ricorrente alla rifusione delle spese di lite.

3. IL GIUDIZIO DI APPELLO DAVANTI ALLA VI SEZIONE DEL CONSIGLIO DI STATO.

3.1. Con ricorso ritualmente notificato e depositato - allibrato al nrg. 4939/2012 - la ditta Pa. ha interposto appello principale.

A) Con il primo mezzo ha dedotto, sotto diversi profili, l'illegittimità del bando nella parte in cui ha previsto, a pena di esclusione, l'allegazione del documento di identità del titolare dell'impresa all'offerta economica e all'offerta tecnica; la relativa clausola sarebbe affetta da violazione di legge, in relazione all'art. 38 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa), all'art. 46, co. 1bis del codice dei contratti pubblici e all'art. 23 della Costituzione; si evidenzia che l'art. 38 del d.P.R. n. 445 del 2000 prevede espressamente l'obbligo di allegare la fotocopia del documento di identità solo con riferimento alle dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà e non anche con riferimento alle dichiarazioni di natura negoziale, quali sarebbero, appunto, l'offerta economica e l'offerta tecnica, pertanto, l'introduzione da parte del bando di tale obbligo di allegazione si tradurrebbe nella "imposizione" ai soggetti che partecipano alla gara di una "prestazione" di allegazione che, in assenza di una base legale, si porrebbe in contrasto con l'art. 23 della Costituzione e con il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, co. 1bis, codice dei contratti pubblici (introdotto dall'art. 4, co. 2, lett. d), n. 2, d. l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con modificazioni dalla l. 12 luglio 2011, n. 106); sotto questo profilo viene criticata la sentenza del T.a.r. che ha, invece, ritenuto che la mancata allegazione della fotocopia di un valido documento d'identità riguardante le generalità del sottoscrittore concreti proprio la fattispecie prevista dalla novella normativa innanzi citata, integrando un'ipotesi di "incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali".

B) Con il secondo mezzo ha lamentato l'omessa pronuncia in relazione al motivo di primo grado incentrato sull'eccesso di potere per disparità di trattamento; il presidente dell'Autorità portuale, pur avendo avuto contezza dai verbali che anche la società Navale non aveva allegato alla dichiarazione ex art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 del proprio direttore tecnico la copia fotostatica del relativo documento di identità, ha chiesto all'Avvocatura dello Stato un parere con riferimento alla sola eventuale esclusione della società Pa.; inoltre, le stesse ragioni che avevano indotto l'Amministrazione a chiedere il parere dell'Avvocatura dello Stato, riguardavano anche la società Navale, atteso che pure essa, come la ricorrente, non aveva allegato la fotocopia del documento di identità.

C) con il terzo mezzo è stata dedotta la violazione del principio della parità delle parti nel processo amministrativo in considerazione del fatto che il T.a.r., dopo aver respinto, ritenendoli infondati, i motivi di ricorso con i quali la società Pa. contestava la sua esclusione dalla gara, ha dichiarato inammissibili - per difetto di legittimazione - le ulteriori doglianze (proposte sia nel ricorso principale che nei motivi aggiunti) contro il provvedimento di aggiudicazione definitiva a favore della società contro interessata; pur dovendosi dare atto che le conclusioni cui è pervenuta la sentenza appellata appaiono in linea con i principi espressi dall'Adunanza plenaria n. 4 del 2011, si auspica una riconsiderazione di tale indirizzo o, comunque, una applicazione restrittiva, ai soli casi in cui il soggetto concorrente è privo di qualsiasi situazione giuridica per la radicale mancanza dei requisiti costitutivi per la partecipazione alla gara e non anche, invece, al caso, come quello oggetto del presente giudizio, in cui il ricorso sia proposto da un soggetto che, in conseguenza dell'aggiudicazione provvisoria, ha già acquisito una sua posizione differenziata di interesse legittimo; in tal caso, i principi espressi dell'Adunanza plenaria n. 4 del 2011 non potrebbero trovare applicazione, traducendosi altrimenti in una ipotesi di denegata potestas judicandi del giudice amministrativo sull'atto lesivo dell'interesse legittimo già riconosciuto con il provvedimento di aggiudicazione provvisoria.

D) Auspicandosi, quindi, la rivisitazione o la mancata applicazione al caso di specie dei principi affermati dall'Adunanza plenaria n. 4 del 2011, la società Pa. ha riproposto i motivi dichiarati inammissibili in primo grado per difetto di legittimazione e, in particolare, il motivo diretto a dedurre che la società Navale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto il direttore tecnico, nel rendere la dichiarazione ai sensi dell'art. 38, mter), del codice dei contratti pubblici, non ha allegato la copia fotostatica del documento di identità; ciò in quanto la dichiarazione di cui alla lettera mter) dell'art. 38, cit. (disposizione, si badi, riprodotta nella sostanza nella clausola mter) a pag. 8 dell'avviso), doveva essere resa nelle forme della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà e, quindi, presentata unitamente a copia fotostatica del documento di identità.

3.2. Si sono costituite in giudizio l'Autorità Portuale e la ditta Navale eccependo l'infondatezza del gravame in fatto e diritto.

3.3. La ditta Navale ha proposto rituale appello incidentale reiterando le doglianze poste a sostegno dell'originario ricorso incidentale di primo grado dichiarato inammissibile dal T.a.r.

3.4. Con ordinanza n. 3017 del 1 agosto 2012 è stata respinta l'istanza di sospensione degli effetti dell'impugnata sentenza.

4. L'ORDINANZA DI RIMESIONE DELLA CAUSA ALL'ADUNANZA PLENARIA.

Con ordinanza n. 2681 del 17 maggio 2013, la VI Sezione del Consiglio di Stato, dopo aver disegnato un affresco, in chiave storica e sistematica, degli istituti giuridici applicabili nella presente vicenda contenziosa, ha sottoposto all'Adunanza plenaria le seguenti quattro questioni.

4.1. Se, ed eventualmente in che misura, nel regime anteriore all'entrata in vigore dell'art. 4, co. 2, lett. d), nn. 1 e 2, d.l. n. 70 del 2011 - Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia - che ha aggiunto l'inciso "Tassatività delle cause di esclusione" nella

rubrica dell'articolo 46 del codice dei contratti pubblici e nel corpo dello stesso ha inserito il comma 1bis, ai sensi del quale "La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle." - possa già ritenersi vigente un principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare per l'affidamento di contratti pubblici.

Si sostiene che la norma sancita dal riportato comma 1 bis abbia una natura non innovativa ma interpretativa e dunque produca effetti naturalmente retroattivi.

4.2. Se debbano ritenersi illegittime, per la violazione dei principi di tassatività, del dovere del soccorso istruttorio e di proporzionalità, le clausole che impongono, a pena di esclusione, adempimenti documentali o formali privi di una base normativa espressa.

Si propone una lettura del comma 1bis dell'art. 46 cit., non atomistica ma congiunta alla norma sancita dal primo comma del medesimo articolo, secondo cui "Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati"; le due norme sarebbero il diretto precipitato di un istituto di carattere generale - di cui costituirebbe espressione, in relazione alla disciplina generale del procedimento amministrativo, l'art. 6, co.1, lett. b), l. n. 241 del 1990 secondo cui "Il responsabile del procedimento.....accerta d'ufficio i fatti....adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete..." - che nel settore delle gare pubbliche soddisfa la primaria esigenza di consentire la massima partecipazione alla selezione orientando l'Amministrazione alla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e delle capacità dei concorrenti, correggendo l'eccessivo rigore delle forme insito nella logica "della caccia all'errore"; tale esegesi, inoltre, si muoverebbe secondo l'autentico Zeitgeist improntato a ridurre il peso degli oneri formali gravanti sui cittadini e le imprese ed a riconoscere giuridico rilievo all'inosservanza di regole procedurali o formali solo in quanto siffatta inosservanza impedisce il conseguimento del risultato verso cui l'azione amministrativa è diretta, atteso che la gara deve guardare alla qualità della dichiarazione piuttosto che all'esclusiva correttezza della sua esternazione.

4.3. Se, ed in che misura, ove si dovesse al contrario concludere per la validità di dette clausole "atipiche" di esclusione, sia comunque onere per la stazione appaltante, alla luce del generale principio del soccorso istruttorio di cui all'art. 46, co. 1, codice dei contratti pubblici, invitare il concorrente, prima di disporre l'esclusione, ad una "regolarizzazione" documentale, consentendogli l'eventuale produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la regolarizzazione della forma omessa, nei casi in cui l'omissione

formale o documentale non incida sulla sussistenza dei requisiti di partecipazione e sulla capacità tecnica ed economica del concorrente.

Si suggerisce di superare il tradizionale orientamento di questo Consiglio - autentico diritto vivente improntato ad una esegesi ed applicazione rigorosa del potere di soccorso - in favore del più recente minoritario indirizzo sviluppatosi nei T.a.r., che valorizza invece il potere di regolarizzazione come strumento di correzione dell'eccessivo rigore delle forme, donde la tendenza a privilegiare, proprio attraverso l'invito alla regolarizzazione, il dato sostanziale su quello meramente formale in tutti i casi in cui non sia in discussione la sussistenza dei requisiti di partecipazione e la capacità tecnica ed economica dell'impresa; si ammette, pertanto, che la mera previsione (di adempimento cartolare), inserita nella *lex specialis* a pena di esclusione, non varrebbe di per sé ad esonerare la stazione appaltante dall'onere del soccorso istruttorio, almeno in tutti i casi in cui i vizi di ordine formale che inficiano la dichiarazione del concorrente non siano tali da pregiudicare, sotto il profilo sostanziale, il conseguimento del risultato verso il quale l'azione amministrativa è diretta; la richiesta di regolarizzazione documentale, privilegiando l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione dei concorrenti, in tutti i casi in cui i motivi di ordine formale non alterino la parità di condizioni tra gli stessi concorrenti e la carenza formale, non impedirebbe il raggiungimento del risultato avuto di mira.

4.4. Se sussiste o meno la legittimazione del soggetto escluso dalla gara per atto dell'Amministrazione (ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale), ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, al fine di dimostrare che anche questo (ed eventualmente gli altri concorrenti non vincitori ma utilmente graduati), doveva essere escluso dalla gara e soddisfare in tal modo l'interesse strumentale alla eventuale ripetizione della procedura.

La Sezione VI sollecita un revirement dell'Adunanza plenaria rispetto alle acquisizioni dommatiche elaborate dalla sentenza n. 4 del 2011.

A tal fine:

a) ha riproposto gli argomenti spesi dalla precedente sentenza dell'Adunanza plenaria 10 novembre 2008, n. 11, basati sul presupposto che non esisterebbe un preciso ordine logico da seguire nell'esame delle questioni, così che il giudice amministrativo potrebbe definire, sulla base del principio di economia processuale o di altri principi, come il principio di parità delle parti, quali questioni esaminare per prime; in casi particolari, come quello del rapporto tra il ricorso principale e il ricorso incidentale proposto dalle uniche due imprese partecipanti a una gara d'appalto, ciò consentirebbe, proprio sulla base dell'asserita applicazione del principio di parità delle parti, di esaminare entrambi i ricorsi, in modo da non condizionare l'esito della lite alla scelta della questione da decidere per prima e da tutelare l'interesse strumentale di ciascuna impresa al rinnovamento dell'intera procedura di gara;

b) ha richiamato il recente arresto delle Sezioni unite della Corte di cassazione (sentenza del 21 giugno 2012 n. 10294) che in un obiter dictum - pur rilevando che l'ordine di esame fra ricorso principale ed incidentale non attiene ad una questione di giurisdizione ai fini dell'art. 111. u.c., Cost. - ha affermato che il principio di diritto enunciato dalla sentenza

della Adunanza plenaria n. 4 del 2011 suscita "indubbiamente delle perplessità che lasciano ancor più insoddisfatti ove si aggiunga che l'aggiudicazione può dare vita ad una posizione preferenziale soltanto se acquisita in modo legittimo e che la realizzazione dell'opera non rappresenta in ogni caso l'aspirazione dell'ordinamento (v. artt 121/23 cod. proc. amm.), che in questa materia richiede un'attenzione e un controllo ancora più pregnanti al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato";

c) ha evidenziato la necessità di tenere conto dell'esito del giudizio pendente presso la Corte di giustizia dell'Unione europea chiamata dal T.a.r. del Piemonte a stabilire, in sede di rinvio pregiudiziale interpretativo ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (FUE), se il principio della necessaria priorità di analisi del ricorso incidentale rispetto a quello principale sia in contrasto con le norme europee e, in particolare, con i principi di parità delle parti e non discriminazione di cui alla direttiva n. 89/665/CEE del 21 dicembre 1989.

A tal proposito, giova rilevare fin da ora che, successivamente al deposito dell'ordinanza di rimessione dell'affare a questa Adunanza plenaria (in data 17 maggio 2013), la Corte di giustizia si è pronunciata sul quesito interpretativo (cfr. sentenza Sez. X, 4 luglio 2013, C100/12 Fastweb).

5. L'IRRETROATTIVITA' DEL PRINCIPIO DI TASSATIVITA' DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE DALLE GARE PER L'AFFIDAMENTO DI APPALTI PUBBLICI.

5.1. Anticipando le conclusioni che saranno motivate in prosieguo (infra Par.Par. 6 e 7), si evidenzia che il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare per l'affidamento di contratti pubblici è stato introdotto dall'art. 4, co. 2, lett. d), nn. 1 e 2, d.l. 13 maggio 2011, n. 70 - Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia - convertito con modificazioni dalla l. 12 luglio 2011, n. 106 - e che precedentemente vigeva (e tutt'ora vige per le procedure competitive diverse da quelle disciplinate dal codice dei contratti pubblici), una regola opposta improntata all'atipicità delle cause di esclusione.

5.2. Sulla specifica questione concernente la retroattività del principio e della disposizione che lo ha introdotto nell'ordinamento giuridico, l'Adunanza plenaria osserva che non può essere condivisa la soluzione prospettata dalla Sezione rimettente, in quanto la norma in esame non ha natura di interpretazione autentica.

5.3. Una siffatta conclusione si impone perché non si rinviene alcuno degli indici rivelatori di tale peculiare categoria di norme, elaborati dalla consolidata giurisprudenza costituzionale, europea ed amministrativa (cfr., da ultimo e fra le tante, Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, 7 giugno 2011, Agrati; Corte cost., 11 giugno 2010, n. 209; 6 dicembre 2004, n. 376; Cons. St., Ad. plen., 24 maggio 2011, n. 9).

In particolare:

a) manca il presupposto dell'incertezza applicativa della norma antecedente quella asseritamente di interpretazione autentica; addirittura, nel particolare caso di specie, non solo non si rinviene la presenza di alcuna situazione di incertezza presupposta, ma si registra, al contrario, la presenza di un principio generale consolidato in senso diametralmente opposto;

b) neppure si riscontra l'effetto tipico insito in tutte le norme di interpretazione autentica, ovvero l'incidere su rapporti pendenti; sul punto è dirimente l'art. 4, co. 3, d.l. n. 70 del 2011, secondo cui "3. Le disposizioni di cui al comma 2, lettere b), d), ebis), ibis), iter), l), dd) e ll), numero 1bis) si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi con i quali si indice una gara sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decretollegge, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla data di entrata in vigore del presente decretollegge, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte"; dunque, la stessa fonte che ha introdotto il principio di tassatività, ha avuto cura di dettare una disposizione transitoria improntata al principio generalissimo *tempus regit actum* che esclude in radice ogni possibilità di applicazione del principio alle procedure in corso alla data della sua entrata in vigore (14 maggio 2011);

c) difetta, inoltre, anche il (pur non vincolante per l'interprete) requisito formale dato dalla auto qualificazione della norma come di interpretazione autentica.

5.4. In conclusione, avuto riguardo alla prima questione sottoposta all'adunanza plenaria, deve enunciarsi il seguente principio di diritto: "l'art. 4, co. 2, lett. d), nn. 1 e 2, d.l. 13 maggio 2011, n. 70 - Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia - che ha aggiunto l'inciso "Tassatività delle cause di esclusione" nella rubrica dell'articolo 46, del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), e nel corpo dello stesso ha inserito il comma 1bis - non costituisce una norma di interpretazione autentica e, pertanto, non ha effetti retroattivi e trova esclusiva applicazione alle procedure di gara i cui bandi o avvisi siano pubblicati (nonché alle procedure senza bandi o avvisi, i cui inviti siano inviati), successivamente al 14 maggio 2011, data di entrata in vigore del d.l. n. 70 del 2011".

6. IL PRINCIPIO DI TASSATIVITA" DELLE CAUSE DI ESCLUSIONE DALLE PROCEDURE SELETTIVE.

6.1. Prima dell'introduzione nell'ordinamento dei contratti pubblici del principio di tassatività delle cause di esclusione, non si è mai dubitato dell'ampia facoltà intestata all'Amministrazione di individuare, nel rispetto della legge, il contenuto della disciplina delle procedure selettive (c.d. *lex specialis* della gara), quale ne fosse l'oggetto: reclutamenti di personale, contratti attivi e passivi, affidamento di beni e risorse pubbliche (cfr., da ultimo, Ad. plen., 25 febbraio 2013, n. 5, che ha generalizzato l'obbligo della gara per l'assegnazione a privati di beni o risorse pubbliche, con la conseguente applicazione di una serie di ricevuti principi, anche di derivazione comunitaria, fra cui quelli della trasparenza, della *par condicio*, della non discriminazione).

A tanto si è giunti per consentire la miglior tutela degli speciali interessi pubblici affidati alla cura dell'Amministrazione di settore, garantendo la duttilità dell'esercizio della funzione pubblica in relazione al caso concreto, in vista del perseguimento dei migliori livelli di legalità, trasparenza ed al contempo di efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa (valori compendati nei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost.).

Coerentemente, il sindacato esercitabile dal giudice amministrativo sulle scelte compiute in sede di predisposizione del bando è stato conformato - in ossequio al principio

costituzionale della separazione dei poteri e della riserva di amministrazione nonché dell'assenza, in parte qua, di norme attributive di giurisdizione di merito (arg. ex art. 134 c.p.a.) - ai parametri del controllo estrinseco, nei limiti della rilevanza *ictu oculi* del vizio, evitando di sostituire il giudizio del giudice a quello dell'Amministrazione in ordine alle valutazioni che si mantengono nell'ambito dell'opinabilità (tecnica) e della opportunità (amministrativa); in questa prospettiva le scelte discrezionali (sia amministrative che tecniche), delle amministrazioni sono state filtrate attraverso il prisma dell'eccesso di potere e delle sue figure sintomatiche di sviamento dalla causa tipica: abnormità, manifesta sproporzione, irragionevolezza, travisamento dei fatti (cfr., da ultimo, nell'ambito di consolidati principi che questa Adunanza condivide, Corte giust. UE, Sez. II, 24 gennaio 2013, G73/11; Corte cost., 8 giugno 2011, n. 175; Cass., Sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013; 8 marzo 2012, n. 3662; 9 novembre 2011, n. 23302; Cons. St., Sez. VI, 14 agosto 2013, n. 4174; Sez. V, 22 marzo 2012, n. 1640).

6.1.1. Tali principi sono stati similmente declinati anche nell'ambito specifico delle gare per l'affidamento di contratti di appalto, dove è stata maggiore l'influenza delle norme e dei principi europei nonché della giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr. Corte giust. CE, Sez. IV, 19 maggio 2009, C538/07; grande sezione, 16 dicembre 2008, C213/07):

a) è stata ribadita la facoltà, per la stazione appaltante, di individuare requisiti sostanziali (di carattere generale o speciale), o adempimenti formali, più rigorosi rispetto agli standard europei, fermo il rispetto delle norme di legge (si pensi, a mo di esempio, alla norma sancita dall'art. 13, co. 15, l. n. 180 del 2011, a tenore della quale è fatto divieto all'Amministrazione di richiedere alle imprese che concorrono alle procedure requisiti finanziari sproporzionati rispetto al valore dei beni e dei servizi oggetto dei contratti), e dei principi che governano la materia (non discriminazione, proporzionalità, effettività);

b) è stato evidenziato che il punto di equilibrio tra discrezionalità della stazione appaltante e rispetto dei principi è di estrema delicatezza e richiede accertamenti caso per caso.

6.1.2. A cagione della straordinaria importanza che ha assunto il mercato degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, nell'economia di ciascuno Stato membro e dell'Unione europea nel suo complesso, sono state elaborate, nel tempo, una serie sempre più articolata e complessa di regole costitutive di un corpus normativo autonomo.

In quest'ambito, per soddisfare le esigenze della massima certezza e stabilità del quadro regolatorio a sostegno delle imprese e del mercato, per porre un freno al dilagante fenomeno dei c.d. "bandi fotografia", e per accelerare la definizione delle procedure (e dei processi) in materia di appalti, il legislatore italiano è intervenuto nel 2011 operando su tre fonti:

a) è stato introdotto, unicamente in questo settore, il principio di tassatività delle cause di esclusione;

b) sono stati previsti i c.d. "bandi tipo" da cui le amministrazioni possono discostarsi solo con adeguata motivazione;

c) è stato ampliato l'utilizzo delle dichiarazioni sostitutive.

La novità più significativa è stata senza dubbio quella relativa alla tassatività delle clausole di esclusione il cui esame approfondito consentirà di rispondere al correlato quesito sottoposto all'Adunanza plenaria.

6.1.3. Si riporta per comodità di lettura l'art. 46 del codice dei contratti pubblici -Documenti e informazioni complementari - Tassatività delle clausole di esclusione - quale risultante dalla novella introdotta dall'art. 4, co. 2, lett. d), d.l. n. 70 del 2011: "1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati. 1bis. La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle."

6.1.4. La disposizione sancita dal comma 1bis è chiaramente ispirata ai principi di massima partecipazione alle gare e del divieto di aggravio del procedimento e mira a correggere quelle soluzioni, diffuse nella prassi (amministrativa e forense), che sfociavano in esclusioni anche per violazioni puramente formali.

Sotto il profilo strettamente lessicale è appena il caso di evidenziare che la formula prescelta dalla legge di gara può essere la più varia, nel senso che rientra nel fuoco della norma qualunque adempimento imposto non solo a pena di esclusione, ma anche di inammissibilità, decadenza, irricevibilità e simili.

Sotto il profilo funzionale, le cause di esclusione vengono individuate sulla scorta di due diversi criteri:

a) da un lato, si stabilisce che è causa di esclusione la violazione di prescrizioni imposte dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione o da altre leggi; il richiamo generico alle leggi va precisato, in una con la giurisprudenza costituzionale, nel senso che si tratti esclusivamente di leggi statali, posto che: I) "... l'intera disciplina delle procedure ad evidenza pubblica è riconducibile alla tutela della concorrenza, con la conseguente titolarità della potestà legislativa, in via esclusiva, in capo allo Stato; in particolare, la disciplina delle procedure di gara, la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione mirano a garantire che le medesime si svolgano nel rispetto delle regole concorrenziali e dei principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libera prestazione dei servizi, della libertà di stabilimento, nonché dei principi costituzionali di trasparenza, di parità di trattamento, di non discriminazione " (cfr., ex plurimis e da ultimo, Corte cost. 7 novembre 2013, n. 259; 26 febbraio 2013, n. 28); II) le norme di semplificazione amministrativa sono ricondotte alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, in quanto "anche

l'attività amministrativa, (...) può assurgere alla qualifica di "prestazione" (quindi, anche i procedimenti amministrativi in genere), della quale lo Stato è competente a fissare un "livello essenziale" a fronte di una specifica pretesa di individui, imprese, operatori economici ed, in generale, di soggetti privati" (cfr., ex plurimis e da ultimo, Corte cost., 5 aprile 2013, n. 62; 20 luglio 2012, n. 207; 16 luglio 2012, n. 188; 27 giugno 2012, n. 164);

b) dall'altro lato, il comma 1bis (in parte qua recettore di prassi ed elaborazioni giurisprudenziali consolidate), enuncia direttamente una serie di cause di esclusione: I) incertezza assoluta sul contenuto o provenienza dell'offerta; II) non integrità dei plichi; III) altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi tali da dimostrare in concreto la violazione del principio di segretezza delle offerte.

6.1.5. Si tratta, a ben vedere, di ipotesi ampie, da riempirsi di contenuti da parte della stazione appaltante (nei limiti di seguito precisati) e dell'Autorità di vigilanza in sede di predisposizione dei bandi tipo, il cui filo conduttore non è però rappresentato solamente dalla distinzione fra violazioni formali e sostanziali (come si dirà meglio in prosieguo); del resto lo stesso codice in alcuni casi afferma espressamente che talune violazioni non sono causa di esclusione (art. 73, co. 4, e 74, co. 3, in tema di mancato utilizzo dei moduli predisposti dalla stazione appaltante; art. 153, co. 21, in tema di esclusione di alcuni soggetti proponenti nella finanza di progetto).

La nuova disposizione deve essere intesa nel senso che l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano "adempimenti doverosi" o introducano, comunque, "norme di divieto" pur senza prevedere espressamente l'esclusione ma sempre nella logica del *numerus clausus*.

Questa interpretazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, in forza della quale la tassatività può ritenersi rispettata anche quando la legge, pur non prevedendo espressamente l'esclusione, imponga, tuttavia, adempimenti doverosi o introduca norme di divieto, è stata espressamente affermata dall'Adunanza plenaria nel senso della non necessità, ai sensi dell'art. 46, co. 1bis, codice dei contratti pubblici, che la sanzione della esclusione sia espressamente prevista dalla norma di legge allorquando sia certo il carattere imperativo del precetto che impone un determinato adempimento ai partecipanti ad una gara (cfr. sentenze 16 ottobre 2013, n. 23 e, in particolare, 7 giugno 2012, n. 21).

La cogenza delle cause legali di esclusione disvela il carattere non solo formale del principio di tassatività - ovvero il suo atteggiarsi a enunciato esplicito della medesima causa di esclusione - ma anche e soprattutto la sua indole sostanziale: la riforma del 2011, infatti, ha inteso selezionare e valorizzare solo le cause di esclusione rilevanti per gli interessi in gioco, a quel punto imponendole, del tutto logicamente, come inderogabili non solo al concorrente ma anche alla stazione appaltante.

Il legislatore ha così inteso effettuare direttamente il bilanciamento tra l'interesse alla massima partecipazione alle gare di appalto ed alla semplificazione, da un lato, e quello alla speditezza dell'azione amministrativa ed alla parità di trattamento, dall'altro, mettendo l'accento sui primi a scapito dei secondi ma salvaguardando una serie predefinita di

interessi, selezionati ex ante, perché ritenuti meritevoli di una maggior protezione rispetto ad altri, in guisa da sottrarli alla discrezionalità abrogatrice della stazione appaltante.

6.2. Individuati lo scopo, il contenuto e gli effetti del principio di tassatività delle cause di esclusione, si evidenzia che la legge lo ha poi rafforzato attraverso la previsione testuale della nullità delle clausole difformi, cioè delle clausole della legge di gara che prevedono adempimenti sanzionati dall'esclusione al di fuori dei casi tipici.

La sanzione della nullità, in luogo di quella classica dell'annullabilità dell'atto amministrativo, è riferita letteralmente alle singole clausole della legge di gara esorbitanti dai casi tipici; si dovrà fare applicazione, pertanto, dei principi in tema di nullità parziale e segnatamente dell'art. 1419, co. 2, c.c., a tenore del quale la nullità di singole clausole non comporta la nullità dell'intero atto se le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative, senza che si possa indagare sulla presenza di una difforme volontà della stazione appaltante di non adottare il bando privo della clausola nulla, ma fermo l'esercizio, ovviamente, degli ordinari poteri di autotutela (cfr., per una recente applicazione del principio *vitiatur se non vitiatur* in materia di gare pubbliche, Ad. plen., 20 maggio 2013, n. 14).

E' appena il caso di precisare, per ragioni di completezza, che la nullità di tali clausole incide sul regime dei termini di impugnazione e sui meccanismi di rilievo di tale radicale forma di invalidità, atteso che la domanda di nullità si propone nel termine di decadenza di centottanta giorni e la nullità può sempre essere eccepita dalla parte resistente ovvero rilevata dal giudice d'ufficio (art. 31, co. 4, c.p.a.).

6.2.1. In relazione alle gare disciplinate dal codice dei contratti pubblici si potranno quindi verificare le seguenti ipotesi:

a) legge di gara che esplicitamente recepisce (o rinvia) (al)le disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento attuativo o di altre leggi statali, che prevedono adempimenti doverosi a pena di esclusione; in tal caso la violazione dell'obbligo conduce de plano all'esclusione dell'impresa;

b) legge di gara silente sul punto; in tal caso la portata imperativa delle norme che prevedono tali adempimenti conduce, ai sensi dell'art. 1339 c.c., alla etero integrazione del bando e successivamente, in caso di violazione dell'obbligo, all'esclusione del concorrente (cfr. sul punto Ad. plen., 5 luglio 2012, n. 26; 13 giugno 2012, n. 22);

c) legge di gara che, in violazione del principio di tassatività, introduce cause di esclusione non previste dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali; in tal caso la clausola escludente è nulla, priva di efficacia e dunque disapplicabile da parte della stessa stazione appaltante ovvero da parte del giudice;

d) legge di gara che, in violazione dei precetti inderogabili stabiliti a pena di esclusione dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali, espressamente si pone in contrasto con essi ovvero detta una disciplina incompatibile; in tal caso occorre una impugnativa diretta della clausola invalida per potere dedurre utilmente l'esclusione dell'impresa che non abbia effettuato il relativo adempimento.

In relazione a queste ultime statuizioni, si osserva che trattasi di conseguenze discendenti dall'applicazione di consolidati principi (espressi da questa Adunanza e che si confermano

in toto, cfr. Cons. St., Ad. plen., 28 luglio 2011, n. 14; 24 maggio 2011, n. 9; 27 gennaio 2003, n. 1; 4 dicembre 1998, n. 1/ord.), secondo cui il bando: I) è un atto amministrativo generale, d'indole imperativa, recante il compendio delle regole (ed in particolare quelle afferenti alle cause di esclusione), cui devono attenersi sia i concorrenti che l'Amministrazione; II) è costitutivo di effetti eventualmente anche derogatori rispetto alla disciplina introdotta dalle fonti di rango primario o regolamentare e come tale non disapplicabile da parte dell'Amministrazione e del giudice amministrativo, potendo essere oggetto solo di specifica impugnativa; III) deve essere interpretato secondo il criterio formale (testuale ed oggettivo), con esclusione di letture ermeneutiche in chiave soggettiva ed integrativa, e con l'applicazione automatica e vincolata dell'esclusione laddove previsto dalla normativa di gara.

6.3. Una volta assodati la natura giuridica e l'ambito applicativo (profondamente innovativi), della norma che ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione, e circoscritti i suoi effetti alle gare in materia di appalti e affidamenti disciplinati dal codice dei contratti pubblici, emerge nitidamente che non è predicabile l'applicazione del principio di tassatività:

a) alle procedure disciplinate dal codice dei contratti pubblici prima dell'entrata in vigore (al 14 maggio 2011), della norma che lo ha introdotto nel micro ordinamento di settore (retro Par. 5);

b) alle procedure selettive non disciplinate direttamente o indirettamente (per auto vincolo dell'Amministrazione procedente), dal codice dei contratti pubblici.

6.4. In conclusione, avuto riguardo alla seconda questione sottoposta all'adunanza plenaria, devono enunciarsi i seguenti principi di diritto:

a) "il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, co. 1bis, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), si applica unicamente alle procedure di gara disciplinate dal medesimo codice";

b) "sono legittime ai sensi dell'art. 46, co. 1bis, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), le clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione, anche se di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali".

7. IL PRINCIPIO DEL SOCCORSO ISTRUTTORIO.

7.1. Come si è visto in precedenza, il c.d. "soccorso istruttorio" è previsto dall'art. 46, co. 1, codice dei contratti pubblici (non inciso dalla novella recata dal più volte richiamato d.l. n. 70 del 2011), secondo cui "1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati. "

Tale norma - mutuando una regola già contenuta negli artt. 16, d.lgs. n. 157 del 1995 e 15, d.lgs. n. 358 del 1992, rubricati "documenti e informazioni complementari" - sia prima che dopo la novella del 2011, è stata oggetto di una costante rigorosa interpretazione da parte del Consiglio di Stato dalla quale l'Adunanza plenaria non vede ragioni per discostarsi (cfr., fra le tante e più recenti, Cons. St., Sez. V, 18 febbraio 2013, n. 974; Sez. V, 5 dicembre

2012, n. 6248; Sez. V, 25 giugno 2007, n. 3645; Sez. VI, 23 marzo 2007, n. 1423; Sez. V, 20 maggio 2002, n. 2717).

Tale impostazione risulta viepiù confermata dopo l'introduzione dell'autonomo principio di tassatività delle cause di esclusione che, come si è visto in precedenza (retro Par.Par. 6.1.3. - 6.1.5.), ha drasticamente diminuito le fattispecie escludenti (fra cui quelle incentrate su vizi meramente formali), riducendo, a monte, le occasioni di invocare l'esercizio del c.d. "potere di soccorso" in funzione sanante; ovviamente rimane ferma (ed è anzi implementata in considerazione della riduzione dell'area delle fattispecie escludenti), la piena operatività del "potere di soccorso" in funzione della mera regolarizzazione di adempimenti non più colpiti dalla sanzione dell'esclusione.

7.2. Si riportano in sintesi i condivisi principi (ed i relativi argomenti a sostegno), di matrice giurisprudenziale, elaborati nel corso del tempo dal Consiglio di Stato, in relazione al "soccorso istruttorio" disciplinato dal codice dei contratti pubblici:

a) il "soccorso istruttorio" si risolve, giusta il tenore letterale della norma (laddove afferma "...invitano, se necessario...") e la sua ratio essendi, non in una facoltà, ma in un doveroso ordinario modus procedendi volto a superare inutili formalismi in nome del principio del favor participationis e della semplificazione, sia pure all'interno di rigorosi limiti che saranno appresso precisati;

b) il "soccorso istruttorio", dal punto di vista sistematico, rappresenta una applicazione legale del principio del giusto procedimento sancito dall'art. 3, l. 7 agosto 1990, n. 241 che impone all'amministrazione di squarciare il velo della mera forma per assodare l'esistenza delle effettive condizioni di osservanza delle prescrizioni imposte dalla legge o dal bando di gara;

c) l'esegesi rigorosa delle disposizioni riguardanti il c.d. "potere di soccorso", avuto riguardo ai valori in gioco, nasce dalla fondata preoccupazione che l'allargamento del suo ambito applicativo alteri la par condicio, violi il canone di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa, incida sul divieto di disapplicazione della lex specialis contenuta nel bando, eluda la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura;

d), l'esegesi rigorosa del "soccorso istruttorio" trova piena giustificazione anche in considerazione del principio generale dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di eventuali errori commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione della documentazione;

e) per meglio definire il perimetro del "soccorso istruttorio" è necessario distinguere tra i concetti di "regolarizzazione documentale" ed "integrazione documentale": la linea di demarcazione discende naturaliter dalle qualificazioni stabilite ex ante nel bando, nel senso che il principio del "soccorso istruttorio" è inoperante ogni volta che vengano in rilievo omissioni di documenti o inadempimenti procedurali richiesti a pena di esclusione dalla legge di gara (specie se si è in presenza di una clausola univoca), dato che la sanzione scaturisce automaticamente dalla scelta operata a monte dalla legge, senza che si possa ammettere alcuna possibilità di esercizio del "potere di soccorso"; conseguentemente, l'integrazione non è consentita, risolvendosi in un effettivo vulnus del principio di parità di trattamento; è consentita, invece, la mera regolarizzazione, che attiene a circostanze o

elementi estrinseci al contenuto della documentazione e che si traduce, di regola, nella rettifica di errori materiali e refusi;

f) giusta il tenore testuale dell'incipit del comma 1 in esame ("1. Nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45..."), il "soccorso istruttorio" consente di completare dichiarazioni o documenti già presentati (ma, giova ribadirlo, non di introdurre documenti nuovi), solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione dell'impresa; esso non può essere mai utilizzato per supplire a carenze dell'offerta sicché non può essere consentita al concorrente negligente la possibilità di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di errori materiali o refusi;

g) il "soccorso istruttorio" ricomprende la possibilità di chiedere chiarimenti, purché il possesso del requisito sia comunque individuabile dagli atti depositati e occorra soltanto una delucidazione ovvero un aggiornamento; in tal caso non si sta discutendo della esistenza del requisito ma soltanto di una (consentita) precisazione che non innova e non altera la par condicio e la legalità della gara, avendo ad oggetto un fatto meramente integrativo, da un punto di vista formale, di una situazione sostanzialmente già verificatasi e acquisita;

h) il "soccorso istruttorio", infine, si sostanzia anche nella interpretazione di clausole ambigue onde favorire la massima partecipazione alle gare e, conseguentemente, nella possibilità di consentire, unicamente per questo limitato caso e nel rispetto della par condicio, la successiva integrazione documentale; siffatta attività di interpretazione, a fronte di clausole ambigue appare necessaria specie se sollecitata da appositi quesiti dei candidati; la relativa risposta, ovviamente, deve essere comunicata a tutti i partecipanti alla gara (c.d. ruling contrattuale).

7.3. In definitiva, in presenza di una previsione chiara e dell'inosservanza di questa da parte di una impresa concorrente, l'invito alla integrazione costituirebbe una palese violazione del principio della par condicio, che verrebbe vulnerato dalla rimessione in termini, per mezzo della sanatoria (su iniziativa dell'Amministrazione), di una documentazione incompleta o insufficiente ad attestare il possesso del requisito di partecipazione o la completezza dell'offerta, da parte del concorrente che non ha presentato, nei termini e con le modalità previste dalla lex specialis, una dichiarazione o documentazione conforme al regolamento di gara.

In relazione alle procedure disciplinate dal codice dei contratti pubblici, l'introduzione della tassatività delle cause di esclusione e l'esatta individuazione dell'essenza del "potere di soccorso", sanciti dal novellato art. 46 del medesimo codice, rendono evidenti, da un lato, il venir meno di talune criticità messe in luce dall'ordinanza di rimessione, dall'altro, l'inaccogliabilità di alcune suggestioni esegetiche prospettate dalla medesima ordinanza; in particolare:

a) l'innovativa novella al codice dei contratti pubblici, ha ridotto drasticamente la discrezionalità della stazione appaltante nella c.d. (auto)regolamentazione del soccorso istruttorio, atteso che l'Amministrazione ha perso la facoltà di inserire nel bando, al di fuori della legge, la previsione che un determinato adempimento sostanziale, formale o documentale sia richiesto a pena di esclusione;

b) in quest'ottica è stata eliminata in radice la lamentata stortura di un sistema che consentiva alla stessa Amministrazione di prescindere dall'onere di una preventiva interlocuzione e di escludere il concorrente sulla base della riscontrata carenza documentale, indipendentemente da ogni verifica sulla valenza "sostanziale" della forma documentale omessa;

c) parimenti non può trovare ingresso, al contrario di quanto suggerito dalla VI Sezione, l'applicazione del principio processuale civilistico della sanatoria dei vizi formali per il raggiungimento dello scopo, rispondendo tale istituto ad una logica diversa da quella che connota il procedimento amministrativo di evidenza pubblica contrattuale.

7.4. Quanto sin qui detto vale per le procedure disciplinate dal codice dei contratti pubblici. Per le procedure di gara non regolamentate dal predetto codice opera, nell'ambito della disciplina generale del procedimento amministrativo, la norma sancita dall'art. 6, co. 1, lett. b), l. n. 241 del 1990, in base alla quale "...il responsabile del procedimento....può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete...e ordinare esibizioni documentali".

E' evidente che il "potere di soccorso" costituisce un istituto di carattere generale del procedimento amministrativo, che, nel particolare settore delle selezioni pubbliche diverse da quelle disciplinate dal codice dei contratti pubblici, soddisfa la comune esigenza di consentire la massima partecipazione alla gara, orientando l'azione amministrativa sulla concreta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, attenuando la rigidità delle forme.

7.4.1. Un primo elemento di differenza sostanziale rispetto al "potere di soccorso" disciplinato dall'art. 46, co. 1, codice dei contratti pubblici, emerge dal raffronto fra il tenore testuale delle due disposizioni: invero, l'art. 6, l. n. 241 del 1990 cit., si limita a prevedere la mera facoltà a che il responsabile del procedimento eserciti il "potere di soccorso", mentre l'art. 46 cit. obbliga la stazione appaltante a fare ricorso al "potere di soccorso", sia pure nei precisi limiti derivanti dalla rigorosa individuazione del suo oggetto e della sua portata applicativa.

Inoltre, poiché il principio della tassatività delle cause di esclusione, giova ribadirlo, vige solo per le procedure disciplinate dal codice dei contratti pubblici, al di fuori di tale ambito:

a) il "potere di soccorso" nei procedimenti diversi da quelli comparativi, dispiega la sua massima portata espansiva, tendenzialmente senza limiti salvo quelli propri della singola disciplina di settore;

b) in relazione ai procedimenti comparativi (ferme le conclusioni cui si è giunti circa la necessità di una interpretazione rigorosa ed in ordine al suo contenuto ed ai suoi effetti stante l'eadem ratio con gare propriamente contrattuali, retro Par. 7.2.), il "potere di soccorso" è utilmente invocabile anche ai fini del riscontro della validità delle clausole che introducono adempimenti a pena di esclusione; in quest'ottica integra il parametro di giudizio di manifesta sproporzione che il giudice amministrativo è chiamato ad effettuare, ab externo e senza sostituirsi all'Amministrazione, nel caso venga impugnata una clausola di esclusione per l'inadempimento di oneri meramente formali.

7.4.2. Tali conclusioni non sono però incondizionate dovendo essere temperate dalle ulteriori seguenti considerazioni che contribuiscono a precisare l'ambito del "soccorso istruttorio" al di fuori del codice dei contratti pubblici.

Nell'ambito del procedimento amministrativo e, in particolare, in relazione alle procedure comparative e di massa, caratterizzate dalla presenza di un numero ragguardevole di partecipanti (ad es. reclutamenti di pubblici dipendenti):

a) si configurano in capo al singolo partecipante obblighi di correttezza - specificati attraverso il richiamo alla clausola generale della buona fede, della solidarietà e dell'auto responsabilità - rivenienti il fondamento sostanziale negli artt. 2 e 97 Cost., che impongono che quest'ultimo sia chiamato ad assolvere oneri minimi di cooperazione: si pensi al dovere di fornire informazioni non reticenti e complete, di compilare moduli, di presentare documenti ecc. (cfr., ex plurimis e da ultimo, Cons. St., Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3; successivamente, Sez. V, 21 giugno 2013, n. 3408; Sez. V, 15 novembre 2012, n. 5772; antecedentemente alla Plenaria cfr. Sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8291);

b) il divieto del formalismo incontra il limite derivante dalla particolare importanza che assume l'esigenza di speditezza (e dunque di efficienza, efficacia ed economicità), dell'azione amministrativa: in questi casi l'imposizione di oneri formali a carico dei partecipanti alla procedura può essere funzionalmente correlata alla necessità di garantire il rispetto dei tempi del procedimento a salvaguardia dell'interesse pubblico primario affidato dall'ordinamento alla cura dell'amministrazione procedente, nonché degli interessi secondari coinvolti (pubblici o privati che siano);

c) la compilazione di moduli o la produzione di fotocopie di validi documenti (di identità, ma non solo), di per sé non si configurano come adempimenti abnormi o eccessivi; dunque le clausole della legge di gara che li prevedono non sono ex se illegittime;

d) la manifesta irragionevolezza e sproporzione si coglie, invece, nella conseguenza dell'inadempimento dell'onere richiesto al privato, ovvero nella esclusione dalla procedura; tali clausole sono pertanto illegittime e, se ritualmente e tempestivamente impugnate, devono essere annullate.

7.4.3. Per completezza si evidenzia che queste clausole non possono ritenersi nulle e dunque inefficaci (e disapplicabili dall'Amministrazione procedente ovvero dal giudice amministrativo), a prescindere da una rituale impugnazione, perché:

a) la sanzione della nullità è prevista espressamente dall'art. 46 cit. solo per le procedure di gara disciplinate dal medesimo codice (come si è già detto retro al Par. 6.2.);

b) la nullità dell'atto amministrativo è eccezionale e sono di stretta interpretazione, ai sensi dell'art. 14 delle preleggi, le norme che la prevedono;

c) non ricorrono le condizioni perché si possa configurare la nullità dell'atto amministrativo ai sensi dell'art. 21 septies, l. n. 241 del 1990, in quanto non si riscontrano, ictu oculi, gli indispensabili presupposti richiesti dalla norma: I) mancanza degli elementi essenziali del provvedimento; II) difetto assoluto di attribuzione; III) violazione o elusione del giudicato.

7.4.4. Rimane inteso che l'Amministrazione ben potrà prevedere a carico del partecipante alla procedura, come conseguenza dell'inadempimento degli oneri formali previsti dalla legge di gara, altre, diverse, proporzionate misure di carattere organizzatorio ovvero

pecuniario (ad es. rimborso dei costi sostenuti per il rallentamento della procedura anche forfettizzati in sede di bando), che traggono fondamento dai su richiamati doveri di solidarietà ed auto responsabilità.

7.4.5. Da tutto quanto fin qui esposto, emerge con nettezza che il principio di tassatività non è un corollario del più ampio principio del soccorso istruttorio e, sotto tale angolazione, non può, pertanto, accogliersi la lettura sinottica dei due commi del più volte menzionato art. 46 prospettata dall'ordinanza di rimessione, in quanto il d.l. n. 70 del 2011 non ha innovato in alcun modo il comma 1 dell'art. 46 del codice dei contratti pubblici (retro Par. 7.1.).

L'interprete si trova di fronte a due diversi principi, ciascuno caratterizzato da autonomi presupposti ed ambiti operativi, pur se accomunati dal soddisfare esigenze di certezza, speditezza e semplificazione dell'azione amministrativa e delle imprese di settore.

7.5. In conclusione, avuto riguardo alla terza questione sottoposta all'adunanza plenaria, devono enunciarsi i seguenti principi di diritto:

a) "nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il "potere di soccorso" sancito dall'art. 46, co.1, del medesimo codice (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) - sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti - non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali";

b) "nelle procedure di gara non disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il "potere di soccorso" sancito dall'art. 6, co. 1, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241, costituisce parametro per lo scrutinio della legittimità della legge di gara che, in assenza di una corrispondente previsione normativa, stabilisca la sanzione della esclusione; conseguentemente, è illegittima - per violazione dell'art. 6, co. 1, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241, nonché sotto il profilo della manifesta sproporzione - la clausola della legge di gara che disciplina una procedura diversa da quelle di massa, nella parte in cui commina la sanzione della esclusione per l'inosservanza di una prescrizione meramente formale".

8. IL RAPPORTO FRA RICORSO INCIDENTALI E RICORSO PRINCIPALE NELLE CONTROVERSIE IN MATERIE DI GARE PUBBLICHE.

Prima di affrontare nel merito la questione sottoposta all'Adunanza plenaria, è opportuno precisare che il problema del rapporto fra ricorso principale (proposto dallo sconfitto), e ricorso incidentale (proposto dal vincitore), anche se storicamente affermatosi nelle controversie aventi ad oggetto gare di appalto, si atteggia, nella sostanza, in modo analogo per tutti i giudizi concernenti procedure selettive, anche per quelli in relazione ai quali è certamente non applicabile il codice dei contratti pubblici ovvero il diritto dell'Unione europea.

Tale impostazione si spiega con l'esigenza, da sempre avvertita e praticata dalla prassi forense, che i principi di carattere processuale elaborati dalla Corte di giustizia nella materia delle controversie sulle gare di appalto (pur nei limiti che saranno oggetto di maggior approfondimento nel prosieguo), sebbene a rigore formalmente riferibili alle sole fattispecie in cui trova applicazione necessaria il diritto europeo (c.d. contratti sopra soglia), siano in realtà applicati a tutte le controversie, per manifeste ragioni di equità, semplicità e uguaglianza; ne discende la rilevanza della questione sollevata dalla VI Sezione anche se la procedura oggetto del giudizio riguarda la concessione di un bene demaniale (e dunque un rapporto contrattuale attivo per l'Amministrazione che percepisce un canone annuo).

8.1. E' necessario a questo punto riportare sinteticamente i principi elaborati dalla sentenza n. 4 del 2011 e i sottostanti snodi argomentativi:

a) il principio di parità delle parti e di imparzialità del giudice presiedono alla norma positiva enucleabile dal combinato disposto degli artt. 76, co. 4, c.p.a. e 276, co. 2, c.p.c., che impone di risolvere le questioni processuali e di merito secondo l'ordine logico loro proprio, assumendo come prioritaria la definizione di quelle di rito rispetto a quelle di merito, e fra le prime la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali (nell'ordine, giurisdizione, competenza, capacità delle parti, ius postulandi, ricevibilità, contraddittorio, estinzione), rispetto alle condizioni dell'azione (tale fondamentale canone processuale è stato ribadito dall'Adunanza plenaria 3 giugno 2011, n. 10); l'ordine di esame delle questioni pregiudiziali di rito non rientra nella disponibilità delle parti e non subisce eccezioni neppure se venga impugnata, da parte del ricorrente principale, la legge di gara;

b) l'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo è soggetta - sulla falsariga del processo civile - a tre condizioni fondamentali che, valutate in astratto con riferimento alla causa petendi della domanda e non secundum eventum litis, devono sussistere al momento della proposizione della domanda e permanere fino al momento della decisione; tali condizioni sono: I) il c.d. titolo o possibilità giuridica dell'azione - cioè la situazione giuridica soggettiva qualificata in astratto da una norma, ovvero, come altri dice, la legittimazione a ricorrere discendente dalla speciale posizione qualificata del soggetto che lo distingue dal quisque de populo rispetto all'esercizio del potere amministrativo -; II) l'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. (o interesse al ricorso, nel linguaggio corrente del processo amministrativo); III) la legitimatio ad causam (o legittimazione attiva/passiva, discendente dall'affermazione di colui che agisce/resiste in giudizio di essere titolare del rapporto controverso dal lato attivo o passivo);

c) in termini generali trova ingresso nel sistema della giustizia amministrativa anche la tutela del c.d. interesse ad agire strumentale, ma solo se ed in quanto collegato ad una posizione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, la cui soddisfazione sia realizzabile unicamente attraverso il doveroso rinnovo dell'attività amministrativa, dovendosi rifiutare, a questi fini, il riferimento ad una utilità meramente ipotetica o eventuale che richiede per la sua compiuta realizzazione il passaggio attraverso una pluralità di fasi e atti ricadenti nella sfera della più ampia disponibilità dell'Amministrazione; pertanto "la facoltà di agire

in giudizio non è attribuita, indistintamente, a tutti i soggetti che potrebbero ricavare eventuali ed incerti vantaggi dall'accoglimento della domanda";

d) in materia di controversie aventi ad oggetto gare di appalto, il tema della legittimazione al ricorso (o titolo) è declinato nel senso che tale legittimazione deve essere correlata ad una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione; chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a chiederne l'annullamento ancorché vanti un interesse di fatto a che la competizione - per lui *res inter alios acta* - venga nuovamente bandita; a tale regola generale si può fare eccezione, per esigenze di ampliamento della tutela della concorrenza, solamente in tre tassative ipotesi e cioè quando: I) si contesti in radice l'indizione della gara; II) all'inverso, si contesti che una gara sia mancata, avendo "amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto; III) si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti;

e) la mera partecipazione (di fatto) alla gara non è sufficiente per attribuire la legittimazione al ricorso; la situazione legittimante costituita dall'intervento nel procedimento selettivo, infatti, deriva da una qualificazione di carattere normativo, che postula il positivo esito del sindacato sulla ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva; pertanto, la definitiva esclusione o l'accertamento retroattivo della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva; tale esito rimane fermo in tutti i casi in cui l'illegittimità della partecipazione alla gara è definitivamente accertata, sia per inoppugnabilità dell'atto di esclusione, sia per annullamento dell'atto di ammissione e, soprattutto, indipendentemente dal numero dei partecipanti alla gara;

f) l'ordine di esame delle questioni risente di tali presupposti, pertanto, non è subordinato alla veste formale utilizzata per la loro deduzione, ma dipende dal loro oggettivo contenuto; ne discende che, qualora il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, il suo esame assume carattere necessariamente pregiudiziale e la sua accertata fondatezza preclude, al giudice, l'esame del merito delle domande proposte dal ricorrente principale;

g) tali conclusioni sono pienamente compatibili con la disciplina del ricorso incidentale recata dal codice del processo amministrativo (art. 42): il dato più significativo riguarda la qualificazione formale del ricorso incidentale come strumento per la proposizione di "domande", il cui interesse sorge solo in dipendenza della proposizione del ricorso principale; si chiarisce, in questo modo, che il ricorso incidentale può assumere un contenuto complesso, ancorché innestato nella matrice comune della "difesa attiva" della parte intimata, rivestendo la fisionomia dell'atto con il quale la parte intimata: I) formula un'eccezione, eventualmente a carattere riconvenzionale; II) propone una vera e propria domanda riconvenzionale, diretta all'annullamento di un atto; III) articola una domanda di accertamento pregiudiziale, volta, comunque, ad ottenere una pronuncia che precluda l'esame del merito del ricorso principale;

h) in ossequio al superiore principio di economia processuale, il giudice può, in concreto, ritenere preferibile esaminare prioritariamente il ricorso principale, quanto meno nei casi in cui esso sia palesemente infondato, irricevibile, inammissibile o improcedibile, sulla scorta del paradigma sancito dagli artt. 49, co. 2, e 74 c.p.a.; questa facoltà non deve essere negata, a priori, sempre che il suo esercizio non incida sul diritto di difesa del controinteressato e consenta un'effettiva accelerazione della definizione della controversia; in linea di principio resta ferma la priorità logica della questione pregiudiziale, ma eccezionali esigenze di semplificazione possono giustificare l'esame prioritario di altri aspetti della lite.

8.1.1. Per il forte impatto sistemico sulla gestione dei contenziosi in materia di gare, merita un approfondimento il punto specifico concernente l'asserita necessità che il ricorso incidentale sia sempre esaminato prima del ricorso principale (anche quando prospetti carenze oggettive dell'offerta della impresa non aggiudicataria o vizi procedurali).

In proposito si osserva come dalla piana lettura della più volte menzionata sentenza n. 4 del 2011 (in particolare Par. 51), emerge in modo univoco che il discrimine è rintracciato nella introduzione, da parte del ricorso incidentale, di censure che colpiscono la mancata esclusione, da parte della stazione appaltante, del ricorrente principale (ovvero della sua offerta), a causa della illegittima partecipazione di quest'ultimo alla gara o della illegittimità dell'offerta; tale situazione lato sensu di invalidità della posizione del ricorrente principale, deve scaturire dalla violazione di doveri o obblighi sanzionati a pena di inammissibilità, di decadenza, di esclusione (a titolo esemplificativo si pensi all'intempestività della domanda di partecipazione alla gara, alla carenza di requisiti soggettivi generali, di natura tecnica o finanziaria, ovvero di elementi essenziali dell'offerta).

La situazione di contrasto fra la condotta dell'impresa che partecipa alla selezione e la legge di gara effettivamente rilevante per stabilire la priorità dell'esame del ricorso incidentale, è solo quella che produce, come ineluttabile conseguenza, la non ammissione ab origine alla gara del concorrente non vincitore, ovvero l'estromissione successivamente deliberata in apposite fasi (anche solo in senso logico) deputate all'accertamento della regolare partecipazione del concorrente: si pensi al caso classico in cui l'amministrazione proceda al riscontro della tempestività della presentazione delle domande di partecipazione cui seguono (soprattutto dal punto di vista logico, poiché sovente tali adempimenti sono effettuati in unico contesto temporale e procedurale), le ulteriori fasi relative all'accertamento dei requisiti soggettivi dell'imprenditore ovvero oggettivi dell'offerta.

Ne discende che tutte le criticità prospettate come incidenti su attività svolte a valle di quelle dedicate al riscontro dei suddetti requisiti, non impongono l'esame prioritario del ricorso incidentale perché, in tale ipotesi, esso non mira ad accertare l'insussistenza della condizione dell'azione rappresentata dalla legittimazione del ricorrente, in quanto soggetto escluso o che avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.

In questi casi, infatti, il ricorso incidentale si appunta su vizi della valutazione operata dall'organo tecnico a ciò preposto e le relative censure presuppongono, in definitiva, il superamento di ogni questione inerente la regolare presenza dell'impresa (o della sua offerta) nella gara.

Si pensi alla contestazione del punteggio tecnico o economico nonché alla valutazione di anomalia dell'offerta che, secondo le approfondite conclusioni cui è giunta questa Adunanza, attiene a "...scelte rimesse alla stazione appaltante, quale espressione di autonomia negoziale in ordine alla convenienza dell'offerta ed alla serietà e affidabilità del concorrente...." (cfr. Ad. plen. 29 novembre 2012, n. 36).

Alle medesime conclusioni si perviene (per le ragioni sviluppate dalla sentenza di questa Adunanza n. 7 del 30 gennaio 2014, Par. 5.8.), in tutti i casi in cui il ricorso incidentale prospetti vizi lato sensu procedurali, tali cioè da imporre, se riconosciuti fondati, la caducazione totale (ad es. per incompetenza dell'organo che ha indetto la gara o redatto il bando), o parziale (ad es. per l'erronea composizione della commissione), degli atti di gara.

8.2. Si passa a questo punto ad illustrare, sinteticamente, il quadro dei principi forgiati dalla Corte di giustizia dell'UE relativamente ai processi aventi ad oggetto procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti.

8.2.1. Ma prima è indispensabile ricordare i limiti al cui interno tali principi sono originati (ed operano), in considerazione del fatto che il diritto dell'UE non contiene una disciplina generale del processo.

E' noto, infatti, che l'UE, si fonda, fra l'altro, sul principio delle tassative competenze di attribuzione (artt. 3, comma 6, e 4, co. 1, TUE); fra queste, vi rientrano la facilitazione dell'accesso alla giustizia attraverso il riconoscimento delle decisioni giudiziarie ed extra giudiziarie (art. 67, co. 4, FUE), e la cooperazione giudiziaria nelle materie civili transfrontaliere (art. 81 FUE, già art. 65 TCE).

L'UE, pertanto, mira all'armonizzazione e non all'unificazione del diritto processuale; tuttavia, oltre ad avere realizzato, sulle richiamate basi giuridiche, una serie di regolamenti su specifici aspetti (si pensi al noto regolamento CE n. 44/2001 che ha assorbito la Convenzione di Bruxelles, a sua volta sostituito a far data dal 2015 dal regolamento n. 1215/12), detta solitamente, nei settori di sua competenza, alcuni canoni fondamentali relativi alla tutela giurisdizionale, da cui possono desumersi taluni principi processuali generali (la stessa tecnica di tutela è stata realizzata in relazione alla materia dei diritti fondamentali dell'uomo, cfr. art. 47 della Carta di Nizza che, nella sostanza, riproduce il contenuto dell'art. 6 CEDU).

In tali settori vale, dunque, il c.d. "principio di autonomia processuale nazionale", cui la stessa Corte di giustizia ha mostrato di aderire, riconoscendo e dunque lasciando, nei limiti della non discriminazione e della effettività della tutela, agli ordinamenti dei singoli Stati la disciplina delle modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali (cfr., ex plurimis, Corte giustizia UE, 22 dicembre 2010, C507/08 Governo Slovacchia; 20 settembre 2010, C314/09 Stadt Graz; sul versante italiano si vedano le conclusioni cui sono giunti Cons. St., Sez. V, 23 ottobre 2013, n. 51531; Sez. VI, 5 marzo 2012, n. 1244/ord.).

Anticipando quanto si dirà meglio in prosieguo e fatto salvo il rispetto della particolare regola iuris introdotta dalla sentenza della Corte di giustizia dell'UE, Sez. X, 4 luglio 2013, C100/12 Fastweb (infra Par. 8.2.4.), giova evidenziare sin da ora che, nei casi come quello rimesso all'attenzione di questa Adunanza, non si possono certamente ritenere superati i limiti della non discriminazione e della effettività della tutela posto che si deve al fatto

proprio del ricorrente principale l'impossibilità dell'esame della sua domanda di annullamento dell'aggiudicazione.

8.2.2. In materia di pubblici appalti di lavori, servizi e forniture, nonché di settori speciali, le direttive CEE 21 dicembre 1989, n. 665/89 e 25 febbraio 1992, n. 13/92 (modificate dalla direttiva n. 2007/66/CE), si sono proposte il fine di assicurare garanzie giurisdizionali efficaci e rapide (onde evitare di scoraggiare le imprese europee dal concorrere in paesi stranieri), attraverso l'introduzione dei seguenti vincolanti principi:

- a) rapidità ed efficacia dei ricorsi;
- b) assenza di discriminazioni basate sulla nazionalità;
- c) accesso ai rimedi giurisdizionali a chiunque, avendo interesse all'aggiudicazione, sia stato leso, o rischi di essere leso a causa di una violazione del diritto comunitario;
- d) essenzialità della tutela cautelare ante causam;
- e) effetto sospensivo automatico della stipulazione del contratto, per un determinato lasso temporale, in caso di ricorso avverso l'aggiudicazione (c.d. stand still);
- f) essenzialità della tutela risarcitoria.

8.2.3. Le menzionate direttive sono state oggetto di una cospicua esegesi da parte della Corte di giustizia del Lussemburgo che ha elaborato i seguenti principi che, in sintesi e nella parte di interesse, si riportano (cfr., ex plurimis, Sez. X, 4 luglio 2013, C100/12 Fastweb; Sez. III, 20 settembre 2010, C314/09 Stadt Graz; 28 gennaio 2010, n. 406/08 Uniplex; Sez. VI, 12 febbraio 2004, C230/02, Grossman; 19 giugno 2003, C249/01 Hackermuller; 27 febbraio 2003, C327/00 Santex):

- a) lo scopo delle norme comunitarie in materia, è quello di realizzare il valore della massima rapidità nella definizione del contesto procedimentale prima e processuale poi;
- b) conseguentemente, l'impresa che non partecipa alla gara non può in nessun caso contestare l'aggiudicazione in favore di ditte terze (in senso analogo cfr. Ad. plen., n. 4 del 2011 cit.; 27 gennaio 2003, n. 1);
- c) è ammessa l'impugnativa diretta della legge di gara ma solo per le clausole discriminatorie escludenti (in senso analogo cfr. Ad. plen. n. 1 del 2003 cit.);
- d) sono ammessi termini processuali di impugnativa degli atti di gara particolarmente stringenti, salvo il limite della eradicazione del diritto di difesa (in senso analogo cfr. Corte cost. 10 novembre 1999, n. 427, relativamente all'art. 19, d.l. 25 marzo 1997, n. 67 norma fondamentale, dal punto di vista cronologico, in materia di dimezzamento dei termini del processo in materia di appalti);
- e) l'impresa che è stata esclusa (dalla stazione appaltante), ovvero che deve essere esclusa dalla gara (a tanto pervenendosi in forza del rilievo officioso del giudice ovvero per il tramite della proposizione di un ricorso incidentale), è priva di interesse ad agire contro l'aggiudicatario (in senso analogo cfr. Ad. plen. n. 4 del 2011 cit.).

8.2.4. La sentenza Fastweb, dopo aver richiamato e condiviso tutti i principi sopra riportati, ha così statuito: "31. Nel procedimento principale, il giudice del rinvio, all'esito della verifica dell'idoneità delle offerte presentate dalle due società in questione, ha constatato che l'offerta presentata da Fastweb non era conforme all'insieme delle specifiche tecniche

indicate nel piano di fabbisogni. Esso è giunto peraltro alla stessa conclusione in relazione all'offerta presentata dall'altro offerente, Telecom Italia.

32. Una situazione del genere si distingue da quella oggetto della citata sentenza Hackermüller, in particolare per essere risultato che, erroneamente, l'offerta prescelta non è stata esclusa al momento della verifica delle offerte, nonostante essa non rispettasse le specifiche tecniche del piano di fabbisogni.

33. Orbene, dinanzi ad una simile constatazione, il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione del genere, infatti, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare."

In buona sostanza la sentenza Fastweb, una volta investita da parte del giudice a quo (sebbene in violazione della vincolante regola processuale che impone un rigido ordine di esame delle questioni -retro Par. 8.1. -), di una fattispecie all'interno della quale era stata accertata in concreto l'illegittimità di entrambe le offerte, non ha potuto fare a meno di somministrare la concreta regola iuris costruendola come una evidente eccezione al compendio delle norme e dei principi di sistema. Tanto è vero questo che ha limitato la possibilità dell'esame congiunto del ricorso incidentale e principale alle stringenti condizioni che: I) si versi all'interno del medesimo procedimento; II) gli operatori rimasti in gara siano solo due; III) il vizio che affligge le offerte sia identico per entrambe.

8.3. Da quanto fin qui esposto discende la conferma dell'impianto teorico costruito dall'Adunanza plenaria n. 4 del 2011, alla luce dei principi processuali europei in materia, al cui interno si innesta la particolare regola iuris introdotta dalla sentenza Fastweb, di cui ovviamente si deve tenere conto, ma muovendo dalla constatazione della sua circoscritta portata, trattandosi comunque di una eccezione.

8.3.1. Contrariamente a quanto sostenuto nell'ordinanza di rimessione, in casi del genere non si ravvisa la lesione del principio della "parità delle armi" (la cui applicazione concreta, per altro, appare lontana da una chiara e stabile preventiva definizione del principio stesso e sembra spesso lambire l'ambito delle ragioni di opportunità sottese al caso contingente). L'Adunanza plenaria non intende discostarsi dalla nozione (e dai presupposti giustificativi), del principio di "parità delle armi" che si è andata affermando nella giurisprudenza costituzionale ed europea relativamente all'applicazione dei principi del giusto processo enucleabili dall'art. 6 della Cedu, secondo cui "l'esigenza della parità delle armi comporta l'obbligo di offrire ad ogni parte una ragionevole possibilità di presentare il suo caso, in condizioni che non comportino un sostanziale svantaggio rispetto alla controparte" (cfr. da ultimo Corte cost., 26 gennaio 2012, n. 15; Corte europea dei diritti dell'uomo, Sez. II, 7 giugno 2011, Agrati; per un'analoga impostazione nell'ambito della giurisprudenza amministrativa, cfr. Cons. St., Sez. VI, 14 giugno 2011, n. 3655). Del resto a risultati analoghi è pervenuta la giurisprudenza costituzionale quando ha affrontato il tema del principio della parità delle parti - sancito dall'art. 111, co. 2, Cost. e richiamato dall'art. 2 c.p.a. - nel

processo amministrativo: si è ammessa la presenza di "legittime dissimmetrie" fra le parti del processo purché sorrette da una ragionevole giustificazione (cfr. Corte cost., 9 aprile 2009, n. 109).

8.3.2. Ebbene, il principio di "parità delle armi", come declinato dal giudice delle leggi e dalla Corte di Strasburgo:

a) non avendo una portata precettiva puntuale - in quanto si limita ad esprimere una previsione fondata su una ragionevole possibilità di esternazione del proprio caso da parte di chi adisce il giudice - non comporta che il fascio di posizioni attive e passive di natura processuale, ricollegabile a ciascuna parte, sia assolutamente identico;

b) non contrasta con una regola processuale di fonte legale che impone al giudice di rispettare la tassonomia propria delle questioni; siffatta regola, al contrario, garantisce ed attua il principio di "parità delle armi" perché predetermina, in astratto ed in via generale, per tutti i litiganti, le modalità di esercizio del potere giurisdizionale;

c) la regola del processo italiano esige che la parte che introduce il giudizio, inter alios, superi il filtro costituito dalle condizioni dell'azione;

d) nella specie, la parte che introduce effettivamente il giudizio instaurando il rapporto processuale, ovvero l'attore in senso sostanziale, è il ricorrente principale il soggetto, cioè, non risultato vincitore nella gara che, pur essendo consapevole di aver commesso un errore che lo priva della legittimazione e quindi di non poter risultare aggiudicatario della specifica gara cui ha partecipato (che costituisce il bene della vita immediato e diretto cui possa aspirare), in violazione del divieto di abuso del processo, propone ugualmente la domanda di annullamento;

e) ed è proprio la riconducibilità della negligenza - che ha provocato (o avrebbe dovuto provocare), l'esclusione dalla gara - al ricorrente principale che costituisce una ragionevole giustificazione della dissimmetria processuale la quale impedisce al giudice di pronunciarsi sulla illegittimità della mancata esclusione dell'aggiudicatario.

8.3.3. I principi di "effettività" e "parità delle armi", pertanto, sebbene siano ricognitivi di preesistenti principi costituzionali ed europei, per la loro collocazione in testa al codice (artt. 1 e 2, co. 1, c.p.a.), ne assumono il ruolo di impalcatura e filo conduttore ma nei limiti del soddisfacimento della domanda di giustizia per i realmente bisognosi, senza incoraggiamento di azioni emulative o pretestuose.

8.3.4. Come in precedenza illustrato (retro Par. 8.1.), l'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo è soggetta - sulla falsariga del processo civile - a tre condizioni fondamentali (titolo, interesse ad agire, legittimazione attiva/passiva), che devono sussistere al momento della proposizione della domanda e permanere fino al momento della decisione finale (sotto tale angolazione si esclude correttamente che sia possibile esperire una c.t.u. al fine di affermare o negare la sussistenza della legittimazione al ricorso o di altra condizione dell'azione, cfr. Cons. St., Sez. V, 21 giugno 2013, n. 3404).

In aggiunta alle argomentazioni della sentenza n. 4 del 2011, sempre avuto riguardo alla prima delle condizioni dell'azione (ovvero il c.d. titolo o possibilità giuridica dell'azione o legittimazione al ricorso), si osserva che la medesima non è configurabile allorquando ricorrano le seguenti condizioni:

a) soprattutto in materia di controversie aventi ad oggetto gare di appalto e affidamenti di servizi, il tema della legittimazione al ricorso (o titolo) è declinato nel senso che tale legittimazione deve essere correlata alla circostanza che l'instaurazione del giudizio non solo sia proposta da chi è legittimato al ricorso, ma anche che non appaia finalizzata a tutelare interessi emulativi, di mero fatto, pretese impossibili o contra ius (cfr. da ultimo, sul principio generale e sulla sua applicazione in materia di gare di appalto, Cons. St., Sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6256; Sez. V, 31 ottobre 2013, n. 5247; Sez. V, 23 ottobre 2013, n. 5131; Sez. V, 23 maggio 2011, n. 3084; Sez. V, 12 febbraio 2010, n. 746; Sez. V, 7 settembre 2009, n. 5244);

b) nessuna posizione di interesse legittimo è enucleabile dall'esame della causa petendi di un ricorso principale che si risolve, all'evidenza, nella richiesta di tutela di un interesse materiale contra ius, (vedersi aggiudicata una gara cui non si aveva titolo a partecipare), se messo in relazione alle norme ed ai principi comunitari e nazionali che tutelano i valori della legalità, del libero mercato e della concorrenza;

c) tale conclusione è coerente con la funzione svolta dalle condizioni dell'azione nei processi di parte, innervati come sono dal principio della domanda e dal suo corollario rappresentato dal principio dispositivo; sul punto è sufficiente ricordare la prevalente tesi (corroborata dalla più recente giurisprudenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione, cfr. 22 aprile 2013, n. 9685), secondo cui tali condizioni (ed in particolare il c.d. titolo e l'interesse ad agire), assolvono una funzione di filtro in chiave deflattiva delle domande proposte al giudice, fino ad assumere l'aspetto di un controllo di meritevolezza dell'interesse sostanziale in gioco, alla luce dei valori costituzionali ed internazionali rilevanti, veicolati dalle clausole generali fondamentali sancite dagli artt. 24 e 111 Cost.; tale scrutinio di meritevolezza, costituisce, in quest'ottica, espressione del più ampio divieto di abuso del processo, inteso come esercizio dell'azione in forme eccedenti o devianti, rispetto alla tutela attribuita dall'ordinamento, lesivo del principio del giusto processo apprezzato come risposta alla domanda della parte secondo una logica che avversi ogni inutile e perdurante appesantimento del giudizio al fine di approdare attraverso la riduzione dei tempi della giustizia ad un processo che risulti anche giusto (cfr. da ultimo, per il processo civile, Cass., Sez. un., 14 gennaio 2009, n. 553; per il processo amministrativo, Cons. St., Sez. V, 7 febbraio 2012, n. 656; Sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6537; sul divieto di condotte processuali opportunistiche violative del dovere di mitigazione del danno ai sensi dell'art. 1227 c.c., cfr. Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3);

d) il punto di equilibrio fra la tutela dell'interesse pubblico e la tutela degli interessi privati, nel processo amministrativo dominato dal principio della domanda (retro Par. 8.3.3.), si coglie nei limiti delle norme che ne rappresentano il punto di emersione a livello positivo: non esiste una disposizione che esoneri l'attore dall'essere assistito dalle su menzionate condizioni dell'azione; pertanto, non è possibile sostenere una esegesi della disciplina delle condizioni dell'azione che dia vita ad una derogatoria giurisdizione di diritto oggettivo, contraria all'ordinamento ed al principio di legalità; sul punto è sufficiente porre mente alla circostanza che, accedendosi alla prospettazione dell'ordinanza di rimessione, si dovrebbe negare, in presenza dell'assodata invalidità dell'offerta aggiudicataria, la possibilità che il

ricorrente principale rinunci al ricorso; una tale eventualità potrebbe ritenersi legittima solo in presenza di una espressa disposizione di legge capace di derogare al principio dispositivo: a tal proposito, è emblematica sul piano storico, la vicenda dell'art. 146, del codice dei beni culturali (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42), che, per un breve periodo (fino alla sostituzione del testo ad opera del d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63), ha stabilito che il ricorso avente ad oggetto l'autorizzazione paesaggistica è deciso anche se dopo la sua proposizione, ovvero in grado d'appello, il ricorrente dichiara di rinunciare o di non avervi più interesse; la breve esistenza della eccentrica disposizione conferma la necessità che la legge deroghi espressamente agli immanenti principi della domanda e dispositivo.

8.3.5. La sentenza Fastweb, come in precedenza illustrato, ha introdotto una eccezione all'interno del quadro unitario laboriosamente ricostruito dalla giurisprudenza (nazionale e comunitaria).

E' indubbio che, se entrambe le offerte sono inficiate dal medesimo vizio che le rende inammissibili, apparirebbe prima facie contrario all'uguaglianza concorrenziale escludere solo l'offerta del ricorrente principale, dichiarandone inammissibile il ricorso, e confermare invece l'offerta dell'aggiudicatario ricorrente incidentale, benché suscettibile di esclusione per la medesima ragione. Ma in realtà ciò avviene perché, essendo il vizio fatto valere da entrambi i contendenti il medesimo, in concreto neppure si pone un problema di esame prioritario del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale: prioritario, in questo peculiare caso, è l'esame del vizio; se questo sussiste, entrambi i ricorsi devono essere accolti, se non sussiste entrambi dovranno essere disattesi e l'aggiudicazione sarà confermata.

In apparenza, potrebbe ritenersi che la sentenza Fastweb abbia introdotto una giurisdizione di tipo oggettivo basata sul vizio dedotto e non sull'interesse a dedurlo. Al contrario, la ratio della decisione Fastweb si fonda sul principio di "parità delle armi": questo fa sì che, nel caso in cui il ricorrente incidentale deduca il medesimo motivo escludente dedotto dal ricorrente principale, venga meno l'asimmetria di origine procedimentale tra la legittimazione a resistere dell'aggiudicatario, certa perché fondata sul provvedimento impugnato, e la legittimazione a ricorrere del concorrente pretermesso dall'aggiudicazione, incerta perché fondata su una posizione legittimante che il ricorso incidentale può far venire meno.

L'identità del vizio, nella sua consistenza fattuale e nella sua speculare deduzione da ambedue le parti, comporta che il suo accertamento e la relativa decisione di accoglimento siano automaticamente e logicamente predicabili indifferentemente per l'una o per l'altra parte del processo.

In altri termini, l'unicità del vizio e l'unicità della verifica della sua sussistenza (coniugati al principio immanente della parità delle parti ex art. 111 Cost.), non consentono di trarre conseguenze opposte sia pure soltanto sul piano processuale.

In tutte le altre ipotesi (quelle cioè non caratterizzate dalla comunanza del motivo escludente), la caduta dell'interesse del ricorrente principale ad ottenere tutela, rende irrilevante esaminare (per lo meno in sede di ricorso giurisdizionale ad istanza di parte, rimanendo fermo il potere di autotutela della stazione appaltante il cui esercizio richiederà

un vaglio rigoroso in presenza di una causa di esclusione dell'impresa aggiudicataria), se l'intervenuta aggiudicazione sia, sotto altri profili, conforme o meno al diritto ovvero se sussistano vizi della procedura (cui il ricorrente non aveva titolo a partecipare), capaci di travolgere l'intera gara.

8.3.6. Si tratta adesso di stabilire quando ricorre l'eccezione definita dalla sentenza Fastweb, ovvero quando si configuri l'identità del vizio (e quindi del motivo) escludente che affligge entrambe le offerte delle uniche due imprese rimaste in gara.

Sul punto l'Adunanza ritiene che si debba utilizzare un criterio che, nel rispetto delle vincolanti indicazioni provenienti dalla Corte del Lussemburgo, contemperi la natura eccezionale della regola iuris forgiata dalla sentenza Fastweb, le esigenze di uguaglianza ed equità sostanziali di cui sono portatrici le imprese in gara, le ragioni di certezza del diritto e di pronta soluzione dell'accertamento demandato al giudice, le caratteristiche dello sviluppo del procedimento amministrativo posto in essere dalla stazione appaltante e gli interessi sostanziali presidiati dalle varie cause di esclusione.

8.3.6.1. Facendo applicazione dei menzionati criteri, deve escludersi che il "motivo identico" possa essere individuato equiparando l'identità della causa (del vizio escludente) all'identità dell'effetto (escludente).

In questa esegesi, infatti, non rileverebbe tanto il motivo o la causa per cui è stata disposta l'esclusione, quanto la conseguenza che ne è derivata e cioè appunto l'esclusione.

Questa conclusione in pratica ricondurrebbe la questione nell'alveo della teoria (rifiutata dalla Corte di giustizia e dall'Adunanza plenaria), dell'incondizionato riconoscimento dell'interesse strumentale.

Come in precedenza illustrato, l'esegesi basata sull'identità dell'effetto è da escludersi in base allo stesso testuale tenore della sentenza Fastweb la quale - ripetesi - non ripudia i propri precedenti ma, al contrario, si limita ad enunciare una singola eccezione.

L'eccezione è testualmente riconducibile quindi non già all'effetto (esclusione) bensì alla causa dell'esclusione, causa che deve essere identica sia per il ricorrente principale che per l'incidentale.

Che si tratti della causa generatrice dell'effetto non pare dubbio e ciò si evince anche esaminando il testo della decisione Fastweb in lingue diverse dall'italiano: nel testo francese si fa riferimento a "motifs de nature identique"; nel testo inglese si parla di offerta contestata nello stesso procedimento "and on identical grounds"; nel testo spagnolo si specifica "por motivos de naturaleza idéntica".

Le parole "motivo, motifs, grounds, motivos" fanno riferimento non già all'effetto bensì alla causa che ha dato luogo all'esclusione.

Resta da stabilire il significato dell'identità e cioè se si tratti di identità in senso stretto (quasi una riproposizione speculare dello stesso motivo del ricorrente principale), ovvero se e in che misura possano variare i presupposti di fatto o di diritto.

Il testo italiano potrebbe legittimare l'identità in senso stretto, ma non così le versioni nelle altre lingue che sembrano ricollegare l'identità più che all'aspetto formale all'aspetto sostanziale ovvero alla "natura del motivo" ed all'interesse sottostante alla disposizione che lo prevede.

Pertanto, deve ritenersi comune la causa di esclusione che afferisce alla medesima sub fase del segmento procedimentale destinato all'accertamento del titolo di ammissione alla gara dell'impresa e della sua offerta, correlando le sorti delle due concorrenti in una situazione di simmetria invalidante: in quest'ottica deve escludersi che si richieda l'assoluta identità causale del vizio.

Tale esegesi, da un lato, è conforme al tenore testuale della sentenza (anche nelle versioni in lingua francese, inglese, spagnola), ed al contesto procedimentale all'interno del quale è stata resa (due offerte accomunate dalla carenza di elementi tecnici essenziali, perché previsti a pena di esclusione, ma di differente contenuto); dall'altro, è coerente, sotto il profilo diacronico ed organizzativo, con l'attività posta in essere dalla stazione appaltante nelle sue varie articolazioni (in particolare responsabile del procedimento e commissione o seggio di gara).

8.3.6.2. Devono, in definitiva, considerarsi comuni, ai fini individuati dalla sentenza Fastweb, i vizi ricompresi esclusivamente all'interno delle seguenti tre, alternative, categorie:

- a) tempestività della domanda ed integrità dei plichi (trattandosi in ordine cronologico e logico dei primi parametri di validazione del titolo di ammissione alla gara);
- b) requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione dell'impresa (comprensivi dei requisiti economici, finanziari, tecnici, organizzativi e di qualificazione);
- c) carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione (comprensiva delle ipotesi di incertezza assoluta del contenuto dell'offerta o della sua provenienza).

Esemplificando, sono identici - e dunque consentono l'esame incrociato e l'eventuale accoglimento di entrambi i ricorsi (principale ed incidentale), con la conseguenziale esclusione dalla gara degli unici due contendenti - solo i vizi che afferiscono alla medesima categoria.

Si pensi all'ipotesi in cui tali vizi (ed i correlati motivi di impugnazione), scaturiscano entrambi dalla intempestività della domanda ovvero da quest'ultima e dalla non integrità del plico; all'ipotesi della mancanza della qualificazione per la richiesta categoria di lavori dell'impresa ricorrente principale che si confronti con la mancanza di un requisito di affidabilità morale dell'impresa aggiudicataria ricorrente incidentale.

Viceversa non soddisfano il requisito di simmetria escludente (perché non si pongono in una relazione di corrispondenza biunivoca), come richiesto dalla sentenza Fastweb, e dunque impediscono l'esame congiunto del ricorso principale ed incidentale, i vizi sussumibili in diverse categorie: ad esempio, la dedotta (nel ricorso incidentale) intempestività della domanda dell'impresa non aggiudicataria, a fronte della dedotta (nel ricorso principale) carenza di un requisito economico dell'impresa aggiudicataria.

8.3.7. Per completezza si evidenzia che nei casi come quello sottoposto alla Adunanza plenaria, non è configurabile neppure l'interesse ad agire sancito dall'art. 100 c.p.c., da sempre considerato applicabile al processo amministrativo ora anche in virtù del rinvio esterno operato dall'art. 39, co. 1, c.p.a.

L'interesse ad agire è scolpito nella sua tradizionale definizione di "bisogno di tutela giurisdizionale", nel senso che il ricorso al giudice deve presentarsi come indispensabile per

porre rimedio allo stato di fatto lesivo; è dunque espressione di economia processuale, manifestando l'esigenza che il ricorso alla giustizia rappresenti extrema ratio; da qui i suoi caratteri essenziali costituiti dalla concretezza ed attualità del danno (anche in termini di probabilità), alla posizione soggettiva di cui si invoca tutela; esso resta logicamente escluso quando sia strumentale alla definizione di questioni correlate a situazioni future e incerte perché meramente ipotetiche.

In questi casi, posto che il ricorrente principale è privo della possibilità giuridica, per tutte le ragioni anzi dette, di risultare aggiudicatario della specifica gara cui ha in concreto partecipato (anche in caso di rinnovo pedissequo della medesima in quanto permarrebbe il medesimo sbarramento), egli dovrebbe auspicare che l'Amministrazione indichi una nuova gara, mutandone termini e condizioni, in modo tale da consentirgli di partecipare; ma, di norma, la stazione appaltante non ha un obbligo di tal fatta anche in presenza dell'annullamento di tutti gli atti della procedura, sicché tale pretesa si rivela per quello che è, ovvero, una mera speranza al riesercizio futuro ed eventuale del potere amministrativo, inidonea a configurare l'interesse ad agire.

8.4. In conclusione, avuto riguardo alla quarta questione sottoposta all'adunanza plenaria, devono enunciarsi i seguenti principi di diritto:

a) "il giudice ha il dovere di decidere la controversia, ai sensi del combinato disposto degli artt. 76, co. 4, c.p.a. e 276, co. 2, c.p.c., secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito e, fra le prime, la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione";

b) "nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale il ricorso incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'amministrazione; tuttavia, l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile";

c) "nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, il ricorso incidentale non va esaminato prima del ricorso principale allorché non presenti carattere escludente; tale evenienza si verifica se il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale";

d) "nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale - estromesso per atto dell'Amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale - ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale come precisato in motivazione".

9. L'Adunanza plenaria restituisce gli atti alla VI Sezione del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99, co. 1, ultimo periodo, e 4, c.p.a., affinché si pronunci sull'appello principale della ditta Pa. ed eventualmente su quello incidentale della ditta Navale nel rispetto dei seguenti principi di diritto:

a) "l'art. 4, co. 2, lett. d), nn. 1 e 2, d.l. 13 maggio 2011, n. 70 - Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia - che ha aggiunto l'inciso "Tassatività delle cause di esclusione" nella rubrica dell'articolo 46, del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), e nel corpo dello stesso ha inserito il comma 1bis - non costituisce una norma di interpretazione autentica e, pertanto, non ha effetti retroattivi e trova esclusiva applicazione alle procedure di gara i cui bandi o avvisi siano pubblicati (nonché alle procedure senza bandi o avvisi, i cui inviti siano inviati), successivamente al 14 maggio 2011, data di entrata in vigore del d.l. n. 70 del 2011";

b) "il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, co. 1bis, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), si applica unicamente alle procedure di gara disciplinate dal medesimo codice";

c) "sono legittime ai sensi dell'art. 46, co. 1bis, codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), le clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione, anche se di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali";

d) "nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il "potere di soccorso" sancito dall'art. 46, co.1, del medesimo codice (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) - sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della par condicio dei concorrenti - non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali";

e) "nelle procedure di gara non disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il "potere di soccorso" sancito dall'art. 6, co. 1, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241, costituisce parametro per lo scrutinio della legittimità della legge di gara che, in assenza di una corrispondente previsione normativa, stabilisca la sanzione della esclusione; conseguentemente, è illegittima - per violazione dell'art. 6, co. 1, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241, nonché sotto il profilo della manifesta sproporzione - la clausola della legge di gara che disciplina una procedura diversa da quelle di massa, nella parte in cui commina la sanzione della esclusione per l'inosservanza di una prescrizione meramente formale";

f) "il giudice ha il dovere di decidere la controversia, ai sensi del combinato disposto degli artt. 76, co. 4, c.p.a. e 276, co. 2, c.p.c., secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito e, fra le

prime, la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione";

g) "nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale il ricorso incidentale escludente che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'amministrazione; tuttavia, l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile";

h) "nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, il ricorso incidentale non verrà esaminato prima del ricorso principale allorché non presenti carattere escludente; tale evenienza si verifica se il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale";

i) "nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale - estromesso per atto dell'Amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale - ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale come precisato in motivazione".

PQM

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto:

a) formula i principi di diritto di cui in motivazione;

b) restituisce gli atti alla VI Sezione del Consiglio di Stato per ogni ulteriore statuizione, in rito, nel merito nonché sulle spese del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Riccardo Virgilio, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccharini, Presidente

Alessandro Pajno, Presidente

Marzio Branca, Consigliere

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Francesco Caringella, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Fonti: Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario 2013, 3-4, 795 (nota di: BARBIERI)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Circolazione dei servizi - appalti

Appalti pubblici - Procedure di aggiudicazione - Tutela giurisdizionale - Rapporti fra ricorso principale e ricorso incidentale - Necessità di esaminare entrambi - Sussiste - Condizioni.

Qualora per mezzo di un ricorso incidentale l'aggiudicatario di una procedura di assegnazione di un appalto deduca che l'offerta del ricorrente principale sarebbe stata da escludere dalla gara a causa del mancato rispetto delle specifiche tecniche prescritte dalla stazione appaltante, sì da rendere inammissibile l'impugnazione (a sua volta incentrata sulla non conformità dell'offerta dell'aggiudicatario alle medesime specifiche tecniche) proposta dallo stesso, il diritto dei partecipanti a una gara a una tutela giurisdizionale effettiva delle rispettive ragioni esige che entrambe le domande siano esaminate nel merito da parte del giudice investito della controversia.

Fonti: Diritto & Giustizia 2013, 8 luglio – Foro Amministrativo - C.d.S. (II) 2013, 7-8, 1747

Guida al diritto 2013, 41, 104 – Nuovo notiziario giuridico 2013, 2, 583 (nota di: BARBIERI)

– Rivista Giuridica dell'Edilizia 2013, 5, I, 737 – Foro it. 2014, 7-8, IV, 395 (nota di: TRAVI)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Circolazione dei servizi - appalti

L'art. 1, par. 3, della direttiva 89/665/Cee del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla conformità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale (la Corte si è così pronunciata nell'ambito dell'azione intrapresa da una compagnia telefonica avverso la decisione di aggiudicazione di un appalto altra ditta, la quale, in corso di causa, a sua volta, con un ricorso incidentale, aveva chiesto al g.a. di dichiarare inammissibile quello principale).

Nella causa C-100/12,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, con

decisione del 25 gennaio 2012, pervenuta in cancelleria il 24 febbraio 2012, nel procedimento

Fastweb SpA

contro

Azienda Sanitaria Locale di Alessandria,

nei confronti di:

Telecom Italia SpA,

Path-Net SpA,

LA CORTE (decima sezione),

composta da A. Rosas, presidente di sezione, E. Juhász e D. Šváby (relatore), giudici,

avvocato generale: J. Kokott,

cancelliere: A. Impellizzeri, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 6 dicembre 2012,

considerate le osservazioni presentate:

- per Telecom Italia SpA e Path-Net SpA, da A. Lirosi, M. Martinelli e L. Mastromatteo, avvocati;

- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da S. Varone, avvocato dello Stato;

- per la Commissione europea, da A. Tokár e D. Recchia, in qualità di agenti,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

FATTO

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007 (GU L 335, pag. 31; in prosieguo: la «direttiva 89/665»).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra Fastweb SpA (in prosieguo: «Fastweb»), da una parte, e l'Azienda Sanitaria Locale di Alessandria, nonché Telecom Italia SpA (in prosieguo: «Telecom Italia») ed una controllata di quest'ultima, Path-Net SpA (in prosieguo: «Path-Net»), dall'altra, a proposito dell'aggiudicazione di un appalto pubblico a tale controllata.

Contesto normativo

3 Il secondo ed il terzo considerando della direttiva 89/665 sono formulati come segue: «[C]onsiderando che i meccanismi attualmente esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano comunitario, per garantire [l']applicazione [effettiva delle direttive in materia di

appalti pubblici] non sempre permettono di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette; considerando che l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria rende necessario un aumento notevole delle garanzie di trasparenza e di non discriminazione e che occorre, affinché essa sia seguita da effetti concreti, che esistano mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscano tale diritto».

4 Il considerando 3 della direttiva 2007/66 così recita:

«[...] le garanzie di trasparenza e di non discriminazione che costituiscono l'obiettivo [in particolare della direttiva 89/665] dovrebbero essere rafforzate per garantire che la Comunità nel suo complesso benefici pienamente degli effetti positivi dovuti alla modernizzazione e alla semplificazione delle norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, operate [in particolare dalla direttiva 2004/18/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114)] (...)».

5 Ai sensi dell'articolo 1 della direttiva 89/665, rubricato «Ambito di applicazione e accessibilità delle procedure di ricorso»:

«1. La presente direttiva si applica agli appalti di cui alla direttiva [2004/18], a meno che tali appalti siano esclusi a norma degli articoli da 10 a 18 di tale direttiva.

Gli appalti di cui alla presente direttiva comprendono gli appalti pubblici, gli accordi quadro, le concessioni di lavori pubblici e i sistemi dinamici di acquisizione.

Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva [2004/18], le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli da 2 a 2 septies della presente direttiva, sulla base del fatto che hanno violato il diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono.

(...)

3. Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità dettagliate che gli Stati membri possono determinare, [per lo meno] a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione.

(...)».

6 L'articolo 2, paragrafo 1, della citata direttiva stabilisce quanto segue:

«Gli Stati membri provvedono affinché i provvedimenti presi in merito alle procedure di ricorso di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che consentono di:

(...)

b) annullare o far annullare le decisioni illegittime (...);

(...)».

7 Il considerando 2 della direttiva 2004/18 è formulato come segue:

«L'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del

trattato [FUE] ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza. Tuttavia, per gli appalti pubblici con valore superiore ad una certa soglia è opportuno elaborare disposizioni di coordinamento comunitario delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti fondate su tali principi, in modo da garantirne gli effetti ed assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza. Di conseguenza, tali disposizioni di coordinamento dovrebbero essere interpretate conformemente alle norme ed ai principi citati, nonché alle altre disposizioni del trattato».

8 Ai sensi dell'articolo 2 della direttiva:

«Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».

9 L'articolo 32 della direttiva in questione così dispone:

«(...)

2. Ai fini della conclusione di un accordo quadro, le amministrazioni aggiudicatrici seguono le regole di procedura previste dalla presente direttiva in tutte le fasi fino all'aggiudicazione degli appalti basati su tale accordo quadro. (...)

Gli appalti basati su un accordo quadro sono aggiudicati secondo le procedure previste ai paragrafi 3 e 4. (...)

(...)

4. (...)

Gli appalti basati su accordi quadro conclusi con più operatori economici possono essere aggiudicati:

(...)

– qualora l'accordo quadro non fissi tutte le condizioni, dopo aver rilanciato il confronto competitivo fra le parti in base alle medesime condizioni, se necessario precisandole, e, se del caso, ad altre condizioni indicate nel capitolato d'onere dell'accordo quadro, secondo la seguente procedura:

a) per ogni appalto da aggiudicare le amministrazioni aggiudicatrici consultano per iscritto gli operatori economici che sono in grado di realizzare l'oggetto dell'appalto;

(...)

d) le amministrazioni aggiudicatrici aggiudicano ogni appalto all'offerente che ha presentato l'offerta migliore sulla base dei criteri di aggiudicazione fissati nel capitolato d'onere dell'accordo quadro».

Procedimento principale e questione pregiudiziale

10 Conformemente al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, «Codice dell'amministrazione digitale» (supplemento ordinario alla GURI n. 112 del 16 maggio 2005), il Centro Nazionale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (CNIPA) è abilitato a concludere contratti quadro con operatori economici da esso individuati. Le

amministrazioni non statali hanno facoltà di attribuire appalti fondati su tali contratti quadro, sulla base delle proprie esigenze di servizio.

11 Il CNIPA ha concluso un contratto quadro di questo tipo, in particolare, con Fastweb e Telecom Italia. Il 18 giugno 2010, l'Azienda Sanitaria Locale di Alessandria ha indirizzato a tali società una richiesta di progetto riguardante «linee dati/fonia» sulla base di un «piano di fabbisogni». Con delibera del 15 settembre 2010, essa ha scelto il progetto presentato da Telecom Italia, concludendo un contratto con una controllata di quest'ultima, Path-Net, il 27 dello stesso mese.

12 Fastweb ha proposto ricorso contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte. Telecom Italia e Path-Net sono intervenute nel procedimento, proponendo ricorso incidentale. La legittimità dell'offerta di ciascuno degli operatori viene contestata dal suo unico concorrente a causa del mancato rispetto di alcune specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni.

13 In esito alla verifica dell'idoneità delle offerte presentate dalle due società rispetto al piano di fabbisogni, disposta dal giudice del rinvio, è stato constatato che nessuna delle due offerte risultava conforme all'insieme delle specifiche tecniche imposte dal piano. Secondo tale giudice, una simile constatazione dovrebbe logicamente condurre all'accoglimento dei due ricorsi e, di conseguenza, ad annullare la procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico in questione, dal momento che nessun offerente ha presentato un'offerta idonea a dar luogo ad aggiudicazione. Tale soluzione soddisferebbe l'interesse del ricorrente principale, in quanto la rinnovazione della procedura di aggiudicazione gli procurerebbe una nuova chance di ottenere l'appalto.

14 Il giudice del rinvio rileva tuttavia che, con decisione del 7 aprile 2011, resa in adunanza plenaria, il Consiglio di Stato, a proposito dei ricorsi in materia di appalti pubblici, ha enunciato un principio di diritto secondo il quale l'esame di un ricorso incidentale diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, in quanto illegittimamente ammesso a partecipare alla procedura di aggiudicazione controversa, deve precedere l'esame del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura di aggiudicazione e indipendentemente sia dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte, sia dal tipo di censura prospettata con il ricorso incidentale, sia infine dalle richieste dell'amministrazione interessata.

15 Il Consiglio di Stato ritiene infatti che la legittimazione a ricorrere contro la decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico spetti soltanto al soggetto che abbia legittimamente partecipato alla procedura di aggiudicazione. Secondo tale giudice, l'accertamento dell'illegittimità dell'ammissione del ricorrente principale alla procedura avrebbe una portata retroattiva e l'esclusione definitiva di quest'ultimo dalla suddetta procedura comporterebbe che esso si trovi in una situazione che non gli permette di contestare l'esito della procedura stessa.

16 Secondo questa giurisprudenza del Consiglio di Stato, l'interesse pratico alla rinnovazione della procedura di aggiudicazione invocato dalla parte che abbia proposto ricorso contro la decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico non attribuisce a quest'ultima una posizione giuridica fondante la legittimazione al ricorso. Tale interesse

non si distinguerebbe infatti da quello di qualsiasi altro operatore economico del settore che aspiri a partecipare ad una futura procedura di aggiudicazione. Pertanto, il ricorso incidentale diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale dovrebbe essere sempre esaminato per primo, anche quando gli offerenti siano solo due, ossia il ricorrente principale, cioè l'offerente escluso e il ricorrente incidentale, cioè l'aggiudicatario.

17 Il giudice del rinvio esprime dubbi sulla compatibilità di tale giurisprudenza, in particolare nella misura in cui essa afferma incondizionatamente la prevalenza del ricorso incidentale su quello principale, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, libera concorrenza e tutela giurisdizionale effettiva, quali recepiti negli articoli 1, paragrafo 1, e 2, paragrafo 1, lettera b), della direttiva 89/665. Secondo tale giudice, infatti, l'esame in via preliminare – ed eventualmente assorbente – del ricorso incidentale attribuisce all'aggiudicatario un vantaggio ingiustificato rispetto a tutti gli altri operatori economici che hanno partecipato alla procedura di aggiudicazione, qualora risulti che l'appalto gli è stato aggiudicato illegittimamente.

18 Alla luce di quanto sopra, il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se i principi di parità delle parti, di non discriminazione e di tutela della concorrenza nei pubblici appalti, di cui alla Direttiva [89/665], ostino al diritto vivente quale statuito nella decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011, secondo il quale l'esame del ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara, deve necessariamente precedere quello del ricorso principale ed abbia portata pregiudiziale rispetto all'esame del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva e indipendentemente dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte, con particolare riferimento all'ipotesi in cui i concorrenti rimasti in gara siano soltanto due (e coincidano con il ricorrente principale e con l'aggiudicatario-ricorrente incidentale), ciascuno mirante ad escludere l'altro per mancanza, nelle rispettive offerte presentate, dei requisiti minimi di idoneità dell'offerta».

Sulla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale

19 Telecom Italia, Path-Net e il governo italiano contestano la ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale per diversi motivi. Tuttavia, le quattro eccezioni di irricevibilità sollevate al riguardo non possono essere accolte.

20 In primo luogo, infatti, il presente rinvio pregiudiziale è avvenuto in un caso che rientra perfettamente nella previsione dell'articolo 267 TFUE. Ai sensi del primo e del secondo comma di tale articolo, un giudice di uno Stato membro può domandare alla Corte di pronunciarsi su qualsiasi questione relativa all'interpretazione dei trattati e degli atti di diritto derivato, qualora reputi una decisione su questo punto necessaria per emanare la sua sentenza nella controversia di cui è investito. Orbene, nel caso di specie, dalla decisione di rinvio emerge che il Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte esprime dei

dubbi in merito alle implicazioni della direttiva 89/665 nel contesto fattuale e processuale della controversia di cui al procedimento principale, prospettando due possibili risposte dalle quali discenderebbero soluzioni diverse di tale controversia.

21 In secondo luogo, la decisione del giudice del rinvio contiene una descrizione sufficientemente chiara del contesto giuridico nazionale, in quanto essa descrive e chiarisce la giurisprudenza del Consiglio di Stato, la quale è fondata sull'interpretazione, fornita da quest'ultimo, dell'insieme delle norme e dei principi processuali di diritto nazionale rilevanti in una situazione come quella di cui al procedimento principale, nonché delle conseguenze che ne derivano, secondo tale giudice, in merito all'ammissibilità del ricorso principale dell'offerente escluso.

22 In terzo luogo, nonostante il giudice del rinvio non indichi la specifica disposizione di diritto dell'Unione della quale aspira ad ottenere l'interpretazione, esso si riferisce esplicitamente, già nella stessa questione pregiudiziale, alla direttiva 89/665, e la decisione di rinvio contiene un insieme di informazioni sufficientemente completo per permettere alla Corte di individuare gli elementi di tale diritto che richiedono un'interpretazione, tenuto conto dell'oggetto del procedimento principale (v., per analogia, sentenza del 9 novembre 2006, Chateignier, C-346/05, Racc. pag. I-10951, punto 19 e giurisprudenza citata).

23 Infine, in quarto luogo, non risulta che tale controversia riguardi un appalto pubblico rientrante in una delle eccezioni di cui all'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665. Pertanto, nella misura in cui l'importo di tale appalto raggiunga la soglia per l'applicazione della direttiva 2004/18 fissata all'articolo 7 di quest'ultima, cosa che spetta al giudice del rinvio accertare, ma di cui nulla al momento induce a dubitare, le due citate direttive sono applicabili ad un appalto come quello di cui al procedimento principale. Va ricordato, in proposito, che il fatto che una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico riguardi soltanto imprese nazionali è irrilevante ai fini dell'applicazione della direttiva 2004/18 (v., in tal senso, sentenza del 16 dicembre 2008, Michaniki, C-213/07, Racc. pag. I-9999, punto 29 e giurisprudenza citata).

Sulla questione pregiudiziale

24 Con la sua questione, il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se le disposizioni della direttiva 89/665, e in particolare i suoi articoli 1 e 2, debbano essere interpretate nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, il suddetto articolo 1, paragrafo 3, osta al fatto che tale ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità, quando il ricorrente contesta a sua volta la legittimità dell'offerta dell'aggiudicatario con identica motivazione e soltanto questi due operatori economici hanno presentato un'offerta.

25 Va rilevato che dall'articolo 1 della direttiva 89/665 deriva che quest'ultima mira a consentire la proposizione di ricorsi efficaci contro le decisioni delle autorità aggiudicatrici contrarie al diritto dell'Unione. Secondo il paragrafo 3 del suddetto articolo, gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo le modalità che gli Stati membri possono determinare, almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione.

26 A questo proposito, una decisione con cui l'autorità aggiudicatrice esclude un'offerta prima ancora di procedere alla selezione costituisce una decisione contro la quale dev'essere possibile ricorrere, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665, essendo tale disposizione applicabile a tutte le decisioni adottate dalle autorità aggiudicatrici soggette alle norme di diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici e non prevedendo essa alcuna limitazione relativa alla natura e al contenuto di dette decisioni (v., in particolare, sentenza del 19 giugno 2003, Hackermüller, C-249/01, Racc. pag. I-6319, punto 24, e giurisprudenza citata).

27 In tal senso, al punto 26 della citata sentenza Hackermüller, la Corte ha affermato che il fatto che l'autorità dinanzi alla quale si svolge il procedimento di ricorso neghi la partecipazione a tale procedimento, per mancanza della legittimazione a ricorrere, ad un offerente escluso prima ancora di procedere a una selezione, avrebbe l'effetto di privare tale offerente non solo del suo diritto a ricorrere contro la decisione di cui egli afferma l'illegittimità, ma altresì del diritto di contestare la fondatezza del motivo di esclusione allegato da detta autorità per negargli la qualità di persona che sia stata o rischi di essere lesa dall'asserita illegittimità.

28 Certamente, quando, al fine di ovviare a tale situazione, viene riconosciuto all'offerente il diritto di contestare la fondatezza di detto motivo di esclusione nell'ambito del procedimento instaurato a seguito di un ricorso avviato da quest'ultimo per contestare la legittimità della decisione con cui l'autorità aggiudicatrice non ha ritenuto la sua offerta come la migliore, non si può escludere che, al termine di tale procedimento, l'autorità adita pervenga alla conclusione che detta offerta avrebbe dovuto effettivamente essere esclusa in via preliminare e che il ricorso dell'offerente debba essere respinto in quanto, tenuto conto di tale circostanza, egli non è stato o non rischia di essere lesa dalla violazione da lui denunciata (v. sentenza Hackermüller, cit., punto 27).

29 In una situazione del genere, all'offerente che ha proposto ricorso contro la decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico deve essere riconosciuto il diritto di contestare dinanzi a tale autorità, nell'ambito di tale procedimento, la fondatezza delle ragioni in base alle quali la sua offerta avrebbe dovuto essere esclusa (v., in tal senso, sentenza Hackermüller, cit., punti 28 e 29).

30 Tale insegnamento è applicabile, in linea di principio, anche qualora l'eccezione di inammissibilità non sia sollevata d'ufficio dall'autorità investita del ricorso, ma in un ricorso incidentale proposto da una parte nel procedimento di ricorso, come l'aggiudicatario regolarmente intervenuto nello stesso.

31 Nel procedimento principale, il giudice del rinvio, all'esito della verifica dell'idoneità delle offerte presentate dalle due società in questione, ha constatato che l'offerta presentata da Fastweb non era conforme all'insieme delle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni. Esso è giunto peraltro alla stessa conclusione in relazione all'offerta presentata dall'altro offerente, Telecom Italia.

32 Una situazione del genere si distingue da quella oggetto della citata sentenza Hackermüller, in particolare per essere risultato che, erroneamente, l'offerta prescelta non è stata esclusa al momento della verifica delle offerte, nonostante essa non rispettasse le specifiche tecniche del piano di fabbisogni.

33 Orbene, dinanzi ad una simile constatazione, il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione del genere, infatti, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare.

34 Tenuto conto delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla questione sollevata dichiarando che l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla compatibilità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale.

Sulle spese

35 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

PQM

Per questi motivi, la Corte (decima sezione) dichiara:

L'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che se, in un

procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla conformità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale.

Fonti: Diritto & Giustizia 2016, 8 aprile – Foro it. 2016, 6, IV, 324 (nota di: OCCHETTI; SIGISMONDI)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Circolazione dei servizi - appalti

L'art. 1 (§§ 1 comma 3 e 3) direttiva 89/665/Cee (norme sulle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, novellata dalla direttiva 2007/66/Ce) deve essere interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Ue in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente. L'articolo 267 tfUe deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Ue, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo, è tenuta a rinviare la questione all'adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale. Una volta ricevuta tale risposta dalla Corte di giustizia o se la sua prassi ha fornito una soluzione alla pregiudiziale una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale esegesi.

Fonti: Guida al diritto 2016, 18, 19 (nota di: PONTE)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Circolazione dei servizi - appalti

L'art. 267 tfUe deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza Plenaria di tale organo, è tenuta a rinviare la questione all'Adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale. In tale ottica, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, dopo aver ricevuto la risposta della Corte di giustizia dell'Unione europea a una questione vertente sull'interpretazione del diritto dell'Unione da essa sottoposta, o allorché la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione.

Fonti: Guida al diritto 2016, 18, 19 (nota di: PONTE)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Circolazione dei servizi - appalti

La normativa europea deve essere interpretata nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente.

Fonti: Diritto Processuale Amministrativo 2016, 3, 790 (nota di: SQUAZZONI)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Circolazione dei servizi - appalti

Appalti pubblici di servizi - Direttiva 89/665/CEE - Articolo 1, paragrafi 1 e 3 - Procedure di ricorso - Ricorso di annullamento avverso il provvedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico presentato da un offerente la cui offerta non è stata prescelta - Ricorso incidentale dell'aggiudicatario - Regola giurisprudenziale nazionale che impone di esaminare preliminarmente il ricorso incidentale e, se quest'ultimo risulta fondato, di dichiarare il ricorso principale irricevibile, senza esame nel merito - Contrasto con la Direttiva 89/665/CEE, articolo 1, paragrafi 1 e 3 - Sussiste - Irrilevanza del numero dei partecipanti alla gara e del numero di coloro che hanno presentato ricorso - Irrilevanza della divergenza dei motivi dedotti.

Il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, così come il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, sono privi di rilevanza ai fini dell'applicazione del principio giurisprudenziale che risulta dalla sentenza Fastweb (C 100/12, EU:C:2013:448.). Pertanto, l'art. 1, paragrafi 1, comma 3, e 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente.

Fonti: Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario 2016, 2, 541 (nota di: BARBIERI)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Sistema giurisdizionale - rinvio pregiudiziale

Appalti pubblici - Art. 267 TFUE - Interpretazione e validità - Non condivisione dell'orientamento seguito dall'Adunanza Plenaria da parte di una sezione dell'organo giurisdizionale di ultima istanza - Rinvio della questione all'Adunanza Plenaria anziché alla Corte di giustizia dell'Unione europea - Esclusione.

L'art. 267 tfUe deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo, è tenuta a rinviare la

questione all'adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale.

Fonti: Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario 2016, 2, 541 (nota di: BARBIERI)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Sistema giurisdizionale - rinvio pregiudiziale

Appalti pubblici - Art. 267 TFUE - Interpretazione e validità - Applicazione del diritto dell'Unione europea come interpretato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea ad opera di una sezione dell'organo giurisdizionale di ultima istanza - Doverosità.

L'art. 267 tfUe deve essere interpretato nel senso che, dopo aver ricevuto la risposta della Corte di giustizia dell'Unione europea ad una questione vertente sull'interpretazione del diritto dell'Unione da essa sottoposta, o allorché la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione.

Fonti: Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario 2016, 2, 541 (nota di: BARBIERI)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Circolazione dei servizi - appalti

Appalti pubblici - Art. 1, par. 1 e 3 della Direttiva 89/665/CEE - Interpretazione e validità - Procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici - Ricorso principale e ricorso incidentale - Ricorsi reciprocamente escludenti - Priorità dell'esame del ricorso incidentale rispetto a quello principale - Irricevibilità del ricorso principale - Esclusione.

L'art. 1, par. 1, terzo comma e 3, della direttiva 89/665/Cee del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/Ce del Parlamento Europeo del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente.

Fonti: Foro Amministrativo (II) 2016, 4, 775 (s.m)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Sistema giurisdizionale: sentenze - Corte di Giustizia

Unione europea - Sistema giurisdizionale - Rinvio pregiudiziale - Art. 267 TFUE - Primato del diritto dell'Unione - Adunanza plenaria dell'organo giurisdizionale amministrativo supremo di uno Stato membro - Carattere vincolante delle decisioni dell'Adunanza plenaria - Obbligo della sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza di adire la Corte in via pregiudiziale.

I giudici nazionali hanno la più ampia facoltà di sottoporre alla Corte una questione di interpretazione delle disposizioni pertinenti del diritto dell'Unione, facoltà che si trasforma

in obbligo per i giudici che decidono in ultima istanza. Pertanto, la disposizione di diritto nazionale, che prevede il rinvio all'Adunanza Plenaria, da parte della Sezione che volesse discostarsi dai relativi orientamenti, non può comunque impedire che la stessa sezione, ove debba affrontare una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione possa rivolgersi direttamente alla Corte di Giustizia UE affinché si pronunci in via pregiudiziale.

Fonti: Foro Amministrativo (II) 2016, 4, 775 (s.m)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Sistema giurisdizionale: sentenze - Corte di Giustizia Unione europea - Sistema giurisdizionale - Rinvio pregiudiziale - Appalti pubblici - Direttiva 89/665/CEE - Ricorso incidentale escludente o paralizzante - Esame del ricorso principale.

In applicazione della direttiva 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici (c.d. Direttiva Ricorsi), il ricorso principale proposto da un offerente in una procedura per l'affidamento di un appalto pubblico diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente non può essere dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente, anche in ipotesi in cui le imprese partecipanti alla procedura di gara controversa, sebbene ammesse inizialmente in numero maggiore di due, siano state tutte escluse dall'amministrazione aggiudicatrice. Infatti, il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, così come il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, sono privi di rilevanza ai fini dell'applicazione del principio giurisprudenziale che risulta dalla sentenza Fastweb (C-100/12).

Fonti: l'amministrativista.it 2016, 9 maggio (nota di: CAVALLO)

Classificazione: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Ricorso incidentale e domanda riconvenzionale

L'impostazione del giudice nazionale sull'ordine di esame del ricorso principale e di quello incidentale, con le relative ricadute processuali, non può pregiudicare la primaria esigenza di tutela della concorrenza e della chance che ciascuna impresa ha di partecipare alle gare, anche quando l'esame di tutti i ricorsi, senza preclusioni legate a meccanismi processuali spesso complessi, al numero dei partecipanti e ai motivi di impugnazione, comporti la riedizione integrale della procedura.

Nella causa C-689/13,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana (Italia), con ordinanza del 26 settembre 2013, pervenuta in cancelleria il 24 dicembre 2013, nel procedimento

Puligienica Facility Esco SpA (PFE)

contro

Airgest SpA,

nei confronti di:

Gestione Servizi Ambientali Srl (GSA),

Zenith Services Group Srl (ZS),

LA CORTE (Grande Sezione),

composta da K. Lenaerts, presidente, R. Silva de Lapuerta, M. Ilešić, T. von Danwitz, J.L. da Cruz Vilaça, D. Šváby e F. Biltgen, presidenti di sezione, A. Rosas, E. Juhász (relatore), A. Borg Barthet, J. Malenovský, J.-C. Bonichot, C. Vajda, S. Rodin e K. Jürimäe, giudici, avvocato generale: M. Wathelet

cancelliere: I. Illéssy, successivamente V. Giacobbo-Peyronnel, amministratori

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza dell'11 marzo 2015,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Puligienica Facility Esco SpA (PFE), da U. Ilardo, avvocato;

- per la Gestione Servizi Ambientali Srl (GSA) e la Zenith Services Group Srl (ZS), da D. Gentile e D. Galli, avvocati;

- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da S. Varone, avvocato dello Stato;

- per la Commissione europea, da D. Recchia e A. Tokár, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 23 aprile 2015,

vista l'ordinanza di riapertura della trattazione orale del 16 luglio 2015 e in seguito all'udienza del 15 settembre 2015,

considerate le osservazioni presentate:

- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da S. Varone, avvocato dello Stato;

- per il governo dei Paesi Bassi, da M. Bulterman e J. Langer, in qualità di agenti;

- per il governo polacco, da B. Majczyna, in qualità di agente;

- per la Commissione europea, da D. Recchia e A. Tokár, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni complementari dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 15 ottobre 2015,

ha pronunciato la seguente

FATTO

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007 (GU L 335, pag. 31; in prosieguo: la «direttiva 89/665»), dell'articolo 267 TFUE, nonché dei principi del primato e dell'effettività del diritto dell'Unione.

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia fra la Puligienica Facility Esco SpA (PFE) (in prosieguo: la «PFE») e la Airgest SpA (in prosieguo: la «Airgest»), relativa alla legittimità dell'attribuzione da parte di quest'ultima società di un appalto pubblico di servizi alla Gestione Servizi Ambientali Srl (GSA) (in prosieguo: la «GSA») e alla Zenith Services Group Srl (ZS).

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

3 L'articolo 1 della direttiva 89/665, intitolato «Ambito di applicazione e accessibilità delle procedure di ricorso», così dispone:

«1. La presente direttiva si applica agli appalti di cui alla direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi [(GU L 134, pag. 114)], a meno che tali appalti siano esclusi a norma degli articoli da 10 a 18 di tale direttiva.

Gli appalti di cui alla presente direttiva comprendono gli appalti pubblici, gli accordi quadro, le concessioni di lavori pubblici e i sistemi dinamici di acquisizione.

Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva [2004/18], le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli da 2 a 2 septies della presente direttiva, sulla base del fatto che hanno violato il diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono.

(...)

3. Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità dettagliate che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione.

(...)».

4 Ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 1, della menzionata direttiva:

«Gli Stati membri provvedono affinché i provvedimenti presi in merito alle procedure di ricorso di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che consentono di:

(...)

b) annullare o far annullare le decisioni illegittime (...);

(...)».

Diritto italiano

5 Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana è stato istituito con il decreto legislativo del 6 maggio 1948, n. 654 – Norme per l'esercizio nella Regione siciliana delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato (GURI n. 135 del 12 giugno 1948). Nella suddetta regione esso esercita le medesime funzioni consultive e giurisdizionali spettanti al Consiglio di Stato.

6 Il decreto legislativo del 2 luglio 2010, n. 104 – Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo

amministrativo (supplemento ordinario alla GURI n. 156 del 7 luglio 2010), concerne l'adozione del codice del processo amministrativo.

7 L'articolo 6 di detto codice dispone quanto segue:

«1. Il Consiglio di Stato è organo di ultimo grado della giurisdizione amministrativa. (...)

6. Gli appelli avverso le pronunce del Tribunale amministrativo regionale della Sicilia sono proposti al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, nel rispetto delle disposizioni dello statuto speciale e delle relative norme di attuazione».

8 L'articolo 42 del codice in parola, al paragrafo 1, recita:

«Le parti resistenti e i controinteressati possono proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale, a mezzo di ricorso incidentale. (...)».

9 L'articolo 99 dello stesso codice è così formulato:

«1. La sezione cui è assegnato il ricorso, se rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dare luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o d'ufficio può rimettere il ricorso all'esame dell'adunanza plenaria. L'adunanza plenaria, qualora ne ravvisi l'opportunità, può restituire gli atti alla sezione.

2. Prima della decisione, il presidente del Consiglio di Stato, su richiesta delle parti o d'ufficio, può deferire all'adunanza plenaria qualunque ricorso, per risolvere questioni di massima di particolare importanza ovvero per dirimere contrasti giurisprudenziali.

3. Se la sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere un principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso.

4. L'adunanza plenaria decide l'intera controversia, salvo che ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente.

5. Se ritiene che la questione è di particolare importanza, l'adunanza plenaria può comunque enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge anche quando dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio. In tali casi, la pronuncia dell'adunanza plenaria non ha effetto sul provvedimento impugnato».

10 Ai sensi dell'articolo 100 del codice del processo amministrativo:

«Avverso le sentenze dei tribunali amministrativi regionali è ammesso appello al Consiglio di Stato, ferma restando la competenza del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana per gli appelli proposti contro le sentenze del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia».

11 Il decreto legislativo del 24 dicembre 2003, n. 373 – Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato (GURI n. 10 del 14 gennaio 2004, pag. 4), all'articolo 1, paragrafo 2, prevede che le sezioni del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana costituiscono sezioni staccate del Consiglio di Stato e, all'articolo 4, paragrafo 3, che, in sede giurisdizionale, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana esercita le funzioni di giudice di appello contro le pronunce del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia.

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

12 Con bando pubblicato il 18 gennaio 2012 la Airgest, società di gestione dell'Aeroporto civile di Trapani-Birgi (Italia), ha avviato una procedura aperta, avente ad oggetto l'affidamento del servizio di pulizia e manutenzione delle aree verdi presso tale aeroporto per un periodo di tre anni. L'importo dell'appalto in parola, esclusa l'imposta sul valore aggiunto, era pari a EUR 1 995 496,35 e il criterio di aggiudicazione previsto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'appalto è stato attribuito, con provvedimento di aggiudicazione definitiva del 22 maggio 2012, all'associazione temporanea di imprese creata fra la GSA e la Zenith Services Group Srl (ZS).

13 La PFE, che aveva partecipato all'appalto e che si era classificata seconda, ha proposto un ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, chiedendo, inter alia, l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione e, in via consequenziale, l'aggiudicazione dell'appalto a suo favore e la stipula del relativo contratto. Gli altri offerenti non hanno impugnato il provvedimento di aggiudicazione di cui trattasi.

14 La GSA, capogruppo dell'associazione temporanea di imprese cui è stato affidato l'appalto, si è costituita in giudizio e ha interposto un ricorso incidentale basato sul difetto di interesse della PFE, ricorrente principale, alla coltivazione dell'impugnativa, giacché quest'ultima non avrebbe soddisfatto i requisiti di ammissione alla gara d'appalto e, di conseguenza, avrebbe dovuto essere esclusa dal procedimento di aggiudicazione. Il Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia ha esaminato gli argomenti delle due parti e ha accolto i due ricorsi. A seguito di tale decisione la Airgest, quale amministrazione aggiudicatrice, ha escluso le due ricorrenti nonché tutti gli altri offerenti inizialmente inseriti nella graduatoria, a causa dell'inidoneità delle rispettive offerte rispetto ai documenti di gara. Gli altri offerenti non avevano proposto ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto. È stata allora indetta una nuova procedura, negoziata, di attribuzione dell'appalto in parola.

15 La PFE ha impugnato tale sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia dinanzi al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana. Quanto alla GSA, essa ha interposto appello incidentale dinanzi a quest'ultimo organo giurisdizionale, adducendo, segnatamente, che il Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, procedendo alla disamina dei motivi dedotti nel ricorso principale, aveva disatteso i principi relativi all'ordine di esame dei ricorsi enunciati dalla sentenza del 7 aprile 2011, n. 4, dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato. Secondo detta sentenza, in caso di ricorso incidentale volto a contestare l'ammissibilità del ricorso principale, il ricorso incidentale deve essere valutato prioritariamente, prima del ricorso principale. Nell'ordinamento giuridico nazionale un siffatto ricorso incidentale è qualificato come «escludente» o «paralizzante» poiché, qualora ne constati la fondatezza, il giudice adito deve dichiarare inammissibile il ricorso principale senza esaminarlo nel merito.

16 Il giudice del rinvio osserva che la Corte, nella sentenza *Fastweb* (C 100/12, EU:C:2013:448), pronunciata successivamente alla menzionata sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ha giudicato che l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che osta ai principi, stabiliti da detta ultima

sentenza, riportati al punto precedente della presente sentenza. La causa all'origine della sentenza Fastweb (C 100/12, EU:C:2013:448) riguardava due offerenti che erano stati selezionati dall'amministrazione aggiudicatrice e invitati a presentare delle offerte. A seguito del ricorso proposto dall'offerente la cui offerta non era stata prescelta, l'aggiudicatario aveva presentato un ricorso incidentale, con il quale faceva valere che l'offerta che non era stata prescelta avrebbe dovuto essere esclusa in quanto non rispettava uno dei requisiti minimi previsti dal piano di fabbisogni.

17 Il giudice del rinvio si chiede, in primo luogo, se l'interpretazione fornita dalla Corte nella sentenza Fastweb (C 100/12, EU:C:2013:448) valga anche nella fattispecie in discussione, considerato che, nella causa all'origine della citata sentenza, le imprese partecipanti alla gara erano solo due ed entrambe si trovavano portatrici di interessi contrapposti nel contesto del ricorso principale per annullamento presentato dall'impresa la cui offerta non era stata prescelta e del ricorso incidentale presentato dall'aggiudicatario, mentre, nel procedimento principale di cui alla presente fattispecie, le imprese partecipanti sono più di due, anche se soltanto due fra loro hanno proposto ricorso.

18 In secondo luogo, il giudice del rinvio rileva che, conformemente all'articolo 1, paragrafo 2, del decreto legislativo del 24 dicembre 2003, n. 373 – Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione siciliana concernenti l'esercizio nella regione delle funzioni spettanti al Consiglio di Stato, esso costituisce una sezione del Consiglio di Stato e che, in quanto tale, è un giudice nazionale avverso le cui decisioni non può proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno ai sensi dell'articolo 267, terzo comma, TFUE. Orbene, in ragione della norma processuale ex articolo 99, paragrafo 3, del codice del processo amministrativo, esso sarebbe tenuto ad applicare i principi di diritto enunciati dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, anche sulle questioni afferenti all'interpretazione e all'applicazione del diritto dell'Unione, fatta salva la facoltà della sezione, quando intenda discostarsi da detti principi, di rimettere le questioni in discussione all'adunanza plenaria onde sollecitare un revirement della sua giurisprudenza.

19 Il giudice del rinvio, a tale riguardo, pone in rilievo i contrasti fra la sentenza n. 4 dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, del 7 aprile 2011, e la sentenza Fastweb (C 100/12, EU:C:2013:448) per affermare che, nell'ipotesi in cui il vincolo procedurale descritto al punto precedente si applicasse parimenti alle questioni attinenti al diritto dell'Unione, il medesimo sarebbe incompatibile con il principio di competenza esclusiva della Corte in materia di interpretazione del diritto dell'Unione e con l'obbligo incombente a ogni organo giurisdizionale di ultima istanza degli Stati membri di adire la Corte ai fini di una pronuncia pregiudiziale, quando siano sollevate questioni di interpretazione di tale diritto.

20 Alla luce delle suesposte considerazioni, il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pre-giudiziali:

«1) Se i principi dichiarati dalla [Corte di giustizia] con la sentenza [Fastweb (C 100/12, EU:C:2013:448)], con riferimento alla specifica ipotesi, oggetto di quel rinvio pregiudiziale,

in cui due soltanto erano le imprese partecipanti a una procedura di affidamento di appalti pubblici, siano anche applicabili, in ragione di un sostanziale isomorfismo della fattispecie contenziosa, anche nel caso sottoposto al vaglio di questo Consiglio in cui le imprese partecipanti alla procedura di gara, sebbene ammesse in numero maggiore di due, siano state tutte escluse dalla stazione appaltante, senza che risulti l'intervenuta impugnazione di detta esclusione da parte di imprese diverse da quelle coinvolte nel presente giudizio, di guisa che la controversia che ora occupa questo Consiglio risulta di fatto circoscritta soltanto a due imprese;

2) se, limitatamente alle questioni suscettibili di essere decise mediante l'applicazione del diritto dell'Unione europea, osti con l'interpretazione di detto diritto e, segnatamente con l'articolo 267 TFUE, l'articolo 99, comma 3, [codice del processo amministrativo], nella parte in cui tale disposizione processuale stabilisce la vincolatività, per tutte le Sezioni e i Collegi del Consiglio di Stato, di ogni principio di diritto enunciato dall'adunanza plenaria, anche laddove consti in modo preclaro che detta adunanza abbia affermato, o possa aver affermato, un principio contrastante o incompatibile con il diritto dell'Unione europea; e, in particolare,

– se la Sezione o il Collegio del Consiglio di Stato investiti della trattazione della causa, laddove dubitino della conformità o compatibilità con il diritto dell'Unione europea di un principio di diritto già enunciato dall'adunanza plenaria, siano tenuti a rimettere a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso, in ipotesi ancor prima di poter effettuare un rinvio pregiudiziale alla [Corte di giustizia] per accertare la conformità e compatibilità europea del principio di diritto controverso, ovvero se invece la Sezione o il Collegio del Consiglio di Stato possano, o piuttosto debbano, in quanto giudici nazionali di ultima istanza, sollevare autonomamente, quali giudici comuni del diritto dell'Unione europea, una questione pregiudiziale alla [Corte di giustizia] per la corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea;

– se – nell'ipotesi in cui la risposta alla domanda posta nel precedente [trattino] fosse nel senso di riconoscere a ogni Sezione e Collegio del Consiglio di Stato il potere/dovere di sollevare direttamente questioni pregiudiziali davanti alla [Corte di giustizia] ovvero, in ogni caso in cui la [Corte di giustizia] si sia comunque espressa, viepiù se successivamente all'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, affermando la sussistenza di una difformità, o di una non completa conformità, tra la corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea e il principio di diritto interno enunciato dall'adunanza plenaria – ogni Sezione e ogni Collegio del Consiglio di Stato, quali giudici comuni di ultima istanza del diritto dell'Unione europea possano o debbano dare immediata applicazione alla corretta interpretazione del diritto dell'Unione europea per come interpretato dalla [Corte di giustizia] o se, invece, anche in tali casi siano tenuti a rimettere, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso all'adunanza plenaria, con l'effetto di demandare all'esclusiva valutazione di quest'ultima, e alla sua discrezionalità giurisdizionale, l'applicazione del diritto dell'Unione europea, già vincolativamente dichiarato dalla [Corte di giustizia];

– se, infine, un'esegesi del sistema processuale amministrativo della Repubblica italiana nel senso di rimandare all'esclusiva valutazione dell'adunanza plenaria l'eventuale

decisione in ordine al rinvio pregiudiziale alla [Corte di giustizia] – ovvero anche soltanto la definizione della causa, allorché questa direttamente consegua all'applicazione di principi di diritto eurounitario già declinati dalla [Corte di giustizia] – non sia di ostacolo, oltre che con i principi di ragionevole durata del giudizio e di rapida proposizione di un ricorso in materia di procedure di affidamento degli appalti pubblici, anche con l'esigenza che il diritto dell'Unione europea riceva piena e sollecita attuazione da ogni giudice di ciascuno Stato membro, in modo vincolatamente conforme alla sua corretta interpretazione siccome stabilita dalla [Corte di giustizia], anche ai fini della massima estensione dei principi del cd. "effetto utile" e del primato del diritto dell'Unione europea sul diritto (non solo sostanziale, ma anche processuale) interno del singolo Stato membro (nella specie: sull'articolo 99, comma 3, del codice del processo amministrativo della Repubblica italiana)».

Sulla prima questione

21 Con detta questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665, debba essere interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che recepiscono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente.

22 Il giudice del rinvio desidera accertare, in particolare, se l'interpretazione dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 data dalla Corte nella sentenza *Fastweb* (C 100/12, EU:C:2013:448) si applichi nell'ipotesi in cui le imprese partecipanti alla procedura di gara controversa, sebbene ammesse inizialmente in numero maggiore di due, siano state tutte escluse dall'amministrazione aggiudicatrice senza che un ricorso sia stato proposto dalle imprese diverse da quelle – nel numero di due – coinvolte nel procedimento principale.

23 Al riguardo è d'uopo ricordare che, secondo le disposizioni dell'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della menzionata direttiva, affinché i ricorsi contro le decisioni adottate da un'amministrazione aggiudicatrice possano essere considerati efficaci, devono essere accessibili per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione.

24 Al punto 33 della sentenza *Fastweb* (C 100/12, EU:C:2013:448) la Corte ha considerato che il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente escluso nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento, in quanto in una situazione del genere ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare.

25 Al punto 34 della succitata sentenza la Corte ha pertanto interpretato l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 nel senso che tale disposizione osta a che il ricorso di un

offerente la cui offerta non è stata prescelta sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare dell'eccezione di inammissibilità sollevata nell'ambito del ricorso incidentale dell'aggiudicatario, senza che ci si pronunci sulla conformità delle due offerte in discussione con le specifiche tec-niche indicate nel piano di fabbisogni.

26 La sentenza in parola costituisce una concretizzazione dei requisiti posti dalle disposizioni del diritto dell'Unione citate al punto 23 della presente sentenza, in circostanze nelle quali, a seguito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, due offerenti presentano ricorsi di-retti ad ottenere la reciproca esclusione.

27 In una situazione siffatta ciascuno dei due offerenti ha interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto. Da un lato, infatti, l'esclusione di un offerente può far sì che l'altro ot-tenga l'appalto direttamente nell'ambito della stessa procedura. D'altro lato, nell'ipotesi di un'esclusione di entrambi gli offerenti e dell'indizione di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi e, quindi, ottenere indiret-tamente l'appalto.

28 L'interpretazione, ricordata ai punti 24 e 25 della presente sentenza, formulata dalla Corte nella sentenza *Fastweb* (C 100/12, EU:C:2013:448) è applicabile in un contesto come quello del pro-cedimento principale. Da un lato, infatti, ciascuna delle parti della controversia ha un analogo in-teresse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri concorrenti. D'altro lato, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 37 delle sue conclusioni, non è escluso che una delle irregolarità che giustificano l'esclusione tanto dell'offerta dell'aggiudicatario quanto di quella dell'offerente che contesta il provvedimento di aggiudicazione dell'amministrazione aggiudica-trice vizi parimenti le altre offerte presentate nell'ambito della gara d'appalto, circostanza che potrebbe comportare la necessità per tale amministrazione di avviare una nuova procedura.

29 Il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi, così come il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, sono privi di rilevanza ai fini dell'applicazione del principio giurisprudenziale che risulta dalla sentenza *Fastweb* (C 100/12, EU:C:2013:448).

30 Tenuto conto delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alla prima questione sottopo-sta dichiarando che l'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665 deve esse-re interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubbli-ci o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offe-rente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente.

Sulla seconda questione

Sulla prima parte

31 Con la prima parte della seconda questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 267 TFUE debba essere interpretato nel senso che osta ad una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente

a una questione vertente sull'interpretazione o della validità del diritto dell'Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo, è tenuta a rinviare la questione all'adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale.

32 Come ripetutamente dichiarato dalla Corte, i giudici nazionali hanno la più ampia facoltà di sottoporre alla Corte una questione di interpretazione delle disposizioni pertinenti del diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza Rheinmühlen-Düsseldorf, 166/73, EU:C:1974:3, punto 3), laddove tale facoltà si trasforma in obbligo per i giudici che decidono in ultima istanza, fatte salve le eccezioni riconosciute dalla giurisprudenza della Corte (v., in tal senso, sentenza Cilfit e a., 283/81, EU:C:1982:335, punto 21 e dispositivo). Una norma di diritto nazionale non può impedire a un organo giurisdizionale nazionale, a seconda del caso, di avvalersi della facoltà di cui trattasi (v., in tal senso, sentenze Rheinmühlen-Düsseldorf, 166/73, EU:C:1974:3, punto 4; Melki e Abdeli, C 188/10 e C 189/10, EU:C:2010:363, punto 42, nonché Elchinov, C 173/09, EU:C:2010:581, punto 27) o di conformarsi a suddetto obbligo.

33 Tanto detta facoltà quanto detto obbligo sono, difatti, inerenti al sistema di cooperazione fra gli organi giurisdizionali nazionali e la Corte, instaurato dall'articolo 267 TFUE, e alle funzioni di giudice incaricato dell'applicazione del diritto dell'Unione affidate dalla citata disposizione agli organi giurisdizionali nazionali.

34 Di conseguenza, qualora un organo giurisdizionale nazionale investito di una controversia ritenga che, nell'ambito della medesima, sia sollevata una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, ha la facoltà o l'obbligo, a seconda del caso, di adire la Corte in via pregiudiziale, senza che detta facoltà o detto obbligo possano essere ostacolati da norme nazionali di natura legislativa o giurisprudenziale.

35 Nel caso di specie, una disposizione di diritto nazionale non può impedire a una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, la quale debba affrontare una questione di interpretazione della direttiva 89/665, di rivolgersi alla Corte affinché si pronunci in via pregiudiziale.

36 Tenuto conto del complesso delle suesposte considerazioni occorre rispondere alla prima parte della seconda questione dichiarando che l'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo giurisdizionale, è tenuta a rinviare la questione all'adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale.

Sulla seconda e sulla terza parte

37 Con la seconda e la terza parte della seconda questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 267 TFUE debba

essere interpretato nel senso che, dopo aver ricevuto la risposta della Corte ad una questione di interpretazione del diritto dell'Unione dal medesimo sottopostale, o allorché la giurisprudenza della Corte ha già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, detto giudice del rinvio debba esso stesso fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione.

38 In proposito è d'uopo ricordare che una sentenza con la quale la Corte si pronunzia in via pre-giudiziale vincola il giudice nazionale, per quanto concerne l'interpretazione o la validità degli atti delle istituzioni dell'Unione in questione, per la definizione della controversia principale (v. sentenza Elchinov, C 173/09, EU:C:2010:581, punto 29 e giurisprudenza citata). Di conseguenza, il giudice nazionale che abbia assolto, quale giudice di ultima istanza, il suo obbligo di rinvio pre-giudiziale alla Corte a titolo dell'articolo 267, terzo comma, TFUE, è vincolato, ai fini della soluzione della controversia principale, dall'interpretazione delle disposizioni in questione fornita dalla Corte e deve eventualmente discostarsi dalla giurisprudenza nazionale che ritenga non conforme al diritto dell'Unione (v., in tal senso, sentenza Elchinov, C 173/09, EU:C:2010:581, punto 30).

39 Va del pari ricordato che l'effetto utile dell'articolo 267 TFUE sarebbe attenuato se al giudice nazionale fosse impedito di applicare, immediatamente, il diritto dell'Unione in modo conforme ad una pronuncia o alla giurisprudenza della Corte (v., in tal senso, sentenza Simmenthal, 106/77, EU:C:1978:49, punto 20).

40 Il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme del diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale (v., in primo luogo, sentenze Simmenthal, 106/77, EU:C:1978:49, punti 21 e 24 e, da ultimo, A, C 112/13, EU:C:2014:2195, punto 36 nonché la giurisprudenza ivi citata).

41 Sarebbe difatti incompatibile con gli obblighi che derivano dalla natura stessa del diritto dell'Unione qualsiasi disposizione di un ordinamento giuridico nazionale o qualsiasi prassi, legislativa, amministrativa o giudiziaria, la quale porti ad una riduzione dell'efficacia del diritto dell'Unione per il fatto di negare al giudice competente ad applicare questo diritto il potere di compiere, all'atto stesso di tale applicazione, tutto quanto è necessario per disapplicare le disposizioni legislative nazionali che eventualmente ostino alla piena efficacia delle norme dell'Unione (v. sentenze Simmenthal, EU:C:1978:49, punto 22, A, C 112/13, EU:C:2014:2195, punto 37 e giurisprudenza ivi citata).

42 Tenuto conto delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alla seconda e terza parte della seconda questione dichiarando che l'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che, dopo aver ricevuto la risposta della Corte ad una questione vertente sull'interpretazione del diritto dell'Unione da essa sottopostale, o allorché la giurisprudenza della Corte ha già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione.

Sulle spese

43 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

PQM

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

1) L'articolo 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente.

2) L'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una disposizione di diritto nazionale nei limiti in cui quest'ultima sia interpretata nel senso che, relativamente a una questione vertente sull'interpretazione o sulla validità del diritto dell'Unione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, qualora non condivida l'orientamento definito da una decisione dell'adunanza plenaria di tale organo, è tenuta a rinviare la questione all'adunanza plenaria e non può pertanto adire la Corte ai fini di una pronuncia in via pregiudiziale.

3) L'articolo 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che, dopo aver ricevuto la risposta della Corte di giustizia dell'Unione europea ad una questione vertente sull'interpretazione del diritto dell'Unione da essa sottoposta, o allorché la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, una sezione di un organo giurisdizionale di ultima istanza deve essa stessa fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione del diritto dell'Unione.

Fonti: Foro it. 2016, 1, I, 327 (nota di: OCCHETTI)

Classificazione: CASSAZIONE CIVILE - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - Consiglio di Stato

Inerisce alla questione di giurisdizione, ed è quindi soggetta al sindacato della Corte di cassazione, l'impugnazione della sentenza del Consiglio di Stato che, in presenza di due soli partecipanti alla procedura di gara che propongano reciprocamente censure escludenti attinenti entrambe alla medesima fase procedimentale, in violazione di quanto disposto da Corte giust. 4 luglio 2013, causa C-100/12, disponga l'accoglimento del ricorso incidentale senza il contemporaneo esame delle censure contenute nel ricorso principale.

Fonti: Giustizia Civile Massimario 2015 - Foro Amministrativo (II) 2015, 6, 1647 - Foro it. 2016, 1, I, 327 (nota di: OCCHETTI)

Classificazione: CASSAZIONE CIVILE - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - Consiglio di Stato

CASSAZIONE CIVILE - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - Consiglio di Stato - Controllo del limite esterno della giurisdizione - Contenuto - Verifica della conformità delle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo al diritto dell'Unione europea - Esclusione - Limiti - "Caso estremo" - Interpretazione contrastante con quella fornita dalla Corte di Giustizia e preclusiva della tutela giurisdizionale.

In materia di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del limite esterno della giurisdizione - che l'art. 111, ottavo comma, Cost., affida alla Corte di cassazione - non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare errori "in iudicando" o "in procedendo" per contrasto con il diritto dell'Unione europea, salva l'ipotesi, "estrema", in cui l'errore si sia tradotto in una interpretazione delle norme europee di riferimento in contrasto con quelle fornite dalla Corte di Giustizia Europea, sì da precludere l'accesso alla tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo.

Inerisce alla questione di giurisdizione, ed è quindi soggetta al sindacato della Corte di cassazione, l'impugnazione della sentenza del Consiglio di Stato che, in presenza di due soli partecipanti alla procedura di gara che propongano reciprocamente censure escludenti attinenti entrambe alla medesima fase procedimentale, in violazione di quanto disposto da Corte giust. 4 luglio 2013, causa C-100/12, disponga l'accoglimento del ricorso incidentale senza il contemporaneo esame delle censure contenute nel ricorso principale.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROVELLI	Luigi Antonio	- Primo Presidente f.f. -
Dott. LUCCIOLI	Maria Gabriella	- Presidente di sez. -
Dott. DI PALMA	Salvatore	- Presidente di sez. -
Dott. AMOROSO	Giovanni	- Consigliere -

Dott. CAPPABIANCA Aurelio - Consigliere -
Dott. NOBILE Vittorio - Consigliere -
Dott. SPIRITO Angelo - rel. Consigliere -
Dott. AMENDOLA Adelaide - Consigliere -
Dott. GIUSTI Alberto - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 20451-2013 proposto da:

COGEAM SCARL, in proprio e nella qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con soc. Unieco Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA COSSERIA 2, presso lo studio dell'avvocato PLACIDI ALFREDO, rappresentata e difesa dall'avvocato QUINTO PIETRO, per delega a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

NUBILE S.R.L., in persona del legale rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DELLA SCROFA 64, presso lo studio dell'avvocato BALDASSARRE FRANCESCO, che la rappresenta e difende, per delega a margine del controricorso;

- controricorrente -

e contro

AGECOS S.P.A., COMUNE DI BRINDISI;

- intimati -

avverso la sentenza n. 815/2013 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 12/02/2013;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 18/11/2014 dal Consigliere Dott. ANGELO SPIRITO;

uditi gli avvocati Pietro QUINTO, Francesco BALDASSARRE;

udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott. APICE Umberto che ha concluso per il rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La procedura per l'affidamento del servizio di gestione del sistema impiantistico per i rifiuti urbani, indetta dal Comune di Brindisi, fu aggiudicata all'ATI con capofila Nubile srl, classificatasi al primo posto, mentre al secondo ed al terzo posto si classificarono, rispettivamente, l'ATI composta da Agecos spa e ditta individuale Pantaleone Dentice e l'ATI composta da Cogeam scarl e Unieco scarl.

Queste ultime due concorrenti, non utilmente classificatesi, proposero separate impugnative innanzi al TAR Puglia. In particolare, l'Agecos (la seconda classificata) contestò con ricorso principale la propria esclusione, disposta per mancata dichiarazione sul possesso dei requisiti di moralità professionale di una propria partecipante, e, con motivi

aggiunti, sostenne che la Nubile avrebbe dovuto essere esclusa per non aver provato il possesso dei requisiti di capacità tecnico professionale di una sua ausiliaria. A sua volta, la Nubile, con ricorso incidentale, dedusse che l'Agecos avrebbe dovuto essere esclusa: per omessa dichiarazione dell'assenza di cause ostative alla partecipazione da parte del responsabile tecnico e dei procuratori generali della ditta individuale ausiliaria Pantaleone Dentice; per mancata allegazione, pur richiesta dalla legge di gara a pena di esclusione, delle planimetrie per il progetto di adeguamento del sistema impiantistico; per plurime difformità della polizza fideiussoria prodotta in gara; per invalidità della cauzione.

Quanto alla Cogeam, essa, nel proprio ricorso principale, enucleò plurimi profili di illegittimità nell'ammissione e nell'aggiudicazione in favore della Nubile, con riguardo alle dichiarazioni D.Lgs. n. 163 del 2006, ex art. 38, alla prova dei requisiti tecnico-professionali, alla polizza fideiussoria, al contratto di avalimento, all'offerta. Parimenti, nel proprio ricorso incidentale lamentò la mancata esclusione della Agecos a causa dell'omesso impiego della tecnica della stereorestituzione analitica nella redazione del proprio progetto tecnico e per avere reso una dichiarazione di impegno di assunzione delle maestranze in numero inferiore a quello fissato dalla legge di gara. Infine, la Nubile, nel ricorso incidentale proposto in relazione al ricorso principale dell'ATI con capofila Cogeam, enucleò come causa di esclusione di quest'ultima la circostanza che responsabile tecnico della Cisa s.p.a., società ausiliaria nonchè partecipante al 48% del capitale sociale della Cogeam, era stato un progettista contemporaneamente progettista del Comune di Brindisi per i lavori rientranti nel servizio oggetto di gara, e dunque per violazione del D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 90, comma 8.

Il TAR decise nel seguente modo: respinse il ricorso incidentale tendente all'esclusione dell'Agecos; accolse il ricorso dalla stessa proposto avverso l'esclusione disposta in proprio danno dalla stazione appaltante, ma respinse i motivi aggiunti indirizzati contro l'aggiudicazione in favore della Nubile; accolse il ricorso incidentale della Nubile nei confronti della Cogeam, con conseguenti statuizioni di inammissibilità delle impugnative, principale ed incidentale, da quest'ultima proposte.

Impugnò l'Agecos, in via principale, il capo della sentenza che aveva respinto i motivi aggiunti avverso l'ammissione e l'aggiudicazione in favore della Nubile, riproponendoli integralmente. La Nubile, dal canto suo, con appello incidentale ripropose i motivi del ricorso incidentale escludente nei confronti dell'Agecos; censurò inoltre il capo della sentenza di primo grado di accoglimento del ricorso principale concernente l'esclusione disposta dalla stazione appaltante nei confronti della medesima Agecos; ripropose, infine, i motivi del ricorso incidentale escludente nei confronti della terza graduata Cogeam (con Unieco).

Anche quest'ultima propose appello incidentale, nel quale censurò l'accoglimento del ricorso incidentale escludente della Nubile in suo danno; quindi ripropose i motivi del proprio ricorso principale, indirizzato contro quest'ultima, ed incidentale, tendente all'esclusione dell'appellante principale.

In questa situazione processuale, il Consiglio di Stato, con la sentenza ora impugnata per cassazione, ha fatto applicazione dei principi stabiliti dall'Adunanza plenaria del Consiglio

stesso nella sentenza 7 aprile 2011, n. 4 (siccome vincolanti per le sezioni semplici, ai sensi dell'art. 99 c.p.a., comma 3), secondo cui il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale alleggi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura. Detta priorità logica sussiste - sempre secondo l'Adunanza plenaria n. 4 del 2011 - indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente, mentre l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora ne sia evidente l'infondatezza, l'inammissibilità, l'irricevibilità o l'improcedibilità.

In base a questo principio, il G.A. ha, dunque, ritenuto di dover esaminare con priorità le questioni concernenti la legittimazione ad agire delle due ricorrenti principali in primo grado Agecos e Cogeam, contestata dalla Nubile attraverso il proprio appello incidentale.

All'esito di questo giudizio, dunque: ha accolto l'appello incidentale della Nubile s.r.l.; ha dichiarato, conseguentemente, inammissibile l'appello principale della Agecos s.p.a. ed in parte infondato ed in parte inammissibile l'appello incidentale della Cogeam s.c.a.r.l.; per l'effetto, in parziale riforma della sentenza di primo grado, ha accolto il ricorso incidentale della Nubile s.r.l.

ed ha dichiarato, conseguentemente, inammissibili il ricorso ed i motivi aggiunti proposti dalla Agecos s.r.l.

Propone ricorso per cassazione la Cogeam scarl, in proprio e nella qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo d'impresе con Unieco soc. coop. attraverso tre motivi. Risponde con controricorso la Nubile srl. Le parti hanno depositato memorie per l'udienza.

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il primo motivo censura il mancato esercizio della funzione giurisdizionale derivante dalla violazione del principio di parità delle parti nel processo, in conseguenza dell'ordine di trattazione delle domande contrapposte rimesso alla scelta del giudice, in violazione dell'art. 1, par. 3, della Direttiva 89/665/CEE, come modificata dalla Direttiva 2007/66/CEE. Il secondo motivo lamenta l'errore che avrebbe commesso il giudice nel negare alla parte la legittimazione ad processum; errore tradottosi nel mancato esercizio della funzione giurisdizionale e nella violazione del principio del giusto processo.

Il terzo motivo, nel lamentare la violazione dell'art. 42 c.p.a., deduce che le medesime considerazioni di cui ai precedenti motivi valgono anche nell'ipotesi in cui si qualifichi il ricorso incidentale come una vera e propria domanda proposta dall'aggiudicatario contro interessato, allorquando si manifesta il suo interesse a seguito della proposizione del ricorso principale avverso il provvedimento d'aggiudicazione. Il ricorso è fondato.

Le SU, già con la sentenza n. 10294 del 21 giugno 2012, rifletterono sull'errore insito nel surriportato principio espresso dall'Adunanza plenaria del 2011, siccome esso, al cospetto di due imprese che sollevavano a vicenda la medesima questione, ne sanzionava una con

l'inammissibilità del ricorso e ne favoriva l'altra con il mantenimento di un'aggiudicazione (in tesi) illegittima, denotando una crisi del sistema che, al contrario, proclama di assicurare a tutti la possibilità di provocare l'intervento del giudice per ripristinare la legalità e dare alla vicenda un assetto conforme a quello voluto dalla normativa di riferimento, tanto più che l'aggiudicazione può dare vita ad una posizione preferenziale soltanto se acquisita in modo legittimo. Tuttavia, in quell'occasione le SU ritennero che il principio adottato dall'Adunanza plenaria non costituisse conseguenza di un aprioristico diniego di giustizia, ma di un possibile errore di diritto che, pur rendendo ammissibile il ricorso avverso la predetta sentenza del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, (stante l'evoluzione del concetto di giurisdizione nel senso di strumento per la tutela effettiva delle parti), non ne giustificava la cassazione per eccesso di potere giurisdizionale.

Successivamente a questa prima riflessione (che, come s'è visto, non condusse a conseguenze cassazione rispetto alla sentenza allora impugnata) il quadro giurisprudenziale è profondamente mutato.

Il Tar Piemonte, nel febbraio 2013, rimise alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale tendente a sapere se i principi di parità delle parti, di non discriminazione e di tutela della concorrenza nei pubblici appalti, di cui alla Direttiva n. 1989/665/CEE, quale da ultimo modificata con la Direttiva n. 2007/66/CE, ostino al diritto vivente quale statuito nella decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011, secondo il quale l'esame del ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara, deve necessariamente precedere quello del ricorso principale ed abbia portata pregiudiziale rispetto all'esame del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva e indipendentemente dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte, con particolare riferimento all'ipotesi in cui i concorrenti rimasti in gara siano soltanto due (e coincidano con il ricorrente principale e con l'aggiudicatario ricorrente incidentale), ciascuno mirante ad escludere l'altro per mancanza, nelle rispettive offerte presentate, dei requisiti minimi di idoneità dell'offerta.

A siffatto quesito la sentenza della Corte di Giustizia del 4 luglio 2013, in causa C-100/12 (Fastweb-Telecom) ha risposto che l'art. 1, par. 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007), deve essere interpretato nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità

senza pronunciarsi sulla conformità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale. Il giudice europeo ha, quindi, ritenuto che in tale ipotesi debbano essere esaminati entrambi i ricorsi simmetricamente "escludenti" (pervenendo, così, al risultato opposto rispetto a quello cui era giunta l'Adunanza plenaria n. 4 del 2011), e che il ricorso principale debba essere considerato ammissibile, a prescindere dall'esito del ricorso incidentale, siccome ciascuno dei concorrenti potrebbe far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri.

Attenta dottrina ha avuto modo di rimarcare che sia la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (nella sentenza del 4 luglio 2013), sia le Sezioni Unite (nella sentenza 21 giugno 2012, n. 10294), hanno, dunque, manifestato disagio anche nella sola formulazione dell'ipotesi che una posizione di interesse legittimo, quale indubbiamente è quella dell'offerente che agisce in giudizio contestando la legittimità dell'aggiudicazione in favore di un terzo, possa essere poi qualificata come di interesse di mero fatto, in quanto non differenziata e non qualificata, per effetto dell'accoglimento del ricorso incidentale.

A questo punto, sollecitata ad un nuovo intervento che tenesse conto delle conclusioni alle quali era pervenuto il giudice europeo, l'Adunanza plenaria n. 9 del 25 febbraio 2014 ha riflettuto sul fatto che quelle conclusioni fondano sul principio di parità delle armi, sicchè, nel caso in cui il ricorrente incidentale deduca il medesimo motivo escludente dedotto dal ricorrente principale, viene meno l'asimmetria di origine procedimentale tra la legittimazione a resistere dell'aggiudicatario (certa perchè fondata sul provvedimento impugnato) e la legittimazione a ricorrere del concorrente pretermesso dall'aggiudicazione (incerta perchè fondata su una posizione legittimante che il ricorso incidentale può far venire meno). L'identità del vizio, nella sua consistenza fattuale e nella sua speculare deduzione da ambedue le parti, comporta che il suo accertamento e la relativa decisione di accoglimento siano automaticamente e logicamente predicabili indifferentemente per l'una o per l'altra parte del processo.

In altri termini, l'unicità del vizio e l'unicità della verifica della sua sussistenza (coniugati al principio immanente della parità delle parti ex art. 111 Cost.), non consentono di trarre conseguenze opposte, sia pure soltanto sul piano processuale.

In tutte le altre ipotesi (quelle cioè non caratterizzate dalla comunanza del motivo escludente), la caduta dell'interesse del ricorrente principale ad ottenere tutela rende irrilevante esaminare se l'intervenuta aggiudicazione sia, sotto altri profili, conforme o meno al diritto ovvero se sussistano vizi della procedura (cui il ricorrente non aveva titolo a partecipare), capaci di travolgere l'intera gara.

L'Adunanza del 2014 ha, dunque, individuato, nella logica della sentenza europea, le categorie di vizi che consentono l'esame incrociato e l'eventuale accoglimento di entrambi i ricorsi principale ed incidentale (tempestività della domanda ed integrità dei plichi; requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione dell'impresa; carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione), nonchè quei vizi che, invece, non soddisfano il requisito di simmetria escludente, perchè non si pongono in una relazione di corrispondenza biunivoca e dunque impediscono l'esame congiunto del ricorso principale

ed incidentale (ad esempio, l'intempestività della domanda dell'impresa non aggiudicataria dedotta nel ricorso incidentale, a fronte della carenza di un requisito economico dell'impresa aggiudicataria dedotta nel ricorso principale).

In questo quadro giurisprudenziale risulta confermato l'errore nel quale è incorsa la sentenza impugnata (già rilevato, come s'è visto, nella sentenza delle SU n. 10294 del 2012), soprattutto al confronto con l'art. 1 del codice del processo amministrativo, che detta la regola fondamentale per cui giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo (la Legge Delega n. 69 del 2009, art. 44 ha indicato tra i principi e i criteri direttivi di "assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela" e di disciplinare le azioni e le funzioni del Giudice "prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa"). Occorre ora riflettere su quali siano le conseguenze di questo errore rispetto alla giurisdizione e, dunque, all'intervento regolatore delle SU. L'art. 267, comma 3 del TFUE dispone che quando una questione di interpretazione di norma comunitaria è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, "tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte" di giustizia della UE. La Corte di giustizia, con la sentenza 6.10.1982, causa 283/81, Soc. C.i.l.f.i.t., FI 1983, 4, 63, in sede di interpretazione della corrispondente disposizione dell'art. 177 del Trattato, ha statuito che essa va interpretata nel senso che "una giurisdizione le cui decisioni non sono impugnabili secondo l'ordinamento interno è tenuta, qualora una questione di diritto comunitario si ponga dinanzi ad essa, ad adempiere il suo obbligo di rinvio, salvo che non abbia constatato che la questione non è pertinente, o che la disposizione comunitaria di cui è causa ha già costituito oggetto di interpretazione da parte della Corte, ovvero che la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tanta evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi; la configurabilità di tale eventualità va valutata in funzione delle caratteristiche proprie del diritto comunitario, delle particolari difficoltà che la sua interpretazione presenta e del rischio di divergenze di giurisprudenza all'interno della Comunità".

Recenti pronunzie delle SU (5 luglio 2013, n. 16886; 4 febbraio 2014, n. 2403) hanno deciso (dichiarandone l'inammissibilità) di ricorsi avverso sentenze del CGARS o del CdS, proposti facendo valere come motivo inerente alla giurisdizione il contrasto tra l'interpretazione data dal GA alla normativa nazionale o regionale e la normativa europea, nonchè la violazione del dovere di investire della questione di interpretazione di norma comunitaria la Corte di giustizia.

In particolare, nel caso deciso dalla sentenza n. 2403 del 2014 la parte aveva impugnato innanzi alle SU la sentenza del GA lamentando l'eccesso giurisdizionale nel fatto che quest'ultimo aveva fornito ad una norma regionale un'interpretazione contrastante con una direttiva europea. Le SU hanno risposto che il ricorso con il quale venga denunciato un rifiuto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo rientra tra i motivi inerenti alla giurisdizione solo quando sia denunciato che il rifiuto stesso è stato determinato dall'affermata estraneità della domanda alle attribuzioni giurisdizionali dello stesso giudice,

oppure, nei casi estremi, nei quali l'errore si sia tradotto in una decisione anomala o abnorme, frutto di radicale stravolgimento delle norme di riferimento, non quando si prospettino, come omissioni dell'esercizio del potere giurisdizionale, meri errori in iudicando o in procedendo. Con particolare riguardo alla questione se l'esigenza di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea e la necessità che le disposizioni di legge vigenti siano conformi ai vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione, ai sensi dell'art. 117 Cost., impongano di ritenere impugnabili per cassazione le sentenze del Consiglio di Stato che abbiano adottato una interpretazione della norma interna non conforme al diritto eurounitario o abbiano violato l'obbligo di disapplicazione per illegittimità comunitaria, queste Sezioni Unite hanno sempre escluso che la violazione del diritto dell'Unione da parte del giudice amministrativo valga, di per sè, ad integrare un superamento delle attribuzioni del giudice amministrativo. La primazia del diritto dell'Unione europea - si è osservato (Sez. Un. 1 marzo 2012, n. 3236) - "non sovverte gli assetti procedurali degli ordinamenti nazionali (e la relativa funzione di garantire certezza e stabilità ai rapporti giuridici)": sicchè, per un verso, "// mancato accoglimento, da parte del Consiglio di Stato (organo di vertice dell'ordinamento giurisdizionale di appartenenza), di una richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia del Lussemburgo ... è determinazione che, essendo espressione della potestas iudicandi devoluta a quel giudice, non esorbita i limiti interni della sua giurisdizione", e, per l'altro verso, "il ricorso per cassazione, teso ad accertare la ricorrenza, esclusa dal Consiglio di Stato, delle condizioni per il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, è inammissibile, giacchè si risolve in una impugnativa diretta, non già a prospettare una questione attinente alla giurisdizione del giudice amministrativo, ma a denunciarne un (supposto) errore di giudizio". In questa prospettiva, si è ribadito (SU 20 gennaio 2014, n. 1013) che il mancato rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato alla Corte di giustizia non configura una questione attinente allo sconfinamento dai limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo, e che - impugnata per cassazione una decisione del giudice amministrativo - non sussistono neppure le condizioni perchè la Corte, la cui cognizione è limitata ai motivi attinenti alla giurisdizione, prospetti alla Corte di giustizia "quesiti interpretativi che attengono al merito della vertenza e non al tema della giurisdizione"; non senza ricordare che "l'ordinamento giuridico interno assicura comunque una effettività di tutela rispetto al pregiudizio ipoteticamente subito a fronte della lesione di un diritto riconosciuto dal Trattato europeo, ben potendo il preteso danneggiato ottenere il relativo ristoro in sede risarcitoria" (SU 5 luglio 2013, n. 16886).

Siffatto solido assetto giurisprudenziale deve senz'altro essere confermato, con l'opportuno adeguamento, però, al caso del tutto particolare che oggi si prospetta, in cui, prima che la sentenza passasse in giudicato (perchè impugnata per motivi inerenti alla giurisdizione innanzi alle SU della Corte di cassazione) è sopravvenuta l'interpretazione della Corte di giustizia, sollecitata, in un caso analogo, da altro giudice. Interpretazione che - nel censurare l'orientamento (quello dell'Adunanza plenaria n. 4 del 2011) sul quale la sentenza oggi impugnata per cassazione ha fondato la propria decisione e che è stato, a sua volta, superato (proprio per adeguarsi all'enunciato della Corte di giustizia) dalla

successiva pronunzia dell'Adunanza plenaria n. 9 del 2014 - decide (questo è il punto saliente) proprio sugli ambiti giurisdizionali del giudice amministrativo nelle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, allorquando interpreta la direttiva europea in maniera incompatibile con i limiti all'esercizio della giurisdizione che il GA aveva in precedenza fissato.

Caso che - lo si ripete - è del tutto particolare ed è diverso sia da quello affrontato da Cass. SU n. 30254 del 2008 (in cui la parte faceva valere come motivo inerente alla giurisdizione un preteso errore in iudicando commesso dal GA), sia da quello affrontato da Cass. SU n. 2403 (in cui il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione - che l'art. 111 Cost., u.c. affida alla Corte di cassazione - era richiesto con funzione di verifica finale della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea, anche sotto il profilo dell'inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267, comma 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea). Soprattutto quest'ultimo precedente deve essere, dunque, confermato laddove stabilisce che le SU non hanno il potere di sindacare la scelta ermeneutica del giudice amministrativo (che, in ipotesi, possa riverberarsi nell'error in iudicando oppure in quello in procedendo), nè la scelta di rinviare o meno la questione all'interpretazione alla Corte di giustizia europea, come previsto dall'art. 267 del TFUE, comma 3.

Tuttavia, la particolarità della vicenda in trattazione impone la cassazione della sentenza impugnata ed il rinvio al giudice amministrativo perchè la riesami alla luce dell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia alla normativa di riferimento.

A questa conclusione inducono una serie di considerazioni. Quello del quale si discute è proprio uno di quei "casi estremi" ai quali fa riferimento la più volte citata Cass. SU n. 2403 del 2014, in cui l'eccesso giurisdizionale va individuato nell'errore del GA tradottosi in un radicale stravolgimento delle norme europee di riferimento, così come interpretate dalla Corte di giustizia. Sul punto, occorre ricordare il principio secondo cui "dovendo la tutela giurisdizionale essere effettiva, le norme processuali debbono prevedere congegni che consentono di riparare l'errore compiuto dalla parte nella scelta del giudice, ma anche di superare l'errore del giudice nel denegare la giurisdizione, perchè altrimenti il diritto alla tutela giurisdizionale risulterebbe frustrato dalle stesse norme che sono ordinate al suo migliore soddisfacimento" (Cass. SU 23 dicembre 2008, n. 30254, cit.). L'eccesso giurisdizionale risulta confermato dalla considerazione (espressa proprio dall'ultimo precedente menzionato) che, ai fini dell'individuazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa (che tradizionalmente delimitano il sindacato consentito alle S.U. sulle decisioni del Consiglio di Stato che quei limiti travalichino), si deve tenere conto dell'evoluzione del concetto di giurisdizione dovuta a molteplici fattori: il ruolo centrale della giurisdizione nel rendere effettivo il primato del diritto comunitario; il canone dell'effettività della tutela giurisdizionale; il principio di unità funzionale della giurisdizione nella interpretazione del sistema ad opera della giurisprudenza e della dottrina, tenuto conto dell'ampliarsi delle fattispecie di giurisdizione esclusiva; il rilievo costituzionale del principio del giusto processo, ecc. Così come si deve tenere conto della conseguente mutazione del giudizio sulla giurisdizione rimesso alle S.U., non più riconducibile ad un

giudizio di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo, nè rivolto al semplice accertamento del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato, ma nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, che comprende, dunque, le diverse tutele che l'ordinamento assegna a quei giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento. Infatti, è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che da contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca.

La cassazione della sentenza impugnata risulta, allora, indispensabile per impedire, anche nell'interesse pubblico, che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo, espliciti i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario, così come interpretato dalla Corte di giustizia, con grave nocimento per l'ordinamento europeo e nazionale e con palese violazione del principio secondo cui l'attività di tutti gli organi degli Stati membri deve conformarsi alla normativa comunitaria. In altri termini, la Cassazione, che deve decidere di un motivo di difetto di giurisdizione, applica, nel momento in cui decide, la regola che risulta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e, se riscontra che la regola applicata dal Consiglio di Stato è diversa, cassa la decisione impugnata.

Sotto diverso profilo occorre rilevare che la cassazione della sentenza impugnata si prospetta inevitabile e doverosa, oltre che al fine di delineare gli ambiti giurisdizionali del GA nel senso voluto dalla normativa europea (come, in questo caso, interpretata dalla Corte di giustizia), anche al fine di sottrarre lo Stato dalla responsabilità risarcitoria per i danni cagionati dagli organi giurisdizionali di ultima istanza.

E' noto, infatti, che a partire dalla sentenza Francovich la Corte di giustizia ha iniziato a delineare il regime giuridico della responsabilità degli Stati membri per i danni cagionati ai singoli (Corte giust. UE, 19.11.1991, C-6 e C-9/90), benchè già in precedenza abbia a più riprese richiamato questo obbligo risarcitorio (Corte giust. UE, 16.12.1960, C-6/60, Humblet c. Stato belga; 22.1.1976, C-60/75, Russo c. Aima). La sentenza Francovich ha posto l'accento sul fatto che "sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro".

La successiva sentenza Brasserie du Pêcheur e Factortame (5.3.1996, C-46/93 e C-48/93) è quella che ha meglio individuato i presupposti sui quali si fonda la responsabilità patrimoniale dello Stato per violazione del diritto comunitario, fissando, inoltre, il principio dell'unità dello Stato (poi costantemente richiamato dalla giurisprudenza della Corte) e della conseguente indifferenza (o irrilevanza) dell'organo che abbia cagionato il danno, in base al concetto secondo cui è lo Stato membro l'unico soggetto al quale è imputabile la responsabilità dei danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto dell'Unione, a prescindere dall'organo nazionale che abbia commesso la violazione (cfr. anche Corte giust. 4.7.2000, C-424/97, Haim), realizzandosi così una scissione tra il piano materiale della condotta, riconducibile a ciascun potere dello Stato, ed il piano giuridico della responsabilità, che grava esclusivamente ed unitariamente sullo Stato.

Come logica conseguenza del predetto principio dell'unità statale, la Corte del Lussemburgo ha riconosciuto l'obbligo a carico dei Paesi dell'Unione di risarcire anche i danni cagionati dagli organi giurisdizionali di ultima istanza (Corte giust., 30.9.2003, C-224/01, Kobler; 13.6.2006, C-173/03, Traghetto del Mediterraneo; 24.11.2011, C-379/10, Commissione c. Italia). In conclusione deve essere enunciato il principio in ragione del quale: In tema di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione (che l'art. 111 Cost., u.c. affida alla Corte di cassazione) non include anche una funzione di verifica finale della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea, neppure sotto il profilo dell'osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267, comma 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Tuttavia, è affetta da vizio di difetto di giurisdizione e per questo motivo va cassata la sentenza del Consiglio di Stato che, in sede di decisione su ricorso per cassazione, è riscontrata essere fondata su interpretazione delle norme incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo; accesso affermato con l'interpretazione della pertinente disposizione comunitaria elaborata dalla Corte di giustizia. L'assoluta novità del caso e la sua particolarità consiglia l'intera compensazione tra le parti delle spese del giudizio di cassazione.

PQM

PER QUESTI MOTIVI

La Corte, a Sezioni Unite, accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia al Consiglio di Stato in diversa composizione.

Compensa interamente tra le parti le spese del giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, il 18 novembre 2014.

Depositato in Cancelleria il 6 febbraio 2015

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RORDORF Renato - Primo Presidente f.f. -
Dott. MACIOCE Luigi - Presidente di Sezione -
Dott. AMOROSO Giovanni - Presidente di Sezione -
Dott. BIANCHINI Bruno - Consigliere -
Dott. MANNA Antonio - Consigliere -
Dott. CHINDEMI Domenico - Consigliere -
Dott. TRIA Lucia - Consigliere -
Dott. BERRINO Umberto - Consigliere -
Dott. DE CHIARA Carlo - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA INTERLOCUTORIA

sul ricorso 7579/2015 proposto da:

IMPRESA DI COSTRUZIONI IN. E. MANTOVANI S.P.A., in persona del legale rappresentante, in proprio e quale capogruppo del RTI costituendo con VGT VENICE GREEN TERMINAL S.R.L. CON SOCIO UINICO, in persona del legale rappresentante, e SAMER SEAPORTS & TERMINALS S.R.L., in persona del legale rappresentante, entrambe ricorrenti anche in proprio, rappresentate e difese, anche disgiuntamente, per mandato a margine del ricorso, dagli Avv.ti Prof. Luca Antonini, Prof. Maria Alessandra Sandulli e Prof. Romano Vaccarella, con domicilio eletto in ROMA, CORSO VITTORIO EMANUELE II 269, presso lo studio di quest'ultimo;

- ricorrenti -

contro

AUTORITA' PORTUALE DI TRIESTE, per legge rappresentata e difesa dall'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO e domiciliata presso i suoi uffici in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12;

- resistente -

e contro

I.CO.P. S.P.A., in proprio e quale mandataria del raggruppamento con FRANCESCO PARISI CASA DI SPEDIZIONI S.P.A., INTERPORTO DI BOLOGNA S.P.A. e COSMO AMBIENTE S.P.A., rappresentata e difesa, per procura a margine del controricorso, dagli Avv.ti Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio eletto in ROMA, VIA G. MERCALLI 13, presso lo studio del primo

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 6284/14 del CONSIGLIO DI STATO - SEZIONE QUARTA, depositata il 22/12/2014;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 07/03/2016 dal Consigliere Dott. CARLO DE CHIARA;
uditi gli Avv.ti Prof. Romano VACCARELLA e Prof. Maria Alessandra SANDULLI per le parti ricorrenti;
udito l'Avv. Francesco VAGNUCCI per la controricorrente;
udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott. IACOVIELLO Francesco Mauro, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

FATTO E DIRITTO

Rilevato che:

il Tar di Trieste respinse (per quanto ancora rileva) il ricorso proposto dalla Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani s.p.a., in proprio e quale capogruppo del costituendo RTI con VGT Venice Green Terminal s.r.l. e Samer Seaports & Terminals s.r.l., a loro volta impugnanti anche in proprio, avverso la delibera 7 maggio 2014 con cui l'Autorità Portuale di Trieste aveva escluso il raggruppamento dalla gara per la concessione di progettazione, costruzione e gestione di piattaforma logistica portuale, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione provvisoria in precedenza disposta in suo favore, e avverso la coeva delibera di aggiudicazione definitiva dell'appalto all'altro RTI concorrente, con capogruppo la I.Co.p. s.p.a.;

in particolare, rigettati i motivi di ricorso con i quali era stata contestata l'esclusione del raggruppamento ricorrente dalla gara, il Tar ritenne improcedibili, nonchè infondati nel merito, i motivi aggiunti dedotti dalla ricorrente a contestazione dell'ammissione alla gara del raggruppamento Icop;

il Consiglio di Stato ha respinto l'appello del RTI Mantovani ribadendo, anzitutto, l'improcedibilità dei motivi aggiunti, riproposti in appello, relativi all'ammissione alla gara dell'altro raggruppamento concorrente, motivi che dunque non ha esaminato nel merito; ha in proposito osservato che nella specie non poteva trovare applicazione l'orientamento, favorevole all'esame di tutti i motivi di esclusione, riferiti a entrambe le parti concorrenti, assunto dall'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 9 del 2014, in quanto non si versava in ipotesi di censure "simmetricamente escludenti", ipotesi riferita dal precedente in questione al rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale laddove nel caso in esame il rapporto verteva invece tra censure principali proposte con il ricorso e censure principali proposte con motivi aggiunti dal medesimo ricorrente; inoltre l'interesse finale alla ripetizione della gara per effetto dell'esclusione di entrambi i concorrenti, a base dell'azione delle appellanti, non trovava corrispondenza con un dovere giuridico della stazione appaltante di disporre tale ripetizione, vice-versa rientrando nel suo potere discrezionale;

il Consiglio di Stato ha altresì respinto i motivi di ricorso attinenti alla esclusione del raggruppamento appellante per vizi delle dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), cod. appalti (nel testo di cui al D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163) riferite all'istitutore della mandante VGT s.r.l., ing. M., ed all'ex presidente e all'ex direttore finanziario della mandataria società Mantovani;

il raggruppamento Mantovani ha proposto ricorso per cassazione con due motivi, con i quali denuncia ri-spettivamente il rifiuto di esercizio del potere giurisdizionale (richiamando tra l'altro le sentenze della Corte di giustizia dell'Unione Europea 04/07/2013, Fastweb, C-100/12 e 05/04/2016, Puligienica, C-689/13) e l'eccesso di potere giurisdizionale;

la I.Co.P. s.p.a., in proprio e quale mandataria dell'altro raggruppamento di imprese, ha resistito con controricorso;

l'Avvocatura generale dello Stato ha depositato, per conto dell'Autorità Portuale di Trieste, "atto di costituzione" ai fini della partecipazione alla discussione;

entrambe le parti private hanno presentato anche memorie.

Considerato che:

è opportuno svolgere, sul tema della individuazione dei limiti esterni della giurisdizione e del sindacato di queste Sezioni Unite sulla violazione di essi da parte dei giudici speciali, con riferimento all'ipotesi del c.d. rifiuto o diniego di giurisdizione, un approfondimento che si avvalga della ricostruzione dei contributi della giurisprudenza e della dottrina a cura dell'Ufficio del Massimario presso questa Corte.

PQM

Per questi motivi

La Corte rinvia la causa a nuovo ruolo al fine di acquisire dall'Ufficio del Massimario una relazione sul tema di cui sopra.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio, il 7 marzo 2017.

Depositato in Cancelleria il 15 marzo 2017

Fonti: Diritto & Giustizia 2016, 4 aprile

Classificazioni: ATTO AMMINISTRATIVO - Silenzio della P. A. - - impugnabilità

Lo speciale procedimento giurisdizionale disciplinato dagli artt. 31 e 117 c. proc. amm. ha la finalità di conferire al privato un potere procedimentale, strumentalmente volto a rendere effettivo l'obbligo giuridico della p.a. di provvedere; tale strumento non risulta, quindi, compatibile con tutte quelle pretese che solo apparentemente abbiano per oggetto una situazione di inerzia, concernenti viceversa diritti soggettivi, la cui eventuale lesione è direttamente accertabile dall'autorità giurisdizionale. A tale conclusione deve necessariamente pervenirsi nelle fattispecie in cui non sussiste la giurisdizione del g.a. in relazione al rapporto giuridico sottostante, allorché la controversia rientri nella sfera di attribuzioni proprie del g.o.

Qualora la questione relativa alla determinazione della indennità di espropriazione sia rimessa alla Commissione Provinciale di cui all'art. 41 del d.P.R. n. 327/2001 e quest'ultima non provveda, il rimedio ex artt. 31 e 117 c. proc. amm. non è esperibile.

Fonti: Foro Amministrativo (II) 2016, 2, 303 (s.m)

Classificazione: ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICO INTERESSE (o PUBBLICA UTILITÀ) - Stima in genere - ATTO AMMINISTRATIVO - Silenzio della P. A. - impugnabilità

Atto amministrativo - Silenzio della p.a. - Indennità di espropriazione - Questione già rimessa alla Commissione Provinciale ex art. 41, d.P.R. n. 327 del 2001 - Inapplicabilità.

Sebbene la procedura del silenzio possa applicarsi all'obbligo della P.A. di provvedere in ordine all'istanza del ricorrente di attivazione del sub-procedimento di cui all'art. 21, d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327 per la determinazione dell'indennità di espropriazione, atteso che, in tal caso, il procedimento ex art. 31 e 117 c.p.a. è finalizzato solo ad ottenere che la P.A. ponga in essere un incombenza procedimentale (nomina dell'esperto, etc.) ed interseca una posizione di interesse legittimo del privato, conoscibile dal G.A., tuttavia tale principio non è traslabile alla determinazione della indennità di espropriazione, laddove la questione sia già stata rimessa alla Commissione Provinciale di cui all'art. 41, d.P.R. n. 327 del 2001.

Fonti: Foro Amministrativo (II) 2016, 2, 303 (s.m)

Classificazione: GIURISDIZIONE CIVILE - Difetto di giurisdizione - in genere

Giurisdizione civile - Giurisdizione - Difetto - Effetti sulle questioni di legittimità costituzionale.

Il difetto di giurisdizione del giudice a quo comporta l'irrelevanza della questione di costituzionalità soltanto quando risulti chiaramente dalla legge o corrisponda ad un univoco orientamento giurisprudenziale, sì da rivestire il carattere dell'evidenza; in tali casi, infatti, l'eventuale pronuncia d'incostituzionalità verrebbe privata delle conseguenze che le sono proprie in quanto resterebbe inapplicabile ai casi concreti in cui la questione è stata sollevata.

Fonti: Foro Amministrativo (II) 2016, 2, 303 (s.m)

Classificazione: ATTO AMMINISTRATIVO - Silenzio della P. A. - impugnabilità

Atto amministrativo - Silenzio della p.a. - Azione e ricorso avverso il silenzio - Artt. 31 e 117 c.p.a. - Incompatibilità.

Lo speciale procedimento giurisdizionale disciplinato dagli artt. 31 (« Azione avverso il silenzio ») e 117 (« Ricorso avverso il silenzio »), c.p.a. ha la finalità di conferire al privato un potere procedimentale, strumentalmente volto a rendere effettivo l'obbligo giuridico della Pubblica amministrazione di provvedere; tale strumento non risulta, quindi, compatibile con le pretese, che solo apparentemente abbiano per oggetto una situazione di inerzia, in quanto concernono, invece, diritti soggettivi, la cui eventuale lesione è direttamente accertabile dall'autorità giurisdizionale.

Fonti: Foro Amministrativo (II) 2016, 2, 303 (s.m)

Classificazione: ATTO AMMINISTRATIVO - Silenzio della P. A. - impugnabilità

Atto amministrativo - Silenzio della p.a. - Funzione.

Nel processo amministrativo l'istituto del silenzio serbato dall'Amministrazione va configurato come strumento diretto a superare l'inerzia della stessa nell'emanazione di un provvedimento amministrativo, a fronte di una posizione di mero interesse legittimo in capo al privato.

Fonti: Foro Amministrativo (II) 2016, 2, 303 (s.m)

Classificazione: ATTO AMMINISTRATIVO - Silenzio della P. A. - impugnabilità

Atto amministrativo - Silenzio della p.a. - Impugnabilità - Procedimento ex art. 21 bis, l. n. 1034 del 1971 - Carezza di giurisdizione del giudice amministrativo riguardo al rapporto giuridico sottostante - Inammissibilità del ricorso.

Lo speciale ricorso previsto dall'art. 21 bis, l. 6 gennaio 1971 n. 1034, introdotto dall'art. 2, l. 21 luglio 2000 n. 205, non determina una nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva o per materia del giudice amministrativo, ma costituisce un particolare strumento processuale volto a rendere più efficace la tutela dell'interessato nei confronti del comportamento inerte dell'Amministrazione, con la conseguenza che tale specifica forma di tutela può realizzarsi solo nell'ambito delle controversie che già soggiacciono alla giurisdizione amministrativa.

Fonti: Foro Amministrativo (II) 2016, 2, 303 (s.m)

Classificazione: GIURISDIZIONE CIVILE - Giurisdizione - - in genere

Giurisdizione civile - Giurisdizione - Disamina - Prioritaria - Ratio.

La giurisdizione costituisce il necessario presupposto processuale di ogni domanda ed il fondamento imprescindibile della potestas iudicandi del giudice adito, cosicché essa deve essere esaminata in via necessariamente prioritaria ogniqualvolta venga posta in discussione, al fine di consentire la riproposizione della domanda completamente impregiudicata davanti al giudice al quale spetta la giurisdizione sulla controversia.

Fonti: Rivista Giuridica dell'Edilizia 2016, 3, I, 286

Classificazione: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Giudizio amministrativo - rito in materia di silenzio

Espropriazione per p.i. - Indennità - In genere - Mancata determinazione - Esperibilità della procedura ex artt. 31 e 117 c.p.a. - Esclusione.

Va esclusa l'esperibilità della procedura ex art. 31 e 117 c.proc.amm. in caso di mancata determinazione dell'indennità di esproprio, laddove la questione sia già stata rimessa alla commissione provinciale di cui all'art. 41 d.P.R. n. 380 del 2001.

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6920 del 2015, proposto da:
Cl. Mo., Ma. Pa. Ca., Ca. Nu. e Gi. De Se., tutte rappresentate e difese dall'avv. Andrea Abbamonte, con domicilio eletto presso Andrea Abbamonte in Roma, Via degli Avignonesi, n. 5;

contro

Comune di Acerra, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Feliciano Ferrentino, con domicilio eletto presso Daniela Rescigno in Roma, Via Ovidio, n. 20;
Commissione Provinciale Espropri di Napoli, in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. della CAMPANIA, Sez. V, n. 03738/2015, resa tra le parti, con cui il giudice amministrativo ha declinato la giurisdizione - silenzio serbato dall'amministrazione su determinazione della stima dell'indennità definitiva di esproprio;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Acerra;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2016 il Consigliere Fabio Taormina e udito per parte appellante l'avvocato Abbamonte;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza in epigrafe segnata il Tribunale amministrativo regionale della Campania ha declinato la pro-pria giurisdizione sul ricorso di primo grado proposto dalle odierne appellanti volto ad ottenere la declaratoria di illegittimità del silenzio inadempimento serbato dal Comune di Acerra sulla diffida, notificata in data 23.12.2014, per la determinazione della stima dell'indennità definitiva di espropriazione da parte della Commissione Provinciale Espropri di Napoli.

Il primo giudice ha innanzitutto ricostruito – anche sotto il profilo cronologico - la fase infraprocedimentale, evidenziando che la odierna parte appellante aveva fatto presente di

aver chiesto al Comune di Acerra, con atto di diffida notificato in data 23.12.2014, la determinazione della stima dell'indennità definitiva di espropriazione relativa al decreto n. 29 del 8.4.2014, con cui era stato espropriato il terreno di sua proprietà nell'ambito del programma "PIÙ Europa" progetto la Città della Scuola.

Era stato chiarito che il Dirigente della Sesta Direzione del Territorio, con nota prot. n. 000825 del 12.1.2015, aveva riscontrato la richiesta comunicando che "con nota n. 14988 del 17.04.2014 è stata inoltrata, ai sensi dell'art. 21 comma 15, del d.p.r. 327/01, alla Commissione Provinciale Espropri della Provincia di Napoli presso l'Ufficio del Territorio di Napoli, richiesta di determinazione della indennità definitiva di esproprio [...]. A tutt'oggi non risulta riscontro".

Il Tar ha richiamato il disposto di cui all'art. 54, comma 1, del d.P.R. 8.6.2001, n.327, ed ha fatto presente che il comma 2 dell'art. 29 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150. prevedeva che sulla domanda era "competente la Corte di Appello nel cui distretto si trova il bene espropriato.".

Ne discendeva, ad avviso del Tar, quindi, che l'istanza rivolta alla Commissione di cui all'art. 41 T.U. n. 327/2001 non era in realtà diretta a sollecitare l'esercizio di una potestà pubblicistica autoritativa ma, piuttosto, era diretta ad ottenere la determinazione di una somma di denaro (la cui quantificazione non richiedeva alcun apprezzamento discrezionale essendo vincolata a precisi presupposti normativi).

Poiché quindi la posizione soggettiva azionata era qualificabile in termini di diritto soggettivo e non di interesse legittimo, come tale, essa era tutelabile dinanzi al G.O. alla stregua del generale criterio di riparto della giurisdizione fondato sulla natura della situazione giuridica soggettiva.

Neppure poteva ritenersi che la controversia rientrasse nella giurisdizione esclusiva del G.A. in materia di espropriazione, atteso che, ai sensi dell'art. 53, comma 2, dello stesso T.U. in materia di espropriazione per pubblica utilità, "resta ferma la giurisdizione 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".

Nel delimitare le materie riservate alla giurisdizione esclusiva del G.A., poi, l'art. 133 c.p.a., comma 1, alle lettere f) e g), faceva salva la giurisdizione 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".

Per altro verso, ai sensi dell'art. 31 c.p.a., era inammissibile il ricorso avverso il silenzio serbato su un'istanza dell'interessato quando il giudice amministrativo fosse stato privo di giurisdizione in ordine al rapporto giuridico sottostante ovvero si vertesse nell'ambito di posizioni di diritto soggettivo.

Il mezzo è stato pertanto dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione.

Avverso la detta sentenza l'originaria parte ricorrente ha proposto un articolato appello nell'ambito del quale, dopo avere ripercorso il risalente contenzioso, ha evidenziato che essa aveva agito affinché venisse portata a compimento la procedura ex art. 21 del dPR n. 327/2001;

ha sostenuto che il procedimento ex art. 31 del cpa può applicarsi alla stima della indennità definitiva di esproprio; ha, in via subordinata (terzo motivo) sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 50, commi 2 e 3, e 54 del dPR n. 327/2001.

Il Comune di Acerra si è costituito contestando la propria legittimazione passiva e comunque chiedendo la reiezione del mezzo in quanto infondato.

Le appellanti hanno depositato una memoria puntualizzando e ribadendo le proprie difese e richiamando quanto affermato dalla Corte di Appello, secondo cui sarebbe stato possibile attivare la procedura del silenzio per ottenere la determinazione dell'indennità.

Alla odierna camera di consiglio del 14 gennaio 2015 la causa è passata in decisione dal Collegio.

DIRITTO

1. Va innanzitutto premesso che ex art. 105 del cpa questo Collegio giammai potrebbe prendere in esame al-cuna domanda di merito (che non sarebbe pertanto ammissibile).

Ciò appare evidente ove la declinatoria di giurisdizione fosse ribadita, e non lo è meno nella ipotesi di accogli-mento in parte qua del mezzo, laddove la sentenza dovrebbe essere annullata con rinvio al Tar, a salvaguardia e tutela del (tendenziale, nel processo amministrativo) principio del doppio grado di giurisdizione, come espressamente sancito dalla richiamata disposizione.

L'unico segmento esaminabile è, quindi, quello relativo alla spettanza – o meno - della giurisdizione al plesso giurisdizionale amministrativo.

Ciò implica, altresì, che in ipotesi di reiezione delle prime due censure dell'appello, non potrebbe questo Col-legio prendere in esame la terza doglianza (con la quale è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 50, commi 2 e 3, e 54 del dPR n. 327/2001), in quanto essa dovrebbe essere eventualmente scrutinata dal Giudice fornito di Giurisdizione (sul punto, vedi, amplius, di seguito).

2. Ciò premesso l'appello è infondato e deve essere respinto alla stregua delle argomentazioni di seguito rassegnate.

2.1. La determinazione della indennità di esproprio segue la procedura di cui all'art. 21 del dPR n. 327/2001; nell'ipotesi in cui il procedimento determinativo di cui ai primi commi della citata disposizione non si avvii, si provvede ai sensi del comma 15, secondo cui "Qualora il proprietario non abbia dato la tempestiva comunicazione di cui al comma 2, l'autorità espropriante chiede la determinazione dell'indennità alla commissione pre-vista dall' articolo 41 che provvede entro novanta giorni dalla richiesta."

2.2. Il combinato disposto di cui al citato comma 15, ed al comma 2 della detta norma, ("Se manca l'accordo sulla determinazione dell'indennità di espropriazione, l'autorità espropriante invita il proprietario interessato, con atto notificato a mezzo di ufficiale giudiziario, a comunicare entro i successivi venti giorni se intenda avvalersi, per la determinazione dell'indennità, del procedimento previsto nei seguenti commi e, in caso affermativo, designare un tecnico di propria fiducia.") rimette quindi al privato la "scelta" della procedura di cui avvalersi.

2.3. Alla stregua di tali disposizioni può immediatamente osservarsi quanto segue.

Il Comune ha vibratamente affermato che esso risulterebbe evocato, nel presente procedimento, del tutto a sproposito.

Dagli atti di causa, invero, risulta che la questione della determinazione dell'indennità è stata rimessa alla commissione prevista dall' articolo 41.

Posto che ciò non è contestato, il Comune (unica amministrazione intimata) sottolinea la propria carenza di legittimazione passiva e chiede l'estromissione dal presente contenzioso.

2.3.1. Detta estromissione dal presente processo – argomenta il comune - dovrebbe essere effettivamente disposta: se il procedimento si trova innanzi alla commissione prevista dall' articolo 41, non si vede perché il comune sia stato intimato, e quale ritardo/omissione allo stesso si imputi.

Senonché, il condivisibile insegnamento della giurisprudenza è quello per cui (ex aliis, Consiglio di Stato, sez. V, 31/03/2015, n. 1684) “la giurisdizione costituisce il necessario presupposto processuale di ogni domanda ed il fondamento imprescindibile della potestas iudicandi del giudice adito, cosicché essa deve essere esaminata in via necessariamente prioritaria ogniqualvolta venga posta in discussione, al fine di consentire la riproposizione della domanda completamente impregiudicata davanti al giudice al quale spetta la giurisdizione sulla controversia.”.

2.3.2. Posto che – come meglio sarà chiarito nel prosieguo della presente esposizione – il Collegio ritiene corretta la declinatoria di giurisdizione resa dal Tar, la domanda di estromissione dal presente processo, articolata dal comune (che, per il vero, comunque poteva essere prospettata anche come motivo di infondatezza della domanda in quanto indirizzata a soggetto non in grado di provvedere) va pertanto dichiarata inammissibile.

3. Come anticipato, occorre verificare l'effettiva esperibilità della procedura ex art. 31 del cpa alla determinazione dell'indennità da parte della commissione prevista dall' articolo 41 del dPR n. 327/2001.

3.1. Il Collegio ben conosce la giurisprudenza di merito (Tar Brescia 00578/2015 , Tar Latina, n. 223/2014 T.A.R. Palermo sez. III 08/02/2012 n. 306), secondo cui la procedura del silenzio possa applicarsi con riferimento “all'obbligo della p.a. di provvedere in ordine all'istanza del ricorrente di attivazione del sub-procedimento di cui all'art. 21, d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327”.

E tale giurisprudenza appare condivisibile.

Invero, in tali casi, il procedimento ex art. 31 e 117 cpa è finalizzato (unicamente) ad ottenere che la p.a. ponga in essere un incombente procedimentale (nomina dell'esperto, etc) ed interseca una posizione di interesse legittimo del privato, conoscibile dal GA.

3.2. Il Collegio non ritiene invece che i detti approdi siano traslabili alla determinazione della indennità di espropriazione laddove la questione sia già stata rimessa alla Commissione Provinciale di cui all' articolo 41 del dPR n. 327/2001.

3.3. Ciò per una assorbente ragione, che ricomprende le condivisibili prospettazioni già contenute nella sentenza del Tar, alle quali possono aggiungersi le seguenti.

3.3.1. E' incontestabile che la disposizione di cui all'art. 54 del TU espropriazione (art. 54, comma 1, del d.P.R. 8.6.2001 n.327, “il proprietario espropriato, il promotore

dell'espropriazione o il terzo che ne abbia interesse può impugnare innanzi all'autorità giudiziaria gli atti dei procedimenti di nomina dei periti e di determinazione dell'indennità, la stima fatta dai tecnici, la liquidazione delle spese di stima e comunque può chiedere la de-terminazione giudiziale dell'indennità. Le controversie di cui al presente comma sono disciplinate dall'articolo 29 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150.”.) nel richiamare l'articolo 29 del decreto legislativo 1° set-tembre 2011, n. 150 (“1. Le controversie aventi ad oggetto l'opposizione alla stima di cui all'articolo 54 del de-creto legislativo 8 giugno 2001, n. 327, sono regolate dal rito sommario di cognizione, ove non diversamente disposto dal presente articolo”.2. E' competente la Corte di Appello nel cui distretto si trova il bene espropria-to.”) abbia ribadito che la competenza funzionale ed inderogabile a decidere sulla opposizione alla stima ap-partenga al Giudice Ordinario. Ciò, coerentemente con la posizione soggettiva sottesa, che è indubitabilmente di diritto soggettivo.

3.3.2. Occorre adesso chiedersi cosa accadrebbe laddove (come auspicato dall'appellante) si accedesse alla tesi per cui il GA adito possa intervenire su detto procedimento, ex artt. 31 e 117 del cpa.

Secondo l'appellante ciò sarebbe possibile, in quanto egli non chiede che il GA tuteli il proprio diritto soggetti-vo alla corresponsione della indennità, ma che si sblocchi la impasse determinata dalla circostanza che la Commissione non ha a ciò provveduto.

In ultima analisi, secondo l'appellante, sarebbe tutelato l'interesse procedimentale a che la Commissione provveda e quindi sarebbe ammissibile il procedimento ex artt. 31 e 117 del cpa in quanto la posizione tutela-ta sarebbe di interesse legittimo.

3.3.3. Il Collegio non è persuaso della esattezza di tale suggestiva ricostruzione.

3.4. Occorre avvertire che già in passato ci si chiese se il rimedio del silenzio fosse esperibile quale che fosse la posizione soggettiva vantata dal privato istante, ma la risposta negativa si impose in giurisprudenza.

Quanto alla consistenza della posizione soggettiva sottostante alla istanza inevasa fu sottolineato infatti che la formazione del silenzio inadempimento (confermata in passato sul piano processuale dal rito speciale di cui all' art. 21 bis l. n.1034/1971 ed oggi dagli artt. 31 e 117 del cpa) non sarebbe compatibile con le controversie che solo apparentemente abbiano per oggetto una situazione di inerzia dell'organo pubblico a provvedere, come nei casi in cui l'accertamento verta su pretese patrimoniali costitutive di diritti di credito in base a norme che regolano l'azione dell'amministrazione.

In tali ipotesi, non è necessaria l'intermediazione di atti di iniziativa del privato al fine di costituire il presuppo-sto per dare accesso al sindacato sulla condotta omissiva, potendo l'interessato in via immediata proporre l'a-zione di accertamento del diritto a contenuto economico ritenuto insoddisfatto o far valere la pretesa al risar-cimento per equivalente (Consiglio Stato , sez. VI, 18 giugno 2008 , n. 3007).

La giurisprudenza ha quindi aderito alla tesi contraria alla pan-applicabilità del rito del silenzio ed ha rilevato che non si configura una giurisdizione esclusiva o per materia del g.a. e non è quindi esperibile il detto rimedio giurisdizionale nel caso in cui il giudice

amministrativo sia privo di giurisdizione in ordine al rapporto sostanziale (tra le tante, Consiglio Stato , sez. IV, 19 marzo 2009 , n. 1645) .

La maggioritaria giurisprudenza (Cons. Stato , sez. IV, 20 settembre 2006, n. 5500; T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 16 settembre 2009 , n. 1511; T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 27 maggio 2009 , n. 2971;T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 24 marzo 2006 n. 1727; TAR Lazio, Roma, sez. II, 16 luglio 2007, n. 6470;TAR Molise, Campobasso, sez. I, 2 luglio 2008 , n. 655) esclude che il detto rimedio sia esperibile con riferimento ad obblighi di eseguire che richiedono, per il loro assolvimento, un'attività meramente materiale, non provvedimentoale. In tali casi la gamma delle azioni previste dagli artt. 2930 e segg. del codice civile consente al privato di tutelare in via autonoma e diretta la propria posizione attiva; non viene in rilievo l'esercizio di una potestà pubblicistica; non avrebbe senso sovrapporre alla fattispecie il rito del silenzio.

Tanto è stato ribadito alla luce delle prescrizioni contenute nel codice del processo amministrativo: si è detto infatti che "l'art. 31, d.lg. n. 104 del 2010 (codice del processo amministrativo), in cui è traslato l'art. 21 bis, l. n. 1034 del 1971, non ha inteso creare un rimedio di carattere generale, esperibile in tutte le ipotesi di comportamento inerte della p.a. e pertanto sempre ammissibile indipendentemente dalla giurisdizione del giudice amministrativo, il quale si configurerebbe quindi come giudice del silenzio della p.a., ma soltanto un istituto giuridico di elaborazione giurisprudenziale relativo alla esplicitazione di potestà pubblicistiche correlate alle sole ipotesi di mancato esercizio dell'attività amministrativa. Sicché ove la controversia rientri tra quelle devolute al g.o. ne discende l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del g.a." (giurisprudenza pacifica, tra le tante, T.A.R. Sicilia Catania, sez. II, 07 dicembre 2010 n. 4696).

Con precipuo riferimento alla consistenza della posizione giuridica attiva sottesa all'istanza rimasta inesa, si è rilevato quindi che l'istituto del silenzio va configurato come strumento diretto a superare l'inerzia della p.a. nell'emanazione di un provvedimento amministrativo, a fronte di una posizione di mero interesse legittimo in capo al privato. (Consiglio Stato , sez. V, 25 febbraio 2009 , n. 1116).

3.4.1. Le appellanti obliano quanto sopra, ed accedono ad una interpretazione da un canto "riduttiva" delle conseguenze della attivazione del rito del silenzio e per altro verso "ampliativa" delle posizioni tutelabili, sostenendo che avrebbero unicamente interesse ad un impulso sfociante nella declaratoria della illegittimità della inerzia e nella emissione di un ordine di provvedere entro un termine (e richiamano, in proposito quanto affermato dalla Corte di Appello).

Senonché (premessi che quanto affermato dalla Corte di Appello, seppur costituisce precedente autorevole, non vincola questo Collegio) tale prospettazione non tiene conto di più circostanze.

Infatti i primi tre commi dell'art. 31 del cpa ("Decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo e negli altri casi previsti dalla legge, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere. 2. L'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. E' fatta salva la riproponibilità

dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti. 3. Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione.”) ed il successivo art. 117 del cpa (“1. Il ricorso avverso il silenzio è proposto, anche senza previa diffida, con atto notificato all'amministrazione e ad almeno un controinteressato nel termine di cui all'articolo 31, comma 2. 2. Il ricorso è deciso con sentenza in forma semplificata e in caso di totale o parziale accoglimento il giudice ordina all'amministrazione di provvedere entro un termine non superiore, di norma, a trenta giorni. 3. Il giudice nomina, ove occorra, un commissario ad acta con la sentenza con cui definisce il giudizio o successivamente su istanza della parte interessata. 4. Il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario. 5. Se nel corso del giudizio sopravviene il provvedimento espresso, o un atto connesso con l'oggetto della controversia, questo può essere impugnato anche con motivi aggiunti, nei termini e con il rito previsto per il nuovo provvedimento, e l'intero giudizio prosegue con tale rito. 6. Se l'azione di risarcimento del danno ai sensi dell'articolo 30, comma 4, è proposta congiuntamente a quella di cui al presente articolo, il giudice può definire con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e trattare con il rito ordinario la domanda risarcitoria. 6-bis. Le disposizioni di cui ai commi 2, 3, 4 e 6, si applicano anche ai giudizi di impugnazione.”) disegnano un procedimento ben più penetrante.

Invero va rammentato che sia immediatamente in seno alla stessa sentenza che impone l'obbligo di provvedere, che successivamente, “il giudice nomina, ove occorra, un commissario ad acta; inoltre, il giudice conosce di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario.”.

È agevole riscontrare – alla luce delle superiori prescrizioni - il motivo per cui si è sempre costantemente ritenuto che il rito del silenzio possa essere esperito soltanto per posizioni di interesse legittimo conoscibili dal Giudice amministrativo.

Traslando le prescrizioni di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 117 alla presente controversia, infatti, ad accedere alla opinione di parte appellante potrebbe accadere che:

questo Plesso giurisdizionale amministrativo, dichiarata l'illegittimità dell'inerzia della Commissione, ed assegnato alla stessa un termine per provvedere, ove quest'ultimo rimanesse inevaso, potrebbe (e dovrebbe) nominare un commissario ad acta (ove non abbia invece ritenuto di nominarlo immediatamente)

b) successivamente, poi, questo Plesso giurisdizionale amministrativo potrebbe essere chiamato a conoscere “di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario.”.

È agevole riscontrare come una simile opzione ermeneutica –ove accolta- sarebbe in grado di scardinare il riparto di giurisdizione “disegnato” in materia dal Legislatore e (ove si voglia ipotizzare il permanere di tale “disegno”) “provocare” una singolare duplicità di interventi giurisdizionali sul medesimo oggetto.

Invero – ove si volesse convenire con la tesi delle appellanti - se ne dovrebbe fare discendere che il provvedimento definitivo sulla indennità di esproprio verrebbe emesso (in ipotesi di persistente inerzia della Commissione) non già dall'organo a ciò deputato, ma da un Commissario ad acta nominato da questo Plesso.

Quel che più conta, però, è che le eventuali contestazioni su tale provvedimento, e segnatamente sulla “esatta adozione” dello stesso sarebbero rimesse sempre a questo Plesso giurisdizionale amministrativo (art. 117 del cpa).

Alternativamente, quindi, si potrebbe verificare:

a) che, nella sostanza, questo Plesso giurisdizionale amministrativo si potrebbe soffermare sulla esatta individuazione del quantum della indennità di esproprio (così elidendo la competenza funzionale della Corte di Appello);

b) che la Corte di Appello in sede di opposizione alla stima si troverebbe a dovere decidere su un provvedimento in realtà emesso (non già dalla competente Commissione ma) da un commissario ad acta nominato da questo Plesso, ovvero, addirittura, direttamente da questo Plesso giurisdizionale amministrativo in sede di scrutinio sulla eventuale contestazione mossa da talune delle parti processuali in ordine alla esattezza della deliberazione da parte del commissario ad acta.

4. Tale excursus rende, ad avviso della Sezione, infondata la prospettazione delle appellanti: è ben vero che immediatamente parte appellante mira ad obbligare la Commissione a pronunciarsi.

E' vero altresì che il pronunciamento della Commissione attiene ad una posizione di diritto soggettivo perfetto, conoscibile dal GO e sulla quale questo Plesso non ha giurisdizione; ed in ordine alla quale non è attivabile il rimedio ex art. 31 e 117 del cpa, salvo volere porre le basi per lo scardinamento di ogni sistema di riparto di giurisdizione rimettendo di fatto all'Amministrazione il potere di “scegliere” il giudice cui rimettere la decisione sulla pretesa del privato.

4.1. Opinando nei termini prospettati nell'appello, infatti, l'Amministrazione, restando inerte, a seguito della intrapresa da parte del privato dell'azione ex art. 31 e 117 determinerebbe le condizioni per le quali sia il Giudice amministrativo a conoscere della stima della indennità di esproprio.

Il che non può avvenire.

4.2. Né dicasi che i precetti di cui ai richiamati artt. 31 e 117 del cpa potrebbero essere interpretati in senso restrittivo, mutilando il GA adito della possibilità di conoscere “ di tutte le questioni relative all'esatta adozione del provvedimento richiesto, ivi comprese quelle inerenti agli atti del commissario.”.

Invero, tale potere costituisce connotato indefettibile dell'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere e presidio per rendere effettivo questo obbligo, ove affermato in sede giurisdizionale.

Né la lettera delle citate disposizioni, di cui agli artt. 31 e 117 del cpa, né la ratio delle stesse autorizza una artificiosa “scomposizione” dei precetti ivi contenuti, né una mutilazione degli stessi.

4.3. Va data continuità, quindi, alla tesi di avveduta giurisprudenza di merito secondo la quale lo speciale procedimento giurisdizionale disciplinato dagli art. 31 e 117 del c. proc. amm. ha la finalità di conferire al privato un potere procedimentale, strumentalmente volto a rendere effettivo l'obbligo giuridico della p.a. di provvedere; tale strumento non risulta, quindi, compatibile con tutte quelle pretese, che solo apparentemente abbiano per oggetto una situazione di inerzia, in quanto concernono, invece, diritti soggettivi, la cui eventuale lesione è direttamente accertabile dall'autorità giurisdizionale. A tale conclusione deve necessariamente pervenirsi nelle fattispecie in cui non sussiste la giurisdizione del g.a. in relazione al rapporto giuridico sottostante, allorché la controversia rientri nella sfera di attribuzioni proprie del g.o. (nella specie, la pretesa vantata dal ricorrente atteneva alla quantificazione dell'indennità di espropriazione appartenente alla giurisdizione del g.o.).

5. Conclusivamente, l'appello va respinto, essendo appena il caso di aggiungere che la prospettata questione di costituzionalità non sarebbe sollevabile nell'odierno giudizio di appello in quanto non prospettabile da parte del Giudice carente di giurisdizione (Corte Costituzionale, 14/06/1990, n. 283 " è costante indirizzo di questa Corte che il difetto di giurisdizione del giudice a quo comporti la irrilevanza della questione di costituzionalità soltanto quando risulti chiaramente dalla legge o corrisponda ad un univoco orientamento giurisprudenziale, sì da rivestire il carattere dell'evidenza -cfr. sentt. nn. 102 del 1990, 575 del 1989, 777 del 1988- In tali casi, infatti, l'eventuale pronuncia d'incostituzionalità verrebbe privata delle conseguenze che le sono proprie in quanto resterebbe inapplicabile ai casi concreti in cui la questione è stata sollevata).

Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012, n. 7663).

6. Quanto alle spese processuali del grado, esse di necessità devono essere integralmente compensate tra le parti, a cagione della particolarità della controversia sottoposta a questo plesso anche in ragione di una "indicazione" contenuta in una sentenza della Corte di Appello.

PER QUESTI MOTIVI

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, nei termini di cui alla motivazione che precede.

Spese processuali compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Fabio Taormina, Consigliere, Estensore
Silvestro Maria Russo, Consigliere
Leonardo Spagnoletti, Consigliere
Alessandro Maggio, Consigliere
DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 29 FEB. 2016.

Fonti: Giustizia Civile Massimario 2017

Classificazione: GIURISDIZIONE CIVILE - Giurisdizione ordinaria e amministrativa - in genere **Giurisdizione civile - Giurisdizione ordinaria e amministrativa - Componenti delle commissioni tributarie centrali - Compenso - Controversia - Giurisdizione ordinaria - Fondamento.**

In tema di riparto di giurisdizione, le controversie concernenti il trattamento economico per l'esercizio delle funzioni di cui al d.lgs. n. 545 del 1992 (nella specie, di componente delle commissioni tributarie centrali) sono devolute al giudice ordinario, ai sensi dell'art. 3, comma 121, della l. n. 350 del 2003, venendo in rilievo il bene della vita cui gli attori aspirano e, cioè, il diritto patrimoniale e non l'interesse legittimo al corretto esercizio della potestà amministrativa di scelta dei criteri di determinazione del compenso.

Fonti: Giustizia Civile Massimario 2017

Classificazione: APPELLO CIVILE - Rimessione della causa al giudice di primo grado - per ragioni di giurisdizione

Appello civile - Rimessione della causa al giudice di primo grado - Per ragioni di giurisdizioni - Diniego della giurisdizione in primo grado - Affermazione della stessa in grado d'appello - Rimessione al primo grado - Necessità - Omissione - Conseguenze - Nullità della decisione - Cassazione della sentenza e rinvio al primo giudice - Violazione della ragionevole durata - Esclusione.

Qualora il giudice di primo grado dichiari il difetto di giurisdizione sulla domanda, ritenendo che questa solleghi una pronuncia del giudice amministrativo, il giudice di secondo grado, che affermi la giurisdizione negata dalla prima sentenza, deve fare applicazione dell'art. 353 c.p.c., indipendentemente dal fatto che le parti abbiano formulato conclusioni di merito, e rimettere la causa al primo giudice, con la conseguenza che, ove a ciò non provveda, statuendo nel merito, la cassazione della relativa decisione deve essere disposta direttamente con rinvio al primo giudice, vertendosi in tema di violazione del principio di ordine pubblico del doppio grado di giurisdizione, senza che in ciò possa ravvisarsi una lesione della ragionevole durata del processo.

Fonti: Diritto & Giustizia 2017, 1 giugno (nota di: Leda Rita Corrado)

Classificazione: APPELLO CIVILE - Rimessione della causa al giudice di primo grado - - per ragioni di giurisdizione

Qualora il giudice di primo grado dichiari il difetto di giurisdizione sulla domanda, ritenendo che questa sia devoluta giudice amministrativo, il giudice d'appello, che affermi la giurisdizione negata dalla prima sentenza, deve fare applicazione dell'art. 353 cod. proc. civ., indipendentemente dal fatto che le parti abbiano formulato conclusioni di merito, e rimettere la causa al primo giudice, con la conseguenza che, ove a ciò non provveda, statuendo nel merito, la cassazione della relativa pronuncia deve essere disposta dalla Corte direttamente con rinvio al primo giudice.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RORDORF Renato - Primo Presidente f.f. -

Dott. AMOROSO Giovanni - Presidente di Sez. -

Dott. VIRGILIO Biagio - Consigliere -

Dott. CIRILLO Ettore - rel. Consigliere -

Dott. TRIA Lucia - Consigliere -

Dott. DE CHIARA Carlo - Consigliere -

Dott. FRASCA Raffaele - Consigliere -

Dott. ACIERNO Maria - Consigliere -

Dott. SCARANO Luigi Alessandro - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 7595-2016 proposto da:

MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, in persona del Ministro pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO;

- ricorrente -

contro

O.M., + ALTRI OMESSI

- controricorrenti -

e contro

M.I.M.L., MA.RA.,

m.g.r.;

- intimati -

avverso la sentenza n. 4888/2015 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 17/12/2015.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 09/05/2017 dal Consigliere Dott. ETTORE CIRILLO;

udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato Generale Dott.

IACOVIELLO Francesco Mauro, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso e la declaratoria della giurisdizione amministrativa;

uditi gli avvocati Paolo Marchini per l'Avvocatura Generale dello Stato e Marco Luigi Antonioli.

Fatto

FATTI DI CAUSA

1. Un gruppo di giudici tributari, applicati all'articolazione lombarda della Commissione tributaria centrale, convenne in giudizio l'amministrazione finanziaria chiedendo, previa eventuale disapplicazione del D.M. 4 marzo 2009 laddove contrastante con la legge finanziaria 2008 (L. 24 dicembre 2007, n. 244), la corresponsione anche dell'ulteriore

compenso fisso oltre a quello già percepito perchè incardinati nelle rispettive Commissioni di merito.

2. Il tribunale di Milano, con sentenza n. 10435 del 2014, declinò la giurisdizione ritenendo che la vertenza fosse devoluta al giudice amministrativo. La decisione, impugnata da gran parte degli originari attori, fu riformata dalla Corte d'appello di Milano che, con sentenza n. 4888 del 2015, accolse le pretese degli appellanti. La Corte territoriale, ritenendo che il trattamento economico dei giudici tributari applicati alle articolazioni regionali della Commissione tributaria centrale fosse regolato direttamente ed esaustivamente dal combinato disposto della legge finanziaria 2008 e dalla norme ordinarie (D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 545, art. 13), affermò che gli appellanti fossero titolari di un diritto soggettivo perfetto alla percezione dell'intero trattamento economico previsto per i componenti delle Commissioni; il che, in rito, giustificava l'ordinaria giurisdizione civile e, nel merito, il diritto all'ulteriore compenso fisso, dovendosi disapplicare il diverso precetto scaturente dal D.M. 4 marzo 2009.

3. Per la cassazione di tale decisione l'amministrazione finanziaria ricorre con cinque motivi, ai quali gran parte degli intimati resistono con controricorso. Le parti costituite si difendono anche con memorie.

Diritto

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Il ricorso è ammissibile.

La difesa dei controricorrenti ingiustificatamente eccepisce la violazione dell'art. 366 cod. proc. civ., laddove il ricorso sarebbe, a loro dire, carente di esposizione dei fatti di causa e d'indicazione di atti o documenti su cui il ricorso si fonda. Invero, a prescindere dall'uso di rigide formule narrative, il ricorso espone: a i contenuti essenziali del giudizio dinanzi al tribunale (pag. 1-10), con specifici riferimenti ai riscontri documentali prodotti (es. determinazioni del Consiglio di presidenza della giustizia tributaria, all. 3-7-8; DD.MM. 4 marzo 2009 e 28 giugno 2002, all. 3-4); b) gli esiti del giudizio di primo grado (pag. 10-11); c) i contenuti essenziali del giudizio dinanzi alla Corte territoriale (pag. 10-13), con ulteriori riferimenti documentali (all. 9-10-11); d) gli esiti del giudizio di appello (pag. 13-15); il tutto è corredato da parziali trascrizioni opportunamente virgolettate e da analitico elenco dei documenti prodotti unitamente al ricorso (pag. 26).

E appena il caso di ricordare che una seria e intelligente osservanza dei principi di specificità, completezza e autosufficienza vuole che il ricorso, in sede di legittimità, rappresenti le questioni tuttora rilevanti con la tecnica del cd. flash-back processuale (es. Cass. Sez. 5, Sentenza n. 5947 del 25/03/2015, p.1.2), ossia mediante riproposizione in chiave retrospettiva di come e perchè le questioni oggetto di censura siano state affrontate nel giudizio di merito (Cass. Sez. 5, Sentenza n. 15180 del 23/06/2010, Rv. 613814 - 01), senza incorrere nel deprecabile e inammissibile assemblaggio degli atti di causa (Cass. Sez. U, Sentenza n. 5698 del 11/04/2012, Rv. 621813 - 01) e ferma restando l'indicazione dei dati per il reperimento di atti e documenti salienti (Cass. Sez. U, Sentenza n. 22726 del 03/11/2011, Rv. 619317 - 01).

2. Il ricorso è parzialmente fondato.

2.1 In primo luogo il Ministero ricorrente, invocando la natura indennitaria del trattamento economico previsto per i giudici tributari e il consequenziale carattere discrezionale della sua determinazione amministrativa, osserva che ciò vale anche per gli applicati alle articolazioni regionali della Commissione tributaria regionale, non essendo ravvisabile, nel rinvio della legge finanziaria 2008 (art. 1, comma 351) all'art. 13 dell'ordinamento della giustizia tributaria, alcun automatismo retributivo. Il che, atteso il contenuto precettivo del D.M. 4 marzo 2009, porterebbe la vertenza dinanzi al giudice amministrativo per la tutela di interessi legittimi come già ritenuto dal Tribunale ed erroneamente disatteso dalla Corte d'appello (motivo 1).

2.2 In secondo luogo il Ministero ricorrente, denunciando violazione di norme di diritto processuali, lamenta che la Corte territoriale, una volta riformata la decisione del Tribunale in punto di giurisdizione, non si fosse limitata ad annullare la decisione con rinvio al primo giudice, in forza dell'art. 353 cod. proc. civ., ma avesse pronunciato anche sul merito della vertenza (motivo 2) e sulle spese (motivo 3), in aperto contrasto col principio del doppio grado di merito.

2.3 In terzo luogo il Ministero ricorrente, denunciando violazione di norme di diritto sostanziali (motivo 4), osserva che l'applicazione alla Commissione tributaria centrale non recide il rapporto dei giudici tributari applicati con l'ufficio di appartenenza in coerenza con la natura dell'istituto siccome diretto a sopperire ad esigenze straordinarie mediante forme di temporanea utilizzazione (D.Lgs. n. 545 del 1992, art. 24, lett. m-bis, cit.) con risparmio di spesa a carico del bilancio dello Stato (comma 351 cit.) e consequenziale logica impossibilità di cumulo tra i compensi stabiliti per i rispettivi incarichi (D.M. 4 marzo 2009) attesa l'unicità del rapporto funzionale posto a base del cd. compenso fisso e la variabilità dell'ulteriore compenso rapportato "ai compensi spettanti ai presidenti di sezione ed ai componenti delle Commissioni tributarie regionali".

2.4 Infine il Ministero ricorrente, denunciando violazione dell'art. 345 cod. proc. civ. (motivo 5), di duole del fatto che la Corte territoriale, nonostante una domanda introduttiva articolata con riferimento alle spettanze maturate sino al 31 agosto 2012 e a quelle maturande fino al saldo, avesse accolto la domanda nuova avanzata di appello con riferimento al termine del 31 dicembre 2014.

3. Il primo motivo di ricorso non è fondato.

3.1 La legge finanziaria 2008 (art. 1, comma 351) stabilì che, allo scopo di ridurre le spese a carico del bilancio dello Stato e di giungere ad una rapida definizione delle controversie pendenti presso la Commissione tributaria centrale, a decorrere dal primo maggio 2008, il numero delle sezioni della predetta Commissione fosse ridotto a ventuno e che le predette sezioni fossero situate presso ciascuna Commissione tributaria regionale avente sede nel capoluogo di ogni regione e presso le Commissioni tributarie di secondo grado di Trento e di Bolzano. A tali sezioni avrebbero dovuto essere applicati come componenti, su loro domanda, i presidenti di sezione, i vice presidenti di sezione e i componenti delle Commissioni tributarie regionali istituite nelle stesse sedi; in difetto di domande, il Consiglio di presidenza della giustizia tributaria avrebbe provveduto d'ufficio.

3.2 Tanto premesso sul piano ordinamentale, la legge finanziaria 2008 (art. 1, comma 351, u.p.) stabilì che, sempre a decorrere dal primo maggio 2008, i compensi dei presidenti di sezione e dei componenti della Commissione tributaria centrale sarebbe stati determinati esclusivamente a norma del D.Lgs. n. 545 del 1992, art. 13 cit., "facendo riferimento ai compensi spettanti ai presidenti di sezione ed ai componenti delle Commissioni tributarie regionali".

Il richiamato art. 13 prevedeva e prevede tuttora che "Il Ministro delle finanze con proprio decreto di concerto con il Ministro del tesoro determina il compenso fisso mensile spettante ai componenti delle Commissioni tributarie"; che "oltre al compenso mensile viene determinato un compenso aggiuntivo per ogni ricorso definito" e, infine che "il compenso è liquidato in relazione ad ogni provvedimento emesso" mentre che "la liquidazione dei compensi è disposta dalla direzione regionale delle entrate".

3.3 In esecuzione della legge finanziaria 2008, il D.M. 4 marzo 2009 (art. 1, comma 1), stabilì che il compenso fisso spettasse a ciascun componente della Commissione tributaria centrale nella misura di: 415 Euro per il presidente della Commissione centrale; 363 Euro per il presidente della sezione; 363 Euro per il presidente della sezione regionale; 337 Euro per il presidente del collegio; 311 Euro per il componente della sezione regionale; prescrivendo, infine, che ai componenti delle Commissioni tributarie regionali e quelle di secondo grado di Trento e Bolzano, applicati anche alla sezione della Commissione tributaria centrale, spettasse il trattamento più favorevole, senza possibilità di cumulo tra i compensi stabiliti per i rispettivi incarichi.

3.4 Le sezioni unite, nel regolare il riparto della giurisdizione, hanno ritenuto che - se la controversia ha per oggetto un ricorso rivolto direttamente contro l'atto amministrativo generale contenente la scelta dei criteri per la determinazione del compenso, fisso e/o aggiuntivo, spettante ai componenti delle Commissioni tributarie per l'attività svolta - la vertenza appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo trattandosi di emolumenti di natura indennitaria, la cui determinazione non è automatica ma resta affidata al potere discrezionale dell'autorità che ha proceduto alla nomina dei giudici tributari, il cui esercizio deve avvenire in base a parametri correlati alla qualità, quantità e complessità del lavoro svolto ai sensi dell'art. 13 cit. (Cass. Sez. U, Sentenza n. 21592 del 20/09/2013, Rv. 627438 - 01).

Tale potere discrezionale di determinazione della misura del compenso - investendo tutti i criteri indicati dalla norma e la posizione della categoria dei giudici tributari in relazione al potere del Ministero di determinare, con proprio atto amministrativo generale, il compenso (fisso e aggiuntivo) ad essi spettante - non può essere configurata come riferito a una posizione di diritto soggettivo, bensì d'interesse legittimo.

3.5 Tanto premesso, si osserva che la legge finanziaria 2004 (legge 24/12/2003, n. 350) stabilisce che "Le controversie concernenti il trattamento economico per l'esercizio delle funzioni di cui al D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 545, che comunque non configura mai attività di pubblico impiego, sono devolute alla competenza del giudice ordinario" (art. 3, comma 121).

Si tratta di disposizione che non contraddice affatto l'enunciato delle sezioni unite del 2013. Infatti il legislatore, dopo aver ribadito che la giustizia tributaria non configura mai attività di pubblico impiego, individua la giurisdizione piena del giudice ordinario riguardo alle controversie concernenti il relativo trattamento economico del singolo giudice. Individua, nella sostanza, una categoria di controversie su diritti patrimoniali che segue pedissequamente le regole delle ordinarie obbligazioni nummarie.

Il che è ben possibile, senza venire meno ad alcun principio di riparto secondo l'architettura disegnata dalla Corte costituzionale, laddove al giudice ordinario sia sostanzialmente devoluta la risoluzione in via solo incidentale delle questioni da cui dipende la decisione delle controversie rientranti ex lege nella propria giurisdizione. Ne deriva che, nelle controversie concernenti il trattamento economico dei giudici tributari, il giudice ordinario, se ritiene illegittimo un regolamento o un atto amministrativo generale rilevante ai fini della decisione, non lo applica, in relazione all'oggetto dedotto in giudizio, salva l'impugnazione diretta dinanzi al giudice amministrativo laddove si vogliano censurate le relative operazioni deliberative dell'amministrazione finanziaria, per denunciarne i vizi tipici previsti dall'art. 7 cod. proc. amm.. Dalla natura generale, unitaria e inscindibile del contenuto e degli effetti degli atti amministrativi generali discende, quale non trascurabile corollario, il diverso risultato che il loro annullamento giudiziale determina col venire meno degli effetti nei confronti di tutti i destinatari, compresi quelli rimasti estranei alla controversia (conf. Cass. Sez. U, Sentenza n. 7665 del 18/04/2016, in materia fiscale).

3.6 Di contro la giurisdizione ordinaria, così come individuata dalla legge finanziaria 2004 (art. 3, comma 121), ha carattere sì pieno e ha per oggetto sia l'an che il quantum della pretesa pecuniaria. Però ciò che viene in rilievo nelle controversie concernenti il trattamento economico per l'esercizio delle funzioni di giudice tributario è il bene della vita al quale gli attori aspirano, che non è tanto l'interesse legittimo al corretto esercizio della potestà amministrativa, quanto la tutela di una pretesa pecuniaria normalmente azionabile, dunque, dinanzi al giudice ordinario.

La legge finanziaria 2004 nello stabilire che "Le controversie concernenti il trattamento economico per l'esercizio delle funzioni di cui al D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 545 (...) sono devolute alla competenza del giudice ordinario" delinea, dunque, una ipotesi di giurisdizione piena. In essa il potere di disapplicazione dell'atto amministrativo illegittimo da parte del giudice ordinario trova ampia espansione, anche laddove si sia affermato, in tesi generale, che esso non possa essere esercitato nei giudizi in cui sia parte la P.A., ma unicamente nei giudizi tra privati e nei soli casi in cui l'atto illegittimo venga in rilievo, non già come fondamento del diritto dedotto in giudizio, bensì come mero antecedente logico (Cass. Sez. U, Sentenza n. 2244 del 06/02/2015, Rv. 634254 - 01).

Una distinzione analoga tra impugnazione diretta di atti di macro-organizzazione d'interesse generale, devoluta al giudice amministrativo, e tutela di posizione giuridiche individuali, devoluta al giudice ordinario con potere di non applicazione, è emersa anche in materia di pubblico impiego privatizzato (Cass. Sez. U, Ordinanze n. 22733 del 03/11/2011, Rv. 619271 - 01, e n. 11387 del 31/05/2016, Rv. 639996 - 01) e nel contenzioso catastale (Cass. Sez. U, Sentenza n. 7665 del 18/04/2016, Rv. 639286 - 01), nonchè, sia pure con

accenti e ambiti differenti, riguardo all'albo degli psicologi (Cass. Sez. U, Ordinanza n. 6821 del 15/03/2017, Rv. 643281 - 01).

3.7 Il giudice a quo ha, pertanto, legittimamente escluso la giurisdizione amministrativa, a favore di quella ordinaria, e la decisione d'appello sul punto va solo corretta riguardo alla sua motivazione in punto di diritto.

4. Il secondo motivo è fondato.

4.1 Va riaffermato il principio di diritto secondo cui, qualora il giudice di primo grado dichiari il difetto di giurisdizione sulla domanda, ritenendo che questa sia devoluta giudice amministrativo, il giudice d'appello, che affermi la giurisdizione negata dalla prima sentenza, deve fare applicazione dell'art. 353 cod. proc. civ., indipendentemente dal fatto che le parti abbiano formulato conclusioni di merito, e rimettere la causa al primo giudice, con la conseguenza che, ove a ciò non provveda, statuendo nel merito, la cassazione della relativa pronuncia deve essere disposta dalla Corte direttamente con rinvio al primo giudice.

4.2 Più in dettaglio, qualora il giudice di primo grado dichiari il difetto di giurisdizione sulla domanda, ritenendo che questa solleciti una pronuncia del giudice amministrativo, il giudice di secondo grado che, pur attraverso una diversa qualificazione della domanda stessa, affermi la giurisdizione negata dalla prima sentenza, deve fare applicazione dell'art. 353 cod. proc. civ., indipendentemente dal fatto che le parti abbiano formulato conclusioni di merito, e rimettere la causa al primo giudice con la conseguenza che, ove a ciò non provveda, statuendo nel merito, la cassazione della relativa pronuncia deve essere disposta direttamente con rinvio al primo giudice. (Cass Sez. U, Sentenze n. 11027 del 20/05/2014, Rv. 630753 - 01 e n. 273 del 17/01/1986, Rv. 443909 - 01; conf. Sez. 1, Sentenza n. 2059 del 23/02/1995, Rv. 490658 - 01; Sez. 5, Sentenza n. 10139 del 02/08/2000, Rv. 539076 - 01; Sez. L, Sentenze n. 6570 del 02/04/2004, Rv. 571806 - 01 e Sez. L, Sentenza n. 764 del 17/01/2006, Rv. 587195 - 01), vertendosi in tema di violazione del principio d'ordine pubblico del doppio grado di giurisdizione (Cass. Sez. U, Sentenza n. 3949 del 05/07/1984, Rv. 435922 - 01).

4.3 Nè può parlarsi di violazione del principio costituzionale della ragionevole durata del processo di derivazione convenzionale. L'accesso alla giustizia, infatti, trova la sua tutela nel diritto, riconosciuto nell'art. 13 CEDU, "ad un ricorso effettivo davanti ad una istanza nazionale", senza che in questo ambito possa essere ricompreso il diritto ad un secondo grado di giurisdizione. Il doppio grado di giudizio non è contemplato neppure dall'art. 6 CEDU, che parla di equo processo e non comprende il diritto a ricorrere in appello.

La Corte di Strasburgo precisa, infatti, che la Convenzione non impone agli Stati neppure di creare corti d'appello o di cassazione nei loro sistemi giudiziari (Corte EDU, 17/01/1970, *Delcourt c. Belgio*, p. 25).

Invero nel sistema della CEDU, così come integrato nel 1984 dal Protocollo n.7 (art. 2), il diritto a un doppio grado di giurisdizione riguarda unicamente la materia penale ed è riconosciuto solo a chi è dichiarato colpevole. Però ciò non significa che un tale diritto non possa essere riconosciuto più ampiamente nella legislazione interna, quanto a soggetti, casi e materie.

Il che basta a disattendere la questione di legittimità sollevata dai controricorrenti con riferimento alla pretesa irragionevole dilazione del processo (art. 6 CEDU; art. art. 111 Cost.) asseritamente consequenziale all'applicazione dell'art. 353 cod. proc. civ., atteso che la giurisprudenza casistica della CEDU non fornisce astratte indicazioni sistemiche bensì elementi da prendere in considerazione per valutare la ragionevolezza del termine di durata per ogni fase/grado processuale con riferimento al singolo giudizio.

4.5 Il secondo motivo deve, dunque, essere accolto, il che comporta l'assorbimento degli ultimi tre motivi (logicamente e giuridicamente subordinati) e la cassazione della sentenza impugnata con rinvio, anche per le spese, al primo giudice.

PQM

PER QUESTI MOTIVI

La Corte accoglie il secondo motivo di ricorso; rigetta il primo motivo di ricorso; dichiara assorbito gli altri motivi di ricorso; cassa la sentenza in relazione al motivo accolto; rinvia al Tribunale di Milano in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, il 9 maggio 2017.

Depositato in Cancelleria il 31 maggio 2017

Fonti: Giustizia Civile Massimario 2017

Classificazione: CASSAZIONE CIVILE - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - Consiglio di Stato

Cassazione civile - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - Consiglio di Stato - Decisioni del Consiglio di Stato - Violazione di giudicato sotto tutti i potenziali profili - Motivo afferente la giurisdizione ex art. 362 c.p.c. - Configurabilità - Esclusione - Ragioni.

La censura che, deducendo il difetto di giurisdizione del Consiglio di Stato, attenga, invece, all'interpretazione del giudicato, interno ed esterno, sotto tutti i possibili profili - dalla sua omessa interpretazione, alla valutazione del suo contenuto, nonché dei suoi presupposti, ed alla sua efficacia, con i conseguenti limiti - riguarda la correttezza dell'esercizio del potere giurisdizionale del giudice amministrativo, prospettandosi, sostanzialmente, una violazione di legge commessa da quest'ultimo, sicché resta estranea al controllo ed al superamento dei limiti esterni della giurisdizione, con conseguente inammissibilità dei relativi motivi.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RORDORF Renato	- Primo Presidente f.f. -
Dott. MACIOCE Luigi	- Presidente di Sez. -
Dott. AMOROSO Giovanni	- Presidente di Sez. -
Dott. BIANCHINI Bruno	- Consigliere -
Dott. MANNA Antonio	- Consigliere -
Dott. CHINDEMI Domenico	- rel. Consigliere -
Dott. TRIA Lucia	- Consigliere -
Dott. BERRINO Umberto	- Consigliere -
Dott. DE CHIARA Carlo	- Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 11180/2015 proposto da:

ECOFIN S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA GIUSEPPE CERBARA 64, presso lo studio dell'avvocato FRANCESCO CASTIELLO, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati EUGENIO MELE e NATALE FUSARO;
- ricorrente -

contro

REGIONE AUTONOMA FRIULI VENEZIA GIULIA, in persona del Presidente pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA COLONNA 355, presso l'Ufficio distaccato della regione stessa, rappresentata e difesa dagli avvocati VINICIO MARTINI e MAURO COSSINA;
- controricorrente -

contro

MINISTERO DELL'AMBIENTE, in persona del Ministro pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che lo rappresenta e difende;

- resistente -

e contro

PROVINCIA DI PORDENONE;

- intimata -

avverso la sentenza del CONSIGLIO DI STATO depositata in data 22/01/2015.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 07/03/2017 dal Consigliere Dott. DOMENICO CHINDEMI;

udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato Generale Dott. IACOVIELLO Francesco Mauro, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso;

uditi gli avvocati Natale Fusaro, Eugenio Mele, Gaetano De Perna per delega dell'avvocato Francesco Castiello e Mauro Cossina.

FATTO

La Regione Friuli Venezia Giulia approvava il progetto presentato dalla società Ecofin s.r.l. per la realizzazione di una discarica per lo smaltimento di rifiuti speciali e successivamente, dopo diverse vicende (annullamento in autotutela della autorizzazione concessa, provvedimento annullato dal TAR e confermato dal Consiglio di Stato, ripresa dei lavori e richiesta di Ecofin s.r.l. di autorizzazione ad invertire l'ordine progettuale realizzando prima il secondo lotto) la Regione disponeva l'archiviazione del procedimento autorizzatorio e la trasmissione del fascicolo per competenza alla provincia di Pordenone.

Ecofin s.r.l. impugnava tale ultimo provvedimento e il Tar accoglieva il ricorso condannando la Regione a reintegrare in forma specifica la società; su impugnativa della Regione il Consiglio di Stato dichiarava in parte inammissibile in parte infondato l'appello della società e, accogliendo l'appello incidentale della Regione, in parziale riforma della sentenza del Tar respingeva la domanda di risarcimento in forma specifica avanzata dalla società.

Avverso tale sentenza ricorre Ecofin s.r.l. deducendo due motivi.

La Regione presentava controricorso; il Ministero dell'Ambiente non svolgeva attività difensiva.

DIRITTO

MOTIVI DELLA DECISIONE

Col primo motivo di ricorso la società deduce violazione dell'art. 2909 c.c. e art. 324 c.p.c., per essere stato ignorato un giudicato che aveva riconosciuto la legittima esistenza dell'autorizzazione all'apertura e gestione della discarica allocata in (OMISSIS). Col secondo motivo viene dedotta violazione dell'art. 24 Cost. e art. 111 Cost., commi 1 e 8, per essere state violate le regole che caratterizzano il giusto processo, per non aver valutato fatti e

circostanze prospettate dalla ricorrente precisando che il Consiglio di Stato avrebbe "travisato la realtà" ignorato un giudicato determinando violazione del giusto processo "trasmodata nel difetto di giurisdizione".

I motivi, logicamente connessi vanno esaminati congiuntamente.

L'evoluzione del concetto di giurisdizione nel senso di strumento per la tutela effettiva delle parti non giustifica il ricorso avverso la sentenza del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 111 Cost., u.c., quando non si verta in ipotesi di aprioristico diniego di giustizia, ma la tutela negata si assuma negata dal giudice speciale in conseguenza di errori, di giudizio o processuali, che si prospettino dal medesimo commessi in relazione allo specifico caso sottoposto al suo esame (Cass. Sez. Un., 16 gennaio 2014, n. 771).

Per costante giurisprudenza, i motivi inerenti alla giurisdizione vanno identificati o nell'ipotesi in cui la sentenza del Consiglio di Stato abbia violato (in positivo o in negativo) l'ambito della giurisdizione in generale (come quando abbia esercitato la giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa oppure, al contrario, quando abbia negato la giurisdizione sull'erroneo presupposto che la domanda non potesse formare oggetto in modo assoluto di funzione giurisdizionale), o nell'ipotesi in cui abbia violato i cosiddetti limiti esterni della propria giurisdizione (ipotesi, questa, che ricorre quando il Consiglio di Stato abbia giudicato su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, oppure abbia negato la propria giurisdizione nell'erroneo convincimento che essa appartenesse ad altro giudice, ovvero ancora quando, in materia attribuita alla propria giurisdizione limitatamente al solo sindacato della legittimità degli atti amministrativi, abbia compiuto un sindacato di merito).

Non ogni pretesa deviazione dal corretto esercizio della giurisdizione, sotto il profilo interpretativo ed applicativo del diritto sostanziale, si risolve in un difetto di giurisdizione sindacabile ad opera della Corte di Cassazione, a meno che non ci si trovi di fronte ad un indebito rifiuto di erogare la dovuta tutela giurisdizionale a cagione di una male intesa autolimitazione, in via generale, dei poteri del giudice speciale. "Qualsiasi erronea interpretazione o applicazione di norme di cui il giudice possa incorrere nell'esercizio della funzione giurisdizionale, ove incida sull'esito della decisione, può essere letta in chiave di lesione della pienezza della tutela giurisdizionale cui ciascuna parte legittimamente aspira, perchè la tutela si realizza compiutamente soltanto se il giudice interpreta ed applica in modo corretto le norme destinate a regolare il caso sottoposto al suo esame. Non per questo, però, ogni errore di giudizio... imputabile al giudice è qualificabile come un eccesso di potere giurisdizionale assoggettabile ai sindacato della Corte di cassazione". (Cass. Sez. Un. 17 maggio 2013, n. 12106).

La censura che - deducendo il difetto di giurisdizione - attenga, invece, all'erronea valutazione, da parte del Consiglio di Stato, in ordine alla formazione di un giudicato interno od esterno, riguardando la correttezza dell'esercizio del potere giurisdizionale del giudice amministrativo, rimane estranea al controllo dei limiti esterni della giurisdizione cui, insieme ai vizi che riguardano l'essenza della funzione giurisdizionale, è limitato il sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni rese dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale restando escluso ogni sindacato sui limiti interni di tale giurisdizione, cui

attengono gli "errores in iudicando" o "in procedendo" (cfr Cass. Sez. U., Sentenza n. 10971 del 05/05/2008 con riferimento al giudicato interno, per omessa impugnazione di una questione decisa dal TAR, ma estensibile per unitarietà concettuale anche al giudicato esterno).

Trattandosi di censure attinenti all'interpretazione del giudicato stesso la sua violazione non può essere dedotta come motivo di ricorso alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione avverso decisioni del Consiglio di Stato, trattandosi di doglianza che non attiene al superamento dei limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo, ma ad "error in procedendo" (cfr Cass. Sez. U., Ordinanza n. 27618 del 21/11/2008).

Infatti la violazione del giudicato - nel caso addebitata alla decisione impugnata del Consiglio di Stato - sotto tutti i possibili profili, dalla sua omessa interpretazione, alla valutazione del suo contenuto nonché dei suoi presupposti ed alla sua efficacia, con i conseguenti limiti, riguarda la correttezza dell'esercizio del potere giurisdizionale del giudice amministrativo; sicchè resta estranea al controllo ed al superamento dei limiti esterni della giurisdizione.

Per cui, il ricorso sotto l'apparente aspetto di difetto di giurisdizione per superamento dei limiti esterni, prospetta in sostanza una violazione di legge commessa dal Consiglio di Stato nell'esercizio del potere giurisdizionale in quanto non sarebbe stato valutato il contenuto e l'efficacia di una propria precedente sentenza. con conseguente inammissibilità dei relativi motivi

Le spese processuali seguono la soccombenza e vanno liquidate a favore della sola Regione Friuli Venezia Giulia, non avendo svolto attività difensiva il Ministero dell'ambiente e la Provincia di Pordenone.

PQM

Dichiara inammissibile il ricorso. Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità che liquida in Euro 10.000 per compensi professionali, Euro 200 per esborsi oltre spese forfetarie e accessori di legge.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1, quater, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente principale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma dello stesso art. 13, comma 1-bis.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili, il 7 marzo 2017.

Depositato in Cancelleria il 30 marzo 2017

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROVELLI Luigi Antonio - Primo Presidente f.f. -
Dott. TRIOLA Roberto Michele - Presidente di sez. -
Dott. RORDORF Renato - Presidente di sez. -
Dott. CECCHERINI Aldo - Consigliere -
Dott. AMATUCCI Alfonso - rel. Consigliere -
Dott. VIVALDI Roberta - Consigliere -
Dott. PETITTI Stefano - Consigliere -
Dott. VIRGILIO Biagio - Consigliere -
Dott. D'ASCOLA Pasquale - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 29011-2012 proposto da:

PROVINCIA DI LATINA, in persona del Presidente pro-tempore,
elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA ANTONIO MANCINI 4, presso
lo studio dell'avvocato CARTA ROBERTA, rappresentata e difesa
dall'avvocato DE SIMONE CORRADO, per delega a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

ECOAMBIENTE S.R.L., in persona del legale rappresentante pro-tempore,
elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DEGLI AVIGNONESI 5, presso lo
studio dell'avvocato ABBAMONTE ANDREA, che la rappresenta e difende
unitamente all'avvocato PRESUTTI AVILIO, per delega a margine del
controricorso;

REGIONE LAZIO, in persona del Presidente pro-tempore, elettivamente
domiciliata in ROMA, VIA MARCANTONIO COLONNA 27, presso la sede
dell'Avvocatura regionale, rappresentata e difesa dall'avvocato
PRIVITERA ROSA MARIA, per delega a margine del controricorso;

- controricorrenti -

nonchè contro

AZIENDA UNITA' SANITARIA LOCALE DI LATINA, AGENZIA REGIONALE PER LA
PROTEZIONE DELL'AMBIENTE DEL LAZIO, COMUNE DI LATINA;

- intimati -

avverso la sentenza n. 2117/2012 del CONSIGLIO DI STATO, depositata
il 13/04/2012;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del
26/11/2013 dal Consigliere Dott. ALFONSO AMATUCCI;

uditi gli avvocati Corrado DE SIMONE, Andrea ABBAMONTE;

udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott. APICE Umberto,

che ha concluso per il rigetto del ricorso.

FATTO

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1.- Con determinazione del 13.8.2009 la Regione Lazio, in via di aggiornamento dell'autorizzazione integrata ambientale rilasciata il 6.4.2007, autorizzò Ecoambiente s.r.l. (controllata da altra società a sua volta maggioritariamente partecipata dal Comune di Latina) a realizzare un impianto di trattamento, recupero e valorizzazione di rifiuti non pericolosi in località (OMISSIS).

La Provincia di Latina impugnò l'atto innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio - sezione distaccata di Latina, predicandone l'illegittimità, tra l'altro, per essere stato disatteso il parere negativo espresso dalla Provincia il 24.6.2009 in sede di conferenza dei servizi circa la localizzazione dell'impianto sul territorio (terzo motivo) e per la omessa remissione alla conferenza unificata al fine di superarne il motivato dissenso, secondo quanto previsto dalla L. n. 241 del 1990, art. 14 quater (quarto motivo).

Con sentenza n. 857 del 2011 il Tar accolse il quarto motivo, con implicito assorbimento del terzo.

2.- Il Consiglio di Stato, adito con appello principale di Ecoambiente s.r.l. ed incidentale della Provincia, ha ritenuto che il motivo dell'appello incidentale col quale era riproposta la questione della localizzazione dell'impianto (di cui al terzo motivo del ricorso al Tar) fosse assorbito dal primo motivo del ricorso principale di Ecoambiente, che ha accolto con sentenza n. 2117 del 2012, respingendo il ricorso proposto in primo grado dalla Provincia avverso l'autorizzazione di realizzazione dell'impianto stesso.

3.- Avverso la sentenza ricorre per cassazione la Provincia di Latina, denunciando violazione dei limiti esterni della giurisdizione per omesso esame del motivo di ricorso (terzo innanzi al Tar e secondo dell'appello incidentale) relativo all'affermata illegittimità dell'autorizzazione all'esercizio dell'impianto in quanto adottata in ispregio al dissenso espresso sulla localizzazione dello stesso.

Resistono con distinti controricorsi Ecoambiente s.r.l. e la Regione Lazio.

Provincia ed Ecoambiente hanno depositato memoria illustrativa.

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

1.- Il Consiglio di Stato ha ritenuto che le censure in ordine alla localizzazione dell'impianto, mosse dalla Provincia col ricorso al Tribunale amministrativo regionale, fossero inammissibili in quanto avrebbero dovuto essere rivolte avverso il provvedimento n. 514 del 3.12.2008, emesso a conclusione favorevole della procedura di valutazione di impatto ambientale, invece mai impugnato. Tanto perchè, ai sensi del D.Lgs. n. 152 del 2006, art. 26 il citato provvedimento aveva avuto carattere assorbente di tutti i profili ambientali dell'impianto in questione, inclusa la localizzazione.

Afferma la ricorrente Provincia di Latina, per un verso, che non è consentito trattare in modo commisto un motivo di appello principale ed un motivo di appello incidentale se le

questioni non siano identiche e, per altro verso, che innanzi al Tar e col relativo motivo dell'appello incidentale innanzi al CdS, essa s'era doluta che l'autorizzazione ambientale (AIA) all'esercizio dell'impianto non avesse tenuto conto dei pareri negativi dalla stessa Provincia espressi in sede di valutazione dell'impatto ambientale (VIA), rappresentando che le illegittimità evidenziate si erano ripercosse sul contenuto del potere autoritativo esercitato con il provvedimento autorizzatorio (AIA) impugnato, che appariva conseguentemente viziato per illegittimità derivata.

Sostiene, in definitiva, che gli era stata così rifiutata la tutela giurisdizionale domandata con il terzo motivo del ricorso introduttivo innanzi al Tar.

2.- Il ricorso è inammissibile.

Non si attaglia al caso di specie il principio secondo il quale la questione di giurisdizione si presenta non solo quando sia in discussione la circostanza che essa spetti al giudice cui la parte si è rivolta, in quanto solo al medesimo compete di provvedere, ma anche allorchè si debba stabilire se, in base alla norma attributiva della giurisdizione, ricorrano le condizioni alla cui presenza il giudice abbia il dovere di esercitarla (così Cass., sez. un., n. 2065/2011, che ha fatto seguito all'approfondita analisi cui a Cass., sez. un., n. 30254/2008; e cfr. anche, ex multis, Cass., sez. un., nn. 11075/2012 e 15428/2012).

E' stato infatti chiarito che il ricorso col quale venga denunciato un rifiuto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo rientra fra i motivi attinenti alla giurisdizione, ai sensi dell'art. 362 cod. proc. civ., soltanto se il rifiuto sia stato determinato dall'affermata estraneità della domanda alle attribuzioni giurisdizionali dello stesso giudice, che non possa per questo essere da lui conosciuta (così Cass., sez. un., n. 3037/2013), sicchè l'evoluzione del concetto di giurisdizione nel senso di strumento per la tutela effettiva delle parti comunque non giustifica il ricorso avverso la sentenza del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, quando non si verta in ipotesi di aprioristico diniego di giustizia (cfr. Cass., sez. un., n. 10294/2012), ma la tutela giurisdizionale si assuma negata dal giudice speciale in conseguenza di errori in iudicando o in procedendo che si prospettino dal medesimo commessi in relazione allo specifico caso sottoposto al suo esame.

E così è, appunto, nel caso in scrutinio, com'è reso evidente dalle conclusive asserzioni della ricorrente Provincia nel senso che, "poichè con la VIA viene emessa una pronuncia sulla localizzazione dell'opera o dell'impianto, non è corretto affermare la inammissibilità del ricorso proposto nei confronti dell'AIA sul rilievo che la VIA non è stata impugnata. Ed infatti è proprio l'AIA il provvedimento finale da impugnare, essendo esso il provvedimento che stabilisce a quali condizioni possa ritenersi accettabile l'impatto ambientale".

3.- Le spese seguono la soccombenza.

PQM

LA CORTE DI CASSAZIONE A SEZIONI UNITE dichiara inammissibile il ricorso e condanna la ricorrente alle spese, che per ciascuna delle controricorrenti liquida in Euro 5.200, di cui Euro 5.000 per compensi, oltre agli accessori di legge.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni unite civili, il 26 novembre 2013.

Depositato in Cancelleria il 16 gennaio 2014

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROVELLI Luigi Antonio - Primo Presidente f.f. -

Dott. RORDORF Renato - rel. Presidente di sez. -

Dott. PICCIALLI Luigi - Consigliere -

Dott. MASSERA Maurizio - Consigliere -

Dott. MACIOCE Luigi - Consigliere -

Dott. CAPPABIANCA Aurelio - Consigliere -

Dott. DI CERBO Vincenzo - Consigliere -

Dott. VIVALDI Roberta - Consigliere -

Dott. NAPOLETANO Giuseppe - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 10243-2012 proposto da:

AZIENDA U.L.S.S. n. (OMISSIS) DI VICENZA, in persona del
legale

rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata 252 in ROMA,
VIA FEDERICO CONFALONIERI 5, presso lo studio dell'avvocato MANZI
LUIGI, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati PIVA
PAOLO, BERTOLISSI MARIO, per delega a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

SIRAM S.P.A., in proprio ed in qualità di Capogruppo Mandataria
dell'Associazione Temporanea di Imprese costituita tra Siram s.p.a. -
Gefi Servizi Immobiliari s.p.a. (ora incorporata in Siram s.p.a.) -
Exitone s.p.a. - Poliedra Sanità s.p.a., in persona del legale
rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, LARGO
MESSICO 7, presso lo studio dell'avvocato TEDESCHINI FEDERICO, che la
rappresenta e difende unitamente all'avvocato BIANCHINI ALFREDO, per
delega a margine del controricorso;

- controricorrente -

e contro

CENTRO INGEGNERIA DEI SISTEMI CIDS S.P.A., ENERGY SERVICE S.R.L., A2A
CALORE SERVIZI S.R.L., AZIENDA U.L.S.S. n. 5 OVEST VICENTINO, AZIENDA
U.L.S.S. n. (OMISSIS) ALTO VICENTINO, AZIENDA U.L.S.S. n. (OMISSIS)
DI BASSANO
DEL GRAPPA;

- intimati -

avverso la sentenza n. 6541/2011 del CONSIGLIO DI STATO, depositata
il 14/12/2011;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 23/04/2013 dal Presidente Dott. RENATO RORDORF;
uditi gli avvocati Paolo PIVA, Emanuele COGLITORE per delega dell'avvocato Luigi Manzi, Alfredo BIANCHINI;
udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott. CICCOLO Pasquale Paolo Maria, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso.

Fatto

ESPOSIZIONE DEL FATTO

La Siram s.p.a., in proprio e quale mandataria di un'associazione temporanea d'impresе che aveva partecipato ad una gara per l'appalto del servizio energia e calore, indetta dalla Azienda Sanitaria Locale n. (OMISSIS) di Vicenza (in prosieguo indicata come Asl), impugnò dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Veneto la Delib. 18 agosto 2009 con cui l'Asl l'aveva esclusa dalla gara, al pari di tutti gli altri concorrenti. Il ricorso fu accolto con sentenza del 7 maggio 2010, ma frattanto l'Asl, che in un primo tempo aveva assicurato la continuazione del servizio prorogando una precedente convenzione in essere con la medesima Siram, con Delib. 16 ottobre 2009 aderì ad una diversa convenzione predisposta dalla Consip ed affidò quindi il servizio alla società A2A Calore e Servizi s.r.l. (in prosieguo A2A). All'esito di un distinto giudizio, la legittimità di quest'ultima Delib. fu confermata in via definitiva ed, in considerazione di ciò, il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sull'appello proposto dall'Asl avverso la citata sentenza del 7 maggio 2010, dopo avere preliminarmente confermato l'ammissibilità dell'intervento in causa operato dalla A2A, dichiarò improcedibile il ricorso per annullamento originariamente proposto dalla Siram, ormai priva d'interesse a partecipare ad una gara superata dagli eventi; nondimeno, ugualmente accertò l'illegittimità dell'impugnata Delib. 18 agosto 2009, a norma dell'art. 34 c.p.a., comma 3, ravvisando l'esistenza di una domanda in tal senso tempestivamente proposta dalla stessa Siram ed un interesse di quest'ultima a tale accertamento. Per la cassazione di siffatta sentenza, depositata il 14 dicembre 2011, l'Asl ha proposto ricorso, articolato in tre motivi, illustrati poi anche con memoria.

La Siram ha resistito con controricorso.

La A2A non ha svolto difese in questa sede.

Diritto

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Il ricorso è inteso a sostenere che con l'impugnata sentenza il Consiglio di Stato ha superato i limiti della propria giurisdizione, perchè l'avrebbe esercitata violando alcune regole essenziali alla giurisdizione medesima, quali quelle attinenti al contraddittorio e, più in generale, all'effettività della tutela giurisdizionale garantita dai principi regolatori del giusto processo.

1.1. In quest'ottica si muove il primo motivo di ricorso, nel quale si sostiene che il Consiglio di Stato non avrebbe potuto neppure prendere in esame la domanda di accertamento

dell'illegittimità dell'esclusione della Siram dalla gara per l'appalto del servizio energia e calore indetto dall'Asl, giacchè una domanda di accertamento in siffatti termini era stata formulata per la prima volta solo in una memoria depositata nella fase conclusiva del giudizio di secondo grado e senza che alla controparte fosse stata perciò data adeguata possibilità di contraddire al riguardo.

D'altronde, soggiunge la ricorrente, detto accertamento è funzionale ad una successiva pretesa risarcitoria, mai però prima avanzata nel giudizio instaurato solo per ottenere l'annullamento dell'atto amministrativo reputato illegittimo, e l'accertamento pronunciato incidenter tantum dal giudice d'appello sarebbe privo di ogni utilità non essendo affatto chiaro quale danno possa aver subito la Siram per l'esclusione da una gara che, per effetto di una diversa legittima determinazione dell'amministrazione, non si sarebbe ormai più potuta svolgere, nè come un'eventuale pretesa risarcitoria possa più esser fatta valere, essendo decorso il termine di decadenza previsto dall'art. 30 c.p.a., comma 3.

1.2. Sempre nella medesima ottica, il secondo motivo di ricorso individua una ragione d'ineffettività della tutela nel fatto che sull'impedimento alla prosecuzione del procedimento di gara in questione si era ormai formato un giudicato, conseguente alle pronunce emesse nell'altro giudizio al quale s'è fatto cenno nella parte espositiva della presente sentenza, e che i rilievi contenuti nella sentenza di primo grado del presente giudizio, in ordine al perdurante interesse della Siram, non avrebbero potuto esser riesaminati dal Consiglio di Stato, non risultando che sul punto fosse stato proposto un motivo di gravame sufficientemente specifico da parte della A2A e non essendo comunque quest'ultima neppure legittimata a proporlo.

1.3. Infine, la ricorrente sostiene che il giudice amministrativo di secondo grado, nell'affermare che l'adesione dell'Asl alla convenzione Consip in forza della quale il servizio era stato affidato alla A2A aveva implicato la definitiva rinuncia all'ulteriore svolgimento della precedente gara da cui è sorto il presente giudizio, si sarebbe indebitamente sostituita all'amministrazione in una valutazione solo a quest'ultima spettante.

2. I motivi di ricorso così sintetizzati non valgono a configurare un superamento dei limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo e si pongono, pertanto, al di fuori del perimetro entro cui l'art. 362 c.p.c., comma 1, e l'art. 110 c.p.a. consentono a questa corte di sindacare le sentenze del Consiglio di Stato.

E' vero che, in base ai principi affermati da Sez. un. 23 dicembre 2008, n. 30254, ai fini dell'individuazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, che tradizionalmente delimitano il sindacato consentito alla Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato, si deve tenere conto dell'evoluzione del concetto di giurisdizione, in forza della quale il giudizio sulla giurisdizione non è più riconducibile ad un'operazione di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo, nè è soltanto rivolto al semplice accertamento del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato, ma si estende a sino a garantire che non sia denegata l'effettività della tutela che l'ordinamento chiede a quei giudici di erogare: sicchè rientra nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde

verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, la abbia concretamente assicurata e non sia venuto meno al rispetto del contenuto essenziale della giurisdizione.

Questo, tuttavia, all'evidenza non può significare che ogni pretesa deviazione dal corretto esercizio della giurisdizione, sotto il profilo interpretativo ed applicativo del diritto sostanziale o di quello processuale, si risolve in un difetto di giurisdizione sindacabile ad opera della Corte di cassazione. E' naturale che qualsiasi erronea interpretazione o applicazione di norme in cui il giudice possa incorrere nell'esercizio della funzione giurisdizionale, ove incida sull'esito della decisione, può esser letto in chiave di lesione della pienezza della tutela giurisdizionale cui ciascuna parte legittimamente aspira, perchè la tutela si realizza compiutamente soltanto se il giudice interpreta ed applica in modo corretto le norme destinate a regolare il caso sottoposto al suo esame. Non per questo, però, ogni errore di giudizio o di attività processuale imputabile al giudice è qualificabile come un eccesso di potere giurisdizionale assoggettabile al sindacato della Corte di cassazione, quale risulta oggi delineato dalle citate disposizioni dell'art. 362 c.p.c. e dell'art. 110 c.p.a., in conformità al dettato del pure citato art. 111 Cost., comma 8. Ne risulterebbe altrimenti del tutto obliterata ogni distinzione tra limiti interni ed esterni della giurisdizione ed il sindacato di questa corte sulle sentenze del giudice amministrativo verrebbe di fatto ad avere una latitudine non dissimile da quella che ha sui provvedimenti del giudice ordinario:

ciò che le disposizioni processuali e costituzionali dianzi richiamate non sembrano invece consentire. Infatti, questa corte in ripetute occasioni non ha mancato di avvertire che anche gli eventuali errores in procedendo riscontrabili in sentenze del giudice amministrativo, quando non costituiscano un aprioristico diniego di giustizia o non implicino un così radicale stravolgimento delle norme di rito da comportare la configurabilità di un siffatto diniego, ma siano soltanto espressione di un possibile errore di diritto, non ne giustificano la cassazione per eccesso di potere giurisdizionale (si vedano, tra le altre, Sez. un. 21 giugno 2012, n. 10294; e 14 settembre 2012, n. 15428).

Nel caso in esame è palese che, ove pure fossero fondati gli assunti posti a base delle censure prospettate dalla ricorrente, non si potrebbe mai ravvisare un diniego di giustizia o, comunque, un sostanziale svuotamento della tutela giurisdizionale.

2.1. Che fosse o meno ammissibile in rito la domanda di accertamento dell'illegittimità dell'atto amministrativo di cui era stato inizialmente chiesto l'annullamento, perchè solo tardivamente proposta in appello, è una questione di natura processuale che non mette certamente in causa il fondamento della tutela giurisdizionale, ma solo la correttezza del modo del suo esercizio nel caso concreto, non diversamente da quel che può accadere per qualsivoglia altra analoga questione procedurale. Nè vale obiettare che sarebbe qui in gioco il rispetto dei principi fondamentali del giusto processo, la cui attuazione passa pur sempre attraverso l'interpretazione e l'applicazione di norme processuali e non basta quindi certo, di per sè sola, a far emergere una questione di superamento dei limiti esterni della giurisdizione.

E' poi appena il caso di aggiungere che anche i rilievi della ricorrente volti a mettere in dubbio l'utilità che può rivestire l'accertamento dell'illegittimità dell'atto amministrativo compiuto dal Consiglio di Stato, in funzione di una eventuale successiva pretesa risarcitoria della controparte, nulla hanno a che fare con il preteso superamento dei predetti limiti esterni della giurisdizione.

2.2. Lo stesso è a dirsi per le doglianze esposte nel secondo motivo, che del pari configurano meri eventuali errores in iudicando o in procedendo dell'impugnata sentenza: in materia di ammissibilità dei motivi d'appello, di legittimazione a proporli e di violazione del giudicato su questioni di merito, senza nemmeno sfiorare il confine esterno della giurisdizione. Non senza rilevare che non è neppure dato ravvisare il requisito della soccombenza ed un concreto interesse dell'Asl a chiedere la cassazione del capo della sentenza del Consiglio di Stato che, accogliendo l'appello incidentale proposto dalla A2A, ha dichiarato improcedibile il ricorso per annullamento dell'atto amministrativo originariamente avanzato dalla Siram.

3.2. Analoga considerazione può esser fatta con riferimento al terzo motivo di ricorso, rispetto al quale va soltanto aggiunto che non è dato, neppure in astratto, ravvisare uno sconfinamento nella sfera di competenza riservata al potere dell'amministrazione nella circostanza che, al fine di escludere ogni residuo interesse della ricorrente ad ottenere l'annullamento dell'atto amministrativo di cui dinanzi a lui si discuteva, il giudice amministrativo abbia ricostruito i termini della vicenda controversa (non importa, a questi fini, se correttamente o meno) ed interpretato la convenzione in base alla quale la gestione del servizio di energia e calore era stata affidata all'uno o all'altro soggetto.

4. Conseguenze da quanto sopra che il ricorso deve esser dichiarato inammissibile e che la ricorrente va condannata al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, liquidate come in dispositivo.

PQM

La corte dichiara inammissibile il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in Euro 8.000,00, per compenso ed Euro 200,00 per esborsi, oltre agli accessori di legge.

Così deciso in Roma, il 23 aprile 2013.

Depositato in Cancelleria il 17 maggio 2013

Fonti: Giust. civ. Mass. 2007, 5

Classificazione: CASSAZIONE CIVILE - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - Consiglio di Stato

Cassazione civile - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - Consiglio di Stato - Sentenza contenente una ricognizione dell'oggetto del giudizio - Ricorso per cassazione - Inammissibilità - Fondamento - Fattispecie.

È inammissibile il ricorso per cassazione avverso la sentenza con la quale il Consiglio di Stato abbia proceduto alla ricognizione dell'oggetto del giudizio instaurato dinanzi a sé, trattandosi di valutazione in relazione alla quale non può configurarsi una violazione dei limiti esterni della giurisdizione, la quale può intervenire solo quando, individuato l'oggetto della domanda, il giudice ritenga erroneamente sussistente (o insussistente) la sua giurisdizione in ordine alla vertenza da lui stesso identificata. (Nella specie, impugnata la sentenza del Tar per aver dato corso ad un giudizio di ottemperanza riguardante l'esecuzione di un decreto presidenziale reso su ricorso straordinario al Capo dello Stato, il Consiglio di Stato aveva escluso che si vertesse in materia di giudizio di ottemperanza, affermando che il giudizio aveva ad oggetto l'accertamento dell'illegittimità del silenzio serbato dall'amministrazione di fronte al decreto).

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CARBONE Vincenzo	- Presidente aggiunto -
Dott. SENESE Salvatore	- Presidente di sezione -
Dott. VITTORIA Paolo	- Presidente di sezione -
Dott. VITRONE Ugo	- Consigliere -
Dott. VIDIRI Guido	- Consigliere -
Dott. DURANTE Bruno	- Consigliere -
Dott. SETTIMI Giovanni	- Consigliere -
Dott. SEGRETO Antonio	- Consigliere -
Dott. RORDORF Renato	- rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

OPERA PIA OSPEDALE - ISTITUTO MEDICO - PSICO-PEDAGOGICO (OMISSIS) - ENTE DI SERVIZI SOCIALI ED ASSISTENZIALI, in persona del Presidente pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA SABOTINO 46, presso lo studio dell'avvocato PROPERZI PATRIZIA, rappresentato e difeso VILLA Giuseppe, giusta delega in atti;

- ricorrente -

contro

OMNIBUS SOC. COOP. A R.L., in persona del legale rappresentante pro

tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE ANGELICO 45, presso lo studio dell'avvocato BUCCELLATO Fausto, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato RANIERI FELICI, giusta delega in calce al controricorso;

- controricorrente -

e contro

"LA PICENA" - SOCIETA' COOPERATIVA SOCIALE A RESPONSABILITA' LIMITATA;

- intimata -

avverso la decisione n. 6584/04 del Consiglio di Stato, depositata il 12/10/04;

udita la relazione della causa svolta nella Pubblica udienza del 08/05/07 dal Consigliere Dott. Renato RORDORF;

uditi gli avvocati Giuseppe VILLA, Fausto BUCCELLATO;

udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott. IANNELLI Domenico, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso.

Fatto

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La Omnibus - Società Cooperativa Sociale a r.l. (in prosieguo indicata solo come Omnibus) ebbe a proporre un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica avverso due delibere con le quali l'Opera Pia Ospedale - Istituto Medico Psicopedagogico (OMISSIS) - Ente di Servizi Sociali ed Assistenziali (in prosieguo Opera Pia), in data 31 dicembre 1999, aveva annullato una gara d'appalto cui la medesima Omnibus aveva partecipato, in veste di capogruppo di un'associazione temporanea d'impresе, ed aveva proceduto ad indire una nuova gara, pre-clusa però ad associazioni di tal genere, conclusasi con l'aggiudicazione in favore di altra società, La Picena Società Cooperativa Sociale a r.l. (in prosieguo La Picena).

Le due citate delibere furono altresì impugnate con ricorso al Tribunale amministrativo regionale delle Marche, che però dichiarò il ricorso irricevibile.

La pratica inerente al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica fu invece istruita da due distinte amministrazioni statali e mise capo a due diversi decreti presidenziali: l'uno, in data 6 novembre 2001, col quale il ricorso fu dichiarato inammissibile, e l'altro, in data 18 gennaio 2002, recante il n. 1601, che invece parzialmente accolse il ricorso e dichiarò illegittimi sia l'annullamento della prima gara d'appalto sia l'indizione della seconda. Un successivo ricorso dell'Opera Pia, per revocazione del secondo dei due indicati decreti presidenziali, fu dichiarato inammissibile con D.P.R. 9 dicembre 2002.

Non avendo l'Opera Pia dato alcun seguito alla diffida con cui era stata sollecitata a dare esecuzione al decreto presidenziale favorevole alla Omnibus, quest'ultima propose ricorso al Tribunale amministrativo delle Marche avverso il silenzio-rifiuto, ed il

tribunale accolse la do-manda nominando un commissario ad acta per l'esecuzione del provvedimento.

Il Consiglio di Stato, con decisione depositata il 12 ottobre 2004, rigettò il gravame proposto dall'Opera Pia avverso l'anzidetta pronuncia del tribunale osservando:

che le doglianze formulate dall'appellante in parte riproducevano questioni già risolte con il D.P.R. 9 dicembre 2002, con cui era stato dichiarato inammissibile il ricorso per revocazione; che, comunque, non vi era contrasto giuridicamente rilevante tra una decisione in rito, come tale non suscettibile di creare preclusioni di sorta, e l'unica pronuncia sul merito espressa dal D.P.R. n. 1601 del 2002;

che quest'ultimo decreto non poteva certo considerarsi giuridicamente inesistente - come so-stenuto dall'appellante - per il solo fatto sulla medesima vicenda era stato emesso in prece-denza un altro decreto di tenore diverso;

che non erano in quella sede ammissibili le censure dirette a far valere pretesi errori di diritto contenuti nel parere del Consiglio di Stato in base al quale era stato emesso il più volte citato D.P.R. n. 1601;

che il passaggio in giudicato della sentenza con cui il Tribunale amministrativo aveva a suo tempo dichiarato irricevibile il ricorso della Omnibus non aveva comportato il consolidamento dei provvedimenti in quella sede impugnati, ostandovi la contemporanea pendenza del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica conclusosi poi in senso favorevole alla ricorrente;

che nessun rilievo aveva, ai fini del presente giudizio, neppure la circostanza che La Picena avesse frattanto completato l'appalto di cui si era resa aggiudicataria in base alla delibera poi annullata col decreto presidenziale, restando comunque vivo l'interesse della Omnibus a colti-vare il ricorso in prospettiva risarcitoria;

che tale ricorso non aveva dato vita ad un giudizio di ottemperanza, la cui esperibilità in rela-zione ad un provvedimento emanato a seguito di ricorso straordinario al Capo dello Stato sa-rebbe stata dubbia, poichè viceversa la Omnibus, in questa sede, aveva impugnato il silenzio serbato dall'amministrazione a fronte del decreto presidenziale, e questo era l'unico rimedio sicuramente spettante alla parte interessata in casi simili.

Avverso tale decisione del Consiglio di Stato l'Opera Pia ha proposto ricorso per Cassazione denunciando il difetto di giurisdizione del giudicante e l'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nella sfera del merito.

La Omnibus ha resistito con controricorso.

Nessuna difesa ha svolto La Picena.

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorso non è ammissibile.

Per costante giurisprudenza di questa corte i motivi inerenti alla giurisdizione - in relazione ai quali soltanto è ammesso, ai sensi dell'art. 111 Cost., u.c., e dell'art. 362 c.p.c., il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato - vanno identificati o nell'ipotesi in cui la pronuncia del Consiglio di Stato abbia violato (in

positivo o in negativo) l'ambito della giurisdizione in generale, o nell'ipotesi in cui abbia violato i cosiddetti limiti esterni della propria giurisdizione, ossia quando il Consiglio di Stato abbia giudicato su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, oppure abbia negato la propria giurisdizione nell'erroneo convincimento che essa appartenga ad altro Giudice, ovvero ancora quando, in materia attribuita alla propria giurisdizione limitatamente al solo sindacato sulla legittimità degli atti amministrativi, abbia compiuto un sindacato di merito: di talchè è inammissibile il ricorso per Cassazione con il quale si denunci un cattivo esercizio da parte del Consiglio di Stato della propria giurisdizione, vizio che, attenendo all'esplicazione interna del potere giurisdizionale conferito dalla legge al giudice amministrativo, non può essere dedotto dinanzi alle Sezioni Unite della Suprema Corte (cfr., tra le altre, Sez. un., 19/07/2006, n. 16469; 09/06/2006, n. 13433; 05/06/2006, n. 13176; 11/05/2006, n. 10828; 28/03/2006, n. 7026; 28/03/2006, n. 7025; 06/07/2005, n. 14211; 14/06/2005, n. 12726; 29/04/2005, n. 8882; e 15/04/2005, n. 7799).

Nel caso in esame l'Opera Pia ricorrente si duole che il Consiglio di Stato abbia dato corso ad un giudizio di ottemperanza riguardante l'esecuzione di un provvedimento - quale la pronuncia emessa su ricorso straordinario al Capo dello Stato - non suscettibile di acquisire autorità di res iudicata. Ma così non è, perchè, viceversa, l'impugnata decisione espressamente chiarisce che la presente vertenza non è riconducibile nell'alveo del giudizio di ottemperanza, bensì in quello di un normale giudizio volto a far dichiarare l'illegittimità del silenzio-rifiuto op-posto dalla pubblica amministrazione ad una pretesa fatta valere dal privato sulla base di un precedente provvedimento che la legittima.

Con siffatta affermazione il Consiglio di Stato altro non ha fatto che procedere alla ricognizione dell'oggetto del giudizio instaurato dinanzi a sè, ed il risultato di tale verifica si sottrae, con ogni evidenza, al sindacato della Cassazione. Si tratta, infatti, di un genere di valutazione preliminare che, implicitamente o esplicitamente, ciascun Giudice è sempre chiamato a compiere circa i termini della materia del contendere sottoposta al suo esame; una valutazione, perciò, in relazione alla quale un'eventuale violazione dei limiti esterni della giurisdizione non è neppure in astratto postulabile, potendosi essa realizzare soltanto in un momento logicamente successivo, e cioè quando, dopo aver individuato quale è in concreto l'oggetto della domanda e quali sono i termini della vertenza da decidere, il Giudice erroneamente ritenga sussistente (o insussistente) la propria giurisdizione in ordine alla vertenza così precedentemente da lui stesso identificata.

Queste considerazioni appaiono risolutive ed assorbenti, giacchè le ulteriori critiche prospettate nel ricorso muovono sempre dal presupposto - contrario al tenore dell'impugnata decisione - che la decisione medesima sia intervenuta all'esito di un giudizio di ottemperanza, e, per il resto, sembrano riguardare non tanto la pronuncia qui impugnata quanto la diversa e precedente decisione con cui il medesimo Consiglio di Stato ebbe a dichiarare inammissibile l'istanza di revocazione del secondo dei due

decreti presidenziali emessi all'esito del ricorso straordinario al Capo dello Stato proposto dalla Omnibus.

Alla declaratoria d'inammissibilità del presente ricorso fa seguito la condanna dell'Opera Pia al rimborso delle spese del giudizio di legittimità sostenute dalla società controricorrente, liquidate in Euro 3.500,00 (tremilacinquecento) per onorari e Euro 100,00 (cento) per esborsi, oltre alle spese generali ed agli accessori di legge.

PQM

La Corte, pronunciando a Sezioni Unite, dichiara il ricorso inammissibile e condanna la ricorrente al rimborso delle spese del giudizio di legittimità sostenute dalla controricorrente, che liquida in Euro 3.500,00 (tremilacinquecento) per onorari e Euro 100,00 (cento) per esborsi, oltre alle spese generali ed agli accessori di legge.

Così deciso in Roma, il 8 maggio 2007.

Depositato in Cancelleria il 30 maggio 2007

Fonti: Giust. civ. Mass. 2006, 5 - Foro amm. CDS 2006, 9, 2455 (s.m)

Classificazione: CASSAZIONE CIVILE - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - Consiglio di Stato

Cassazione civile - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - Consiglio di Stato - Sindacato di legittimità della Corte di cassazione - Limiti - Garanzia costituzionale del giusto processo - Ampliamento dell'ambito del sindacato delle Sezioni unite - Insussistenza - Deducibilità, come motivo di ricorso, del difetto di legittimazione ad agire - Esclusione.

Anche a seguito dell'inserimento della garanzia del giusto processo nell'art. 111 cost., il sindacato delle Sezioni unite della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale continua ad essere circoscritto al controllo dei limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo, ovvero all'esistenza dei vizi che attengono all'essenza della funzione giurisdizionale e non al modo del suo esercizio, cui si riferiscono, invece, gli errori in giudicando o in procedendo, con la conseguenza che tale sindacato non è invocabile nei casi in cui, come motivo di impugnazione, sia dedotto il difetto di legittimazione ad agire.

Fonti: Giust. civ. Mass. 2006, 5 – DeG - Dir. e giust. 2006, 28, 44 – Foro amm. CDS 2006, 9, 2455 (s.m) – Vita not. 2006, 2, 909

Classificazione: GIURISDIZIONE CIVILE - Giurisdizione ordinaria e amministrativa - autorità giudiziaria ordinaria. GIURISDIZIONE CIVILE - Giurisdizione ordinaria e amministrativa - in genere

Giurisdizione civile - Giurisdizione ordinaria e amministrativa - Controversia avente ad oggetto la contestazione da parte di un privato della tariffa applicata da un notaio per la stipula di un atto - Regime della giurisdizione anche successivamente alla caducazione dell'art. 33, comma 2, del d.lg. n. 80 del 1998 dopo la sentenza n. 204 del 2004 Corte cost. - Giurisdizione del giudice ordinario - Sussistenza - Fondamento - Contenuto meramente patrimoniale della causa intercorrente tra soggetti privati.

La controversia tra un privato ed il notaio rogante, avente ad oggetto la contestazione della tariffa in concreto applicata per l'atto stipulato nell'interesse del primo, appartiene, anche nel regime scaturito dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 33 comma 2 lett. c, d.lg. 31 marzo 1998 n. 80. come modificato dall'art. 7 l. n. 205 del 2000, intervenuta per effetto della sentenza della Corte cost. n. 204 del 2004, alla giurisdizione del giudice ordinario, trattandosi di causa avente contenuto schiettamente patrimoniale, intercorrente tra privati, tale dovendosi considerare il notaio quando applica la tariffa nell'ambito di un rapporto di prestazione d'opera professionale.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CARBONE Vincenzo - Presidente aggiunto -

Dott. PRESTIPINO Giovanni - Presidente di sezione -

Dott. VITTORIA Paolo - Presidente di sezione -
Dott. PREDEN Roberto - rel. Consigliere -
Dott. MORELLI Mario Rosario - Consigliere -
Dott. GRAZIADEI Giulio - Consigliere -
Dott. TRIFONE Francesco - Consigliere -
Dott. VIDIRI Guido - Consigliere -
Dott. BONOMO Massimo - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

S.L., elettivamente domiciliato in ROMA, VIALE MAZZINI
73, presso l'Ufficio legale nazionale del CODAGONS, rappresentato e
difeso dagli avvocati RIENZI CARLO, CONTE ANTONIO, giusta delega a
margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, in persona del Ministro pro tempore,
C.I.P.E. - COMITATO INTERMINISTERIALE PROGRAMMAZIONE ECONOMICA, in
persona del legale rappresentante pro tempore, entrambi domiciliati
in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO
STATO, che li rappresenta e difende ope legis;

- controricorrenti -

contro

CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, in persona del Presidente pro
tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIALE PARIOLI 180, presso
lo studio legale SANINO, rappresentato e difeso dall'avvocato SANINO
MARIO giusta delega a margine del controricorso;

- controricorrenti -

contro

CASSA NAZIONALE DEL NOTARIATO, in persona del Presidente pro tempore,
elettivamente domiciliata in ROMA, VIA G. PAISIELLO 55, presso lo
studio dell'avvocato SCOCA FRANCO GAETANO, che la rappresenta e
difende, giusta delega a margine del controricorso;

- controricorrente -

avverso la decisione n. 3876/2003 del Consiglio di Stato di ROMA,
depositata il 30/06/2003;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del
06/04/06 dal Consigliere Dott. Roberto PREDEN;

uditi gli avvocati RIENZI Carlo, DI CARLO Maurizio, SCOCA Franco
Gaetano;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott.
MARTONE Antonio che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Fatto

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

L'associazione dei consumatori CODACONS e S.L. hanno impugnato davanti al T.A.R. del Lazio il decreto del Ministro della giustizia del 27.11.2001 n. 14094 e tutti gli atti ulteriori con i quali era stata approvata la nuova tariffa degli onorari, diritti, indennità e compensi spettanti ai notai a far data dall'1.1.2002, chiedendone l'annullamento.

Il T.A.R. del Lazio, con sentenza n. 7456 del 29.8.2002, ha rigettato per difetto di interesse sostanziale il ricorso.

Avverso la sentenza il CODACONS ed il S. hanno proposto appello.

Il Consiglio di Stato, sez. 4^a, con sentenza n. 3876 del 30.6.2003, ha dichiarato inammissibile l'appello per difetto di legittimazione attiva del CODACONS e del S., per quanto attiene alla difesa degli interessi collettivi, ed ha dichiarato il difetto di giurisdizione sulla pretesa azionata dal S. relativa al rapporto individuale. Per quanto concerne il S., ha ritenuto il Consiglio di Stato che il singolo cittadino non è legittimato ad agire contro i provvedimenti di approvazione di tariffe professionali, qual è quella notarile, in quanto non è portatore di un interesse collettivo rispetto al quale la legge preveda un'azione popolare; ed ha ancora considerato che, ove il ricorso fosse rivolto a contestare la tariffa da lui corrisposta per l'atto stipulato avvalendosi dell'opera del notaio, il ricorrente non poteva ottenere dal Giudice amministrativo la tutela invocata, essendo questa rimessa alla giurisdizione ordinaria vertendosi in materia di rapporti individuali di utenza ai sensi del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 33, comma 2, lettera e).

Avverso la sentenza il solo S. ha proposto ricorso per Cassazione, affidandone l'accoglimento a quattro motivi, illustrati con memoria.

Hanno resistito, con distinti controricorsi, il Ministero della giustizia, il Consiglio nazionale del notariato e la Cassa nazionale del notariato, che ha anche depositato memoria.

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo, denunciando violazione della L. 29 marzo 1865, n. 2248, all. E, artt. 24, 103, 111 e 113 Cost., del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, art. 26 e segg., della L. 5 dicembre 1971, n. 1034, e D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 33, il ricorrente sostiene che il S. era legittimato ad impugnare il provvedimento di approvazione della tariffa notarile, denunciando l'arbitrarietà e l'illegittimità di quest'ultima, dovendosi riconoscere al singolo, tenuto a rivolgersi al notaio per compiere determinati atti, il diritto ad ottenere che un Giudice, una volta per tutte ed in un unico giudizio, dichiari la tariffa inefficace nei suoi confronti, senza che debba intentare una causa per ogni parcella.

Con il terzo motivo denunciando violazione della L. 29 marzo 1865, n. 2248, all. E, artt. 24, 103, 111 e 113 Cost., R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, art. 26 e segg., dell'art. 5 L. 5 dicembre 1971, n. 1034, e D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 33, il ricorrente sostiene che, avendo il S. impugnato il provvedimento di approvazione della tariffa, allo scopo di ottenere la revisione della tariffa notarile per il passato, il presente ed il futuro, quale fruitore

dell'attività del notaio, nel suo unico interesse, ed essendo l'approvazione riservata alla discrezionalità della pubblica amministrazione, non veniva in considerazione un rapporto individuale di utenza, come ritenuto dal Consiglio di Stato.

1.1. I due motivi, che possono essere congiuntamente esaminati in ragione della loro intima connessione, sono inammissibili.

Si tratta di censure rivolte alla statuizione del Consiglio di Stato con la quale è stato rilevato il difetto di legittimazione ad agire del S., quale singolo, avverso il provvedimento di approvazione della tariffa notarile.

Va tuttavia ribadito che, anche a seguito dell'inserimento della garanzia del giusto processo nell'art. 111 della Costituzione, il sindacato delle Sezioni unite della Corte di Cassazione sulle decisioni della Corte di conti (e del Consiglio di Stato) in sede giurisdizionale continua ad essere circoscritto al controllo dei limiti esterni della giurisdizione del Giudice contabile, ovvero all'esistenza dei vizi che attengono all'essenza della funzione giurisdizionale e non al modo del suo esercizio, cui attengono, invece, gli errori in indicando o in procedendo (ord. n. 7799/05; n. 4093/05; n. 24175/04; n. 11091/03; n. 385/02).

Ed il rilievo del difetto di legittimazione ad agire attiene al modo di esercizio della funzione giurisdizionale.

2. Con il secondo motivo, denunciando violazione della legge 29.3.1865 n. 2248, all. E, degli artt. 24, 103, 111 e 113 Cost., del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, art. 26 e segg., della L. 5 dicembre 1971, n. 1034 e del D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 33, assume il ricorrente che erroneamente il Consiglio di Stato ha dichiarato il difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo sulla controversia individuale tra il S. ed il notaio rogante, avente ad oggetto la contestazione della tariffa in concreto applicata per l'atto stipulato, qualificandola come controversia relativa rapporto individuale di utenza, riservata al Giudice ordinario ai sensi del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 33, comma 2, lettera c); sostiene che la citata disposizione non è applicabile nella specie poichè il notaio, come ritenuto dallo stesso Consiglio di Stato al fine di escludere la legittimazione del CODACONS, non eroga un servizio pubblico, ma svolge una funzione, rispetto alla quale i cittadini non possono essere definiti né consumatori né utenti.

Con il quarto motivo, denunciando violazione della L. 29 marzo 1865, n. 2248, all. E, degli artt. 24, 103, 111 e 113 Cost., del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, art. 26 e segg., della L. 5 dicembre 1971, n. 1034, art. 5 e del D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 33, assume il ricorrente che, seppure fosse configurabile un rapporto individuale di utenza nell'ambito di un servizio pubblico, difetta il carattere di soggetto privato dell'erogatore del servizio, poichè il notaio riveste la qualità di pubblico ufficiale.

2.1. I due motivi, che possono essere congiuntamente esaminati in ragione della loro intima connessione, sono ammissibili, in quanto volti a censurare la statuizione di difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo, ma sono infondati.

Il Consiglio di Stato ha declinato la propria giurisdizione sulla controversia vertente tra il S. ed il notaio stipulante l'atto prodotto dal ricorrente, ove il ricorso dovesse intendersi come rivolto a contestare la tariffa da lui corrisposta per tale atto, stipulato avvalendosi dell'opera del notaio, e la decisione è esatta, anche se affidata a disposizione, il D.Lgs. 31

marzo 1998, n. 80, art. 33, comma 2, lettera c), come modificato dalla L. n. 205 del 2000, venuta meno per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004, trattandosi di controversia, avente contenuto schiettamente patrimoniale, intercorrente tra soggetti privati, tale dovendosi considerare il notaio quando applica la tariffa nell'ambito di un rapporto di prestazione d'opera professionale.

2.2. Va quindi dichiarata la giurisdizione del Giudice ordinario su tale controversia.

3. Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti costituite le spese del giudizio di Cassazione.

PQM

La Corte dichiara inammissibili il primo ed il terzo motivo; rigetta il secondo ed il quarto; dichiara la giurisdizione del Giudice ordinario in relazione alla domanda volta a contestare la tariffa applicata nel caso specifico; compensa le spese del giudizio di Cassazione.

Così deciso in Roma, il 6 aprile 2006.

Depositato in Cancelleria il 11 maggio 2006

Fonti: Servizi pubbl. e appalti 2005, 4, 822 (nota di: GOGGIAMANI)

Classificazione: GIURISDIZIONE CIVILE - Giurisdizione ordinaria e amministrativa - autorità giudiziaria ordinaria

La controversia relativa alla nomina o alla revoca degli amministratori di una società che gestisce un servizio pubblico attenendo a rapporti che non sono pertinenti alla sua gestione e che non sono strumentali all'erogazione delle prestazioni non è ricompresa nella giurisdizione esclusiva di cui all'art. 33 d.lg. 31 marzo 1998 n. 80.

Fonti: Servizi pubbl. e appalti 2005, 4, 822 (nota di: GOGGIAMANI)

Classificazione: GIURISDIZIONE CIVILE - Giurisdizione ordinaria e amministrativa - autorità giudiziaria ordinaria

La facoltà attribuita all'ente pubblico dall'art. 2458 c.c. di revoca degli amministratori della società da esso partecipata è sostitutiva della generale competenza dell'assemblea ordinaria, e pertanto tale deve essere qualificata come potestà di diritto privato. Essendo la situazione soggettiva coinvolta diritto soggettivo, ne deriva l'esclusione della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo.

Fonti: Foro it. 2005, I,2726 (nota di: URSI)

Classificazione: GIURISDIZIONE CIVILE - Giurisdizione ordinaria e amministrativa - autorità giudiziaria ordinaria

Rientra nella giurisdizione del g.o. la controversia, che ha ad oggetto la domanda di annullamento di provvedimenti comunali di non approvazione del bilancio e conseguente revoca degli amministratori di s.p.a., costituita per gestire un servizio pubblico (nella specie, raccolta dei rifiuti urbani) e di cui il comune sia socio unico.

Fonti: Giust. civ. Mass. 2005, 4 - DeG - Dir. e giust. 2005, 21, 27 - Riv. corte conti 2005, 5, 167

Classificazione: SOCIETÀ DI CAPITALI - Azioni - unico azionista. GIURISDIZIONE CIVILE - Giurisdizione ordinaria e amministrativa - autorità giudiziaria ordinaria

La società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché il Comune ne possieda, in tutto o in parte, le azioni: il rapporto tra società ed ente locale è di assoluta autonomia, al Comune non essendo consentito incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società per azioni mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali, ma solo avvalendosi degli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della società. Ne consegue che rientra nella giurisdizione del g.o. la controversia avente ad oggetto la domanda di annullamento di provvedimenti comunali di non approvazione del bilancio e conseguente revoca degli amministratori di società per azioni di cui il Comune sia unico socio, costituendo gli atti impugnati espressione non di potestà amministrativa ma dei poteri conferiti al Comune

dagli art. 2383, 2458 e 2459 c.c., nella specie trasfusi nello statuto della società per azioni, e quindi manifestazione di una volontà essenzialmente privatistica, cosicché la posizione soggettiva degli amministratori revocati - che non svolgono né esercitano un pubblico servizio - è configurabile in termini di diritto soggettivo, dovendo inoltre escludersi la riconducibilità di detta controversia nel novero di quelle attribuite alla giurisdizione esclusiva del g.a. dall'art. 33 d.lg. 31 marzo 1998 n. 80 (novellato dall'art. 7 l. 21 luglio 2000 n. 205).

Fonti: Giust. civ. Mass. 2005, 4 – DeG - Dir. e giust. 2005, 21, 27

Classificazione: CASSAZIONE CIVILE - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - Consiglio di Stato

Anche a seguito dell'inserimento della garanzia del giusto processo nell'art. 111 cost., il sindacato delle Sezioni Unite della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale continua ad essere circoscritto al controllo dei limiti esterni della giurisdizione del g.a., ovvero all'esistenza dei vizi che attengono all'essenza della funzione giurisdizionale, e non al modo del suo esercizio, cui si riferiscono, invece, gli errori in iudicando o in procedendo, con la conseguenza che tale sindacato non è invocabile nei casi in cui, come motivo di impugnazione, sia dedotta una mancata (inesistente o apparente) motivazione della decisione.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. Vincenzo	CARBONE	Primo Presidente Agg.
Dott. Giovanni	PRESTIPINO	Presidente di Sez.
Dott. Enrico	PAPA	Consigliere
Dott. Antonino	ELEFANTE	Consigliere rel.
Dott. Alessandro	CRISCUOLO	Consigliere
Dott. Fabrizio	MIANI CANEVARI	Consigliere
Dott. Michele	LO PIANO	Consigliere
Dott. Stefanomaria	EVANGELISTA	Consigliere
Dott. Massimo	BONOMO	Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Sul ricorso n. 8154/03 proposto

da

B.A., elettivamente domiciliato in Roma, Via Confalonieri n. 5, presso lo studio dell'Avv. Luigi Manzi che unitamente all'Avv. Ivone Cacciavillani lo difende come da procura a margine del ricorso.

RICORRENTE

contro

COMUNE DI VERONA, in persona del Sindaco p.t. Avv. P.Z. elettivamente

domiciliato in Roma, Via del Quirinale n. 25, presso lo studio dell'Avv. Marcello Clarich che unitamente all'Avv. Giovanni Sala lo difende come da procura a margine del controricorso.

CONTRORICORRENTE

e contro

AZIENDA MULTISERVIZI IGIENE E AMBIENTE DI VERONA (A.M.I.A.).

INTIMATA

per la cassazione della sentenza del Consiglio di Stato n. 708/03 in data 29.10.2002 / 11.02.2003.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 17.03.2005 dal Cons. Dott. Antonino Elefante.

Sentito l'Avv. Ivone Cacciavillani per il ricorrente e l'Avv. Marcello Clarich per il controricorrente.

Udito il P.M. in persona dell'Avv. Generale Dott. Vincenzo Maccarone che ha concluso per il rigetto del ricorso e la giurisdizione del giudice ordinario.

Fatto

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

A.B., con altri membri del consiglio di amministrazione dell' A.M.I.A., società a capitale interamente pos-seduto dal Comune di Verona, impugnò davanti al TAR del Veneto le delibere della Giunta Comunale di Verona e del Sindaco con le quali era stata disposta la svalutazione della suddetta società partecipata e la revoca degli amministratori.

Il TAR del Veneto declinò la propria giurisdizione in favore del giudice ordinario.

Il gravame proposto dal B. fu rigettato dal Consiglio di Stato, con sentenza n. 708/03 del 29.10.2002/11.02.2003, che confermò la giurisdizione del giudice ordinario.

Per la cassazione di tale sentenza ricorre il B. deducendo due motivi di annullamento.

Il Comune di Verona resiste con controricorso.

La soc. A.M.I.A, non si è costituita.

Il B. e il Comune hanno depositato memorie.

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Col primo motivo, denunciando violazione delle norme sulla giurisdizione (art. 111, primo comma, della Cost.) e decisione apparente, il ricorrente contesta che la sentenza impugnata, alla stregua del giusto processo, sia atto giurisdizionale per inesistenza della motivazione. Ciò perché il Consiglio di Stato, che si è av-valso del "rito semplificato" (introdotto con la novella di cui all'art. 9 della legge n. 205 del 2000), che consente che la decisione sia "succintamente motivata", si sarebbe limitato a richiamare un precedente della Corte Regolatrice (S.U. 3 agosto 2000, n. 532) che, a giudizio del ricorrente, non si addice al caso in esame.

2. Col secondo motivo, denunciando violazione delle norme di giurisdizione (art. 33 della legge n. 205 del 2000), il ricorrente sostiene che la controversia, vertendo tra Comune e gestore di pubblico servizio, appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo. Al riguardo, come meglio precisato in memoria, il ricorrente afferma che deve considerarsi "società pubblica", e non privata, quella che ha, come nel caso specifico, unico socio l'ente comunale, che è stata costituita per gestire un pubblico servizio, qual è quello della raccolta dei rifiuti urbani, e che è finanziata solo con risorse pubbliche. In tal caso, la società che presenta tali caratteristiche (Comune unico socio, oggetto sociale la gestione di un servizio pubblico, finanziamento con sole risorse pubbliche) è da ritenere organo del Comune e gli atti afferenti a tale organo devono seguire le regole proprie dell'ordinamento comunale e sono di natura pubblicistica.

3. I due motivi, da trattare congiuntamente per ragioni di connessione, sono infondati.

4. Premesso che, anche a seguito dell'inserimento della garanzia del giusto processo nell'art. 111 Cost., il sindacato delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale continua ad essere circoscritto al controllo dei limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo, ovvero all'esistenza dei vizi che attengono all'essenza della funzione giurisdizionale, e non al modo del suo esercizio, cui attengono, invece, gli errori in giudicando o in procedendo (v. fra tante: Sez. Un. 12.3.2004, n. 5179; 15.7.2003, n. 11091; 15.1.2002, n. 11226), con la conseguenza che tale sindacato non è invocabile nei casi in cui, come motivo di impugnazione, sia indicata una (presunta, per sinteticità di esposizione) mancata (inesistente o apparente) motivazione della decisione, va osservato, ai fini della risoluzione della questione di giurisdizione, che indubbiamente anche un ente a struttura societaria può assumere natura pubblicistica, qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge (v. ad es. art. 18 l. 22.12.1984 n. 887 per l'AGE Control s.p.a.) ovvero ricorrano determinate condizioni (comportanti una consistente alterazione del modello societario tipico, v. ad es. Poste Italiane s.p.a.).

4.1. Ma normalmente, come è stato già sottolineato da questa Corte (Cass. Sez. Un. 6.5.1995, n. 4989; 6.6.1997, n. 5085; 26.8.1998, n. 8454) la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché lo Stato o gli enti pubblici (Comune, Provincia, etc.) ne possiedono le azioni, in tutto o in parte, non assumendo rilievo alcuno, per le vicende della medesima, la persona dell'azionista, dato che tale società, quale persona giuridica privata, opera "nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'ente pubblico": il rapporto tra la società e l'ente locale "è di assoluta autonomia, sicché non è consentito al Comune incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società per azioni mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali". Invero, la legge non prevede "alcuna apprezzabile deviazione, rispetto alla comune disciplina privatistica delle società di capitali, per le società miste incaricate della gestione di servizi pubblici istituiti dall'ente locale... La posizione del Comune all'interno della società è unicamente quella di socio di maggioranza, derivante dalla "prevalenza" del capitale da esso conferito; e soltanto in tale veste l'ente pubblico potrà influire sul funzionamento della società... avvalendosi non già dei poteri pubblicistici che non gli

spettano, ma dei soli strumenti previsti dal diritto societario, da esercitare a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della società (v. art. 2459 c..)".

4.2. Ne consegue che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia che ha ad oggetto la domanda di annullamento di provvedimenti comunali di non approvazione del bilancio e conseguente re-voca degli amministratori di società per azioni di cui il Comune sia socio unico, costituendo gli atti impugnati espressione non di potestà amministrativa ma dei poteri conferiti al Comune dagli art. 2383, 2458 e 2459 c.c., nella specie trasfusi nello statuto della s.p.a., cosicché la posizione soggettiva degli amministratori re-vocati - che non svolgono né esercitano un pubblico servizio - è configurabile in termini di diritto soggetti-vo ed è quindi tutelabile dinanzi al giudice ordinario.

5. Non si tratta, pertanto, come assume il ricorrente, di controversia tra Comune e "gestore comunque denominato" di pubblico servizio, bensì di controversia in tema di revoca degli amministratori di società per azioni, ancorché con partecipazione pubblica; onde risulta del tutto inconferente il richiamo all'art. 33 del decreto legislativo n. 80/1998, per inferirne la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, atteso che tale giurisdizione "è limitata alle controversie inerenti al fatto in sé dell'erogazione del servizio pubblico e non riguarda anche le attività che consentono l'erogazione stessa e che quindi rivestono soltanto rilievo strumentale ed interno" (come affermato da Sez. Un. 3.8.2000, n. 532, richiamata nella sentenza impugnata, nonché da Sez. Un. 30.3.2000, n. 71 e da Sez. Un. 22.7.2002, n. 1076).

5.1. Invero, non può farsi rientrare nella materia dei pubblici servizi la controversia relativa alla nomina o alla revoca degli amministratori di una società che gestisce un servizio pubblico, in quanto, trattandosi di lite che riguarda rapporti neanche indirettamente pertinenti alla gestione del servizio pubblico (investendo la permanenza del mandato degli amministratori della società) ed estranei anche ad un vincolo di strumentalità con l'erogazione delle prestazioni (restando, a quel fine, indifferente l'identità delle persone fisiche che ricoprono l'incarico di membri del Consiglio di Amministrazione), è da escludere qualsiasi possibilità di sua catalogazione nel novero delle controversie attribuite alla giurisdizione esclusiva amministrativa in materia, per come definita nell'art. 33, comma 1, del D. l.vo n. 80 del 1988, ed interpretata dal menzionato orientamento giurisprudenziale (v. Cons. Stato, Sez. V, 25.3.2003, n. 3346).

6. Parimenti la controversia non può farsi rientrare tra quelle in "materia di vigilanza e di controllo nei confronti dei gestori di pubblici servizi", di cui al secondo comma del cit. art. 33, atteso che il potere di vigilanza e di controllo, il cui esercizio radica la giurisdizione amministrativa, consiste nell'attività di verifica nella correttezza dell'espletamento del servizio e riguarda, pertanto, l'attività operativa del gestore - e, quindi, nella fattispecie, della società - ma non certo le determinazioni relative alla nomina o alla revoca degli amministratori della società, dove vengono in rilievo unicamente i rapporti tra soci e amministratori.

6.1. Né può farsi rientrare nelle controversie tra amministrazioni pubbliche e gestori dei servizi, perché la disposizione legislativa esige espressamente che la controversia opponga

l'Amministrazione Pubblica al gestore, e concerne, quindi, essenzialmente, il rapporto giuridico costituito dalla concessione o dall'affidamento del servizio, laddove nel caso specifico si tratta di lite instaurata esclusivamente tra Comune e amministratori revocati, senza peraltro che vi sia coinvolgimento anche della società dal momento che l'amministratore revocato agisce a tutela di una posizione soggettiva personale e non del soggetto giuridico che concorre ad amministrare.

7. L'assunto del ricorrente è da disattendere ancor più alla luce dell'intervento del giudice delle leggi (Corte Cost. 6.7.2004, n. 204), il quale ha escluso, da un lato che "la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale assumerebbe le sembianze del giudice "della" pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, comma 2, Cost.)" e dall'altro che "sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo".

7.1. A seguito della nuova formulazione dell'art. 33, comma 1, del D.lvo n. 80 del 1998, come modificato dall'art. 7, lettera a) della legge n. 205 del 2000, risultante dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 204 del 2004, che, in base alla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, ha dichiarato parzialmente illegittima la formulazione originaria della disposizione "nella parte in cui prevede che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi" anziché "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 legge 7 agosto 1990 n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore.....", è da escludere un'interpretazione estensiva della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia, quale quella prospettata dal ricorrente, che finirebbe col ricomprendere nella giurisdizione medesima controversie del tutto ininfluenti ed estranee alla erogazione del servizio pubblico.

8. Chiaramente la controversia non rientra neppure nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, atteso che, come sopra detto, la situazione giuridica di cui si chiede la tutela ha natura di diritto soggettivo e non certo di interesse legittimo.

8.1. L'art. 2458 c.c., come ricordato, prevede che se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazione in una società, l'atto costitutivo può ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci, disponendo anche che "gli amministratori o sindaci nominati a norma del comma precedente possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati".

8.2. La facoltà attribuita all'ente pubblico dal citato art. 2458 c.c. è, quindi, sostitutiva della generale competenza dell'assemblea ordinaria, trovando la sua giustificazione nella peculiarità di quella tipologia di soci, e deve essere qualificata estrinsecazione non di un potere pubblico, ma essenzialmente di una potestà di diritto privato, in quanto espressiva di una potestà attinente ad una situazione giuridica societaria, restando esclusa qualsiasi sua valenza amministrativa.

Costituisce, poi, questione di merito l'accertamento se tale facoltà in concreto spetta al Consiglio Comunale ovvero al Sindaco.

8.3. Dalla configurazione dell'atto di revoca come espressione di una facoltà inerente la qualità di socio e, quindi, come manifestazione di una volontà essenzialmente privatistica, deriva la esclusione della giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo.

9. Del tutto infondata è, infine, la tesi sostenuta dal ricorrente, secondo la quale l' A.M.I.A. s.p.a. non sarebbe un soggetto giuridico distinto dal Comune, cosicché la controversia sarebbe qualificabile come "conflitto tra organi del Comune (Sindaco, Consiglio Comunale e Società comunale).

La tesi della società-organo comunale è stata definitivamente abbandonata, sia in dottrina che in giurisprudenza (cfr. Cass. 10.2.2001, n. 1930).

9.1. Come lo stesso ricorrente ricorda, l' A.M.I.A. s.p.a. è stata costituita ai sensi dell'art. 17, comma 51. della l. n. 127 del 1997, che consentiva ai comuni di trasformare le aziende speciali in società per azioni. La trasformazione non ha, certo, fatto venir meno la personalità giuridica distinta dal Comune che già era attribuita all'A.M.I.A., come azienda speciale.

9.2. Deve, quindi, escludersi che, anche sotto questo profilo, la controversia possa rientrare nella giurisdizione del giudice amministrativo.

10. In conclusione, la controversia, riguardando la svalutazione di una società per azioni partecipata e il diritto soggettivo al mantenimento del mandato di amministratore di tale società, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario.

Il ricorso va, quindi, rigettato e va affermata la giurisdizione del giudice ordinario.

In base alla soccombenza il ricorrente va condannato al pagamento delle spese del presente giudizio, liquidate come in dispositivo.

PQM

P. Q. M.

La Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, rigetta il ricorso e dichiara la giurisdizione del giudice ordinario.

Condanna il ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di cassazione, che liquida in complessivi € 5.100,00, di cui € 5.000,00 per onorario, oltre spese generali e accessori come per legge.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio delle Sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione, il 17 marzo 2005.

DEPOSITATA IN CANCELLERIA IL 15 APR. 2005

Fonti: Giust. civ. Mass. 2005, 1

Classificazione: CASSAZIONE CIVILE - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - Consiglio di Stato

In tema di limiti al sindacato delle Sezioni Unite della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è figura di rilievo meramente teorico, in quanto - postulando che il giudice applichi, non la norma esistente, ma una norma da lui creata - potrebbe ipotizzarsi solo a condizione di poter distinguere un'attività di produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice, da un'attività interpretativa, la quale in realtà non ha una funzione meramente euristica, ma si sostanzia in un'opera creativa della volontà della legge nel caso concreto. (In applicazione di tale principio, le SS.UU. hanno escluso che, nella controversia promossa da un magistrato il quale aveva domandato il conferimento della funzione direttiva di Presidente di un tribunale capoluogo di distretto, attribuita ad altro magistrato, ed aveva, pertanto, impugnato la delibera del Csm nonché una circolare consiliare, il Consiglio di Stato, (che non aveva riconosciuto le violazioni di legge lamentate dal ricorrente - e cioè l'esercizio di un potere normativo derogatorio rispetto a quanto previsto dalla legge ed una concreta e specifica violazione di legge nella scelta operata) avrebbe definito la controversia con eccesso di potere giurisdizionale. Secondo le SS.UU., nella specie, il Consiglio di Stato si sarebbe, da un lato, limitato ad interpretare la legge oggetto delle opzioni contrastanti da parte dei contendenti e, da un altro, si sarebbe limitato ad affermare che il provvedimento consiliare era "espressione di alta discrezionalità", ma in concreto correttamente esercitata, pur nei più larghi limiti posti a tali tipi di funzioni e, pertanto, hanno ritenuto la decisione sottratta al sindacato di legittimità attribuito alle SS.UU. medesime)

Anche a seguito dell'inserimento della garanzia del giusto processo nell'art. 111 cost., il sindacato delle Sezioni unite della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale continua ad essere circoscritto al controllo dei limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo, ovvero all'esistenza dei vizi che attengono all'essenza della funzione giurisdizionale, e non al modo del suo esercizio, cui attengono, invece, gli errori in iudicando o in procedendo.

Fonti: Giust. civ. Mass. 2005, 1

Classificazione: CASSAZIONE CIVILE - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - Consiglio di Stato

Anche a seguito dell'inserimento della garanzia del giusto processo nell'art. 111 cost., il sindacato delle Sezioni unite della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale continua ad essere circoscritto al controllo dei limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo, ovvero all'esistenza dei vizi che attengono all'essenza della funzione giurisdizionale, e non al modo del suo esercizio, cui attengono, invece, gli errori in iudicando o in procedendo.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. Vincenzo CARBONE - Presidente aggiunto -
Dott. Giovanni PRESTIPINO - Presidente di sezione -
Dott. Antonio VELLA - Presidente di sezione -
Dott. Giovanni PAOLINI - Rel. Consigliere -
Dott. Roberto PREDEN - Consigliere -
Dott. Ugo VITRONE - Consigliere -
Dott. Guido VIDIRI - Consigliere -
Dott. Giuseppe MARZIALE - Consigliere -
Dott. Stefanomaria EVANGELISTA - Consigliere -

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso proposto da:

R.V., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA ENNIO QUIRINO VISCONTI 99, presso lo studio dell'avvocato EDMONDO CAPECELATRO, rappresentato e difeso dagli avvocati ANTONIO PALMA, ALESSANDRA ABBATE, giusta delega a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

G.D.R., elettivamente domiciliato in ROMA, VIALE PARIOLI 180, presso lo studio dell'avvocato MARIO SANINO, che lo rappresenta e difende, giusta delega a margine del controricorso;

- controricorrenti -

nonché contro

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA;

- intimati -

avverso la decisione n. 1927/02 del Consiglio di Stato, depositata il 10/04/02;

udito l'avvocato Francesco BRASCHI, per delega dell'avvocato Mario SANINO;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio il 16/12/04 dal Consigliere Dott. Giovanni PAOLINI;

lette le conclusioni scritte dal Sostituto Procuratore Generale Dott. Pasquale Maria CICCULO, il quale chiede alla Corte che voglia dichiarare inammissibile il ricorso.

Fatto

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il Dr. R.V., magistrato in servizio, con funzioni di presidente della sezione dei giudici delle indagini prelimi-nari, presso il Tribunale di Napoli, avendo presentato rituale e tempestiva

domanda di partecipazione al concorso per la copertura del posto, vacante, di presidente del tribunale del capoluogo regionale campano, con ricorsi in date, rispettivamente, 22 febbraio 1999 e 2 luglio 1999, impugnò dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, prima, la deliberazione del Consiglio superiore della magistratura del 22 dicembre 1998 avente ad oggetto la copertura urgente del posto cennato, nonché la circolare del detto Consiglio prot. P 98 - 25279 del 29 dicembre 1998 riguardante la "applicabilità della deroga di cui all'art. 194 O.G. ex art. 37 d.lgs n. 51/98 ai concorsi per il conferimento di uffici direttivi", oltre che ogni atto preparatorio, consequenziale e/o comunque connesso, e, in particolare, i pareri dell'Ufficio studi n. 340/98 del 21 ottobre 1998 e n. 392/98 dell'11 novembre 1998; poi, la deliberazione dell'assemblea plenaria del Consiglio superiore della magistratura del 16 giugno 1999, con la quale il posto discusso era stato conferito al Dr. G.D.R., ogni atto antecedente, conseguente o, comunque, connesso a tale deliberazione, e, in particolare, i verbali e le proposte della commissione per il conferimento degli uffici direttivi, il concerto del Ministro della giustizia, e, nuovamente, i surrichiamati atti già investiti dal più risalente dei suoi reclami.

Il tribunale amministrativo regionale, con sentenza del 12 aprile 2000, resa nel contraddittorio e nella resistenza del Consiglio superiore della magistratura, del Ministero della giustizia e del Dr. G.D.R., riuniti i ricorsi, dichiarò l'inammissibilità del primo e sanzionò la riezione del secondo.

Sull'appello del Dr. R.V., il Consiglio di Stato, con decisione del 18 dicembre 2001-10 aprile 2002, data anche questa nel contraddittorio e nella resistenza delle pp.aa. suddette e del Dr. G.D.R., disatteso il gravame, confermò la pronuncia del primo giudice.

Il Consiglio di Stato, per quanto qui rileva, motivò la statuizione così adottata con le considerazioni di seguito riportate.

"Con legge 16 luglio 1997 n. 254 il Governo è stato delegato ad emanare uno o più decreti legislativi per realizzare una più razionale distribuzione delle competenze degli uffici giudiziari in relazione all'istituzione del giudice unico, secondo precisi principi e criteri direttivi, tra cui, la soppressione dell'ufficio del pretore, trasferendo le competenze di tale giudice al tribunale (art. 1, lett. b), la soppressione delle attuali sezioni distaccate presso le preture circondariali (art. 1 lett. i) e dell'ufficio della Procura della Repubblica circondariale (art. 1, lett. m).

La lettera r) del ricordato articolo 1 della legge delega ha precisato che le disposizioni contenute nei decreti legislativi avrebbero avuto efficacia centoventi giorni dopo la loro pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.

In attuazione di tale delega è stato emanato il decreto legislativo 19 febbraio 1998 n. 51, recante effettivamente Norme in materia di istituzione del giudice unico, che, all'art. 37, ha disciplinato, per quanto qui interessa, la posizione dei magistrati già titolari dei posti di consigliere pretore dirigente, consigliere pretore, procuratore della Repubblica e procuratore aggiunto della Repubblica presso la Pretura circondariale, perdenti posti a causa dell'istituzione del giudice unico.

In particolare, il comma 1 ha previsto che essi, in deroga di quanto disposto dal terzo comma dell'art. 2 del r. d.lgs. 31 maggio 1946 n. 511 (secondo cui in caso di soppressione di

un ufficio giudiziario, i magistrati che ne fanno parte, se non possono essere assegnati ad altro ufficio della stessa sede sono destinati a posti vacanti del loro grado ad altra sede), in attesa di essere destinati ai nuovi incarichi o funzioni, a norma delle disposizioni che seguono, esercitano le funzioni di presidente di sezione o di procuratore aggiunto presso gli uffici cui sono state trasferite le funzioni degli uffici soppressi, collaborando con il presidente del tribunale e con il procuratore della Repubblica per la risoluzione dei problemi di organizzazione degli uffici ristrutturati.

Il secondo comma, poi, ha stabilito che entro centottanta giorni dalla data di efficacia del decreto legislativo, i titolari dei posti indicati al comma 1 possono chiedere in deroga al disposto dell'art. 194 del regio decreto 30 gennaio 1941 n. 12 l'assegnazione a posti vacanti pubblicati, mentre il terzo comma consente agli stessi di chiedere eventualmente subordinando gli effetti della domanda al mancato conferimento di un posto richiesto ai sensi del comma 2, di essere destinati all'esercizio di una delle seguenti funzioni, anche in soprannumero riassorbibile con le successive vacanze: a) - consigliere di corte di cassazione; limitatamente ai magistrati titolari dei posti soppressi indicati nell'art. 33 comma 2; b) - consigliere di corte d'appello nel distretto da essi scelto, c) - giudice del tribunale o sostituto procuratore della Repubblica.

Infine, il quarto comma ha stabilito che nel caso in cui i magistrati in esame nel termine sopra indicato non abbiano chiesto l'assegnazione ai sensi dei precedenti commi, gli stessi sono destinati d'ufficio ad esercitare le funzioni di giudice di tribunale o di sostituto procuratore della Repubblica negli uffici cui sono state trasferite le funzioni degli uffici soppressi o, se si tratta di magistrati già titolari di posti di presidente di sezione di tribunale, presso lo stesso ufficio in cui esercitavano le funzioni.

La disciplina sopra delineata non aveva effetto immediato, ma decorreva dal centottantesimo giorno successivo all'efficacia del decreto legislativo e cioè dal 2 giugno 1999, come fissato dall'art. 247 dello stesso decreto legislativo.

Ciò posto,, è mal posta la questione, che costituisce il vero oggetto della controversia, circa la natura inderogabile (o di ordine pubblico) della specifica disciplina fissata dal ricordato art. 37 del d.lgs. n. 51 del 1998.

Invero, l'attento esame della ricordata normativa evidenzia come essa sia rivolta a tutelare esclusivamente la posizione dei magistrati perdenti posti, attenuando il loro disagio derivante dalla soppressione dei posti di cui erano titolari: infatti, non solo ad essi non trova applicazione la puntuale normativa dei perdenti prevista dal terzo comma dell'articolo 2 del r. d.lgs. 31 maggio 1946 n. 511, per quanto ad essi non solo è dato di continuare a svolgere le funzioni degli uffici soppressi cui sono state trasferite le funzioni degli uffici soppressi, per quanto nel termine di centottanta giorni dall'efficacia del decreto legislativo, ed è ad essi consentito o di chiedere l'assegnazione ai posti vacanti pubblicati ovvero di essere destinati all'esercizio di funzioni di consigliere di corte di cassazione o di corte d'appello o di giudice di tribunale o di procuratore della Repubblica, anche in soprannumero; solo nell'estremo caso di mancato esercizio di una qualsiasi delle predette opzioni si apre per loro la possibilità di una nuova collocazione d'ufficio.

È evidente, quindi, che la normativa in esame, nell'ambito di un più generale intento organizzatorio, è ispirata ad un logico criterio di favore per assicurare una collocazione gradita ai magistrati perdenti posto: ciò trova conferma del resto nell'ultima parte della previsione del secondo comma dell'articolo 37 del d.lgs. n. 51 del 1998, laddove si stabilisce che nell'assegnazione dei posti vacanti di presidente di tribunale ordinario, procuratore della Repubblica o procuratore aggiunto della Repubblica presso il tribunale ordinario, sono particolarmente valutate le attitudini allo svolgimento di funzioni direttive dimostrate nell'esercizio di precedenti funzioni.

Chiarita la funzione e la natura della normativa in esame, deve aggiungersi che il Consiglio Superiore della Magistratura, quale organo di autogoverno dei giudici, se è sicuramente tenuto ad applicare la legge, non potendo dettare disposizioni integrative contrastanti con essa, ha anche il delicatissimo compito di organizzazione degli uffici giudiziari, individuandone i relativi capi tra i magistrati più idonei, al fine di rendere effettiva la funzione giurisdizionale e rispondente alle richieste e alle esigenze della società.

È proprio rispetto a tale delicato compito che va apprezzata la impugnata circolare del Consiglio Superiore della Magistratura, con la quale quest'ultimo si è in realtà fatto carico di trovare il giusto punto di equilibrio fra le logiche e ragionevoli esigenze di collocazione dei magistrati perdenti posto e quelle obiettive e irrinunciabili di assicurare il buon funzionamento degli uffici giudiziari.

Invero, a fronte delle disposizioni dell'art. 37 del d.lgs. n. 51 del 1998, che differendo l'avvio della collocazione dei magistrati perdenti posto in un ambito spaziale abbastanza ampio, di fatto bloccava le professionalità di tali magistrati, rendendole indisponibili fino all'esaurimento delle predette procedure di ricollocazione, prima a domanda e poi d'ufficio, incidendo così astrattamente in modo assolutamente negativo sull'organizzazione giudiziale, impedendo loro di partecipare ai concorsi per la copertura di posti vacanti, la impugnata circolare del Consiglio Superiore apre ai perdenti posto la partecipazione ai concorsi per la copertura dei posti vacanti, guadagnando in questo modo alla causa della funzionalità degli uffici giurisdizionali le relative professionalità.

In questo modo non vi è alcuna sovrapposizione della normativa stabilita con la circolare in esame rispetto a quella fissata dal decreto legislativo, diverse essendone le finalità e i rispettivi campi di azione.

Ed in tale ottica appare di tutta ragionevolezza e logicità il richiamo all'art. 194 dell'ordinamento giudiziario, derogato effettivamente per esclusivi motivi di servizio, nel quale non possono rientrare le finalità organizzatorie volte ad assicurare l'effettività e l'efficacia della funzione giurisdizionale, mentre sono del tutto infondate le asserite, ma apodittiche e indimostrate, finalità agevolative in favore del controinteressato che sarebbero sottese alla normativa contenuta nell'impugnata circolare.

È appena il caso di rilevare al riguardo che anche nell'ipotesi di trasferimento d'autorità non può escludersi una utilità o un vantaggio per il dipendente trasferito, senza che ciò possa incidere sulla natura del provvedimento.

Pertanto tutte le censure mosse nei confronti dell'impugnata circolare sono da respingere, ivi comprese quelle relative ad una pretesa contraddittorietà con altre precedenti circolari,

atteso che solo con la circolare impugnata viene evidenziata la finalità pubblicistica che si intende perseguire con la stessa.

... .. anche le censure rivolte avverso la scelta del Dr. G.D.R. a presidente del Tribunale di Napoli non possono trovare accoglimento.

È sufficiente rilevare al riguardo che l'individuazione del magistrato più idoneo a svolgere determinate funzioni in un posto messo a concorso tra tutti i magistrati in possesso di determinati titoli o anzianità costituisce espressione di alta discrezionalità che, come tale, sfugge al sindacato di legittimità, salvo che esso sia illogico, arbitrario, irrazionale, immotivato, ovvero si ponga in aperto ed insanabile contrasto con i principi di valutazione posti direttamente dalla legge o dall'organo deputato alla scelta.

Nel caso di specie tali elementi non sussistono.

La lettura degli atti del Consiglio Superiore della Magistratura relativi alla scelta del Dr. G.D.R. non fa emergere infatti alcun vizio della funzione e d'altra parte, diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, non risulta che tale scelta sia stata fondata esclusivamente sulla sua particolare situazione di consigliere pretore dirigente della Pretura di Napoli perdente posto per effetto dell'istituzione del giudice unico.

Né elementi a favore della tesi dell'appellante emergono dalla lettura della relazione di minoranza: deve al riguardo evidenziarsi come il giudizio di idoneità alle funzioni di direzione di un così importante ufficio giudiziario è frutto di una valutazione globale della personalità degli alti magistrati in scrutinio, valutazione dalla quale non è possibile estrapolare elementi favorevoli ad un candidato e sfavorevoli ad un altro.

Da ultimo non può non evidenziarsi che l'opinione dissenziente, per quanto eventualmente anche auto-revole, non può costituire motivo di illegittimità del provvedimento".

Il Dr. R.V. ricorre, con un'articolata censura, per la cassazione della decisione dianzi menzionata, non notificata. Il Dr. G.D.R. resiste al ricorso, notificatogli il 13 maggio 2003, con controricorso del 17/18 giugno 2003.

Il Consiglio Superiore della Magistratura ed il Ministero della giustizia, intimati, ai quali pure il ricorso è stato notificato il 12 maggio 2003, non hanno svolto attività difensiva nella presente sede.

Il Procuratore generale della Repubblica presso questa Corte Suprema ha concluso, ai sensi dell'art. 375 cod. proc. civ., nei termini di cui in epigrafe, chiedendo dichiararsi il ricorso inammissibile.

Il ricorrente ha depositato memoria.

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

1) - Il Dr. R.V., con il mezzo articolato a supporto del ricorso, prospetta che la decisione nei termini illustrati resa dal Consiglio di Stato andrebbe ravvisata passibile di cassazione in quanto inficiata da "violazione dell'art. 111 Cost., eccesso di potere, violazione della riserva di legge".

Il ricorrente, più specificamente, sostiene quanto segue.

"L'organizzazione giudiziaria è sottoposta alla riserva di legge (art. 108 Cost.).

Nello stesso tempo l'attività di amministrazione del CSM deve avvenire secondo legge (art. 105 Cost.).

Nel caso in esame il R.V. si era, fra l'altro, doluto di due violazioni di legge:

a) - la prima, l'esercizio da parte del CSM di un potere normativo derogatorio a quanto previsto dalla Legge;

b) - la concreta attività posta in essere dal CSM nel caso specifico in violazione della Legge.

Entrambe le violazioni sono state riconosciute sussistenti dal Consiglio di Stato, il quale, però, in evidente eccesso di potere giurisdizionale, invece di limitarsi a prendere atto, ha ritenuto che da un lato la circolare impugnata del CSM non si sovrapponesse alla normativa fissata con il decreto legislativo, e dall'altro che in concreto vi fosse stata corretta applicazione dell'art. 194 dell'Ordinamento giudiziario in relazione alle finalità organizzative.

Così facendo tuttavia ha riconosciuto al CSM, in materia di promozioni e trasferimenti, un potere normativo derogatorio e dunque contrastante con quanto previsto dalla legge. Tale riconoscimento finisce per considerare legittima l'attività conseguente posta in essere in riferimento a ciò che legittimo non è in premessa. Si tratta del tipico caso di eccesso di potere giurisdizionale inteso come travalicamento dei limiti della giurisdizione e precisamente dello sconfinamento nel merito in quanto l'indagine svolta non è rimasta nei limiti del riscontro di legittimità del provvedimento amministrativo impugnato, ma è stata strumentale ad una concreta e diretta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto anche in deroga alla legge.

Infatti, il Consiglio di Stato, dopo aver ritenuto che la normativa di cui all'art. 37 d.lgs. 51/98 fosse rivolta esclusivamente a tutelare la posizione dei magistrati perdenti posto ed aver espresso un giudizio negativo sulla normativa del legislatore in quanto di fatto bloccava le professionalità di tali magistrati, rendendole indisponibili fino all'esaurimento delle predette procedure di ricollocazione, prima a domanda e poi d'ufficio, incidendo così astrattamente in modo assolutamente negativo sull'organizzazione giudiziale, impedendo loro di partecipare ai concorsi per la copertura di posti vacanti, giunge alla conclusione di merito che la impugnata circolare del Consiglio superiore apre ai perdenti posto la partecipazione per la copertura dei posti vacanti, guadagnando in questo modo alla causa della funzionalità degli uffici giurisdizionali le relative professionalità. In altri termini, il Consiglio di Stato pur riconoscendo il contrasto con la Legge della circolare del CSM impugnata e dello stesso bando di pubblicazione del posto, ne giustifica l'ammissibilità in relazione ad un giudizio di opportunità e di merito, così diventando legislatore e non rimanendo semplicemente Giudice.

Il punto infatti è diverso: la valutazione degli interessi sottesi ad una certa disciplina organizzativa del servizio è stata nella specie direttamente operata dal legislatore, il quale appunto ha bloccato, come riconosciuto dallo stesso Consiglio di Stato (e di ciò si era appunto lamentato il R.V.) le professionalità dei Magistrati c.d. perdenti posto titolari di uffici direttivi soppressi, riservando poi ampia tutela in una certa scansione temporale. La scelta del legislatore non è sindacabile dal Giudice né ordinario, né amministrativo, ma solo dal Giudice delle Leggi, e per sola manifesta irragionevolezza. Nella specie peraltro la

irragionevolezza non è neppure presente nella disposizione, perché la permanenza fino all'entrata in vigore delle disposizioni di cui alla riforma complessiva del giudice monocratico aveva appunto la funzione di continuare ad assicurare agli uffici sopprimendi, nella delicata fase dell'accorpamento, proprio la professionalità dei dirigenti preposti, a conoscenza, nella delicata fase di transitamento, della concreta, singola organizzazione degli Uffici. Anzi è proprio la circolare del CSM ad avere effetti perversi sull'organizzazione funzionalità ed efficacia della funzione giurisdizionale, sottraendo proprio i dirigenti degli uffici nel momento più delicato del transitamento da un regime ad altro.

Ma, a prescindere da quanto innanzi, il punto della violazione della giurisdizione è chiarissimo: il Consiglio di Stato ha valutato l'opportunità in riferimento a ciò che ad esso sembrava giusto o ingiusto, andando oltre lo schema della legittimità o meno, ossia della conformità a legge o meno, che caratterizza appunto la funzione giurisdizionale; ha fatto il legislatore, non il Giudice.

Tanto significa aver negato la stessa giurisdizione al ricorrente, intesa quale funzione di risoluzione del caso concreto alla stregua della Legge, e dunque il diritto del ricorrente, in quanto, nonostante fosse chiaro che secondo la legge non poteva derogarsi all'art. 194 Ord. Giudiz. e fosse chiaro che i Dirigenti degli Uffici soppressi non potessero partecipare prima del ricollocamento, il CSM e il Consiglio di Stato hanno invece consentito la partecipazione alla procedura anche del dr. G.D.R. che non aveva titolo creando (il CSM) e avallando (il Consiglio di Stato) norme derogatorie.

Né, è bene chiarirlo, possono superarsi le prospettate doglianze di giurisdizione, osservando apoditticamente, come ha fatto il Consiglio di Stato che non vi è alcuna sovrapposizione della normativa stabilita con la circolare in esame rispetto a quella fissata dal decreto legislativo, diverse essendo le finalità e i rispettivi campi di azione, in quanto tale valutazione, come è evidente, è il tentativo estremo di trovare un argomento retorico per giustificare sul piano formale l'avvenuto cosciente sconfinamento.

Le due normative non hanno campo di applicazione diverso, in quanto attengono appunto al trasferimento del personale dirigenziale c.d. perdente posto; le finalità non sono diverse, attenendo, appunto, alla funzionalità degli uffici. Il legislatore con autonoma e propria valutazione aveva già stabilito norme speciali e particolari per i perdenti posto, compatibili con l'interesse pubblico anche e soprattutto alla gestione della corretta fase di accorpamento; al CSM non era dato affatto il potere di integrare, peraltro in contrasto con la Legge, quella organica disciplina, anche perché per il caso di soppressione sussisteva già diretta disposizione normativa (art. 2 r.d. 511/46).

Né il CSM ha potere normativo, nella delicata funzione di individuazione dei capi degli uffici giudiziari, di stabilire deroghe a requisiti per categorie particolari di personale specie riguardo a quelli previsti dalla legge, atteso che l'amministrazione del personale giudiziario deve avvenire rigorosamente secondo Legge così come stabilito dall'art. 105 Cost.

Né ancora è utile a superare il lamentato eccesso di giurisdizione l'osservazione del Consiglio di Stato secondo cui appare di tutta ragionevolezza e logicità il richiamo all'art. 194 dell'ordinamento giudiziario, derogato effettivamente per esclusivi motivi di servizio, nel quale non possono rientrare le finalità organizzatorie volte ad assicurare

l'effettività e l'efficacia della funzione giurisdizionale, atteso che tanto non elimina lo sconfinamento del potere giurisdizionale. Invero, il richiamo contenuto nel bando di pubblicazione e nell'impugnata circolare all'art. 194 ord. giud. non solo è ivi previsto quale individuazione del principio da essi derogato e non quale fondamento dell'esercizio del potere di deroga, ma soprattutto, come si è doluto il ricorrente e non esaminato in assoluto dal Consiglio di Stato, la deroga ivi prevista attiene a condizioni soggettive particolari del concorrente che chiede di partecipare in deroga, ma non è utilizzabile per intere categorie di personale, per le quali peraltro esiste disciplina legislativa specifica compiuta, ovvero a specifiche e particolari esigenze di servizio, non rinvenibili affatto nella deroga generalizzata della legittimazione, non attenendo affatto al potere organizzatorio del CSM.

In definitiva una volta verificato che le disposizioni dell'art. 37 d.lgs. 51/1998 non potevano trovare applicazione retroattiva ed anzi imponevano in via assoluta il divieto di partecipazione ai perdenti posto prima della fase della ricollocazione, il Consiglio di Stato non avrebbe dovuto procedere a verificare la eventuale giustificatezza della scelta diversa del CSM, posto che questo appunto non aveva, come denunciato dal R.V., alcun potere normativo.

In realtà il Consiglio di Stato ha creato diritto, eccedendo il limite della giurisdizione, in materia coperta dalla riserva di Legge, e in contrario alle stesse disposizioni legislative".

2) - Il ricorso è immeritevole di ingresso.

Il sindacato di queste Sezioni unite sulle decisioni del Consiglio di Stato è limitato al controllo del rispetto dei limiti esterni della giurisdizione di detto giudice e non si estende alla verifica della correttezza del modo di esercizio di tale giurisdizione (cfr., in terminis, Cass. SS. UU. civ., ord. n. 11191 del 17.VII.2003, id., ord. n. 17099 del 12.XI.2003): l'enunciato principio resta valido anche nella vigenza del testo novellato dell'art. 111 della Costituzione di cui alla L. cost. 23.XI.1999 n. 2.

Ciò posto, è da dire che, nel caso in esame, il Consiglio di Stato, pronunciando su vertenza incontestata-mente ricompresa nella sfera della sua competenza giurisdizionale (artt. 2, comma 4, 68, comma 4, d.lgs. 3.11.1993 n. 29, comma 1, d.lgs. 31.III.1998 n. 80), ha rigettato le impugnative prodotte dal Dr. R.V. avverso la circolare, e gli atti ad essa collegati, del Consiglio Superiore della Magistratura, di cui in narrativa, nonché avverso i provvedimenti e gli atti concernenti il conferimento dell'incarico di Presidente del Tribunale di Napoli al Dr. G.D.R. sul rilievo, da un lato, della non ravvisabilità di un qualsiasi profilo di illegittimità della circolare discussa e degli atti a questa connessi da correlarsi a "sovrapposizione della normativa stabilita con la circolare (stessa) rispetto a quella fissata dal decreto legislativo", e, dall'altro, della non riscontrabilità nel provvedimento dell'incarico contestato, asserito "espressione di alta discrezionalità", di quei caratteri di arbitrarietà, illogicità, irrazionalità ed assiomaticità che soli avrebbero potuto renderlo passibile di sindacato di legittimità.

Orbene, è da escludere, innanzi tutto, che, statuendo negli illustrati termini, il Consiglio di Stato abbia reso una pronuncia viziata da eccesso di potere per invasione della sfera di attribuzioni del legislatore: ed invece, a prescindere dalla considerazione che la possibilità

di configurare una siffatta ipotesi di eccesso di potere è stata ritenuta meramente teorica, in quanto, postulando che il giudice abbia applicato, non la normativa vigente ma, una norma di sua creazione, potrebbe essere ravvisata a condizione di poter distinguere una attività di produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice medesimo da una attività interpretativa che, per sua natura, non è meramente meccanicistica e si sostanzia in un'opera creativa della volontà della legge nel caso concreto (cfr., al riguardo, Cass. SS. UU. civ., ord. n. 11091 del 15.VII.2003), risalta all'evidenza che, nella fattispecie, il giudice amministrativo si è limitato ad applicare, dopo averla interpretata (e in questa sede non rileva se correttamente) la ripetuta disposizione dell'art. 37 d.lgs. 19.II.1998 n. 51, senza far luogo ad autonoma produzione di norme e principi giuridici con tale disposizione confliggenti.

D'altronde, ed in secondo luogo, in contrasto con quanto prospettato dal ricorrente, non è dato rintracciare nella decisione censurata una qualche declaratoria che possa aver comportato sconfinamento nel merito e diretta e strumentale valutazione della opportunità e della convenienza del provvedimento di conferimento di incarico revocato in discussione, essendosi il Consiglio di Stato limitato ad affermare che detto provvedimento, costituente "espressione di alta discrezionalità" ravvisata correttamente esercitata, è destinato a restare sottratto al suo sindacato di legittimità.

Conclusivamente, appare manifesto che le censure articolate per suffragare il ricorso si risolvono in denuncia, non già di violazione dei limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo ma, di errore in iudicando da avere per non suscettibili di rilevare nella presente sede.

Corollario di quanto precede è che il ricorso deliberato va dichiarato inammissibile.

3) - Le spese vengono compensate fra il ricorrente ed il controricorrente.

Ministero della Giustizia e Consiglio superiore della magistratura, intimati, non hanno svolto attività difensiva in questa fase del processo, e, quindi, non si deve provvedere su loro spese.

PQM

PQM

La Corte dichiara inammissibile il ricorso e compensa le spese fra il ricorrente ed il controricorrente.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio delle Sezioni unite civili della Corte Suprema di cassazione, il 16 dicembre 2004.

DEPOSITATA IN CANCELLERIA IL 30 DIC. 2004.

Fonti: Giust. civ. Mass. 1996, 1144

Classificazione: IMPUGNAZIONI CIVILI - Incidentali - tardive

La regola dell'art. 334 c.p.c. - che consente l'impugnazione incidentale tardiva nei confronti di qualsiasi capo della sentenza impugnata ex adverso - è applicabile solo all'impugnazione incidentale in senso stretto, che è quella proveniente dalla parte contro la quale è stata proposta l'impugnazione principale o che sia stata chiamata ad integrare il contraddittorio, a norma dell'art. 331 c.p.c., e non è, pertanto, applicabile all'impugnazione incidentale di tipo adesivo (ossia a quella diretta a chiedere la cassazione della sentenza per le stesse ragioni già fatte valere con il ricorso principale), che resta soggetta ai termini ordinari.

Fonti: Giust. civ. Mass. 1996, 1144

Classificazione: GIURISDIZIONE CIVILE - Ricorso per Cassazione contro decisioni dei giudici amministrativi

Il sindacato delle sezioni unite della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale è circoscritto al controllo dei limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo, ovvero all'esistenza dei vizi che attengono all'essenza della funzione giurisdizionale, e non al modo del suo esercizio, cui attengono, invece, gli errori in giudicando o in procedendo, i quali, esorbitando dai confini di quella valutazione di sussistenza degli indici definitivi della materia (della cui identificazione si tratta allorché la questione di ripartizione si pone con riferimento ad ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo), investono l'accertamento della fondatezza o meno della domanda, ossia il merito della controversia. (Nella specie, un insegnante, avendo convenuto in giudizio un Istituto Superiore Pareggiato di Educazione Fisica, ottiene dal Consiglio di Stato il riconoscimento dello stato giuridico ed economico corrispondente a quello dei docenti incaricati stabilizzati delle Università statali, con conseguente condanna dell'I.S.E.F. al pagamento delle relative differenze retributive. La S.C., in applicazione dell'enunciato principio, ha dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione proposto dall'Istituto, avverso la sentenza del giudice amministrativo, in quanto tendente a far valere vizi della sentenza impugnata attraverso la dimostrazione della peculiarità degli istituti superiori di educazione fisica nell'ambito dell'ordinamento universitario, della natura, degli effetti e dell'invalidità del provvedimento di stabilizzazione, della violazione del principio dell'accesso per concorso ai pubblici impieghi, dell'omesso esame dell'eccezione di cessazione della materia del contendere).

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg. Magistrati:

Dott. Vittorio	SGROI	Primo Presidente
" Antonio	IANNOTTA	Pres. di Sez.
" Michele	CANTILLO	"
" Francesco	SOMMELLA	Consigliere

" Vincenzo BALDASSARRE "

" Giuseppe BORRÈ "

" Francesco AMIRANTE "

" Vincenzo CARBONE "

" Stefano Maria EVANGELISTA Rel. "

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto

da

I.S.E.F. - ISTITUTO SUPERIORE PAREGGIATO DI EDUCAZIONE FISICA DI PERUGIA -, in persona del Presidente p.t., elett.te dom.to in Roma, Via G.B. Morgagni n. 2-A (St. Avv. U. Segarelli, presso lo studio dell'avv.to Lorenzo MIGLIORINI che lo rapp.ta e difende unitamente all'avv.to Giovanni TARANTINI per delega in calce al ricorso;

Ricorrente

contro

AMMINISTRAZIONE DELL'UNIVERSITÀ E DELLA RICERCA SCIENTIFICA E TECNOLOGICA, in persona del Ministro p.t., dom.ta in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, presso l'Avvocatura Generale dello Stato che la rapp.ta e difende ope legis;

Controricorrente

nonché contro

FARAGLIA GIANCARLO, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA MARIA CRISTINA 8, presso lo studio dell'avvocato GOFFREDO GOBBI che lo rapp.ta e difende unitamente all'avvocato MAURIZIO PEDETTA per delega a margine del controricorso;

Controricorrente

avverso la decisione n. 1435-94 del Consiglio di Stato dep. il 24-09-94 e notificata il 1-12-94;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 19-04-96 dal Relatore Consigliere Dott. Stefanomaria EVANGELISTA;

uditi gli avv.ti Migliorini, Tarantini, Pedetta e Polizzi;

udito il P.M., in persona dell'Avvocato Generale Dott. Franco Morozzo Della Rocca che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso.

Fatto

Svolgimento del processo

Con atto notificato il 18 ottobre 1988 al Ministero della pubblica istruzione ed il 5 novembre 1988 all'Istituto superiore pareggiato di educazione fisica di Perugia, Giancarlo Faraglia, sull'assunto della propria qualità di docente stabilizzato presso questo Istituto, proponeva ricorso al Tribunale amministrativo dell'Umbria, per sentir dichiarare il proprio diritto al trattamento economico e normativo, di assistenza, previdenza e quiescenza

previsto per il personale universitario di pari qualifica o, comunque, per quello statale di ruolo della corrispondente categoria, con conseguente condanna dell'Amministrazione al pagamento delle somme dovute per siffatti titoli, oltre interessi e rivalutazione, nonché con annullamento degli artt. 2, ultimo comma e 30, ultimo comma, dello Statuto dell'Istituto, approvato con d.P.R. 26 ottobre 1967, n. 1500, nella parte in cui prevedevano, per il docente, un puro e semplice compenso in ragione delle lezioni svolte.

Deduceva, in particolare, il ricorrente che:

- aveva prestato, fin dall'anno accademico 1974 - 1975, attività di insegnamento in varie materie previste dallo Statuto suddetto (diritto penale sportivo, istituzioni di diritto pubblico, legislazione, regolamentazione ed organizzazione ginnico - sportiva ed assistenziale);

- questa attività era stata non solo continua e ripartita in diverse ore di ciascuna settimana degli anni di riferimento, ma anche accompagnata da ogni altra propria del servizio d'istituto, come la partecipazione alle sessioni di esame e alle riunioni degli organi di governo dell'ente, l'assistenza agli studenti, specie nella compilazione delle tesi di diploma, la ricerca scientifica, sicché il coacervo di questi compiti era sostanzialmente sovrapponibile senza residui alla condizione del docente universitario;

- a partire dall'anno accademico 1979 - 1980, in effetti, aveva ottenuto la stabilizzazione nell'insegnamento, ai sensi del d.l. 10 ottobre 1973, n. 580, convertito, con modificazioni, nella legge 30 novembre 1973, n. 766 e dell'art. unico del d.l. 23 dicembre 1978, n. 817, convertito in legge 19 febbraio 1979, n. 54;

- il pieno inserimento nella struttura organizzativa dell'ente con carattere di continuità e di stabilità aveva, quindi, dato luogo ad un rapporto di pubblico impiego;

- ma ciò nonostante gli era stato corrisposto un compenso del tutto irrisorio, limitato alle ore di lezione, senza l'applicazione degli istituti retributivi e normativi propri dei pubblici dipendenti, quali l'indennità integrativa speciale, la tredicesima mensilità, gli assegni familiari, la contribuzione previdenziale, le ferie, i congedi;

- tuttavia, in considerazione del rapporto intercorrente con l'ISEF gli era stata sospesa l'erogazione della pensione mensile di cui godeva come insegnante di scuola media a riposo.

Il tribunale adito rigettava la domanda, nel contraddittorio dei convenuti, ma la decisione, su ricorso dell'interessato, veniva parzialmente riformata dal Consiglio di Stato.

I giudici del gravame, con decisione n. 1439, depositata in segreteria il 29 settembre 1994, dichiaravano, infatti, il diritto del Faraglia al riconoscimento dello stato giuridico ed economico corrispondente a quello dei docenti incaricati stabilizzati delle Università statali, anche ai fini del trattamento assistenziale, previdenziale e di quiescenza, con conseguente condanna dell'ISEF al pagamento delle relative differenze retributive, con decorrenza dalla data della stabilizzazione nonché con rivalutazione ed interessi dalle varie scadenze al saldo.

Osservavano, in particolare, che:

- in modo illogico i giudici di primo grado avevano negato la sussistenza di un rapporto di pubblico impiego sulla base della forma della retribuzione corrisposta al Faraglia, laddove,

atteso che le doglianze di questi attenevano appunto al trattamento retributivo praticatogli dall'amministrazione, l'accertamento della natura giuridica del rapporto doveva necessariamente fondarsi su indici diversi;

- essi poi non potevano riqualificare il rapporto, in contrasto con provvedimenti della stessa Amministrazione di appartenenza, negando al docente la qualità di pubblico dipendente, ma dovevano limitarsi ad accertare se questi avesse la posizione del docente stabilizzato e se, in tale qualità, avesse titolo a vedersi riconoscere il trattamento economico rivendicato con la domanda introduttiva;

- in effetti non era dato ipotizzare la nullità assoluta del decreto direttoriale di stabilizzazione 2 marzo 1979, in quanto adottato nei confronti di docente che, dopo avere superato un pubblico concorso per l'insegnamento di "legislazione, regolamentazione e organizzazione ginnico - sportiva - assistenziale, con esercitazioni" aveva ottenuto, a decorrere dall'anno accademico 1976 - 1977 il conseguente incarico e le successive conferme, ad opera degli organi accademici dotati del relativo potere secondo le disposizioni dello statuto dell'ente;

- queste disposizioni, poi, prevedevano un identico procedimento per il conferimento degli incarichi di insegnamento sia delle discipline del gruppo scientifico - culturale, sia del gruppo tecnico - addestrativo;

- quale che fosse la soluzione da dare alla questione se alla stabilizzazione avessero o meno diritto anche gli incaricati dell'insegnamento delle discipline del secondo gruppo, non era dato, nella specie, disapplicare il provvedimento al quale l'Amministrazione aveva dato regolare esecuzione, come risultava dalla documentazione in atti, che attestava la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato, sulla base anche di argomenti esposti dallo stesso Consiglio di Stato col parere n. 1193-90 del 10 luglio 1991, reso su specifico quesito del Ministero dell'università e della ricerca scientifica;

- fondati erano i rilievi del TAR circa la non tempestività dell'impugnativa delle disposizioni dello statuto dell'ente concernenti il trattamento economico dei docenti incaricati, ma ciò non toglieva fondamento alle pretese dell'interessato, atteso che le norme impugnate non disciplinavano il rapporto a tempo indeterminato venutosi a creare per effetto del provvedimento di stabilizzazione;

- l'ordinamento universitario statale forniva invece i pertinenti parametri del corretto trattamento economico e normativo spettante all'interessato e, pertanto, con riguardo ad esso andavano determinate le differenze retributive da liquidarsi in favore di quest'ultimo.

Contro questa decisione l'ISEF di Perugia propone ricorso per cassazione, cui presta adesione, con atto recante denominazione di controricorso, il Ministero dell'Università e della ricerca scientifica e tecnologica. Resiste, con controricorso, il Faraglia.

L'isef ed il Faraglia hanno anche depositato memorie.

Diritto

Motivi della decisione

Con l'unico motivo di ricorso, l'ISEF denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 3 dello Statuto approvato con d.P.R. 26 ottobre 1967, n. 1500, dell'art. 123 del d.P.R. 11

luglio 1980, n. 382, dell'art. 4 del d.l. 1 ottobre 1973, n. 766 (NDR: così nel testo), convertito, con modificazioni, nella legge 30 novembre 1973, n. 766, dell'art. unico del d.l. 23 dicembre 1978, n. 817, convertito, con modificazioni, in legge 12 (NDR: così nel testo) febbraio 1979, n. 54 e dei principi generali sul rapporto di pubblico impiego e sulle modalità di sua costituzione; difetto di giurisdizione.

Precisa che gli Istituti superiori di educazione fisica, sebbene destinatari dell'attribuzione del "grado uni-versitario", ad opera dell'art. 22, secondo comma, della legge 7 febbraio 1958, n. 88, con conseguente autonomia amministrativa, didattica e disciplinare, si caratterizzano per la peculiarità sia dell'assenza di un ruolo organico, sicché agli insegnamenti si provvede con solo personale incaricato, sia per la distinzione degli insegnamenti nei due gruppi delle materie scientifico - culturali e di quelle tecniche - addestrative, con diverse modalità di provvista dei relativi docenti, reclutati, per le prime, fra i docenti universitari e, per le seconde, fra i diplomati in educazione fisica.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale avallato anche dalla Corte costituzionale, con la sentenza 2 febbraio 1988, n. 125, queste peculiarità impediscono che la disciplina del rapporto degli incaricati dell'insegnamento presso gli istituti in questione sia desumibile dall'ordinamento universitario, in particolare per quanto riguarda il ricorso all'istituto della stabilizzazione, non utilizzabile nei confronti degli incaricati, come il Faraglia, dell'insegnamento delle discipline tecniche - addestrative. Il rapporto di lavoro di questi ultimi, pertanto, rimane nell'ambito di un incarico professionale di diritto privato e non può mutare natura a causa di un provvedimento di stabilizzazione reso in difetto dei relativi presupposti, come desumibile anche dalla sanzione di nullità comminata - in generale, per i casi esorbitanza di siffatto provvedimento dal novero dei casi espressamente stabiliti dalla legge - dall'art. 123, secondo comma del d.P.R. n. 382 del 1980.

Soggiunge, poi, il ricorrente che la stabilizzazione non equivale ad attribuzione di uno status, ma è funzionale alla cristallizzazione della posizione dell'interessato, in attesa della riforma universitaria; che la sentenza impugnata ha avuto l'abnorme effetto di costituire un rapporto di pubblico impiego eludendo il pur necessario strumento del concorso pubblico; che, infine, la stessa sentenza ha ommesso di prendere in esame l'eccezione di cessazione della materia del contendere derivante dall'adesione del Faraglia all'accordo siglato fra l'ente ed i docenti, in tema di trattamento economico, il 20 dicembre 1990 e recepito dall'ISEF con decreto commissariale n. 14-90.

Il ricorso è inammissibile.

Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza di queste Sezioni Unite, nelle controversie di lavoro nei confronti di enti pubblici la giurisdizione va determinata alla stregua del petitum sostanziale dedotto, verificando quanto effettivamente sia stato domandato dal ricorrente al di là della mera prospettazione. E per la qualificazione pubblicistica del rapporto di lavoro con enti pubblici non economici resta determinante l'inserimento del prestatore di lavoro in posizione di subordinazione e con carattere di continuità nell'ambito dell'organizzazione dell'ente, per la realizzazione dei fini da esso perseguiti, senza che rilevi né l'assoggettamento del rapporto alla disciplina sostanziale dettata da un contratto collettivo di diritto privato, né la mancanza di un "formale atto di

nomina" (Cass. S.U. n. 13033-91) e neppure la diversa qualificazione del rapporto (ad es., come appalto), da parte dell'ente pubblico, o l'apposizione di termini di durata della prestazione lavorativa (cfr. Cass. S.U. nn. 3002-83, 5776-89, 2288-90, 8429-90, 8749-90, 1519-91, 2434-92 e numerose altre pronuncie conformi). Si è inoltre puntualizzato che il rapporto di lavoro dei dipendenti di enti pubblici non economici può essere qualificato privato quando il lavoratore risulti inserito non già nella struttura pubblica dell'ente, ma in una organizzazione separata ed autonoma, gestita con criteri di imprenditorialità, essendo in tal caso irrilevante la correlazione della prestazione ai fini istituzionali dell'ente datore di lavoro (Cass. S.U. n. 4838-77, n. 2288-90 cit.); oppure quando la qualificazione privatistica del rapporto sia espressamente prevista dalla legge (Cass. S.U. nn. 3564-91, 6538-92; cfr. anche le sentenze nn. 7037-88, 2286-90, 2990-91). È utile infine ricordare alcune recenti decisioni di questa Corte secondo le quali la domanda di accertamento di omissioni contributive, addebitate all'ente datore di lavoro, dà origine ad una controversia di lavoro (e non di natura previdenziale), poiché la pretesa trova titolo immediato e diretto nel rapporto di lavoro con l'ente pubblico e negli obblighi da esso derivanti; con la conseguenza che, ove tale rapporto sia pubblico, la cognizione della controversia appartiene al giudice amministrativo (Cass. S.U. nn. 1994-82 e 4933-92).

Dai principi ora esposti non si è discostato il Consiglio di Stato con l'impugnata sentenza.

Invero, come riferito in parte narrativa, emerge dagli atti di causa che il Faraglia, con l'atto introduttivo del giudizio, aveva dedotto l'avvenuto espletamento della propria attività di docenza con carattere di continuità e senza possibilità di sottrarsi alla partecipazione a tutti i compiti propri della struttura organizzativa dell'ente, sì da risultare in essa effettivamente inserito con un rapporto di pubblico impiego del tutto assimilabile a quello che lega i docenti alle università presso le quali svolgono il loro servizio, non escluso, quindi, l'elemento della subordinazione, sia pure con i tratti connotati al tipo di prestazione, come poi riconosciuto dalla stessa amministrazione col provvedimento di stabilizzazione.

Orbene, attesa la natura di ente pubblico non economico, propria dell'ISEF di Perugia, che opera nell'ordinamento dell'istruzione pubblica superiore senza fini di lucro e con organizzazione priva di caratteri imprenditoriali, come non è controverso, oltre che specificamente risultante dall'art. 22, secondo comma della legge 7 febbraio 1958, n. 22 (NDR: così nel testo) e dall'art. 2 dello Statuto dell'ente stesso, approvato con d.P.R. 26 ottobre 1967, n. 1500 (.. "L'istituto superiore di educazione fisica è di grado universitario ed è dotato di personalità giuridica di diritto pubblico"..); e considerati i sopra esposti principi circa la stretta correlazione fra la definizione di rapporto di pubblico impiego e la natura di ente pubblico non economico del datore di lavoro, risulta agevole constatare come la domanda suddetta esprima un petitum sostanziale che presenta tutti gli indici qualificatori astratti di un rapporto del genere, onde deve ribadirsi, anche con riguardo alla fattispecie, l'orientamento già espresso da queste Sezioni unite con la sentenza 14 marzo 1987, n. 2678, allorché sul rilievo di quella natura dell'ente datore di lavoro ebbero a riconoscere che il rapporto di lavoro del personale degli istituti superiori di educazione fisica deve

essere qualificato come di pubblico impiego, devoluto in via esclusiva alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Tanto stabilito nei termini astratti imposti dall'operatività del suesposto criterio del petitum sostanziale, ne risulta palese l'inammissibilità delle specifiche censure svolte dal ricorrente, per far valere pretesi vizi della sentenza impugnata, con riguardo alla peculiarità degli istituti superiori di educazione fisica nell'ambito dell'ordinamento universitario, alla natura, agli effetti ed all'invalidità del provvedimento di stabilizzazione, alla violazione del principio dell'accesso per concorso ai pubblici impieghi, all'omesso esame dell'eccezione di cessazione della materia del contendere.

Esse, invero, tendono a far valere errori in giudicando o in procedendo, incidenti sulla concreta valutazione di effettiva sussistenza delle situazioni giuridiche vantate dall'interessato, laddove secondo giurisprudenza costante di questa Suprema Corte a norma del combinato disposto degli art.li 48 del T U. 26.6.1924 n. 1054, 360 n. 1, 362 1 co. c.p.c. e III 3 co. della Cost. le decisioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale sono impugnabili avanti alle Sezioni Unite della Cassazione esclusivamente per motivi attinenti alla giurisdizione. Il sindacato delle Sezioni Unite è perciò circoscritto al controllo dei limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo ovvero alla esistenza dei vizi, che attengono all'essenza della funzione giurisdizionale, e non al modo del suo esercizio, cui attengono, invece, gli errori del tipo suddetto, i quali, esorbitando dai confini di quell'astratta valutazione di sussistenza degli indici definitivi della materia (della cui identificazione si tratta allorché la questione di ripartizione si pone con riferimento ad ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo), investono l'accertamento della fondatezza o meno della domanda, vale a dire il merito della controversia (v., ex plurimis, Cass., sez. un., 24 maggio 1995, n. 5629; Id., 14 giugno 1995, n. 6688; Id., 15 novembre 1994, n. 9595;

Id., 20 dicembre 1993, n. 12613).

L'eccezione di inammissibilità del controricorso proposto dall'Amministrazione dell'Università e della ricerca scientifica e tecnologica è fondata.

Quest'atto, ad onta della sua denominazione, proviene da una parte "nei confronti" della quale è stato soltanto notificato il ricorso principale proposto, come si legge nella sua epigrafe, "contro" altra parte; esso, inoltre, lungi dal "contraddire", esplicita un contenuto di segno adesivo rispetto a quello proprio di tale ricorso, in quanto sollecita l'accoglimento del medesimo e la cassazione della sentenza impugnata. Sia per provenienza che per contenuto, esso, dunque, non risponde all'archetipo, delineato dall'art. 370, dell'atto difensivo rispetto all'impugnazione dell'avversario, ma è riconducibile allo schema impugnatorio, proprio del ricorso incidentale, disciplinato dall'art. 371.

Esclusa l'ammissibilità dell'atto come controricorso in senso tecnico, resta da scrutinare se esso presenti anche i requisiti formali idonei a renderlo ammissibile come ricorso incidentale adesivo.

Anche a tale questione va data, però, soluzione negativa.

È esatto che la proposizione dell'impugnazione principale determina nei riguardi di tutti coloro cui il relativo atto venga notificato l'onere a pena di decadenza di esercitare il

proprio diritto di impugnazione nei modi e nei termini previsti per l'impugnazione incidentale (art. 333 c.p.c.) e, quindi, nel caso di ricorso per Cassazione, nel termine di quaranta giorni dalla suddetta notificazione (art. 370, 371 c.p.c.); e che tale principio non trova limitazioni o deroghe con riguardo all'impugnazione di tipo adesivo che venga proposta dal litisconsorte dell'impugnante principale e persegua il medesimo intento di rimuovere il capo della sentenza sfavorevole ad entrambi (Cass. 23 luglio 1994, n. 6873; Id., 13 settembre 1990 n. 9470).

Tuttavia, non è men vero che la regola dell'art. 334 c.p.c., che consente l'impugnazione incidentale tardiva (ammissibile nei confronti di qualsiasi capo della sentenza impugnata ex adverso), è applicabile solo alla impugnazione incidentale in senso stretto, che è quella proveniente dalla parte contro la quale è stata proposta l'impugnazione principale o che sia stata chiamata ad integrare il contraddittorio, a norma dell'art. 331 c.p.c., e non è, pertanto, applicabile all'impugnazione incidentale di tipo adesivo (che è quella diretta a chiedere la cassazione della sentenza per le stesse ragioni già fatte valere con il ricorso principale), che resta soggetta ai termini ordinari (Cass. 2 maggio 1995, n. 4806; Id. 24 maggio 1993, n. 5817).

Ne consegue che, essendo stata la sentenza impugnata notificata all'Amministrazione il 25 novembre 1994, il descritto ricorso incidentale adesivo, dalla medesima irrualmente proposto come controricorso con atto notificato il 10 febbraio 1995, ancorché tempestivo rispetto al termine di cui all'art. 370 cod. proc. civ., risulta tardivo rispetto a quello di cui al combinato disposto degli artt. 325, secondo comma e 362, stesso codice e deve, pertanto essere dichiarato inammissibile.

Ricorrono giusti motivi per disporre l'integrale compensazione, fra tutte le parti, delle spese del presente giudizio.

PQM

La Corte suprema di cassazione, a sezioni unite, dichiara l'inammissibilità del ricorso proposto dall'ISEF di Perugia, nonché del controricorso proposto dall'Amministrazione dell'Università e della ricerca scientifica e tecnologica. Compensa fra tutte le parti le spese del giudizio.

Così deciso in Roma, il 19 aprile 1996.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. DI PALMA Salvatore	- Primo Pres. f. f. -
Dott. AMOROSO Giovanni	- Presidente Sezione -
Dott. DIDONE Antonio	- Presidente Sezione -
Dott. TRAVAGLINO Giacomo	- Presidente Sezione -
Dott. NAPPI Aniello	- Consigliere -
Dott. CRISTIANO Magda	- Consigliere -
Dott. CHINDEMI Domenico	- Consigliere -
Dott. MANNA Felice	- rel. Consigliere -
Dott. BERRINO Umberto	- Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 6422-2015 proposto da:

ADAPTA S.P.A., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo RTI con Servizi Ospedalieri spa e F.lli Bernard srl, in persona dell'Amministratore Unico pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA SAN LORENZO IN LUCINA 26, presso lo studio dell'avvocato SAVERIO STICCHI DAMIANI, che la rappresenta e difende, per delega a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

AZIENDA SANITARIA DI LECCE, in persona del Commissario Straordinario pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA FRANCESCO BORGATTI 25, presso lo studio dell'avvocato ANTONGIULIO AGOSTINELLI, rappresentata e difesa dall'avvocato ALESSANDRO FAVALE, per delega a margine del controricorso;

LAV.IT. - SOCIETA' COOPERATIVA DI PRODUZIONE E LAVORO, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, CORSO DEL RINASCIMENTO 11, presso lo studio dell'avvocato VALERIA PELLEGRINO, che la rappresenta e difende, per delega a margine del controricorso;

- controricorrenti -

avverso la sentenza n. 5875/2014 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 27/11/2014;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 10/01/2017 dal Consigliere Dott. MANNA FELICE;

uditi gli avvocati Saverio STICCHI DAMIANI, Alessandro FAVALE, PELLEGRINO Gianluigi per delega orale dell'avvocato Valeria Pellegrino;

udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott. IACOVIELLO
FRANCESCO MAURO, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso.

Fatto

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza n. 5875/14 il Consiglio di Stato, in riforma dell'impugnata sentenza del TAR Puglia, sez. di-staccata di Lecce, dichiarava irricevibile il ricorso che Adapta s.p.a. aveva proposto contro il provvedimento di aggiudicazione d'una procedura ristretta per l'affidamento di un servizio da parte dell'Asl leccese. A base della decisione, fondata sull'espresso rinvio alla giurisprudenza di questa Corte Suprema, la tardiva ri-presa del procedimento notificatorio dell'impugnazione dell'atto amministrativo nei confronti della società controinteressata aggiudicataria, LAV.IT. s.p.a., avvenuta il (OMISSIS), ossia 36 giorni dopo la prima notifica non andata a buon fine, avvenuta il (OMISSIS), e dunque oltre la scadenza del termine perentorio di 30 gg. di cui all'art. 41, comma 2, e art. 120, comma 5, c.p.a., decorrente dal 4.11.2013, e non entro i sette giorni da ritenere quale limite massimo ragionevole avuto riguardo alla fattispecie concreta.

Avverso tale sentenza la Adapta s.p.a. propone ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 110 c.p.a., art. 111 Cost. e art. 362 c.p.c., comma 1, affidato a due motivi.

Resistono con separati controricorsi l'Asl di Lecce e la LAV.IT. s.p.a. Le società Adapta s.p.a. e LAV.IT. s.p.a. hanno depositato memoria.

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - Il primo motivo denuncia la violazione dei limiti della giurisdizione per invasione della sfera riservata al legislatore in materia coperta da riserva di legge, in relazione all'art. 111 Cost., comma 8, art. 360 c.p.c., n. 1 e art. 362 c.p.c., comma 1.

Sostiene parte ricorrente che il Consiglio di Stato ha fissato autonomamente ed in assenza di specifici riferimenti normativi un termine di decadenza, valevole per la materia degli appalti, per la riattivazione del procedimento notificatorio, fissandolo in un lasso di tempo non superiore a sette giorni. Mentre ha ritenuto irragionevole quello maggiore osservato nella specie, attesi i tempi ristretti e la necessaria celerità che caratterizzano il rito delle procedure d'affidamento dei contratti pubblici. Tale decisione, prosegue parte ricorrente, è incorsa in un palese vizio di eccesso di potere giurisdizionale. Il C.d.S., infatti, avrebbe enucleato una norma non prevista dalla disciplina vigente, lì dove ha individuato in un lasso di tempo non superiore a sette giorni il termine entro cui riprendere il procedimento notificatorio.

Inoltre, prosegue parte ricorrente, il C.d.S. ha anche assunto quale dies a quo di tale termine il momento della restituzione dell'originale del ricorso con la relata a mezzo del servizio postale. In tal modo, è stata di fatto individuata una nuova regola giuridica non prevista dalla disciplina vigente in materia di notifiche. Al contrario, deduce ancora parte ricorrente, non sussiste in capo al notificante alcun obbligo, giuridicamente vincolante, di

verificare la regolarità del procedimento notificatorio, atteso che per lui la notifica si perfeziona al momento della consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario.

2. - Il secondo motivo allega il diniego di giustizia e la violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, del giusto processo e degli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), tale essendo la declaratoria d'inammissibilità d'un mezzo di tutela al di fuori dei casi consentiti dalla legge.

3. - Entrambi i motivi - da esaminare congiuntamente, il secondo null'altro essendo che la conseguenza giuridica che il ricorrente opina debba trarsi dall'accoglimento del primo - sono manifestamente inammissibili.

Com'è noto, le Sezioni Unite della Corte di cassazione, dinanzi alle quali siano impugnate decisioni di un giudice speciale per motivi attinenti alla giurisdizione, possono rilevare unicamente l'eventuale superamento dei limiti esterni della giurisdizione medesima, non essendo loro consentito di estendere il proprio sindacato anche al modo in cui la giurisdizione è stata esercitata, allorchè, cioè, sia dedotto un error in iudicando, non inerente nè all'essenza della giurisdizione nè allo sconfinamento dai suoi limiti (v. ex pluribus, S.U. nn. 24742/16, 7847/14 e 26812/09). In particolare, con riguardo al sindacato sulle decisioni del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione, è configurabile l'eccesso di potere giurisdizionale con riferimento alle regole del processo amministrativo solo nel caso di radicale stravolgimento delle norme di rito, tale da implicare un evidente diniego di giustizia e non già nel caso di mero dissenso del ricorrente nell'interpretazione della legge (v. S.U. nn. 964/17, 24468/13 e 15428/12).

3.1. - Nello specifico, parte ricorrente si duole proprio e solo dell'interpretazione che la sentenza impugnata ha fornito delle norme che presiedono al procedimento notificatorio, proponendone una lettura alternativa, per di più affatto disancorata dall'art. 39 c.p.a., comma 4. Quest'ultimo, sotto la rubrica, significativa, di "rinvio esterno", dispone che le notificazioni degli atti del processo amministrativo sono comunque disciplinate dal codice di procedura civile e dalle leggi speciali concernenti la notificazione degli atti giudiziari in materia civile. Il carattere visibilmente mobile di tale rinvio dimostra che nell'interpretare ed applicare la disciplina processualcivile sulle notificazioni, il giudice amministrativo correttamente si adegua alle linee evolutive della giurisprudenza civile in materia. Il che esclude in radice qualsiasi ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione.

Nè rileva, infine, che il Consiglio di Stato abbia ritenuto quale limite temporale massimo entro cui riattivare il procedimento di notificazione un termine (sette giorni) diverso da quello di recente ritenuto da queste S.U. con sentenza n. 14594/16 (la metà dei termini indicati dall'art. 325 c.p.c., salvo circostanze eccezionali di cui sia data prova rigorosa), perchè in ogni caso la notifica del ricorso amministrativo contro il provvedimento d'aggiudicazione è avvenuta oltre il prolungamento della metà del termine (trenta giorni) fissato dall'art. 41 c.p.a., comma 2 e art. 120 c.p.a., comma 5.

4. - Il ricorso va, pertanto, dichiarato inammissibile.

5. - Seguono le spese, liquidate come in dispositivo, a carico della parte ricorrente ed in favore di ciascuna parte controricorrente.

5. - Sussistono a carico della parte ricorrente i presupposti per l'applicazione del raddoppio del contributo unificato, ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 - quater, inserito dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17.

PQM

La Corte dichiara inammissibile il ricorso e condanna la parte ricorrente alle spese, che liquida in Euro 3.200,00 per ciascuna parte controricorrente, di cui 200,00 per esborsi, oltre spese generali forfettarie al 15% ed accessori di legge.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 - quater, inserito dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17, dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento da parte ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1 - bis.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio delle Sezioni unite civili della Corte Suprema di Cassazione, il 10 gennaio 2017.

Depositato in Cancelleria il 5 aprile 2017

Fonti: Giustizia Civile Massimario 2017

Classificazione: GIURISDIZIONE CIVILE - Ricorso per Cassazione contro decisioni dei giudici amministrativi

Giurisdizione civile - Ricorso per Cassazione contro decisioni dei giudici amministrativi - Decisioni del Consiglio di Stato - Violazione dei doveri di specificità, chiarezza e sinteticità espositiva degli atti processuali - Declaratoria d'inammissibilità dell'appello - Eccesso di potere giurisdizionale - Configurabilità - Esclusione - Ragioni.

In tema di sindacato delle Sezioni Unite della Suprema Corte sulle decisioni del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione, è configurabile l'eccesso di potere giurisdizionale con riferimento alle regole del processo amministrativo solo nel caso di un radicale stravolgimento delle norme di rito che implichi un evidente diniego di giustizia, sicché non è affetta da tale vizio la pronuncia con la quale il giudice amministrativo, facendo applicazione della sanzione stabilita dall'art. 40 del d.lg. n. 104 del 2010, nonché dell'art. 3, comma 2, del medesimo d.lg., abbia dichiarato l'inammissibilità dell'atto d'appello per violazione dei doveri di specificità, chiarezza e sinteticità espositiva.

Fonti: Foro it. 2017, 2, I, 509

Classificazione: CASSAZIONE CIVILE - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - Consiglio di Stato

Non esorbita dai limiti interni della giurisdizione amministrativa e non comporta diniego di giustizia la sentenza del Consiglio di Stato che abbia dichiarato inammissibile un appello per violazione del dovere di sinteticità e di chiarezza.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RORDORF	Renato	- Primo Presidente f.f. -
Dott. SCHIRO'	Stefano	- Presidente di sez. -
Dott. AMOROSO	Giovanni	- Presidente di sez. -
Dott. DIDONE	Antonio	- Presidente di sez. -
Dott. DI IASI	Camilla	- Presidente di sez. -
Dott. PETITTI	Stefano	- Presidente di sez. -
Dott. RAGONESI	Vittorio	- rel. Consigliere -
Dott. D'ANTONIO	Enrica	- Consigliere -
Dott. MANNA	Antonio	- Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 5816-2016 proposto da:

C.M., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA GIUSEPPE FERRARI, 12, presso lo studio dell'avvocato MARCO MONTOSI,

rappresentato e difeso dagli avvocati VALERIO ZICARO e AURELIA ZICARO, giusta procura in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

D.M., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA MUGGIA 33, presso l'avvocato GIUSEPPE COSCO (Studio legale Labate), rappresentato e difeso dagli avvocati ALFREDO GUALTIERI e DEMETRIO VERBARO, giusta procura a margine del controricorso;

B.D.D., elettivamente domiciliato in ROMA, LARGO DI TORRE ARGENTINA 11, presso lo studio dell'avvocato BARTOLO DATTOLA, rappresentato e difeso dall'avvocato NATALE POLIMENI, per delega in calce al controricorso;
REGIONE CALABRIA, in persona del Presidente pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA SABOTINO 12, presso lo studio dell'avvocato GRAZIANO PUNGI', rappresentata e difesa dagli avvocati MASSIMILIANO MANNA e FRANCESCHINA TALARICO, per delega a margine del controricorso;

- controricorrenti -

e contro

CONSIGLIO REGIONALE DELLA CALABRIA, UFFICIO CENTRALE REGIONALE,

M.G., + ALTRI OMESSI

- intimati -

avverso la sentenza n. 5400/2015 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 30/11/2015;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 20/12/2016 dal Consigliere Dott. VITTORIO RAGONESI;

uditi gli Avvocati AURELIA ZICARO, VALERIO ZICARO, ALFREDO GUALTIERI, GRAZIANO PUNGI' per delega dell'Avvocato MASSIMILIANO MANNA e NATALE POLIMENI;

udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott. FUZIO Riccardo, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso.

Fatto

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto notificato il 19 gennaio 2015, C.M. proponeva ricorso per ottenere l'annullamento del verbale dell'Ufficio Centrale Regionale per le elezioni regionali della Calabria, nella parte in cui non comprendeva il ricorrente tra gli eletti.

Quest'ultimo lamentava l'erroneità del verbale di proclamazione degli eletti alla carica di Consigliere Re-gionale nella parte in cui gli Uffici Centrali Circo-scrizionali, nella determinazione del quoziente elettorale circo-scrizionale ai sensi della L. n. 108 del 1968, art. 15, comma 3 non avevano tenuto conto dei voti espressi in favore delle liste provinciali che non avevano superato la soglia di sbarramento del 4%.

In particolare, deduceva che la non utilizzazione dei voti attribuiti ai soli candidati a Presidente (liste regionali) ai fini della determinazione del quoziente elettorale circoscrizionale avrebbe determinato l'effetto per cui le liste di maggioranza avrebbero acquisito un numero di seggi superiore al dovuto che, secondo quanto ritenuto da controparte doveva essere di 24 seggi, con la conseguenza che doveva scattare il premio di maggioranza di nove seggi alle liste collegate alla lista regionale vincente, L. n. 108 del 1968, ex art. 15, comma 13, n. 4 come modificata dalla L.R. n. 4 del 2010, anziché di quattro (come è effettivamente avvenuto in forza dell'art. 15, comma 13, n. 3 cit. Legge, come modificata).

Si costituiva l'Ente Regione contestando, integralmente, il contenuto del ricorso proposto. Proponeva intervento ad adiuvandum il partito "(OMISSIS)", in persona del Tesoriere nazionale e l'Avv. S.G., in qualità di Commissario Provinciale di Cosenza del medesimo partito, nonché in qualità di elettore del Comune di (OMISSIS).

Si costituivano alcuni dei controinteressati.

Il T.A.R. Calabria - Catanzaro, con la sentenza n. 296/2015, dichiarato preliminarmente il difetto di legittimazione passiva dell'Ufficio Elettorale, dichiarava inammissibile l'intervento ad adiuvandum e rigettava il ricorso proposto in quanto infondato nel merito.

Con ricorso in appello il C. chiedeva la riforma della sentenza impugnata, rilevando la violazione di legge, sia in relazione alla costituzione tardiva del controinteressato B. che all'erroneità ed irragionevolezza della motivazione.

Deduceva poi la violazione della L. n. 108 del 1968, art. 15, comma 3, lett. a) e b) ed il contrasto con la sentenza della Corte costituzionale n. 1/2014 nonché per la violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato ex art. 112 c.p.c..

Si costituivano la Regione Calabria ed i controinteressati già costituiti in primo grado chiedendo l'inammissibilità e/o il rigetto nel merito dell'appello.

In particolare, la difesa del signor D'Acri eccepiva l'inammissibilità del gravame per violazione dei doveri di sinteticità e chiarezza.

Il Consiglio di Stato, Sezione Quinta, con sentenza 5400/15 ha dichiarato l'inammissibilità dell'appello pro-posto per violazione dei doveri di sinteticità e chiarezza, evidenziando peraltro anche l'infondatezza nel merito dell'appello e della domanda di primo grado, nella parte in cui risulta intellegibile.

Avverso la detta sentenza ricorre per Cassazione il C. sulla base di due motivi cui resistono con controrricorso la regione Calabria, d.M. e B.D.D..

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo di ricorso il C. lamenta il rifiuto di giurisdizione del Consiglio di Stato e denegazione della giustizia a seguito della pronunciata inammissibilità dell'appello per violazione dei doveri di specificità nonché di sinteticità e chiarezza, pur non esistendo alcuna norma che preveda tale sanzione processuale. Deduce inoltre la violazione degli artt. 6 e 13 della CEDU, i quali sanciscono il diritto ad un ricorso effettivo.

Con il secondo motivo di ricorso eccepisce la violazione o falsa applicazione dell'art. 3 c.p.a., comma 2, art. 74 c.p.a., art. 55 c.p.a., comma 7, art. 40 c.p.a., comma 1, lett. c) e d), art. 101 c.p.a., comma 1; art. 132 c.p.c., comma 2 e art. 118 disp. att. c.p.c.; art. 366 c.p.c., comma 1; art. 120 c.p.a., comma 6, ed il pedisse-quo decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 40 del 25 maggio 2015.

Va in primo luogo rammentato che la sentenza impugnata ha per oggetto due ricorsi riuniti recanti rispettivamente i numeri 2844/15 e 2980/15. Mentre il primo è stato dichiarato inammissibile, il secondo è stato rigettato nel merito.

Deve pertanto ritenersi che il ricorso, ancorchè non contenga alcuna specificazione in proposito, censuri esclusivamente la pronuncia della sentenza del Consiglio di Stato riguardante il primo dei due ricorsi amministrativi.

Venendo all'esame dei due motivi proposti, questi, tra loro strettamente connessi, possono essere trattati congiuntamente e si rivelano inammissibili.

La sentenza impugnata ha rilevato (v. pg 12) che l'art. 40 c.p.a. e art. 101 c.p.a., comma 1, espressamente prevedono che i motivi del ricorso devono essere specifici e che eventuali motivi proposti in violazione di detto principio sono inammissibili.

Tale motivazione corrisponde al dato normativo dal momento che l'art. 40 citato, a seguito della riforma operata dal D.Lgs. n. 160 del 2012, applicabile *ratione temporis*, prevede quanto segue.

1. Il ricorso deve contenere distintamente:

a) gli elementi identificativi del ricorrente, del suo difensore e delle parti nei cui confronti il ricorso è pro-posto;

b) l'indicazione dell'oggetto della domanda, ivi compreso l'atto o il provvedimento eventualmente impugnato, e la data della sua notificazione, comunicazione o comunque della sua conoscenza;

c) l'esposizione sommaria dei fatti;

d) i motivi specifici su cui si fonda il ricorso;

e) l'indicazione dei mezzi di prova;

f) l'indicazione dei provvedimenti chiesti al giudice;

g) la sottoscrizione del ricorrente, se esso sta in giudizio personalmente, oppure del difensore, con indicazione, in questo caso, della procura speciale.

2. I motivi proposti in violazione del comma 1, lett. d), sono inammissibili.

A sua volta l'art. 101 c.p.a., comma 1, stabilisce che "Il ricorso in appello deve contenere l'indicazione del ricorrente, del difensore, delle parti nei confronti delle quali è proposta l'impugnazione, della sentenza che si impugna, nonché l'esposizione sommaria dei fatti, le specifiche censure contro i capi della sentenza gravata, le conclusioni, la sottoscrizione del ricorrente se sta in giudizio personalmente oppure del difensore con indicazione, in questo caso, della procura speciale rilasciata anche unitamente a quella per il giudizio di primo grado.

Da tali dati normativi risulta con tutta chiarezza che il Consiglio di Stato si è attenuto alle disposizioni normative del processo amministrativo ritenendo che la mancanza di specificità dei motivi, individuati nella mancata suddivisione dell'atto di appello tra lo

svolgimento del processo, attuato con la tecnica del copia ed incolla, e l'esposizione di specifici motivi in ragione della commistione all'interno di questi ultimi fra "argomenti, domande, eccezioni e richieste istruttorie", costituiva un motivo di inammissibilità in ragione della espressa disposizione dell'art. 40 c.p.a. riferibile al ricorso di primo grado che ha ritenuto applicabile in virtù di una medesima ratio anche all'atto di appello.

Corretta o meno che sia tale interpretazione estensiva, il Consiglio di Stato non ha decampato dai limiti interni della giurisdizione facendo comunque applicazione di una previsione di inammissibilità espressamente stabilita dal codice di procedura amministrativa in relazione alla fattispecie concreta approfonditamente analizzata.

Tanto basterebbe ad escludere che nella fattispecie si sia verificato un caso di denegata giustizia.

Quanto agli ulteriori aspetti della mancanza di sinteticità e chiarezza, questa Corte di cassazione ha già avuto modo di chiarire che queste condizioni sono ora fissate nel nostro ordinamento dall'art. 3 c.p.a., comma 2, che esprime un principio generale del diritto processuale, destinato ad operare anche nel processo civile la cui mancanza, espone il ricorrente al rischio di una declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione, in quanto rischia di pregiudicare l'intelligibilità delle questioni, rendendo oscura l'esposizione dei fatti di causa e confuse le censure mosse alla sentenza gravata, con ciò ponendosi in contrasto con il principio di ragionevole durata del processo, costituzionalizzato con la modifica dell'art. 111 Cost., e, per altro verso, con il principio di leale collaborazione tra le parti processuali e tra queste ed il giudice risolvendosi, in definitiva, in un impedimento al pieno e proficuo svolgimento del contraddittorio processuale (cfr. Cass. n. 11199/12, Cass. n. 21297/16).

Sotto tali profili la pronuncia di inammissibilità del Consiglio di Stato trova ulteriore giustificazione.

E' appena il caso di rammentare che il principio della sinteticità degli atti processuali è riconosciuto dalla legislazione dell'Unione europea dal momento che l'art. 58 del Regolamento di procedura della Corte di giustizia dell'Unione europea recita: "Lunghezza degli atti processuali. Salvo quanto disposto da norme specifiche del presente regolamento, la Corte, mediante decisione, può stabilire la lunghezza massima delle memorie o delle osservazioni depositate dinanzi ad essa. Tale decisione è pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea".

Anche alla luce di tali ultime considerazioni deve escludersi la sussistenza di ogni violazione degli artt. 6 e 13 Cedu.

Ciò comporta che non vi è stato alcun diniego di giustizia frutto di un radicale stravolgimento nella applicazione delle norme di riferimento.

Sul punto è appena il caso di ricordare la costante giurisprudenza di queste Sezioni Unite secondo cui è configurabile l'eccesso di potere giurisdizionale con riferimento alle regole del processo amministrativo solo nel caso di radicale stravolgimento delle norme di rito, tale da implicare un evidente diniego di giustizia e non già nel caso di mero dissenso del ricorrente nell'interpretazione della legge. (ex plurimis Cass sez un. 24468/13; Cass., sez. un., 14 settembre 2012, n. 15428).

L'ulteriore censura, con cui si prospetta una erronea applicazione dell'art. 120 c.p.a., comma 6, come modificato dal D.Lgs. n. 90 del 2014, per non essere tale norma ed il conseguente Decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 40 del 2015 applicabili ratione temporis riguardano l'erronea applicazione delle norme processuali e rientrano quindi nei limiti interni della giurisdizione senza che ciò possa costituire un diniego di giurisdizione.

In ogni caso, non può non rilevarsi che la sentenza oggetto di ricorso ha dato espressamente atto che la normativa in questione non era applicabile alla fattispecie onde la doglianza sarebbe comunque destituita di fondamento in radice non essendo state le disposizioni in esame poste a base della decisione ma solamente addotte come ulteriori argomenti a sostegno della decisione stessa.

Segue alla soccombenza la condanna del ricorrente alle spese di giudizio liquidate come da dispositivo.

PQM

Dichiara inammissibile il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese di giudizio in favore di ciascuno dei controricorrenti liquidate in favore di ciascuno in Euro 3000,00 oltre Euro 200,00 per esborsi oltre accessori di legge e spese forfettarie.

Così deciso in Roma, il 20 dicembre 2016.

Depositato in Cancelleria il 17 gennaio 2017

Fonti: Giustizia Civile Massimario 2013

Classificazione: CASSAZIONE CIVILE - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - Consiglio di Stato

GIURISDIZIONE CIVILE - Ricorso per Cassazione contro decisioni dei giudici amministrativi - Giudizio amministrativo - Violazione delle regole del processo amministrativo - Ricorso per motivi di giurisdizione - Ammissibilità - Limiti - "Error in procedendo" equivalente a diniego di giustizia - Necessità - Mero dissenso del ricorrente nell'interpretazione della legge - Esclusione - Fattispecie.

In tema di sindacato delle Sezioni Unite sulle decisioni del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione, è configurabile l'eccesso di potere giurisdizionale con riferimento alle regole del processo amministrativo solo nel caso di radicale stravolgimento delle norme di rito, tale da implicare un evidente diniego di giustizia e non già nel caso di mero dissenso del ricorrente nell'interpretazione della legge. (Nella specie, il ricorrente, revocato dalla provvisoria aggiudicazione del servizio di riscossione tributi per sua inaffidabilità desumibile da un precedente rapporto, aveva lamentato che il Consiglio di Stato non si fosse limitato alla mera verifica della sufficienza della motivazione di tale revoca, ma ne aveva operato una vera e propria integrazione nel ritenere sussistente il presupposto di cui all'art. 38 lett. f) d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, così travalicando i confini della giurisdizione operando apprezzamenti discrezionali riservati alla p.a.).

Fonti: Diritto & Giustizia 2013, 31 ottobre (nota di: BASSO)

Classificazione: PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.) - Contratti della P.A. - controlli

In tema di requisiti soggettivi di partecipazione ad un appalto pubblico e quindi di revoca dell'aggiudicazione provvisoria, la risoluzione del precedente contratto stipulato con un ente pubblico, anche se avvenuta prima della pubblicazione di un altro bando presso altra p.a. e scoperta dopo la relativa aggiudicazione provvisoria, incide negativamente anche in quest'ultima procedura in quanto fa venire meno la fiducia nell'aggiudicataria. È, così, legittima la sentenza con cui, accertato l'inadempimento e quindi lo stato di inaffidabilità dell'aggiudicataria nei rapporti contrattuali con altra p.a. e perciò la motivata valutazione da parte della stazione successivamente appaltante, venga confermata l'esclusione della società aggiudicataria in favore della seconda classificata, adottata a seguito di apposito procedimento anche se avviato e comunicato dopo la provvisoria aggiudicazione.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ADAMO Mario	- Primo Presidente f.f. -
Dott. RORDORF Renato	- Presidente Sez. -
Dott. MASSERA Maurizio	- Consigliere -
Dott. SEGRETO Antonio	- Consigliere -
Dott. SALVAGO Salvatore	- Consigliere -

Dott. AMATUCCI Alfonso - Consigliere -
Dott. DI PALMA Salvatore - Consigliere -
Dott. MACIOCE Luigi - Consigliere -
Dott. AMOROSO Giovanni - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 22176/2012 proposto da:

SO.G.E.T. S.P.A. - SOCIETA' GESTIONE ENTRATE E TRIBUTI, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE ANGELICO 103, presso lo studio dell'avvocato VAGNOZZI DANIELE, rappresentata e difesa dagli avvocati DELLA ROCCA SERGIO, CECINATO LUIGI, per delega a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

EMMEGI S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese Emmegi srl-Equitalia sud s.p.a. (già Equitalia Polis s.p.a.), elettivamente domiciliata in ROMA, VIA COSSERIA 2, presso lo studio dell'avvocato ALFREDO PLACIDI, rappresentata e difesa dagli avvocati SEBASTIO ATTILIO, GIUSEPPE MISSERINI, per delega in calce al controricorso;

COMUNE DI TARANTO, in persona del Dirigente della Direzione degli Affari Legali, elettivamente domiciliato in ROMA, PIAZZA SANTI APOSTOLI 66, presso lo studio dell'avvocato ZITO ALBERTO, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato CASIELLO MARIA, per delega a margine del controricorso;

- controricorrenti -

e contro

EQUITALIA POLIS S.P.A.;

- intimata -

avverso la sentenza n. 3078/2012 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 25/05/2012;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 11/06/2013 dal Consigliere Dott. GIOVANNI AMOROSO;

uditi gli avvocati Sergio DELLA ROCCA, Alberto ZITO;

udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott. APICE Umberto, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Fatto

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. La Soget s.p.a. - Società gestione entrate e tributi - proponeva il ricorso (r.g.n. 1517/2011) al T.a.r. Puglia, sez. dist. Lecce, esponendo: che la ricorrente Soget e la

controinteressata Emmegi partecipavano a una gara bandita dal Comune di Taranto per l'affidamento di una serie di servizi in materia di accertamento, liquidazione e riscossione di tributi, entrate patrimoniali e sanzioni pecuniarie (bando, come rettificato, del 7 ottobre 2010 e termine per la presentazione delle offerte al 15 novembre 2010); che all'esito delle operazioni di gara la stessa era provvisoriamente aggiudicata dalla Soget s.p.a. (d.d. n. 51 del 16 marzo 2011); che successivamente con nota prot. n. 108431 dell'11 luglio 2011, la p.a.

comunicava l'avvio di un procedimento di revoca dell'aggiudicazione, in ragione dell'intervenuta risoluzione contrattuale adottata dal Comune di Oria rispetto a Soget con d.d. n. 609 dell'8 giugno 2010 (circostanza la quale avrebbe inciso sui requisiti soggettivi di partecipazione alla procedura della società); che a tale nota la Soget replicava in data 22 luglio 2011, precisando che il Comune di Oria, con d.d. n. 988 dell'1 ottobre 2010, aveva revocato il proprio precedente atto di risoluzione (questo perchè, a seguito di un accordo transattivo, la risoluzione unilaterale era venuta meno per effetto di una risoluzione consensuale del contratto); che con d.d.

n. 178 del 14 settembre 2011, tuttavia, il Comune di Taranto ribadiva che le vicende inerenti al rapporto fra la Soget e il Comune di Oria erano tali da incidere sui suoi requisiti di partecipazione e, infine, con d.d. n. 179 del 15 settembre successivo, procedeva all'aggiudicazione della gara in favore della Emmegi.

Avverso tali atti, nonché quelli presupposti e consequenziali, insorgeva davanti al TAR Puglia - sez. staccata di Lecce, la Soget, chiedendone l'annullamento ed instando per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, per il subentro nello stesso e per il risarcimento dei danni.

2. Pronunciandosi nell'instaurato contraddittorio con il Comune di Taranto e la società Emmegi s.r.l. (che proponeva ricorso incidentale), l'adito T.a.r., con sentenza n. 2057 del 2011, in parte respingeva il ricorso principale della società Soget e in parte lo dichiarava inammissibile; inoltre dichiarava improcedibile il ricorso incidentale proposto dalla società Emmegi.

Secondo il Giudice di primo grado, il Comune di Taranto aveva legittimamente revocato l'aggiudicazione provvisoria alla Soget, essendosi accertata, in relazione alle vicende del servizio svolto per conto del Comune di Oria, la sussistenza di errori gravi commessi dalla ricorrente; revoca fondata quindi sul disposto del D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 38, comma 1, lett. f).

In particolare riteneva il T.a.r. che legittimamente il Comune di Taranto considerava accertata, in conformità ai parametri fissati già dal D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 38, comma 1, lett. f), (oltre che dalla lex specialis della gara), la sussistenza di errori gravi commessi dalla ricorrente nell'esercizio dell'attività professionale prestata presso il Comune di Oria, errori gravi emergenti, in punto di fatto, dalla delibera di Giunta n. 165 del 1 ottobre 2010 e, soprattutto, dall'atto di transazione intercorso in pari data fra le parti (atto nel quale, a fronte delle contestazioni del Comune di Oria, la Soget, che ben avrebbe potuto agire in sede giudiziaria avverso l'atto comunale di risoluzione del contratto, preferiva invece ristorare la p.a. con la somma di Euro 112.496,17 per il mancato gettito derivato al Comune

dai propri inadempimenti contrattuali). Errori gravi i quali obiettivamente rilevavano, indipendentemente da ogni giudizio sulle dichiarazioni rese dalla società (la intervenuta revoca della risoluzione unilaterale depone in ogni caso per la buona fede della società, fermo restando che allo stato non risulta concretamente disposta alcuna sanzione D.Lgs. n. 163 del 2006, ex art. 48, pur essendo le stesse genericamente prefigurate nel provvedimento impugnato), ai fini della esclusione della ricorrente, così legittimando la determinazione n. 178 del 14 settembre 2011.

Il Tar considerava inoltre che la verificata correttezza dell'esclusione della Soget faceva venir meno la legittimazione della medesima alla formulazione delle censure pure avanzate rispetto alla successiva aggiudicazione della gara alla Emmegi, le quali andavano dunque dichiarate inammissibili. In particolare richiama-va Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4, secondo cui la definitiva esclusione o l'accertamento della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abilita ad impugnare gli esiti della procedura selettiva; tale esito rimane fermo in tutti i casi in cui l'illegittimità della partecipazione alla gara è definitivamente accertata, sia per inoppugnabilità dell'atto di esclusione, sia per annullamento dell'atto di ammissione.

La manifesta infondatezza del ricorso principale rendeva infine improcedibile per carenza di interesse il ricorso incidentale proposto dalla Emmegi. Infatti l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità.

3. Appellava la sentenza la Soget la quale riproponeva tutte le censure e le domande svolte in primo grado.

Si costituivano il Comune di Tarante e la Emmegi, quest'ultima con appello incidentale contenente i motivi di cui al ricorso incidentale di primo grado.

Il Consiglio di Stato, sez. Quinta, con sentenza n. 3078 del 2012 respingeva l'appello principale e dichiarava improcedibile l'appello incidentale, confermando per l'effetto la sentenza appellata.

Condannava la società appellante a rifondere alle parti appellate le spese del grado di giudizio.

4. Avverso questa pronuncia ricorre per cassazione la Soget s.p.a. con due motivi.

Resistono con controricorso le parti intime, Comune di Taranto e società EMMEGI s.r.l..

La Soget s.p.a. ed il comune di Taranto hanno anche depositato memoria ex art. 378 c.p.c..

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il ricorso è articolato in due motivi.

Con il primo motivo la società ricorrente denuncia la violazione degli artt. 103, 111 e 117 Cost., lamentando il travalicamento dei limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo.

Secondo la ricorrente il Consiglio di Stato, nel confermare la pronuncia di primo grado, non si è limitato a una mera verifica della sufficienza della motivazione della revoca dell'aggiudicazione, ma ha operato una vera e propria integrazione della motivazione stessa nel ritenere sussistente il presupposto previsto dal D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 38, lett. F). In tal modo il Consiglio di Stato ha travalicato i confini della giurisdizione operando apprezzamenti discrezionali riservati alla pubblica amministrazione.

Con il secondo motivo la società ricorrente, denunciando la violazione delle medesime disposizioni citate, censura la sentenza impugnata per l'assunto rifiuto di esercitare la giurisdizione.

2. Il ricorso - i cui due motivi possono essere esaminati congiuntamente - è infondato.

Va innanzi tutto ribadito quanto già affermato da questa Corte (Cass., sez. un., 9 novembre 2011, n. 23302) secondo cui le decisioni del giudice amministrativo possono dirsi essere viziata per eccesso di potere giurisdizionale e, quindi, sindacabili per motivi inerenti alla giurisdizione, soltanto laddove detto giudice, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato e sconfinando nella sfera del merito (riservato alla p.a.), compia una diretta e concreta valutazione della opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'amministrazione, così esercitando una giurisdizione di merito in situazioni che avrebbero potuto dare ingresso soltanto a una giurisdizione di legittimità.

In particolare, in presenza di una scelta del legislatore di consentire il rifiuto di aggiudicazione per ragioni di inaffidabilità dell'impresa il sindacato di legittimità del giudice amministrativo nello scrutinio di un uso di-storto di tale rifiuto deve prendere atto della chiara scelta di rimettere alla stessa stazione appaltante la individuazione del punto di rottura dell'affidamento nel pregresso e/o futuro contraente.

Nella specie il sindacato del giudice amministrativo sulla motivazione del rifiuto si è mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto esibiti dal Comune appaltante come ragioni del rifiuto di aggiudicazione.

Il Consiglio di Stato quindi - esercitando i poteri giurisdizionali di verifica del rispetto in particolare del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 162, art. 38, comma 1, lett. f), che prevede che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento di concessioni ed appalti pubblici di lavori, servizi e forniture i soggetti che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara;

o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale - è rimasto nei confini propri della giurisdizione del giudice amministrativo.

Ai fini dell'applicazione di tale disposizione del codice dei contratti pubblici non è necessario un accertamento della responsabilità del contraente per l'inadempimento in relazione ad un precedente rapporto contrattuale, quale sarebbe richiesto per l'esercizio di un potere sanzionatorio, ma è sufficiente una motivata valutazione dell'amministrazione in ordine alla grave negligenza o malafede nell'esercizio delle pre-stazioni affidate dalla

stazione appaltante che bandisce la gara, che abbia fatto venir meno la fiducia nell'impresa.

In conclusione va ribadito quanto già affermato da questa Corte (Cass., sez. un., 14 settembre 2012, n. 15428) secondo cui, quanto al sindacato delle Sezioni Unite sulle decisioni del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione (ex art. 362 c.p.c., comma 1), è configurabile l'eccesso di potere giurisdizionale con riferimento alle regole del processo amministrativo solo nel caso di radicale stravolgimento delle norme di rito, tale da implicare un evidente diniego di giustizia, e non già nel caso, quale quello in esame, di mero dissenso del ricorrente nell'interpretazione della legge.

3. Il ricorso è quindi infondato.

Alla soccombenza consegue la condanna della ricorrente al pagamento delle spese processuali di questo giudizio di cassazione nella misura liquidata in dispositivo.

PQM

La Corte, a Sezioni Unite, rigetta il ricorso; condanna la ricorrente al pagamento delle spese di questo giudizio di cassazione liquidate in Euro 200,00 (duecento) per esborsi oltre Euro 6.000,00 (seimila) per compensi d'avvocato ed oltre accessori di legge in favore del comune di Tarante, nonché in Euro 200,00 (duecento) per esborsi ed in Euro 5.000,00 (cinquemila) per compensi d'avvocato oltre accessori di legge in favore della società Emmegi.

Così deciso in Roma, il 11 giugno 2013.

Depositato in Cancelleria il 30 ottobre 2013

Fonti: Giust. civ. Mass. 2012, 9, 1117 – Foro amm. CDS 2012, 10, 2505 (s.m)

Classificazione: GIURISDIZIONE CIVILE - Ricorso per Cassazione contro decisioni dei giudici amministrativi

Giurisdizione civile - Ricorso per Cassazione contro decisioni dei giudici amministrativi - Decisioni del Consiglio di Stato - Giudizio amministrativo - Violazione delle regole del processo amministrativo - Ricorso per motivi di giurisdizione - Ammissibilità - Limiti - Error in procedendo equivalente a diniego di giustizia - Necessità - Fattispecie in tema di sentenza semplificata resa dal Consiglio di Stato in sede di decisione camerale sulla richiesta di sospensione della sentenza appellata

In tema di sindacato delle Sezioni Unite della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione, è configurabile l'eccesso di potere giurisdizionale con riferimento alle regole del processo amministrativo solo nel caso di radicale stravolgimento delle norme di rito, tale da implicare un evidente diniego di giustizia. Ne consegue che non è affetta da eccesso di potere giurisdizionale la pronuncia del Consiglio di Stato, della quale sia denunciata l'irritualità per mancato rispetto del termine di almeno venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso, prescritto dall'art. 60 d.lg. 2 luglio 2010 n. 104 (codice del processo amministrativo), in relazione alla convocazione in camera di consiglio per la decisione sulla richiesta di sospensione della sentenza appellata, ove il collegio, sentite sul punto le parti costituite e senza alcuna opposizione di queste, abbia poi definito, in sede camerale, tutto il giudizio introdotto con l'atto d'appello mediante sentenza in forma semplificata.

Fonti: Diritto e Giustizia online 2012, 18 settembre (nota di: VALERINI)

Classificazione: GIURISDIZIONE CIVILE - Giurisdizione ordinaria e amministrativa: impiego pubblico - concorsi a pubblici impieghi

Sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere di una controversia avente ad oggetto un concorso per professore universitario di prima fascia

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. PREDEN	Roberto	- Primo Presidente f.f. -
Dott. MIANI CANEVARI	Fabrizio	- Presidente Sez. -
Dott. SALME'	Giuseppe	- Consigliere -
Dott. PICCIALLI	Luigi	- Consigliere -
Dott. RORDORF	Renato	- Consigliere -
Dott. BUCCIANTE	Ettore	- Consigliere -
Dott. IANNIELLO	Antonio	- Consigliere -
Dott. AMOROSO	Giovanni	- rel. Consigliere -
Dott. D'ALESSANDRO	Paolo	- Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 30114-2011 proposto da:

E.G.M., elettivamente domiciliato in ROMA, FORO
TRAIANO 1-A, presso lo studio dell'avvocato SCHETTINI DARIO O., che
lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati PALMA ANTONIO,
CLAUDIO VARRONE, per deleghe in atti;

- ricorrente -

contro

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI ROMA TRE, in persona del Rettore pro-
tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12,
presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che la rappresenta e
difende, ope legis;

S.A., elettivamente domiciliata in ROMA, CORSO
VITTORIO EMANUELE II 18, presso lo studio dell'avvocato MERUSI FABIO,
che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati MASINI MARIA
STEFANIA, GIUSEPPE TOSCANO, per delega a margine del controricorso;

- controricorrenti -

avverso la sentenza n. 5928/2011 del CONSIGLIO DI STATO, depositata
il 09/11/2011;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del
10/07/2012 dal Consigliere Dott. GIOVANNI AMOROSO;

uditi gli avvocati Claudio VARRONE, Darlo Ovidio SCHETTINI, Pietro
GAROFOLI, Fabio MERUSI, Maria Stefania MASINI;

udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott. CENICCOLA
Raffaele, che ha concluso per l'inammissibilità, in subordine
rigetto del ricorso.

Fatto

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. Con ricorso al Tar Lazio il prof. E.G. impugnava gli esiti della procedura concorsuale indetta dall'Università degli Studi Roma Tre per la copertura di un posto di organico nei ruoli di professore di prima fascia (posti successivamente elevati a due).

All'esito della prima tornata valutativa (tenutasi nel gennaio del 2011), sia il ricorrente che la prof.ssa S.A. riportavano due voti di preferenza ciascuno, ragione per cui il Rettore dell'Università disponeva un ballottaggio fra i due candidati.

All'esito del ballottaggio (tenutosi nel febbraio dello stesso anno), la prof. S. conseguiva l'abilitazione riportando tre voti di preferenza a fronte di due voti riportati dal prof. E.. Il quale, con il menzionato ricorso, contestava la legittimità della valutazione a sè sfavorevole.

La prof.ssa S. proponeva ricorso incidentale con il quale contestava l'idoneità riconosciuta al prof. E. in quanto il giudizio positivo espresso dalla Commissione risultava in insanabile contraddizione con i giudizi espressi individualmente dai singoli commissari.

2. Con la sentenza n. 6936 del 2011 il T.A.R. del Lazio, previa reiezione del ricorso incidentale, accoglieva il ricorso principale e, per l'effetto, disponeva l'annullamento dell'esito concorsuale.

In particolare, il Tribunale riteneva determinante ai fini del decidere la circostanza che il giudizio di prevalenza espresso in favore della prof.ssa S. fosse sostanzialmente incentrato sulla valutazione di una monografia (dal titolo "Concorrenza e coordinamento delle tutele nel diritto antitrust"). Secondo il Tribunale, in particolare, tale monografia, "pur giudicata certamente pregevole, non configurava un'opera compiuta, in quanto una seconda parte dell'elaborato, costituente il completamento di dell'opera, era ancora in corso di pubblicazione), ciò che non avrebbe potuto consentire l'espressione di un compiuto giudizio complessivo". Ed infatti il volume in questione costituiva la prima parte di un'opera più complessa e non avrebbe potuto essere valutata in modo compiuto, se non a seguito del completamento dell'opera.

In secondo luogo, il Tribunale osservava che non poteva tenersi conto della tardiva produzione, da parte della prof.ssa S., di documentazione integrativa (2009) sia perchè prodotta dopo la scadenza del termine per la produzione dei titoli (agosto 2008), sia in quanto si trattava delle sole bozze tipografiche della seconda parte dell'opera.

In terzo luogo, il Tribunale osservava che la valutabilità dell'opera in questione doveva comunque essere scrutinata alla luce del fatto che il brevissimo lasso di tempo intercorso fra la sua stampa e il momento della sua produzione ai fini concorsuali non ne aveva consentito alcuna effettiva diffusione nell'ambito della comunità scientifica.

3. Con ricorso notificato il 7 settembre 2011 la sentenza del T.A.R. veniva gravata in sede di appello dalla prof.ssa S., la quale ne chiedeva, previa sospensione dell'efficacia, la riforma articolando plurimi motivi di doglianza. In particolare censurava la sentenza appellata nella parte in cui aveva aderito alla tesi della non valutabilità della monografia suddetta. Al contrario, dagli atti del giudizio emergeva che l'opera in questione fosse ad ogni effetto stampata e pubblicata alla data ultima prevista per la presentazione dei titoli (11 agosto 2008).

Si costituiva in giudizio il prof. E., il quale concludeva nel senso della reiezione del gravame. L'Università degli Studi Roma Tre proponeva ricorso incidentale con atto notificato il 12 settembre 2011 per motivi in buona parte analoghi a quelli proposti dall'appellante principale.

4. Fissata la trattazione della causa nella camera di consiglio del 27 settembre 2011 ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm., il Consiglio di Stato, "udite le parti", decideva con sentenza del 27 settembre 2011 - 9 novembre 2011 n. 5928 con cui accoglieva l'appello principale e l'appello incidentale e, per l'effetto, in riforma della sentenza oggetto di gravame, rigettava il primo ricorso. Compensava tra le parti le spese di lite.

In particolare il Consiglio di Stato riteneva che erroneamente il TAR avesse ritenuto non valutabile la menzionata monografia della prof. S. perchè prima parte di un'opera più complessa e quindi sostanzialmente incompiuta.

Ad avviso del Consiglio di Stato, al fine del concorso per idoneità a professore universitario, era legittimamente valutabile anche la sola prima parte di un'opera più complessa.

Inoltre riteneva il Consiglio di Stato che non fosse necessario un minimo di diffusione dell'opera nell'ambito della comunità scientifica e che ai fini della sua "pubblicazione" non occorresse indefettibilmente l'espletamento degli adempimenti in tema di invio e deposito dei documenti stampati a cura dell'editore presso gli Istituti depositari di cui al capo II del D.P.R. 3 maggio 2006, n. 252.

Infine il Consiglio di Stato affermava che "nel vigente quadro normativo in tema di concorsi universitari (D.P.R. 23 marzo 2000, n. 117) l'espressione del voto a maggioranza dei componenti la commissione costituisce la sintesi finale del complesso procedimento valutativo di carattere comparativo (sintesi, questa, le cui risultanze non possono essere travolte, se non nelle ipotesi - che qui non sussistono - di macroscopiche e irragionevoli discrasie fra le risultanze del procedimento valutativo e i suoi esiti finali)".

Nella specie non emergeva dagli atti di causa che la commissione nella sua composizione collegiale avesse espresso un giudizio di definitiva superiorità in favore del prof. E., sì da rendere implausibile qualunque difforme espressione da parte dei membri della commissione.

5. Avverso questa pronuncia ricorre per cassazione il prof. E. G.M. con tre motivi.

Resistono con distinti controricorsi la prof. S.A. e l'Università degli studi di Roma Tre.

Il ricorrente e la controricorrente S. hanno presentato memoria ex art. 378 c.p.c..

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il ricorso è articolato in tre motivi.

Con il primo motivo il ricorrente deduce il difetto assoluto di potere giurisdizionale. Il Consiglio di Stato ha emesso una sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm., al di fuori dei presupposti di legge. In particolare la decisione in forma semplificata richiede che siano trascorsi almeno 20 giorni dalla notifica della domanda e dunque, nel grado d'appello, dal perfezionamento della notifica dell'appello principale e, ove sia proposto, di quello incidentale. Il Consiglio di Stato, decidendo in forma semplificata prima che fossero trascorsi i 20 giorni prescritti dall'art. 60 citato, ha quindi adottato una decisione in totale assenza del potere giurisdizionale decisorio. Nè vi era stata alcuna rinuncia ai termini delle parti e segnatamente della parte appellata.

Con secondo motivo il ricorrente denuncia ancora difetto assoluto di giurisdizione. La decisione del Consiglio di Stato, su uno dei punti centrali della controversia (ossia la possibilità di ritenere la monografia della Prof.ssa S. idonea ad integrare il requisito di un'opera compiuta valutabile dalla commissione esaminatrice), si era sostituita - esorbitando dai limiti della giurisdizione del giudice amministrativo - a quanto accertato e ritenuto dalla commissione esaminatrice.

Con il terzo motivo il ricorrente lamenta ulteriormente il difetto assoluto di giurisdizione. Il Consiglio di Stato, in luogo di accertare l'osservanza del criterio fissato dall'art. 8 del bando di concorso circa la diffusione delle pubblicazioni all'interno della comunità scientifica, ha escluso in radice l'applicazione e la rilevanza del criterio della diffusione; con ciò sostituendosi alla Commissione, che aveva bandito il concorso e il cui art. 8 del bando

richiedeva la diffusione dell'opera nell'ambito della comunità scientifica, e quindi eccedendo dai limiti della sua giurisdizione.

2. Il ricorso è infondato.

3. Tale è il primo motivo di ricorso con cui - pacifica essendo la giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere di una controversia, quale quella in esame, avente ad oggetto un concorso per professore universitario di prima fascia - si deduce l'eccesso di potere giurisdizionale addebitato dal ricorrente al Consiglio di Stato che ha riformato la sentenza di primo grado del Tar Lazio, a lui favorevole.

3.1. E' ricorrente in proposito nella giurisprudenza di questa Corte (ex plurimis Cass., sez. un., 15 luglio 2003, n. 11091) l'affermazione secondo cui si ha eccesso di potere giurisdizionale - da parte del Consiglio di Stato - sia allorchè il giudice amministrativo sconfinava dalla giurisdizione di legittimità in quella di merito, sia quando applichi non già una norma esistente bensì una norma da lui creata, a condizione che si possa distinguere tra un'attività di formale produzione normativa - inammissibilmente esercitata dal giudice - da un'attività interpretativa che si sostanzia invece in un'opera creativa della volontà di legge nel caso concreto.

Con riferimento alle regole del processo amministrativo l'eccesso di potere giurisdizionale è configurabile solo nel caso di radicale stravolgimento delle norme di rito sì da ridondare in manifesta denegata giustizia (essendo peraltro il diritto ad un ricorso "effettivo" - e tale è anche il ricorso al giudice amministrativo - sancito dagli artt. 6 e 13 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo).

3.2. Con riferimento al caso di specie, giova premettere che l'art. 55 cod. proc. amm. prevede che la domanda cautelare - quale nella specie è stata la richiesta della ricorrente principale innanzi al Consiglio di Stato di sospensione dell'efficacia della sentenza di primo grado - può essere proposta con il ricorso di merito e sulla domanda cautelare il collegio pronuncia nella prima camera di consiglio successiva al ventesimo giorno dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell'ultima notificazione. Nella camera di consiglio fissata per la decisione sulla misura cautelare richiesta, il collegio, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, può definire, in camera di consiglio, il giudizio con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 74 cod. proc. amm..

Orbene, con riferimento al primo motivo di ricorso, deve rilevarsi che non solo si è ben lontani dalla sconfinamento dei limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo, ma in realtà il Consiglio di Stato ha operato nel rispetto delle regole processuali di rito.

L'unica irritalità denunciata dal ricorrente consiste nel mancato rispetto del termine di almeno venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso, prescritto dall'art. 60 cod. proc. amm. al fine della convocazione del Consiglio di Stato in camera di consiglio per la decisione sulla richiesta di sospensiva della sentenza appellata.

Ma il ricorrente non si duole di una misura cautelare adottata ante tempus, ma della decisione di merito dell'appello, asseritamente adottata ante tempus.

Deve però considerarsi in proposito che la garanzia posta dall'art. 60 cit. a tutela del diritto di difesa - e dell'effettività" della tutela giurisdizionale ex artt. 6 e 13 CEDU - risiede nella

prescrizione che la decisione di merito in occasione della camera di consiglio per l'adozione della misura cautelare non possa avvenire "a sorpresa". Infatti occorre - prescrive l'art. 60 citato - che "sul punto siano sentite le parti costituite", ciascuna delle quali può dichiarare "che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza, ovvero regolamento di giurisdizione". A seguito di tale dichiarazione - che ha la valenza di un'opposizione alla decisione immediata di tutta la controversia - il giudice amministrativo adito deve limitarsi a pronunciarsi sulla misura cautelare: l'opposizione della parte costituita alla decisione di tutta la controversia in sede di camera di consiglio fissata per la trattazione della misura cautelare non consente la decisione di tutta la controversia con la forma della sentenza semplificata.

Nella specie però risulta testualmente dalla sentenza impugnata che il Collegio "sentiva le parti in ordine alla possibilità di definire la questione con sentenza in forma semplificata". Il riferimento alla sentenza in forma semplificata di cui all'art. 74 cod. proc. amm. sta a significare che le parti erano state ritualmente sentite in ordine alla possibilità di decidere in quella sede camerale tutta la controversia posta con l'atto d'appello e non soltanto la richiesta di sospensione della sentenza appellata.

Questa affermazione della sentenza impugnata non è contestata dal ricorrente, che si limita (nel primo motivo di ricorso) a dedurre che occorre semmai una rinuncia espressa a termine (quello di venti giorni di cui all'art. 60 cit.) e che comunque una tale rinuncia non poteva essere validamente espressa dai procuratori dell'appellato (diversi dagli odierni difensori del ricorrente) perchè la procura ad essi conferita non faceva alcun riferimento a tale rinuncia.

Profili questi che sono confinati nell'ambito di (asseriti) errores in procedendo, non deducibili nei confronti delle sentenze del Consiglio di Stato con ricorso ex art. 362 c.p.c. e che non configurano alcun eccesso di potere giurisdizionale.

Rimane invece che - una volta che il Collegio ebbe a "sentire le parti in ordine alla possibilità di definire la questione con sentenza in forma semplificata" - non ci fu alcuna obiezione o opposizione delle parti costituite e quindi correttamente il Consiglio di Stato si è pronunciato decidendo tutta la controversia con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 74 cod. proc. amm., anzichè la sola istanza di sospensione della impugnata sentenza del T.A.R. Lazio per la quale il Collegio era stato convocato in camera di consiglio.

4. Inammissibili sono invece gli altri due motivi di ricorso che attengono al merito della controversia, perchè riguardano il giudizio di idoneità a professore universitario di prima fascia e la ritualità della procedura di concorso, e che non prospettano in realtà alcuna questione di giurisdizione, neppure sotto il profilo della violazione dei limiti esterni della stessa.

Nel valutare l'idoneità, o meno, della produzione scientifica della prof. S.A. il Consiglio di Stato - come del resto aveva già fatto il TAR Lazio in primo grado (però con valutazione di segno opposto, perchè favorevole all'odierno ricorrente) - è rimasto nell'ambito della sua giurisdizione di legittimità essendosi limitato a verificare la correttezza della procedura concorsuale in riferimento ai requisiti prescritti dalla legge e dal bando di concorso.

5. Il ricorso è quindi nel suo complesso infondato.

Alla soccombenza consegue la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali di questo giudizio di cassazione nella misura liquidata in dispositivo.

PQM

La Corte, a Sezioni Unite, rigetta il ricorso; condanna il ricorrente al pagamento delle spese di questo giudizio di cassazione liquidate per la parte intimata S.A. in Euro 200,00 (duecento) per esborsi oltre Euro 3.500,00 (tremilacinquecento) per onorario d'avvocato ed oltre IVA, CPA e spese generali; e per la parte intimata Università degli studi Roma Tre in Euro 2.500,00 (duemilacinquecento) per onorario d'avvocato oltre spese prenotate a debito.

Così deciso in Roma, il 10 luglio 2012.

Depositato in Cancelleria il 14 settembre 2012

Fonti: Rass. dir. farmaceutico 2003, 809

Classificazione: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Termine per il ricorso giurisdizionale - in genere

Nel caso in cui l'autorità aggiudicatrice di una gara eccedente la soglia comunitaria abbia creato, con il suo comportamento, uno stato di incertezza in ordine all'interpretazione di una clausola del bando, sicché l'offerente abbia potuto conoscere l'effettiva interpretazione solo al momento della comunicazione del provvedimento di esclusione, il giudice nazionale deve disapplicare la norma di cui all'art. 36, n. 1 r.d. n. 1054 del 1924 che fissa il termine di impugnazione in 60 gg. dalla notifica del provvedimento. Sebbene, infatti, tale termine sia astrattamente coerente con il principio di effettività previsto in materia di appalto dalla direttiva 89/665/Cee, così come modificata dalla direttiva 92/50/Cee (principio in base al quale le decisioni delle autorità aggiudicatrici di una gara devono essere suscettibili di ricorso nel termine più breve possibile), lo stesso viene in concreto leso tutte le volte in cui l'autorità aggiudicatrice con il suo comportamento abbia reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio del diritto ad impugnare conferito dall'ordinamento comunitario.

Fonti: Foro it. 2003, IV, 474 (nota di: FERRARI) – Riv. trim. appalti 2004, 161 (nota di: FALCONE)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Circolazione dei servizi - appalti

La direttiva del consiglio 21 dicembre 1989 n. 89/665/Cee, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del consiglio 18 giugno 1992 n. 92/50/Cee, che coordina a sua volta le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, deve essere interpretata nel senso che essa - una volta accertato che un'autorità aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario a un cittadino dell'Unione leso da una decisione di tale autorità - impone ai giudici nazionali competenti l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, dedotti a sostegno di impugnazione proposta contro la detta decisione, ricorrendo, se del caso, alla possibilità, prevista dal diritto nazionale, di disapplicare le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non è possibile invocare una tale incompatibilità.

Fonti: Ragiusan 2003, 231-2, 195

Classificazione: PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.) - Contratti della P.A. - in genere

La direttiva del Consiglio Cee 21 dicembre 1989 n. 665, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio Cee 18 giugno 1992 n. 50, che coordina le procedure

di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, deve essere interpretata nel senso che essa - una volta accertato che un'autorità aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario a un cittadino dell'unione leso da una decisione di tale autorità - impone ai giudici nazionali competenti l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, dedotti a sostegno di un'impugnazione proposta contro la detta decisione, ricorrendo, se del caso, alla possibilità prevista dal diritto nazionale di disapplicare le norme nazionali di decadenza in forza delle quali decorso il termine per impugnare il bando di gara, non è più possibile invocare una tale incompatibilità.

Fonti: Dir. e Formazione 2003, 746

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Circolazione dei servizi - - appalti

La direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/Cee (che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori), come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/Cee (che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi), deve essere interpretata nel senso che essa - una volta accertato che un'autorità aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario a un cittadino dell'Unione leso da una decisione di tale autorità - impone ai giudici nazionali competenti l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, dedotti a sostegno di un'impugnazione proposta contro la detta decisione, ricorrendo, se del caso, alla possibilità prevista dal diritto nazionale di disapplicare le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non è più possibile invocare una tale incompatibilità.

Fonti: Foro amm. CDS 2003, 419

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Fonti - - atti e norme

Unione europea - Fonti - Atti e norme - Norme comunitarie - Interpretazione - Direttiva 93/36/Cee - Appalti pubblici di forniture - Direttiva 89/665/CEE - Procedure di ricorso in materia di appalti pubblici - Termine di decadenza - Principio di effettività.

Qualora un'autorità aggiudicatrice, con il suo comportamento, abbia reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio tempestivo dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario, il giudice nazionale deve considerare ricevibili i motivi di diritto basati sull'illegittimità del bando di gara. Qualora il giudice adito non possa giungere a tale conclusione sul piano interpretativo, dovrebbe disapplicare le norme nazionali che, decorso il termine di decadenza, non consentono di censurare la contrarietà del bando al diritto comunitario.

Parti

Nel procedimento C-327/00,
avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell'art. 234 CE, dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, nella causa dinanzi ad esso pendente tra

{Santex SpA}

e

Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia,
con l'intervento di:

{Sca Mölnlycke SpA},

{Artsana SpA}

e

{Fater SpA},

domanda vertente sull'interpretazione dell'art. 22 della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1), e dell'art. 6, n. 2, UE,

LA CORTE (Sesta Sezione),

composta dal sig. J.-P. Puissochet, presidente di sezione, dai sigg. R. Schintgen e V. Skouris (relatore), dalla sig.ra F. Macken e dal sig. J.N. Cunha Rodrigues, giudici,
avvocato generale: sig. S. Alber

cancelliere: sig. H.A. Rühl, amministratore principale

viste le osservazioni scritte presentate:

- per il governo italiano, dal sig. U. Leanza, in qualità di agente, assistito dal sig. M. Fiorilli, avvocato dello Stato;
- per il governo francese, dalla sig.ra A. Bréville-Viéville e dal sig. G. de Bergues, in qualità di agenti;
- per il governo austriaco, dal sig. H. Dossi, in qualità di agente;
- per la Commissione delle Comunità europee, dai sigg. M. Nolin e R. Amorosi, in qualità di agenti,

vista la relazione d'udienza,

sentite le osservazioni orali del governo italiano, del governo francese e della Commissione all'udienza del 6 dicembre 2001,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 7 febbraio 2002,
ha pronunciato la seguente

Sentenza

Fatto

1. Con ordinanza 23 giugno 2000, pervenuta nella cancelleria della Corte il 4 settembre seguente, il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia ha proposto, a norma dell'art. 234 CE, due questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione dell'art. 22 della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU L 199, pag. 1), e dell'art. 6, n. 2, UE.

2. Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia tra la società Santex SpA (in prosieguo: la «Santex») e l'Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia (in prosieguo: l'«USL»), avente ad oggetto una procedura di gara relativa ad un appalto di forniture.

Contesto normativo

Normativa comunitaria

3. L'art. 1, n. 1, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 89/665»), dispone quanto segue:

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

4. Ai sensi dell'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665:

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

(...)

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

5. La direttiva 93/36 ha abrogato la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1976, 77/62/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (GU 1977, L 13, pag. 1). I riferimenti fatti dall'art. 1, n. 1, della direttiva 89/665, in particolare alla direttiva così abrogata, vanno considerati come fatti alla direttiva 93/36, a norma dell'art. 33, secondo comma, di quest'ultima.

6. L'art. 22 della direttiva 93/36 stabilisce:

«1. In linea di massima, la prova della capacità finanziaria ed economica del fornitore può essere fornita mediante una o più delle seguenti referenze:

(...)

c) una dichiarazione del fatturato globale dell'impresa e del fatturato per le forniture cui si riferisce l'appalto relativo agli ultimi tre esercizi finanziari.

2. Le amministrazioni precisano, nel bando di gara o nell'invito a presentare offerte, la referenza o le referenze di cui al paragrafo 1 da esse scelte, nonché le eventuali altre referenze da presentare.

3. Qualora, per giustificati motivi, non sia in grado di presentare le referenze richieste dall'amministrazione, il fornitore è ammesso a provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento che l'amministrazione stessa ritenga appropriato».

Normativa nazionale

7. L'art. 22 della direttiva 93/36 è stato recepito nell'ordinamento italiano mediante l'art. 13 del decreto legislativo 24 luglio 1992, n. 358, intitolato «Testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE» (GURI n. 188 dell'11 agosto 1992, Supplemento ordinario n. 104, pag. 5; in prosieguo: il «decreto legislativo n. 358/1992»). Tale articolo prevede quanto segue:

«1. La dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti:

(...)

c) dichiarazione concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo alle forniture identiche a quella oggetto della gara, realizzate negli ultimi tre esercizi.

2. Le amministrazioni precisano nel bando di gara quali dei documenti indicati al comma 1 devono essere presentati, nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere. (...)

3. Se il fornitore non è in grado, per giustificati motivi, di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dall'amministrazione».

8. L'art. 36, primo comma, del regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, contenente il testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato (GURI n. 158 del 7 luglio 1924; in prosieguo: il «regio decreto n. 1054/1924»), l'applicazione del quale è stata estesa ai tribunali amministrativi per effetto dell'art. 19 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, relativa all'«Istituzione dei tribunali amministrativi regionali» (GURI n. 314 del 13 dicembre 1971, pag. 7891), così recita:

«Fuori dei casi nei quali i termini siano fissati dalle leggi speciali, relative alla materia del ricorso, il termine per ricorrere al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale è di giorni 60 dalla data in cui la decisione amministrativa sia stata notificata nelle forme e nei modi stabiliti dal regolamento, o dalla data in cui risulti che l'interessato ne ha avuta piena cognizione (...).».

9. L'art. 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, «Legge sul contenzioso amministrativo» (in prosieguo: la «legge n. 2248/1865»), è formulato nei seguenti termini:

«In questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi».

Controversia principale e questioni pregiudiziali

10. Risulta dall'ordinanza di rinvio che in data 23 ottobre 1996 l'USL pubblicava nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* un bando di gara per la fornitura diretta a domicilio di prodotti assorbenti per l'incontinenza, per l'importo annuo presunto di ITL 1 067 372 000.

11. Tale bando conteneva una clausola in base alla quale sarebbero state ammesse alla gara soltanto le imprese che avessero realizzato «un fatturato complessivo nell'ultimo triennio almeno triplo, per servizio identico a quello oggetto della gara, rispetto all'importo annuo presunto posto a base d'asta» (in prosieguo: la «clausola controversa»).

12. Con lettera 25 novembre 1996 la Santex segnalava all'amministrazione aggiudicatrice che la suddetta clausola del bando di gara configurava a suo avviso un'indebita restrizione della concorrenza. Essa precisava che, tenuto conto della recentissima introduzione di questo tipo di servizio da parte delle aziende sanitarie locali, l'applicazione della suddetta clausola avrebbe comportato un vantaggio ingiustificato a favore dell'impresa che aveva vinto l'appalto in occasione della precedente procedura di gara, nonché l'esclusione di numerosi concorrenti, tra i quali anche la ricorrente, malgrado quest'ultima avesse raggiunto nell'ultimo anno un fatturato complessivo pari al doppio dell'importo annuo presunto della fornitura oggetto dell'appalto.

13. In seguito a tali rilievi, l'USL rinviava la valutazione delle offerte e chiedeva agli offerenti l'invio di documentazione integrativa, affermando che la clausola controversa poteva interpretarsi come riferita al fatturato complessivo delle imprese interessate. Il fatturato relativo alle forniture di prodotti identici a quelli oggetto dell'appalto in questione sarebbe stato considerato non come un requisito di ammissione alla gara, bensì soltanto come un criterio utile ai fini della valutazione della qualità delle offerte.

14. Tale interpretazione veniva contestata dalla ditta Sca Mölnlycke SpA (in prosieguo: la «Mölnlycke»), che aveva ottenuto l'appalto relativo alla fornitura di prodotti identici per il periodo precedente. Tale impresa inviava una lettera alla USL, pretendendo il puntuale rispetto della clausola controversa.

15. Con lettera 24 gennaio 1997 l'USL, accogliendo implicitamente il suddetto rilievo della Mölnlycke, richiedeva nuovamente agli offerenti di comunicarle il fatturato da essi realizzato per forniture di prodotti identici a quelli oggetto dell'appalto in questione, nonché l'elencazione delle aziende sanitarie alle quali tali prodotti erano stati forniti.

16. Il 20 febbraio 1997 l'USL adottava una decisione che escludeva dalla procedura di gara tutte le imprese che non soddisfacevano il requisito economico enunciato dalla clausola controversa, fra le quali la Santex (in prosieguo: la «decisione di esclusione»). Con decisione 8 aprile 1997 (in prosieguo: la «decisione di aggiudicazione») l'appalto veniva aggiudicato alla Mölnlycke.

17. La Santex, ritenendo che, qualora fosse stata ammessa alla gara, avrebbe ottenuto l'aggiudicazione dell'appalto, proponeva dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia un ricorso diretto a ottenere l'annullamento, in particolare, della decisione di esclusione nonché della decisione di aggiudicazione e del bando di gara per violazione di legge ed eccesso di potere. Inoltre essa chiedeva, a titolo di provvedimenti provvisori, la sospensione dell'esecuzione degli atti così impugnati.

18. L'USL e la Mölnlycke, costituitasi in giudizio nella causa principale, eccepivano la tardività dell'impugnazione del bando di gara. Orbene, solamente il suddetto bando avrebbe arrecato un pregiudizio diretto alla Santex impedendole di partecipare alla procedura di gara.

19. Con ordinanza cautelare 29 maggio 1997 il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia disponeva la sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati. Esso affermava che, anche a ritenere tardiva l'impugnazione del bando di gara, si sarebbe dovuto procedere in ogni caso alla disapplicazione della clausola controversa a motivo della violazione dei principi comunitari in materia di concorrenza.
20. Con ordinanza 29 agosto 1997 il Consiglio di Stato italiano annullava la suddetta ordinanza del giudice a quo.
21. Dopo la conclusione del procedimento cautelare, l'USL stipulava con la Mölnlycke il contratto.
22. Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, al quale il Consiglio di Stato ha rinviato il fascicolo ai fini della definizione nel merito, sostiene, nell'ordinanza di rinvio, che la clausola controversa limita il diritto d'accesso alla gara in violazione dell'art. 22 della direttiva 93/36, testualmente ripreso dall'art. 13 del decreto legislativo n. 358/1992.
23. Il giudice a quo osserva in particolare che la detta clausola viola i principi di proporzionalità e di non discriminazione, in quanto eccede le esigenze di verifica della capacità economica e finanziaria degli offerenti. Tale clausola concederebbe in tal modo un privilegio ingiustificato in favore delle imprese dominanti del mercato, in danno di quanti siano in grado di documentare aliunde la propria affidabilità.
24. Il suddetto giudice considera tuttavia di dover preliminarmente statuire in ordine all'eccezione di irricevibilità sollevata dall'USL e dalla Mölnlycke. A tale proposito esso rileva che se fosse vero che la clausola controversa ha impedito alla Santex di partecipare alla gara sin dalla fase del bando di gara, bisognerebbe concludere che tale clausola avrebbe dovuto essere impugnata nel termine di 60 giorni dalla data in cui la Santex ne ha avuto conoscenza, come previsto dall'art. 36 del regio decreto n. 1054/1924.
25. Il giudice a quo rileva che, fondandosi sull'art. 5 della legge n. 2248/1865, il Consiglio di Stato ha affermato, in via generale, che il giudice amministrativo può - al pari del giudice ordinario - disapplicare la norma regolamentare contrastante con una fonte sovraordinata e incidente su un diritto soggettivo.
26. Tuttavia, risulterebbe dalla giurisprudenza costante del Consiglio di Stato in materia di appalti pubblici che gli atti immediatamente lesivi del diritto di partecipazione alla gara debbono essere impugnati nell'ordinario termine di decadenza di 60 giorni, superato il quale non si configura alcuna ulteriore possibilità di disapplicazione degli stessi bandi o di loro clausole.
27. Orbene, il giudice a quo sostiene che il principio di cui all'art. 5 della legge n. 2248/1865 dovrebbe applicarsi anche alle clausole contenute in un bando di appalto pubblico che sono in contrasto con il diritto comunitario. Il detto giudice afferma che, al fine di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti garantiti dall'ordinamento giuridico comunitario, esso deve avere la possibilità di disapplicare la clausola controversa, a prescindere dall'osservanza delle norme processuali nazionali.
28. Secondo il giudice a quo, i fatti della causa principale appaiono tali da legittimare un diniego di applicazione della clausola controversa, conformemente alla tesi esposta al punto precedente. Da un lato, esso rileva che l'USL fece intendere alla Santex che la

clausola controversa sarebbe stata interpretata in modo restrittivo ovvero riformulata nel corso della procedura di gara. In tal modo l'USL avrebbe creato una situazione di incertezza pregiudizievole ai fini della tempestiva impugnazione e reso così eccessivamente difficile, se non impossibile, l'applicazione del diritto comunitario alla procedura di aggiudicazione dell'appalto di forniture di cui trattasi nella causa principale.

29. Dall'altro, il suddetto giudice afferma che la valutazione dell'illegittimità degli atti impugnati nella causa principale è funzionale all'interesse dell'amministrazione, che è quello di aprire la gara al maggior numero di concorrenti possibile.

30. Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia ritiene peraltro utile esaminare questa problematica alla luce della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali sancita dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

31. Alla luce di tutto quanto sopra considerato, il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'art. 22 della direttiva 93/36/CEE del 14.6.1993 sia interpretabile nel senso che le competenti giurisdizioni nazionali siano obbligate a tutelare i cittadini dell'Unione lesi da atti adottati in violazione del diritto comunitario, ricorrendo in particolare all'istituto della disapplicazione previsto dall'art. 5 della legge nazionale 20.3.1965, n. 2248, anche nei confronti delle clausole del bando di gara contrastanti con il diritto comunitario, ma non impugnate entro i brevi termini di decadenza previsti dal diritto processuale nazionale per applicare ex officio il diritto comunitario, ogni volta che possa essere riscontrato che, da una parte, l'applicazione di quest'ultimo sia stata gravemente impedita o comunque difficoltata e, dall'altra, ricorra un interesse pubblico di matrice comunitaria o nazionale che tale applicazione giustifichi.

2) Se alla stessa conclusione conduca l'art. 6, n. 2, UE che, nel codificare il rispetto da parte dell'Unione dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ha fatto proprio il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale stabilito dagli artt. 6 e 13 della stessa Convenzione».

Sulla prima questione

Osservazioni presentate alla Corte

32. Il governo italiano rileva che è il principio della certezza del diritto quello che giustifica l'inoppugnabilità di un bando di gara una volta che sono decorsi oltre 60 giorni dalla sua pubblicazione. In caso contrario, verrebbe arrecato pregiudizio alle legittime aspettative dei concorrenti convinti della regolarità della gara di appalto.

33. Richiamando la giurisprudenza della Corte secondo cui, in mancanza di una disciplina comunitaria, spetterebbe all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi effetto diretto, il governo

italiano afferma che la normativa nazionale in questione nella causa principale soddisfa le condizioni stabilite dalla suddetta giurisprudenza. Esso nota, in particolare, che l'ordinamento italiano non effettua alcuna discriminazione, poiché qualsiasi violazione di una norma - sia nazionale che comunitaria - ad opera di un atto amministrativo può comportare l'annullamento di tale atto, e che nessun ostacolo impedisce l'effettiva applicazione del diritto comunitario.

34. Il governo italiano sostiene altresì che ove si consentisse al giudice nazionale, nel caso in cui l'atto illegittimo sia impugnato per violazione del diritto comunitario, di disapplicare le norme processuali nazionali, ciò porterebbe ad un'ingiustificata differenziazione della tutela dei diritti dei singoli a seconda che tali diritti derivino dal diritto comunitario o dal diritto interno.

35. Il governo francese ritiene che un giudice nazionale non sia obbligato a verificare d'ufficio la compatibilità di un atto di diritto interno con una norma comunitaria, nel caso in cui l'atto suddetto non sia stato impugnato entro il termine previsto dalle norme di procedura nazionali.

36. Le norme di decadenza di cui trattasi nella causa principale costituirebbero norme di ordine pubblico, che debbono essere osservate dalle parti e dal giudice nazionale. In particolare, il termine di decadenza di 60 giorni sarebbe diretto ad applicare il principio della certezza del diritto circoscrivendo e limitando nel tempo la facoltà di impugnare le clausole di un bando di gara. Tale termine non renderebbe praticamente impossibile od eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario.

37. Secondo il governo francese, solo nell'ipotesi in cui l'autorità aggiudicatrice avesse contribuito, con il suo comportamento, all'inosservanza del termine di decadenza sarebbe configurabile che all'interessato fosse riconosciuta, oltre alla possibilità di ottenere un indennizzo per il pregiudizio subito, la facoltà di proporre un ricorso dopo la scadenza del detto termine. Tuttavia il detto governo rileva che, nella fattispecie della causa principale, la Santex non poteva ignorare la necessità di introdurre nei termini, a titolo precauzionale, un ricorso avverso il bando di gara d'appalto controverso nella causa principale, pur continuando le sue discussioni con l'autorità aggiudicatrice.

38. Il governo austriaco ritiene che con la prima questione pregiudiziale il giudice a quo intenda stabilire se le norme comunitarie in materia di appalti pubblici ostino all'applicazione di norme di diritto nazionale a carattere preclusivo. Esso ne deduce che occorre far riferimento alla direttiva 89/665.

39. Dato che tale direttiva non conterrebbe alcuna norma che subordini la presentazione di ricorsi relativi a procedure di aggiudicazione di appalti pubblici a termini di decadenza, gli Stati membri potrebbero disciplinare tale materia alla duplice condizione che gli obiettivi della detta direttiva non siano elusi e che siano rispettati i principi di effettività e di parità di trattamento sanciti dal Trattato CE.

40. Il governo austriaco aggiunge che le norme nazionali di cui trattasi nella causa principale hanno per effetto non solo di accelerare il procedimento di gara, ma anche quello di ridurre il rischio di abuso di ricorsi, favorendo la tutela dei diritti degli offerenti nel

loro complesso. Tali norme non arrecherebbero alcun pregiudizio ai principi di effettività e di parità. Pertanto, la direttiva 89/665 non osterebbe alla loro applicazione.

41. Riguardando la controversia della causa principale un appalto pubblico, anche secondo la Commissione occorre esaminare la prima questione alla luce della direttiva 89/665.

42. A tale proposito, essa rileva che la suddetta direttiva prevede l'obbligo per gli Stati membri di provvedere affinché le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici possano formare oggetto di ricorsi efficaci e rapidi che permettano di annullarle qualora illegittime, indipendentemente dal fatto che una decisione precedente sia stata o meno impugnata nei termini previsti. Orbene, i provvedimenti di esclusione e di aggiudicazione costituirebbero decisioni dell'autorità aggiudicatrice nel senso fatto proprio dalla direttiva.

Giudizio della Corte

43. A titolo preliminare occorre rammentare che, come rilevato ai punti 22 e 23 della presente sentenza, il giudice a quo ritiene accertato che la clausola controversa sia incompatibile sia con l'art. 22 della direttiva 93/36 che con l'art. 13 del decreto legislativo n. 358/1992.

44. Tuttavia, come precisato nell'ordinanza di rinvio, il suddetto giudice non può dichiarare ricevibile il ricorso della causa principale se applica le norme processuali nazionali in forza delle quali, una volta decorso il termine previsto per l'impugnazione di un bando di gara, sono irricevibili anche tutti i motivi di diritto che sono stati dedotti in ordine all'asserita illegittimità di tale bando al fine di contestare un altro provvedimento dell'autorità aggiudicatrice.

45. Inoltre, risulta dall'ordinanza di rinvio che il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia considera che il comportamento dell'autorità aggiudicatrice nella causa principale ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario all'offerente leso dalla clausola controversa.

46. Risulta dunque che il giudice a quo chiede che gli sia chiarito se, alla luce di quanto esposto, sia tenuto in forza del diritto comunitario, a disapplicare le norme nazionali di decadenza, al fine di dichiarare ricevibile il motivo relativo a una violazione del diritto comunitario da parte della clausola controversa, addotto a sostegno dell'impugnazione di decisioni successivamente adottate dall'autorità aggiudicatrice sulla scorta di tale clausola.

47. Orbene, occorre rilevare al riguardo che la direttiva 93/36 non disciplina le forme di controllo giurisdizionale delle decisioni adottate nell'ambito delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, ma che si tratta di materia disciplinata unicamente dalla direttiva 89/665. Quest'ultima stabilisce i requisiti minimi che le procedure d'impugnazione previste dagli ordinamenti giuridici nazionali devono rispettare per garantire l'osservanza delle disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici.

48. Alla luce delle considerazioni che precedono, la prima questione va intesa come diretta a stabilire, in sostanza, se la direttiva 89/665 debba essere interpretata nel senso che essa - una volta accertato che un'autorità aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento

giuridico comunitario a un cittadino dell'Unione leso da una decisione di tale autorità - impone ai giudici nazionali competenti l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, dedotti a sostegno di un'impugnazione proposta contro la detta decisione, ricorrendo, se del caso, alla possibilità prevista dal diritto nazionale di disapplicare le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non è più possibile invocare una tale incompatibilità.

49. Per rispondere alla questione così riformulata, occorre rammentare che la Corte ha già avuto occasione di pronunciarsi in via generale sulla compatibilità con la direttiva 89/665 di norme nazionali che prevedono termini di decadenza per le impugnazioni avverso decisioni delle autorità aggiudicatrici di cui alla detta direttiva.

50. Infatti, al punto 79 della sentenza 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale-Bau e a.* (Racc. pag. I-11617), la Corte ha statuito che la direttiva 89/665 non osta ad una normativa nazionale la quale preveda che qualsiasi ricorso avverso una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice vada proposto nel termine all'uopo previsto e che qualsiasi irregolarità del procedimento di aggiudicazione invocata a sostegno di tale ricorso debba essere sollevata nel medesimo termine, a pena di decadenza, di modo che, scaduto tale termine, non è più possibile impugnare tale decisione o eccepire la suddetta irregolarità, a condizione che il termine in parola sia ragionevole.

51. In particolare, la Corte ha constatato che, sebbene spetti all'ordinamento nazionale di ogni Stato membro definire le modalità relative al termine di ricorso destinate ad assicurare la salvaguardia dei diritti conferiti dal diritto comunitario ai candidati e agli offerenti lesi da decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici, tali modalità non devono mettere in pericolo l'effetto utile della direttiva 89/665, la quale è intesa a garantire che le decisioni illegittime di tali amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile (sentenza *Universale-Bau e a.*, cit., punti 71, 72 e 74).

52. E' in tale contesto che la Corte ha rilevato che la fissazione di termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza risponde, in linea di principio, all'esigenza di effettività derivante dalla direttiva 89/665, in quanto costituisce l'applicazione del principio della certezza del diritto (sentenza *Universale-Bau e a.*, cit., punto 76).

53. Si deve pertanto verificare se il termine di decadenza di cui trattasi nella causa principale risponda alle esigenze della direttiva 89/665, come elaborate dalla giurisprudenza ricordata ai punti 50-52 della presente sentenza.

54. A tale proposito occorre rilevare, da un lato, che il termine di decadenza di 60 giorni applicabile in materia di appalti pubblici in forza dell'art. 36, n. 1, del regio decreto n. 1054/1924, come interpretato dal Consiglio di Stato, risulta ragionevole sotto il profilo sia dell'obiettivo della direttiva 89/665 sia del principio della certezza del diritto.

55. Dall'altro, occorre constatare che un tale termine, che decorre dalla data di notifica dell'atto o dalla data in cui risulta che l'interessato ne ha avuto piena conoscenza, è conforme anche al principio d'effettività, in quanto non è idoneo, di per sé, a rendere

praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti eventualmente riconosciuti all'interessato dal diritto comunitario.

56. Tuttavia, ai fini dell'applicazione del principio d'effettività, ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario dev'essere esaminato tenendo conto, in particolare, del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, nonché dello svolgimento e delle peculiarità di quest'ultimo (v. sentenza 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck, Racc. pag. I-4599, punto 14).

57. Pertanto, se un termine di decadenza come quello della causa principale non è, di per sé, contrario al principio di effettività, non si può escludere che, nelle particolari circostanze della causa sottoposta al giudice a quo, l'applicazione di tale termine possa comportare una violazione del detto principio.

58. In tale prospettiva, occorre prendere in considerazione il fatto che, nel caso di specie, sebbene la clausola controversa sia stata portata a conoscenza degli interessati all'atto della pubblicazione del bando di gara, l'autorità aggiudicatrice, con il suo comportamento, ha creato uno stato d'incertezza in ordine all'interpretazione da dare a tale clausola e che questa incertezza è stata dissipata solo con l'adozione della decisione di esclusione.

59. Infatti, come risulta dalle informazioni fornite dal giudice a quo, l'USL all'inizio ha lasciato intendere che avrebbe tenuto conto delle riserve espresse dalla Santex e che non avrebbe applicato nella fase dell'ammissione delle offerte il requisito economico di cui alla clausola controversa. Soltanto con la decisione di esclusione, che ha estromesso dalla procedura di gara tutti gli offerenti che non rispondevano al detto requisito, l'autorità aggiudicatrice ha espresso la sua posizione definitiva sull'interpretazione della clausola controversa.

60. Si deve pertanto riconoscere che, nella fattispecie principale, l'offerente leso ha potuto conoscere l'effettiva interpretazione della detta clausola del bando di gara da parte dell'autorità aggiudicatrice soltanto quando è stato informato della decisione di esclusione. Orbene, tenuto conto del fatto che, a quel punto, il termine previsto per l'impugnazione del detto bando era già scaduto, tale offerente è stato privato, per effetto delle norme di decadenza, di qualsiasi possibilità di far valere in giudizio, nei confronti di successive decisioni arrecantigli pregiudizio, l'incompatibilità di tale interpretazione con il diritto comunitario.

61. Nella fattispecie principale, si può affermare che il comportamento mutevole dell'autorità aggiudicatrice, vista l'esistenza di un termine di decadenza, ha reso eccessivamente difficile per l'offerente leso l'esercizio dei diritti conferitigli dall'ordinamento giuridico comunitario.

62. Poiché solamente il giudice a quo è competente a interpretare e applicare la normativa nazionale, spetta ad esso, in circostanze quali quelle della causa principale, interpretare, per quanto possibile, le norme che prevedono tale termine di decadenza in modo da garantire il rispetto del principio di effettività derivante dalla direttiva 89/665.

63. Come risulta dalla giurisprudenza della Corte, infatti, spetta al giudice nazionale conferire alla legge nazionale che è chiamato ad applicare un'interpretazione per quanto

possibile conforme ai precetti del diritto comunitario (v., in particolare, sentenze 5 ottobre 1994, causa C-165/91, Van Munster, Racc. pag. I-4661, punto 34, e 26 settembre 2000, causa C-262/97, Engelbrecht, Racc. pag. I-7321, punto 39).

64. Se una tale applicazione conforme non è possibile, il giudice nazionale ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, eventualmente disapplicando ogni disposizione nazionale la cui applicazione, date le circostanze della fattispecie, condurrebbe a un risultato contrario al diritto comunitario (v., in particolare, sentenze 5 marzo 1998, causa C-347/96, Solred, Racc. pag. I-937, punto 30, e Engelbrecht, cit., punto 40).

65. Ne consegue che, in circostanze quali quelle della causa principale, spetta al giudice a quo assicurare il rispetto del principio di effettività derivante dalla direttiva 89/665, applicando il proprio diritto nazionale in modo tale da consentire all'offerente leso da una decisione dell'autorità aggiudicatrice, adottata in violazione del diritto comunitario, di conservare la possibilità di addurre motivi di diritto inerenti a tale violazione a sostegno di impugnazioni avverso altre decisioni dell'autorità aggiudicatrice, ricorrendo, se del caso, alla possibilità, derivante secondo il suddetto giudice dall'art. 5 della legge n. 2248/1865, di disapplicare le norme nazionali di decadenza che disciplinano tali impugnazioni.

66. Sulla scorta delle considerazioni che precedono, occorre risolvere la prima questione pregiudiziale dichiarando che la direttiva 89/665 deve essere interpretata nel senso che essa - una volta accertato che un'autorità aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario a un cittadino dell'Unione leso da una decisione di tale autorità - impone ai giudici nazionali competenti l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, dedotti a sostegno di un'impugnazione proposta contro la detta decisione, ricorrendo, se del caso, alla possibilità prevista dal diritto nazionale di disapplicare le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non è più possibile invocare una tale incompatibilità.

Sulla seconda questione

67. Tenuto conto della risposta alla prima questione, non occorre risolvere la seconda.

Sulle spese

68. Le spese sostenute dai governi italiano, francese e austriaco, nonché dalla Commissione, che hanno presentato osservazioni alla Corte, non possono dar luogo a rifusione. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese.

PQM

Per questi motivi,

LA CORTE (Sesta Sezione),

pronunciandosi sulle questioni sottoposte dal Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia con ordinanza 23 giugno 2000, dichiara:

La direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, deve essere interpretata nel senso che essa - una volta accertato che un'autorità aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario a un cittadino dell'Unione leso da una decisione di tale autorità - impone ai giudici nazionali competenti l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, dedotti a sostegno di un'impugnazione proposta contro la detta decisione, ricorrendo, se del caso, alla possibilità prevista dal diritto nazionale di disapplicare le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non è più possibile invocare una tale incompatibilità.

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 27 febbraio 2003.

Fonti: Foro it. 2004, IV, 337

Classificazione: OPERE PUBBLICHE (LAVORI PUBBLICI) (per i contratti pubblici di forniture e di servizi) - Appalti per la realizzazione di opere pubbliche - - in genere (anche per il procedimento di gara in genere)

Ai sensi della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993 n. 93/371/Cee, l'amministrazione aggiudicatrice la quale, nell'ambito di una procedura ristretta, abbia fissato, prima della pubblicazione del bando di gara, regole di valutazione comparativa dei criteri di selezione, ha l'obbligo di pubblicarle nel bando di gara o nei documenti allegati al medesimo.

Fonti: Foro it. 2004, IV, 337

Classificazione: OPERE PUBBLICHE (LAVORI PUBBLICI) (per i contratti pubblici di forniture e di servizi) - Appalti per la realizzazione di opere pubbliche - in genere (anche per il procedimento di gara in genere)

La direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989 n. 89/665/Cee, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del consiglio 18 giugno 1992 n. 92/50/Cee, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, non osta ad una normativa nazionale la quale prevede che qualsiasi ricorso avverso una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice va proposto nel termine all'uopo previsto e che qualsiasi irregolarità del procedimento di aggiudicazione invocata a sostegno di tale ricorso va sollevata nel medesimo termine a pena di decadenza talché, scaduto tale termine, non è più possibile impugnare tale decisione o eccepire la suddetta irregolarità, a condizione che il termine in parola sia ragionevole.

Fonti: Foro it. 2004, IV, 337

Classificazione: ENTI PUBBLICI (O EX PUBBLICI) - Aspetti generali (tipologie enti) - - enti ausiliari dell'amministrazione statale

Un ente assume la qualifica di organismo di diritto pubblico in ragione delle attività effettivamente svolte, a nulla rilevando la circostanza che al tempo della sua istituzione non fosse stato incaricato di soddisfare bisogni di interesse generale di carattere non industriale e commerciale o la circostanza che non sia incaricato unicamente di soddisfare tali bisogni o, infine, la circostanza che la soddisfazione di tali bisogni non rientri tra i suoi compiti statutariamente definiti.

Fonti: Dir. economia 2003, 160

Classificazione: PUBBLICA AMMINISTRAZIONE (P.A.) - Contratti della P.A. - in genere

Una persona giuridica che non è stata istituita per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, ma che ha in seguito preso a suo carico tali bisogni la cui soddisfazione è da allora effettivamente assicurata dalla medesima, adempie la condizione prescritta all'art. 1, lett. b), comma 2, primo

trattino, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/Cee, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, al fine di poter essere definita organismo di diritto pubblico ai sensi di tale disposizione a condizione che la presa a carico della soddisfazione dei bisogni in parola possa essere oggettivamente constatata. La direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/Cee, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/Cee, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, non osta ad una normativa nazionale la quale prevede che qualsiasi ricorso avverso una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice vada proposto nel termine all'uopo previsto e che qualsiasi irregolarità del procedimento di aggiudicazione invocata a sostegno di tale ricorso va sollevata nel medesimo termine a pena di decadenza talché, scaduto tale termine, non è più possibile impugnare tale decisione o eccepire la suddetta irregolarità, a condizione che il termine in parola sia ragionevole. La direttiva 93/37 va interpretata nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice, se nell'ambito di una procedura ristretta ha previamente fissato regole di valutazione comparativa dei criteri di selezione dei candidati i quali saranno invitati a presentare un'offerta, ha l'obbligo, di indicarle nel bando di gara o nei documenti allegati al medesimo.

Fonti: Foro amm. CDS 2002, 3099

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Circolazione dei servizi - - appalti

Unione europea - Circolazione dei servizi - Appalti - Di servizi - Direttiva 93/37/ Cee - Appalti pubblici di lavori - Nozione di amministrazione aggiudicatrice - Organismo di diritto pubblico - Procedura ristretta - Regole di valutazione comparativa dei criteri di selezione dei candidati ammessi a presentare offerte - Pubblicità - Direttiva 89/665/ Cee - Procedimenti di ricorso in materia di appalti pubblici - Termini di ricorso.

Per la definizione della nozione di organismo di diritto pubblico, la soddisfazione di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale dev'essere valutata oggettivamente, restando al riguardo irrilevante la forma giuridica delle disposizioni per mezzo delle quali tali bisogni sono espressi. Una persona giuridica che non è stata istituita per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, ma che ha, in seguito, preso a suo carico tale compito può essere definita organismo di diritto pubblico a condizione che la presa a carico della soddisfazione dei bisogni in parola possa essere oggettivamente constatata.

Nel procedimento C-470/99,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Vergabekontrollsenat des Landes Wien (Austria) nella causa dinanzi ad esso pendente tra

{Universale-Bau} AG,

Bietergemeinschaft: 1) {Hinteregger & Söhne Bauges.mbH Salzburg},

2) {ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau} GmbH,

e

{Entsorgungsbetriebe Simmering} GmbH,

domanda vertente sull'interpretazione dell'art. 1, lett. a), b) e c), della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), nonché della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1),

LA CORTE (Sesta Sezione),

composta dai sigg. J.-P. Puissochet, presidente di sezione, R. Schintgen, C. Gulmann e V. Skouris (relatore), e dalla sig.ra F. Macken, giudici,

avvocato generale: S. Alber

cancelliere: H.A. Rühl, amministratore principale

viste le osservazioni scritte presentate:

- per la {Universale-Bau AG}, dai sigg. M. Neidhart, Direktor des Rechtsabteilung, e J. Mauch, Vorstandsdirektor Ingenieur;

- per la Bietergemeinschaft 1) {Hinteregger & Söhne Bauges.mbH Salzburg}, 2) {ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau} GmbH, dagli avv.ti J. Olischar e M. Kratky, Rechtsanwälte;

- per la {Entsorgungsbetriebe Simmering} GmbH, dall'avv. T. Wenger, Rechtsanwalt;

- per il governo austriaco, dal sig. H. Dossi, in qualità di agente;

- per il governo dei Paesi Bassi, dal sig. M. Fierstra, in qualità di agente;

- per la Commissione delle Comunità europee, dal sig. M. Nolin, in qualità di agente, assistito dall'avv. R. Roniger,

vista la relazione d'udienza,

sentite le osservazioni orali della {Entsorgungsbetriebe Simmering} GmbH, rappresentata dall'avv. C. Casati, Rechtsanwalt, del governo austriaco, rappresentato dal sig. M. Fruhmann, in qualità di agente, e della Commissione, rappresentata dal sig. H. van Lier, in qualità di agente, assistito dall'avv. R. Roniger, all'udienza del 12 settembre 2001,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza dell'8 novembre 2001, ha pronunciato la seguente

Sentenza

1. Con ordinanza 12 novembre 1999, pervenuta in cancelleria il 7 dicembre successivo, il Vergabekontrollsenat des Landes Wien (commissione di controllo dell'aggiudicazione degli appalti del Land di Vienna) ha sottoposto alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, quattro questioni pregiudiziali sull'interpretazione dell'art. 1, lett. a), b) e c), della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), nonché della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e

amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1; in prosieguo: la «direttiva 89/665»).

2. Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia tra la Universale-Bau AG (in prosieguo: la «Universale-Bau») ed il consorzio di imprese («Bietergemeinschaft») costituito dalla Hinteregger & Söhne Bauges.mBH Salzburg e dalla ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH (in prosieguo: il «consorzio di imprese») e la Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH (in prosieguo: la «EBS»), con riguardo ad un procedimento di aggiudicazione di un appalto di lavori.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

3. Risulta dal primo e dal secondo 'considerando' della direttiva 89/665 che i meccanismi esistenti alla data della sua adozione, sia sul piano nazionale sia sul piano comunitario, per garantire l'effettiva applicazione delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, non sempre consentivano di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie, in particolare in una fase in cui le violazioni potevano ancora essere corrette.

4. A tenore del terzo 'considerando' di tale direttiva, «l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria rende necessario un aumento notevole delle garanzie di trasparenza e di non discriminazione e (...) occorre, affinché essa sia seguita da effetti concreti, che esistano mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscano tale diritto».

5. L'art. 1, nn. 1 e 3, della direttiva 89/665 dispone:

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

(...)

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

6. Come risulta dal primo 'considerando', la direttiva 93/37 ha proceduto, per maggior chiarezza e razionalità, alla codificazione della direttiva del Consiglio 26 luglio 1971, 71/305/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (GU L 185, pag. 5), come successivamente modificata.

7. Ai sensi del secondo 'considerando' della direttiva 93/37, «la realizzazione simultanea della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici aggiudicati negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri enti di diritto pubblico richiede, parallelamente all'eliminazione delle restrizioni, il coordinamento delle procedure nazionali di aggiudicazione di tali appalti».

8. Il decimo 'considerando' della direttiva 93/37 precisa che «lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici richiede una pubblicità comunitaria dei relativi bandi di gara indetti dalle amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri; che le informazioni contenute in tali bandi devono permettere agli imprenditori della Comunità di valutare se gli appalti proposti presentino per loro interesse; che pertanto occorre dare loro una sufficiente conoscenza delle prestazioni da fornire e delle relative condizioni; che più in particolare nelle procedure ristrette, la pubblicità ha per fine di permettere agli imprenditori degli Stati membri di manifestare il loro interesse agli appalti, richiedendo alle amministrazioni aggiudicatrici un invito a presentare l'offerta in conformità delle condizioni prescritte».

9. Emerge inoltre dall'undicesimo 'considerando' della direttiva 93/37 che «le informazioni supplementari relative agli appalti devono essere indicate, com'è consuetudine negli Stati membri, nel capitolato d'onere relativo a ciascun appalto o in ogni documento equivalente».

10. L'art. 1, lett. a), b) e c), della direttiva 93/37 dispone:

«Ai fini della presente direttiva:

a) gli "appalti pubblici di lavori" sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice di cui alla lettera b), aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori relativi ad una delle attività di cui all'allegato II o di un'opera di cui alla lettera c) oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice;

b) si considerano "amministrazioni aggiudicatrici" lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o di tali organismi di diritto pubblico.

Per "organismo di diritto pubblico" si intende qualsiasi organismo:

- istituito per soddisfare specificatamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, e
- dotato di personalità giuridica, e
- la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico, oppure la cui gestione sia soggetta a un controllo da parte di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di

vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

(...)

c) si intende per “opera” il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica».

11. A tenore dell'art. 7, n. 2, della direttiva 93/37:

«Le amministrazioni aggiudicatrici possono attribuire gli appalti di lavori mediante la procedura negoziata, dopo aver pubblicato un bando di gara e selezionato i candidati secondo criteri qualitativi e resi noti nei casi seguenti:

(...)».

12. L'art. 13 della direttiva 93/37, che è applicabile alle procedure ristrette ed alle procedure negoziate, prevede al n. 2, lett. e):

«Le amministrazioni aggiudicatrici invitano simultaneamente e per iscritto i candidati prescelti a presentare le rispettive offerte. La lettera d'invito è accompagnata dal capitolato d'onori e dai documenti complementari. Essa contiene almeno:

(...)

e) i criteri di aggiudicazione dell'appalto, se non figurano nel bando di gara».

13. L'art. 30, nn. 1 e 2, della direttiva 93/37 prevede:

«1. I criteri sui quali l'amministrazione aggiudicatrice si fonda per l'aggiudicazione dell'appalto sono:

a) o unicamente il prezzo più basso;

b) o, quando l'aggiudicazione si fa a favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, diversi criteri variabili secondo l'appalto: ad esempio il prezzo, il termine di esecuzione, il costo di utilizzazione, la redditività, il valore tecnico.

2. Nel caso di cui al paragrafo 1, lettera b), l'amministrazione aggiudicatrice menziona, nel capitolato d'onori o nel bando di gara, tutti i criteri di aggiudicazione di cui prevede l'applicazione, possibilmente nell'ordine decrescente dell'importanza che è loro attribuita».

La normativa nazionale

14. Il Wiener Landesvergabegesetz (legge sull'aggiudicazione degli appalti pubblici del Land di Vienna, LGBl. n. 36/1995; in prosieguo: il «WLVergG») dispone all'art. 48, n. 2:

«L'appalto va aggiudicato all'offerta tecnicamente ed economicamente più vantaggiosa alla luce dei criteri enunciati nel bando di gara (...)».

15. L'art. 96 del WLVergG, intitolato «Procedimento precontenzioso», prevede ai nn. 1 e 2:

«1. Se un imprenditore ritiene che la presente legge sia stata violata da una decisione presa dall'appaltante prima dell'aggiudicazione e, pertanto, che abbia subito o possa temere un danno, egli deve comunicarlo per iscritto all'appaltante, trasmettendo i documenti a sostegno della sua opinione e indicando che intende proporre un ricorso.

2. Ricevuta la comunicazione di cui al n. 1, l'appaltante deve o eliminare immediatamente l'asserita illegittimità, informandone l'imprenditore, o comunicargli per iscritto il motivo per cui l'asserita illegittimità non sussiste».

16. L'art. 97 del WLVergG, intitolato «Presentazione del ricorso», recita come segue:

«1. E' ammesso il ricorso prima dell'aggiudicazione solo se l'imprenditore ha informato l'appaltante della pretesa illegittimità, comunicandogli i relativi documenti e l'intenzione di presentare ricorso (art. 96, n. 1), e se, nelle due settimane successive, l'appaltante non ha comunicato all'imprenditore di avere provveduto a eliminare detta illegittimità.

2. Il ricorso può essere proposto:

1) da un imprenditore che deduce un motivo di nullità ex art. 101 e che afferma di avere un interesse commerciale a concludere un appalto di forniture, di lavori di costruzione, di opere in concessione o di servizi oppure un appalto nel settore dell'approvvigionamento idrico, dell'erogazione di energia o della fornitura di servizi di trasporto nonché nel settore delle telecomunicazioni;

2) da un offerente che fa valere che l'appalto non gli è stato aggiudicato, in violazione dell'art. 48, n. 2, malgrado l'assenza di motivi di esclusione ai sensi dell'art. 47.

3. Il ricorso di cui al n. 2 deve contenere:

1) l'indicazione esatta della gara d'appalto di cui trattasi e della decisione impugnata;

2) l'indicazione esatta dell'appaltante;

3) l'esposizione dettagliata dei fatti rilevanti;

4) indicazioni in merito al danno che il ricorrente afferma potersi verificare o essersi già verificato;

5) gli argomenti a sostegno dell'affermazione dell'illegittimità;

6) un'esplicita domanda di annullamento o di riforma;

7) nei casi di cui al n. 1, la prova che l'appaltante è stato informato dell'illegittimità fatta valere e dell'intenzione di proporre ricorso nell'ambito di un procedimento precontenzioso ex art. 96, nonché l'indicazione che l'appaltante non ha eliminato la detta illegittimità nei termini prescritti.

4. La presentazione del ricorso non ha effetto sospensivo sull'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi.

(...)».

17. Inoltre l'art. 98 del WLVergG, intitolato «Termini», prevede:

«I ricorsi per le violazioni seguenti vanno proposti innanzi al Vergabekontrollsenat nei termini seguenti:

1) per quanto riguarda il rigetto di una candidatura, al più tardi due settimane dopo la notifica del rigetto ovvero, nel caso di cui all'art. 52, al più tardi tre giorni dopo detta notifica;

2) per quanto riguarda le disposizioni figuranti nell'avviso al pubblico con cui si invitano le imprese a prendere parte ad una licitazione privata o ad una trattativa, ovvero per quanto riguarda le disposizioni figuranti nel bando di gara, al più tardi due settimane prima della scadenza del termine per presentare le candidature o le offerte ovvero, nel caso di cui all'art. 52, al più tardi una settimana prima di detta scadenza;

3) per quanto riguarda l'aggiudicazione dell'appalto, al più tardi due settimane dopo la pubblicazione dell'aggiudicazione nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee ovvero, in caso di mancata pubblicazione, al più tardi sei mesi dopo l'aggiudicazione.

(...)».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

18. Risulta dall'ordinanza del giudice a quo che la EBS ha pubblicato un bando di gara concernente l'aggiudicazione, nell'ambito di una procedura ristretta, di un appalto per l'esecuzione di opere (lavori di sterro, lavori di fondamenta e lavori specializzati) ai fini della realizzazione del secondo stadio di depurazione biologica del depuratore centrale di Vienna.

19. Nel bando di gara, che è stato pubblicato sull'*Amtsblatt der Stadt Wien* 17 marzo 1999, si menzionava nella rubrica «Criteri di aggiudicazione dell'appalto» che quest'ultimo sarebbe stato aggiudicato sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo i criteri fissati nel bando stesso.

20. Nelle note esplicative relative alle domande di partecipazione, la EBS ha indicato come segue i criteri accolti per la classificazione in graduatoria delle domande medesime: «Per la classificazione delle domande di partecipazione si terrà conto dell'efficienza tecnica negli ultimi cinque anni del candidato, di ciascun membro del consorzio offerente e dei subappaltatori indicati.

Saranno invitati a presentare offerte i cinque candidati meglio classificati.

Per la valutazione della documentazione esibita si applicherà un procedimento di scoring.

Viene valutata la realizzazione dei seguenti lavori:

1. impianti di depurazione;
2. parti di edificio precomprese;
3. fondazioni di ampie dimensioni su colonne portanti in ghiaia;
4. compressione del terreno mediante vibrazione;
5. cementazione del suolo con l'uso di malta ad alta pressione».

21. Nelle suddette note esplicative la EBS ha anche indicato ai candidati che le referenze richieste verrebbero esaminate secondo un procedimento di «scorage» depositato presso un notaio ed ha effettivamente depositato presso un notaio il 9 aprile 1999, cioè anteriormente al ricevimento della prima domanda di partecipazione, le modalità di tale procedimento.

22. La Universale-Bau ed il consorzio di imprese (in prosieguo, congiuntamente, i «ricorrenti nella causa principale») hanno manifestato il loro interesse a partecipare alla procedura ristretta, senza esperire preliminarmente alcun ricorso contro le condizioni o i termini del bando di gara. La EBS, dopo aver comunicato ai ricorrenti, con lettera 7 luglio 1999, che non era risultata tra i primi cinque in graduatoria e che, conseguentemente, non era invitata a presentare offerte, ha impugnato dinanzi al Vergabekontrollsenat il procedimento di appalto.

23. Nel ricorso da essa proposto il 3 agosto 1999, la Universale-Bau ha chiesto al Vergabekontrollsenat di dichiarare, in via principale, che la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di assegnare l'appalto mediante una procedura ristretta è illegittima e nulla; in subordine, che è illegittima e nulla la decisione di invitare a presentare offerte solo le prime cinque imprese in graduatoria; in ulteriore subordine, che il procedimento di

«scorage» applicato non risponde ai principi di trasparenza e di comprensibilità e che, pertanto, la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice riguardo alla formazione della graduatoria è illegittima e nulla; in estremo subordine che, ove il procedimento di «scorage» fosse stato applicato correttamente, la ricorrente sarebbe dovuta risultare tra i primi cinque in graduatoria e che la graduatoria stilata dall'amministrazione aggiudicatrice è illegittima e nulla.

24. Nel suo ricorso 20 settembre 1999 il consorzio di imprese ha chiesto che venga dichiarata illegittima la decisione di non comprenderlo tra i cinque migliori candidati in graduatoria e, in subordine, che venga dichiarata illegittima la procedura ristretta.

25. Inoltre i ricorrenti nel procedimento principale hanno chiesto l'adozione di misure provvisorie dirette a vietare l'aggiudicazione dell'appalto.

26. Nell'ordinanza a qua il Vergabekontrollsenat sottolinea, da un lato, che, a norma del WLVergG, esso è competente a statuire sui ricorsi in materia di procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, di lavori e di servizi e, dall'altro, che, a norma dell'art. 6, n. 1, dell>Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz del 1991 (codice di procedura amministrativa, BGBl. 1991/51), nella versione del BGBl. I, 1998/158 (in prosieguo: l'«AVG»), esso è tenuto ad accertare d'ufficio la propria competenza. Esso aggiunge che, ai sensi dell'art. 6, n. 2, dell'AVG, la competenza dell'autorità amministrativa non può essere fondata né modificata per accordo delle parti e che, pertanto, il fatto che nell'indire la gara d'appalto la EBS abbia ritenuto applicabile il WLVergG non è da solo sufficiente a fondare la competenza del Vergabekontrollsenat.

27. Pertanto il Vergabekontrollsenat, al fine di risolvere la questione della sua competenza, deve accertare anzitutto se la EBS sia un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37.

28. Il Vergabekontrollsenat ricorda come dalla sentenza della Corte 15 gennaio 1998, causa C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria e a. (Racc. pag. I-73, punto 21), emerge che un organismo deve soddisfare le tre condizioni enunciate all'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37 al fine di poter essere definito organismo di diritto pubblico ai sensi di tale direttiva.

29.

Dopo aver constatato che la EBS è dotata della personalità giuridica e controllata maggioritariamente dalla città di Vienna, cioè da un ente locale, il Vergabekontrollsenat conclude che essa risponde alle condizioni di cui all'art. 1, secondo comma, lett. b), della direttiva 93/37.

30. Quanto alla condizione prevista nel primo trattino di tale disposizione, il Vergabekontrollsenat sottolinea come dallo statuto della EBS all'epoca della costituzione emerge che la stessa provvedeva, su una base commerciale, all'esercizio di impianti di smaltimento dei rifiuti inquinanti. Esso precisa che tali attività non erano riservate o conferite ai pubblici poteri e che dal suddetto statuto non risulta affatto che la EBS sia stata istituita per soddisfare specificamente bisogni d'interesse generale di carattere non industriale o commerciale.

31. Secondo quanto constatato dal Vergabekontrollsenat, un cambiamento sostanziale si è verificato a partire dal momento in cui alla EBS si è attribuita la gestione del depuratore centrale della città di Vienna. In particolare la EBS ha concluso nel 1985 con la città di Vienna un contratto di concessione in base al quale essa ha iniziato a gestire detto depuratore con il personale messo a disposizione dalla città di Vienna. A norma di due contratti conclusi tra la città di Vienna e la EBS l'8 e il 18 luglio 1996, la città di Vienna si è impegnata a versare a quest'ultima una somma globalmente appropriata che deve consentire di coprire i costi di esercizio. Il Vergabekontrollsenat chiarisce in proposito che la EBS non gestisce tale ramo della propria attività a scopo di lucro. Trattasi di fatto di un'attività d'interesse generale che la città di Vienna ha delegato alla EBS, attività gestita in modo da coprire le spese. Il Vergabekontrollsenat conclude pertanto che siffatta attività non ha carattere industriale o commerciale.

32. Secondo il Vergabekontrollsenat l'eventualità di una manovra fraudolenta può essere esclusa in quanto la EBS è stata costituita nel 1976 come ente di bonifica, mentre il passaggio della gestione del depuratore centrale è avvenuto soltanto dopo il 1° gennaio 1986. In particolare esso ritiene che tale lasso di tempo nonché il fatto che la Repubblica d'Austria non fosse all'epoca membro dell'Unione europea e che comunque la EBS non sarebbe stata presa in considerazione dalla direttiva 71/305, che era ancora vigente ed in cui figuravano i termini «persone giuridiche di diritto pubblico», indicano la mancanza di intenzione fraudolenta.

33. Tuttavia, dato che la EBS non è stata incaricata di soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale sin dalla sua costituzione, ma in seguito a modifiche della sua sfera di attività avvenute ulteriormente, il Vergabekontrollsenat chiede se la EBS soddisfi il requisito di cui all'art. 1, lett. b), secondo trattino, della direttiva 93/37.

34. Peraltro il Vergabekontrollsenat rileva che, secondo il punto I del contratto concluso tra la EBS e la città di Vienna l'8 luglio 1996, la EBS ha l'obbligo di procedere all'ampliamento del depuratore centrale e di concludere i necessari contratti in nome proprio ed a proprie spese. Non è dettata alcuna condizione specifica quanto alle modalità di esecuzione di tale obbligo. I punti II e III del contratto impongono però alla EBS modalità di funzionamento del depuratore ivi specificate senza precisare tuttavia la concreta configurazione del manufatto edile.

35. Risulta inoltre da una decisione del genio civile 30 dicembre 1998 che la EBS ha ottenuto la licenza edilizia su un terreno di proprietà della città di Vienna. In una lettera dell'8 settembre 1999 la EBS ha dichiarato che il depuratore di cui trattasi è costruito in suo nome e per suo conto, scrivendo segnatamente: «Il depuratore in questione sarà di nostra proprietà. La cessione del depuratore in questione è prevista per il caso in cui vengano disdetti i contratti di concessione e di gestione conclusi a tempo indeterminato tra noi e la città di Vienna. In tal caso la città di Vienna deve, tra l'altro, riacquistare il nostro depuratore dietro corrispettivo. Essa è tenuta a rimborsarci il valore di mercato del depuratore».

36. Alla luce di quanto precede il Vergabekontrollsenat chiede se, tenuto conto dei citati contratti tra la EBS e la città di Vienna che, in quanto ente locale, è comunque un'amministrazione aggiudicatrice, l'appalto in parola nella causa dinanzi ad esso pendente sia un appalto pubblico di lavori ai sensi del combinato disposto dell'art. 1, lett. a) e c), della direttiva 93/37.

37. In secondo luogo, il Vergabekontrollsenat, qualora dovesse dichiararsi competente a conoscere del litigio dinanzi ad esso pendente, chiede se le disposizioni degli artt. 96-98 del WLVergG che, in quanto tali, dispongono che il ricorso contro una clausola del bando di gara è ricevibile soltanto entro un certo termine, siano compatibili con la direttiva 89/665. Esso chiarisce al riguardo che, se contro una determinata clausola del bando di gara non è presentato alcun ricorso, oppure se un ricorso siffatto non è presentato nel termine prescritto, non è più possibile sottoporre a riesame la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice per verificare se tale clausola del bando di gara violi il WLVergG o la direttiva 89/665 e che tale questione è rilevante nell'ambito della controversia con cui è adito, poiché la EBS fa valere espressamente il carattere tardivo della presentazione del ricorso.

38. Infine il Vergabekontrollsenat sottolinea che, nell'ambito della controversia dinanzi ad esso pendente, esso deve anche risolvere la questione se a buon diritto non siano state prese in esame le candidature dei ricorrenti nella causa principale in esito al procedimento di «scorage» adottato dall'amministrazione aggiudicatrice, le cui modalità sono state rese note solo dopo la scadenza del termine di candidatura e l'aggiudicazione dell'appalto. Il Vergabekontrollsenat precisa che non è escluso che i risultati di tale procedimento abbiano avuto un'influenza determinante sull'amministrazione aggiudicatrice.

39. Sulla scorta del complesso delle considerazioni precedenti il Vergabekontrollsenat des Landes Wien ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se debba essere considerata come amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37/CEE anche una persona giuridica che *non* è stata istituita per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, ma che *attualmente* soddisfa tali bisogni.

2) Nell'ipotesi in cui la Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH non sia un'amministrazione aggiudicatrice, se la progettata realizzazione del secondo stadio di depurazione biologica del depuratore centrale di Vienna costituisca l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice e, pertanto, un *appalto pubblico di lavori* ai sensi dell'art. 1, lett. a) e c), della direttiva 93/37/CEE.

3) Nell'ipotesi in cui vengano risolte positivamente la prima questione o la seconda questione, se la direttiva 89/665/CEE osti a una normativa nazionale che per il riesame di una determinata decisione dell'amministrazione aggiudicatrice prevede un termine la cui inosservanza comporta che tale decisione non possa più essere impugnata nel corso del procedimento di appalto; se gli interessati debbano far valere qualsiasi vizio a pena di decadenza.

4) Nell'ipotesi in cui vengano risolte positivamente la prima questione o la seconda questione, se sia sufficiente la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di valutare le

candidature secondo un metodo d'esame depositato presso un notaio o se i criteri di valutazione debbano già essere comunicati nel bando di gara o nei documenti allegati al medesimo».

Sulla prima questione

40. Con la prima questione il Vergabekontrollsenat chiede in sostanza se un organismo che non è stato istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generali aventi carattere non industriale o commerciale, ma che in seguito si è fatto carico di tali bisogni di cui da allora assicura effettivamente la soddisfazione, adempia la condizione imposta all'art. 1, lett. b), secondo comma, primo trattino, della direttiva 93/37 al fine di poter essere definito organismo di diritto pubblico ai sensi di tale disposizione.

Sulla ricevibilità

41. Va preliminarmente rilevato che, come risulta dall'ordinanza del giudice a quo, il Vergabekontrollsenat chiede di ottenere chiarimenti per stabilire se un organismo come la EBS costituisca un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37 al fine di accertare se sia competente a conoscere dei ricorsi proposti dai ricorrenti nella causa principale contro una decisione proveniente da tale società.

42. Occorre rilevare in proposito che per costante giurisprudenza spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro designare il giudice competente a risolvere liti vertenti sui diritti soggettivi, scaturenti dall'ordinamento comunitario, fermo restando, tuttavia, che gli Stati membri sono tenuti a garantire, in ogni caso, la tutela effettiva di detti diritti. Con questa riserva non spetta alla Corte intervenire nella soluzione dei problemi di competenza che può sollevare, nell'ambito dell'ordinamento giudiziario nazionale, la definizione di determinate situazioni giuridiche fondate sul diritto comunitario (v., segnatamente, sentenze 18 gennaio 1996, causa C-446/93, SEIM, Racc. pag. I-73, punto 32, e 17 settembre 1997, causa C-54/96, Dorsch Consult, Racc. pag. I-4961, punto 40).

43. Tuttavia la Corte è competente a indicare al giudice nazionale gli elementi del diritto comunitario che possono contribuire alla soluzione del problema di competenza che esso deve risolvere (v., in particolare, sentenze SEIM, cit., punto 33, e 22 ottobre 1998, cause riunite da C-10/97 a C-22/97, IN.CO.GE. '90 e a., Racc. pag. I-6307, punto 15).

44. Inoltre, il fatto che la EBS abbia o meno la qualità di amministrazione aggiudicatrice condiziona la soluzione delle questioni pregiudiziali terza e quarta, la cui ricevibilità non è in discussione.

45. Occorre dunque risolvere la questione sollevata.

Sul merito

46. Nella causa principale è certo che la EBS, dal momento che assume l'esercizio del depuratore centrale ai sensi del contratto concluso nel 1985 con la città di Vienna, soddisfa effettivamente un bisogno d'interesse generale avente carattere non industriale o commerciale. Pertanto la sua definizione quale organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37 dipende dalla soluzione che deve ricevere la questione se la condizione di cui al primo trattino di tale disposizione escluda che possa definirsi amministrazione aggiudicatrice un organismo il quale non è stato

istituito al fine di soddisfare bisogni d'interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, ma che ha assunto un impegno siffatto in seguito alla modifica della sua sfera di attività successivamente verificatasi.

Osservazioni presentate alla Corte

47. La EBS sostiene che essa non può definirsi organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37 per il motivo che dalla lettera stessa del primo trattino di tale disposizione emerge che il solo elemento decisivo è la missione affidata al momento della sua istituzione. Essa aggiunge che la circostanza di non essersi in seguito fatta carico di compiti di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale non cambia niente al suo statuto poiché essa continua a svolgere attività di carattere industriale o commerciale.

48. La Commissione fa valere che la EBS non può definirsi un'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 1, lett. b), della direttiva 93/37, poiché la modifica delle attività di quest'ultima non risulta né da una revisione in tal senso del suo oggetto sociale, come definito nello statuto, né da un obbligo di legge.

49. Invece i ricorrenti nella causa principale nonché i governi austriaco e dei Paesi Bassi sostengono che occorre prendere in considerazione l'odierna attività della EBS e non l'oggetto perseguito alla data della sua istituzione ed affermano che una diversa interpretazione produrrebbe la conseguenza che un organismo il quale risponde de facto alla nozione di amministrazione aggiudicatrice data dalla direttiva 93/37 non avrebbe neppure l'obbligo, in occasione dell'assegnazione degli appalti di lavori, di osservare le prescrizioni di tale direttiva. Essi fanno inoltre valere che l'interpretazione funzionale della nozione di amministrazione aggiudicatrice è la sola adatta ad impedire eventuali manovre fraudolente poiché, altrimenti, la direttiva 93/37 potrebbe essere facilmente elusa attraverso il trasferimento di compiti di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale non già ad un organismo istituito ex novo all'uopo, ma ad un organismo già esistente che aveva in precedenza un altro oggetto.

Soluzione della Corte

50. Va rilevato che la Corte ha già avuto l'occasione di precisare la portata della nozione di organismo di diritto pubblico figurante all'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37, tenuto conto segnatamente della finalità di tale direttiva.

51. La Corte ha dunque statuito che il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici è diretto ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci e a proteggere, quindi, gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro (v., segnatamente, sentenze 3 ottobre 2000, causa C-380/98, University of Cambridge, Racc. pag. I-8035, punto 16, e 1° febbraio 2001, causa C-237/99, Commissione/Francia, Racc. pag. I-939, punto 41).

52. Essa ne ha dedotto che l'obiettivo della direttiva 93/37 è di escludere sia il rischio che gli offerenti o candidati nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sia la possibilità che un ente finanziato o controllato dallo

Stato, dagli enti territoriali o da altri organismi di diritto pubblico si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche (v., segnatamente, citate sentenze *University of Cambridge*, punto 17, e *Commissione/Francia*, punto 42).

53. La Corte ha pertanto dichiarato che, alla luce di tali obiettivi, alla nozione di organismo di diritto pubblico di cui all'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37 dev'essere data un'interpretazione funzionale (v., in particolare, citata sentenza *Commissione/Francia*, punto 43).

54. Per tale motivo, al punto 26 della citata sentenza *Mannesmann Anlagenbau Austria e a.*, la Corte ha dichiarato, a proposito della definizione di un organismo il quale era stato istituito per soddisfare specificamente bisogni d'interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, ma svolgeva anche attività commerciali, che la condizione posta nel primo trattino dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37 non implica che tale organismo sia incaricato unicamente di soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale.

55. In particolare, come emerge dal punto 25 della citata sentenza *Mannesmann Anlagenbau Austria e a.*, la Corte ha dichiarato che è irrilevante che, oltre al compito specifico consistente nel soddisfare siffatti bisogni d'interesse generale, l'organismo in questione sia libero di svolgere altre attività, ma ha invece ritenuto determinante la circostanza che il medesimo organismo continui a provvedere ai bisogni che è specificamente tenuto a soddisfare.

56. Ne risulta che, al fine di accertare se un ente soddisfi la condizione enunciata all'art. 1, lett. b), secondo comma, primo trattino, della direttiva 93/37, occorre prendere in considerazione le attività da esso effettivamente svolte.

57. Va sottolineato in proposito che l'effetto utile della direttiva 93/37 non sarebbe pienamente garantito se l'applicazione della disciplina della direttiva ad un organismo che soddisfa le condizioni enunciate all'art. 1, lett. b), secondo comma, potesse escludersi per il solo fatto che sin dalla sua istituzione non gli erano state affidate le attività di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale da esso svolte in pratica.

58. Il medesimo intento di garantire l'effetto utile dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37 osta anche a che si operi una distinzione secondo che gli statuti di un siffatto organismo siano stati o meno adattati per riflettere le modifiche effettive del suo campo di attività.

59. Va inoltre rilevato che il tenore letterale dell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37 non contiene alcun riferimento al fondamento giuridico delle attività dell'organismo interessato.

60. Occorre peraltro ricordare che, trattandosi della definizione della nozione di organismo di diritto pubblico di cui all'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 92/50, formulata in maniera identica a quella contenuta nell'art. 1, lett. b), secondo comma, della direttiva 93/37, la Corte ha già dichiarato che l'esistenza o la mancanza di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale dev'essere valutata oggettivamente, restando al riguardo irrilevante la forma giuridica delle disposizioni per

mezzo delle quali tali bisogni sono espressi (sentenza 10 novembre 1998, causa C-360/96, BFI Holding, Racc. pag. I-6821, punto 63).

61. Ne consegue che è irrilevante il fatto che, nella causa principale, l'estensione della sfera di attività della EBS non ha dato luogo ad una modifica delle disposizioni del suo statuto relative all'oggetto sociale.

62. Infatti l'assunzione da parte della EBS di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, se non è stata formalmente consacrata nel suddetto statuto, è nondimeno prevista nei contratti conclusi dalla EBS con la città di Vienna e può quindi essere oggettivamente constatata.

63. La prima questione va pertanto risolta nel senso che un ente il quale non è stato istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, ma che ha in seguito preso a suo carico tali bisogni la cui soddisfazione è da allora effettivamente assicurata dal medesimo, adempie la condizione prescritta all'art. 1, lett. b), secondo comma, primo trattino, della direttiva 93/37, al fine di poter essere definito organismo di diritto pubblico ai sensi di tale disposizione a condizione che la presa a carico della soddisfazione dei bisogni in parola possa essere oggettivamente constatata.

Sulla seconda questione

64. Alla luce della soluzione data alla prima questione, non occorre risolvere la seconda questione poiché quest'ultima è stata sottoposta alla Corte soltanto nell'ipotesi di una soluzione negativa della prima.

Sulla terza questione

65. Con la terza questione il giudice nazionale chiede in sostanza se la direttiva 89/665 osti ad una normativa nazionale la quale prevede che qualsiasi ricorso avverso una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice vada proposto nel termine all'uopo previsto e che qualsiasi irregolarità del procedimento di aggiudicazione invocata a sostegno di tale ricorso va sollevata nel medesimo termine a pena di decadenza talché, scaduto tale termine, non è più possibile impugnare tale decisione o eccepire la suddetta irregolarità.

Osservazioni presentate alla Corte

66. I ricorrenti nella causa principale sostengono che i termini brevi impartiti per la presentazione dei ricorsi ad opera degli artt. 97 e 98 del WLVergG non permettono agli interessati di controllare la motivazione di una decisione negativa dell'amministrazione aggiudicatrice e, all'occorrenza, di provare il carattere ingannevole dei motivi addotti. In pratica sarebbe quindi escluso che possa proporsi nei termini un ricorso motivato avente una qualche probabilità di essere accolto.

67. La Universale-Bau aggiunge che i candidati di altri Stati membri non possono, come regola generale, rispettare il termine di due settimane previsto all'art. 98 del WLVergG, il che è contrario ai principi fondamentali della politica comunitaria nel settore degli appalti pubblici, cioè, da un lato, quello dell'aggiudicazione degli appalti pubblici senza

discriminazione e, dall'altro, quello dell'accesso delle imprese ad un mercato comune con vasti sbocchi, il che rafforza la competitività delle imprese europee.

68. Invece la EBS sostiene che la direttiva 89/665 istituisce essa stessa un procedimento dallo svolgimento rapido ed effettivo che esige termini brevi dopo la cui scadenza le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la garanzia di poter proseguire il procedimento di aggiudicazione degli appalti. La necessità di termini brevi sarebbe precisamente apparsa nella causa principale.

69. La EBS sottolinea in particolare che niente impediva ai ricorrenti nella causa principale di formulare in tempo utile le proprie riserve con riguardo al bando di gara poiché questi ultimi avevano ricevuto da parte loro la duplice indicazione che esse avrebbero applicato un procedimento di «scorage», per selezionare coloro tra i candidati che sarebbero ammessi a presentare un'offerta, e che non avrebbero divulgato l'esatto processo decisionale. La EBS aggiunge che il ricorso contro la sua decisione di invitare taluni candidati a presentare un'offerta doveva essere deciso nei termini più brevi, altrimenti essa non avrebbe potuto proseguire il procedimento di aggiudicazione. La EBS rileva infine che un termine di ricorso di due settimane per gli atti amministrativi permane in generale la regola, citando come esempio l'art. 63, n. 5, dell'AVG, il quale dispone che qualsiasi decisione di un'autorità amministrativa va impugnata nel termine di due settimane.

70. I governi austriaco e dei Paesi Bassi nonché la Commissione fanno valere in sostanza che la direttiva 89/665 lascia agli Stati membri il compito di disciplinare le modalità specifiche applicabili ai ricorsi avverso procedimenti di aggiudicazione degli appalti. Ne deducono che gli Stati membri dispongono di un margine di valutazione per fissare i termini di ricorso, alla duplice condizione che gli obiettivi della suddetta direttiva non siano elusi e che siano osservati i principi fondamentali del diritto comunitario. Il governo austriaco sottolinea inoltre che i termini di ricorso di cui alla causa principale ostano a che il procedimento di aggiudicazione degli appalti venga esageratamente ritardato e riducono il rischio di un ricorso abusivo al procedimento contenzioso, due effetti conformi agli obiettivi della direttiva in parola.

Soluzione della Corte

71. Va preliminarmente rilevato che la direttiva 89/665, pur avendo per oggetto di garantire l'esistenza, in tutti gli Stati membri, di mezzi di ricorso efficaci in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto, al fine di garantire l'applicazione effettiva delle direttive che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, non comporta tuttavia alcuna disposizione specificamente attinente alle modalità relative al termine concernente i ricorsi che la stessa mira ad istituire. Spetta quindi all'ordinamento nazionale di ogni Stato membro definire le modalità relative al termine.

72. Nondimeno, dal momento che si tratta di modalità procedurali di ricorso destinate ad assicurare la salvaguardia dei diritti conferiti dal diritto comunitario ai candidati ed offerenti lesi da decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici, tali modalità non devono mettere in pericolo l'effetto utile della direttiva 89/665.

73. E' quindi necessario accertare se, alla luce della finalità di tale direttiva, una normativa nazionale come quella della causa principale non attenti ai diritti conferiti ai singoli dall'ordinamento comunitario.

74. Va ricordato in proposito che, come risulta dal primo e dal secondo 'considerando', la direttiva 89/665 è intesa a rafforzare i meccanismi esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano comunitario, per garantire l'effettiva applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette. A tal fine l'art. 1, n. 1, della suddetta direttiva impone agli Stati membri l'obbligo di garantire che le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile.

75. Orbene, la completa realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla direttiva 89/665 sarebbe compromessa se ai candidati ed offerenti fosse consentito far valere in qualsiasi momento del procedimento di aggiudicazione infrazioni alle regole di aggiudicazione, obbligando quindi l'amministrazione aggiudicatrice a ricominciare l'intero procedimento al fine di correggere tali infrazioni.

76. Occorre poi considerare che la fissazione di termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza risponde, in linea di principio, all'esigenza di effettività derivante dalla direttiva 89/665, in quanto costituisce l'applicazione del fondamentale principio della certezza del diritto (v., per analogia, trattandosi del principio di effettività del diritto comunitario, sentenze 10 luglio 1997, causa C-261/95, Palmisani, Racc. pag. I-4025, punto 28, e 16 maggio 2000, causa C-78/98, Preston e a., Racc. pag. I-3201, punto 33).

77. Date le considerazioni precedenti va constatato, da un lato, che modalità relative al termine come quelle oggetto della causa principale appaiono ragionevoli alla luce sia degli obiettivi della direttiva 89/665 come quelli descritti al punto 74 della presente sentenza, sia del principio della certezza del diritto.

78. D'altro canto, non sussiste alcun dubbio sul fatto che sanzioni come la decadenza sono idonee a garantire che le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici, dal momento in cui sono note agli interessati, vengano denunciate e rettificata il più presto possibile, anche conformemente sia agli obiettivi perseguiti dalla direttiva 89/665 sia al principio di certezza del diritto.

79. Occorre quindi risolvere la terza questione nel senso che la direttiva 89/665 non osta ad una normativa nazionale la quale prevede che qualsiasi ricorso avverso una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice vada proposto nel termine all'uopo previsto e che qualsiasi irregolarità del procedimento di aggiudicazione invocata a sostegno di tale ricorso vada sollevata nel medesimo termine a pena di decadenza talché, scaduto tale termine, non è più possibile impugnare tale decisione o eccepire la suddetta irregolarità, a condizione che il termine in parola sia ragionevole.

Sulla quarta questione

80. Con la quarta questione il giudice nazionale chiede se la direttiva 93/37 osti a che, nell'ambito di una procedura ristretta, l'amministrazione aggiudicatrice selezioni quei candidati che saranno invitati a presentare un'offerta secondo modalità di valutazione che

non sono state indicate nel bando di gara o nei documenti allegati a quest'ultimo, quand'anche documenti che precisano modalità siffatte siano stati depositati presso un notaio.

Osservazioni presentate alla Corte

81. Le ricorrenti nella causa principale fanno valere che il procedimento seguito dalla EBS, essendosi risolto nella mancata divulgazione ai candidati sia delle modalità del procedimento di «scorage» annunciato sia dell'importanza attribuita ai diversi criteri di classificazione delle domande di partecipazione, è incompatibile con i principi di trasparenza e di obiettività. Essi aggiungono che la rispettiva importanza dei diversi criteri di classificazione deve comunque emergere dal bando di gara, al fine di escludere qualunque arbitrio nella decisione dell'amministrazione aggiudicatrice e permettere ai candidati di controllare la legittimità di quest'ultima e fare uso del diritto di ricorso.

82. Invece la EBS ed il governo austriaco sostengono che un procedimento come il deposito presso un notaio di documenti che precisano le modalità di valutazione delle candidature fornisce sufficienti garanzie dell'osservanza dei principi di non discriminazione ed obiettività. Essi ritengono che, se da tali principi deriva che l'amministrazione aggiudicatrice deve preliminarmente stabilire il procedimento da essa accolto per selezionare i candidati e che tale tipo di selezione non può più in seguito essere modificato, non per questo essi impongano alle amministrazioni aggiudicatrici di divulgare le modalità esatte di valutazione delle candidature.

83. La EBS sottolinea che nella causa principale ha indicato i principali criteri di classificazione delle domande di partecipazione in ordine di importanza e che, proprio per favorire una concorrenza leale e non discriminatoria, non ha comunicato in anticipo ai candidati le precise modalità di valutazione delle candidature. La EBS avrebbe infatti ricercato le cinque imprese di costruzione obiettivamente migliori per l'appalto di lavori in questione e non già imprese che adattano la loro offerta alle concezioni dell'amministrazione aggiudicatrice che abitualmente si palesano nella scelta delle modalità di valutazione.

Soluzione della Corte

84. Va preliminarmente sottolineato come sia pacifico nella causa principale che la EBS ha fissato sin dall'inizio il valore da attribuire a tutti i criteri di selezione cui prevedeva di ricorrere, ma non ha fornito alcuna indicazione quanto al bando di gara, limitandosi a depositare presso un notaio i documenti relativi al procedimento di «scorage».

85. Appare quindi che, in tale causa, il giudice nazionale non cerca di stabilire se un'amministrazione aggiudicatrice abbia, ai sensi del diritto comunitario, l'obbligo di fissare sin da prima dell'avviso di gara le regole di valutazione comparativa dei criteri di selezione che prevede di applicare, ma che invece tale giudice sottopone alla Corte una questione vertente unicamente sull'osservanza delle esigenze di pubblicità derivanti dalla direttiva 93/37 nell'ipotesi in cui l'amministrazione aggiudicatrice abbia previamente fissato tali regole.

86. La quarta questione va quindi compresa come diretta ad accertare se la direttiva 93/37 vada interpretata nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice, se nell'ambito di una procedura ristretta ha previamente fissato regole di valutazione comparativa dei criteri di selezione dei candidati che saranno invitati a presentare un'offerta, deve comunicarli nel bando di gara o nei documenti allegati al medesimo.

87. Per risolvere la questione così riformulata occorre anzitutto rilevare che la direttiva 93/37 non contiene alcuna specifica disposizione relativa alle esigenze di previa pubblicità circa i criteri di selezione dei candidati che saranno invitati a presentare un'offerta nell'ambito di una procedura ristretta.

88. Dal titolo e dal secondo 'considerando' della direttiva 93/37 risulta infatti che quest'ultima ha semplicemente per oggetto il coordinamento delle procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, cosicché essa non prevede un sistema completo di norme comunitarie in materia (v., segnatamente, sentenza 27 novembre 2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99, Lombardini e Mantovani, Racc. pag. I-9233, punto 33).

89. La direttiva mira nondimeno, come risulta dal preambolo nonché dal secondo e dal decimo 'considerando', ad eliminare le restrizioni alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi in materia di appalti pubblici di lavori al fine di aprire tale settore ad una concorrenza effettiva tra gli imprenditori degli Stati membri (v., segnatamente, sentenza Lombardini e Mantovani, cit., punto 34).

90. Orbene, come la Corte ha già sottolineato in merito alla direttiva 71/305 che, come rilevato al punto 6 della presente sentenza, è stata codificata dalla direttiva 93/37, per realizzare tale finalità i criteri e le condizioni che si applicano a ciascuna gara devono costituire oggetto di un'adeguata pubblicità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici (sentenza 20 settembre 1988, causa 31/87, Beentjes, Racc. pag. 4635, pag. 21).

91. Infatti il principio della parità di trattamento, che costituisce la base delle direttive relative ai procedimenti di aggiudicazione degli appalti pubblici, implica un obbligo di trasparenza al fine di consentire di accertarne il rispetto (v., in particolare, sentenze 7 dicembre 2000, causa C-324/98, Teleaustria e Telefonadress, Racc. pag. I-10745, punto 61, e 18 giugno 2002, causa C-92/00, HI, Racc. pag. I-5553, punto 45).

92. Tale obbligo di trasparenza cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice consiste nel garantire, a favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità dei procedimenti di aggiudicazione (v. sentenza Teleaustria e Telefonadress, cit., punto 62).

93. Ne deriva che il procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico deve rispettare in tutte le sue fasi, segnatamente in quella della selezione dei candidati in una procedura ristretta, tanto il principio della parità di trattamento degli offerenti quanto quello della trasparenza, affinché tutti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro domande di partecipazione o delle loro offerte (v., in tal senso, trattandosi della fase di raffronto tra le offerte, sentenza 25 aprile 1996, causa C-87/94, Commissione/Belgio, Racc. pag. I-2043, punto 54).

94. In tale ottica, conformemente al decimo e all'undicesimo 'considerando', la direttiva 93/37 impone esigenze di pubblicità per quanto riguarda sia i criteri di selezione dei candidati, sia quelli di aggiudicazione dell'appalto.

95. Di conseguenza, da un lato, quanto ai criteri di selezione, l'art. 7, n. 2, della direttiva 93/37 concernente la procedura negoziata esige che i candidati vengano selezionati secondo criteri qualitativi resi noti.

96. Per quanto riguarda, dall'altro lato, i criteri di aggiudicazione, l'art. 13, n. 2, lett. e), della medesima direttiva, relativo nel contempo alle procedure negoziata e ristretta, prevede che essi rientrino nelle indicazioni minime che vanno menzionate nella lettera d'invito a presentare un'offerta se già non figurano nel bando di gara.

97. Parimenti, per tutti i tipi di procedura, qualora si proceda ad aggiudicare l'appalto all'offerta economicamente più vantaggiosa, l'art. 30, n. 2, della direttiva 93/37, applicabile sia alla procedura aperta sia alle procedure ristretta e negoziata, impone all'amministrazione aggiudicatrice l'obbligo di menzionare nel capitolato di appalto o nel bando di gara tutti i criteri di aggiudicazione di cui prevede l'applicazione, possibilmente nell'ordine decrescente dell'importanza che è loro attribuita. Emerge quindi da tale articolo che l'amministrazione aggiudicatrice, allorché ha proceduto ad una classificazione in ordine di importanza dei criteri di aggiudicazione di cui prevede l'applicazione, non può limitarsi alla semplice menzione degli stessi nel capitolato di appalto o nel bando di gara, ma deve inoltre comunicare agli offerenti la classificazione da essa accolta.

98. In effetti, come la Corte ha sottolineato circa il disposto dell'art. 27, n. 2, della direttiva del Consiglio 17 settembre 1990, 90/531/CEE, relativa alle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU L 297, pag. 1), che è formulata in termini sostanzialmente identici a quelli dell'art. 30, n. 2, della direttiva 93/37, l'obbligo così imposto alle amministrazioni aggiudicatrici mira appunto a rendere noti a tutti i potenziali offerenti, prima della formulazione delle loro offerte, i criteri di aggiudicazione che devono essere soddisfatti dalle medesime nonché la loro importanza relativa, garantendo in tal modo il rispetto dei principi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza (v. sentenza Commissione/Belgio, cit., punti 88 e 89).

99. Appare quindi che l'interpretazione secondo cui l'amministrazione aggiudicatrice, allorché nell'ambito di una procedura ristretta ha fissato prima della pubblicazione del bando di gara regole di valutazione comparativa dei criteri di selezione di cui prevede l'applicazione, è tenuta a comunicarle previamente ai candidati, è l'unica che sia conforme all'obiettivo della direttiva 93/37, quale precisato ai punti 89-92 della presente sentenza, in quanto essa è l'unica che sia idonea a garantire un adeguato livello di trasparenza e, pertanto, il rispetto del principio della parità di trattamento nei procedimenti di aggiudicazione degli appalti cui è applicabile la direttiva stessa.

100. La quarta questione va quindi risolta dichiarando che occorre interpretare la direttiva 93/37 nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice, se nell'ambito di una procedura ristretta ha previamente fissato regole di valutazione comparativa dei criteri di

selezione dei candidati i quali saranno invitati a presentare un'offerta, ha l'obbligo di indicarli nel bando di gara o nei documenti allegati al medesimo.

Sulle spese

101. Le spese sostenute dai governi austriaco e dei Paesi Bassi, nonché dalla Commissione, che hanno presentato osservazioni alla Corte, non possono dar luogo a rifusione. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese.

PQM

Per questi motivi,

LA CORTE (Sesta Sezione),

pronunciandosi sulle questioni sottopostele dal Vergabekontrollsenat des Landes Wien con ordinanza 12 novembre 1999, dichiara:

1) Un ente che non è stato istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, ma che ha in seguito preso a suo carico tali bisogni la cui soddisfazione è da allora effettivamente assicurata dal medesimo, adempie la condizione prescritta all'art. 1, lett. b), secondo comma, primo trattino, della direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/37/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, al fine di poter essere definito organismo di diritto pubblico ai sensi di tale disposizione a condizione che la presa a carico della soddisfazione dei bisogni in parola possa essere oggettivamente constatata.

2) La direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, non osta ad una normativa nazionale la quale prevede che qualsiasi ricorso avverso una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice vada proposto nel termine all'uopo previsto e che qualsiasi irregolarità del procedimento di aggiudicazione invocata a sostegno di tale ricorso vada sollevata nel medesimo termine a pena di decadenza talché, scaduto tale termine, non è più possibile impugnare tale decisione o eccepire la suddetta irregolarità, a condizione che il termine in parola sia ragionevole.

3) La direttiva 93/37 va interpretata nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice, se nell'ambito di una procedura ristretta ha previamente fissato regole di valutazione comparativa dei criteri di selezione dei candidati i quali saranno invitati a presentare un'offerta, ha l'obbligo di indicarle nel bando di gara o nei documenti allegati al medesimo.

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 12 dicembre 2002.

Fonti: Riv. dir. trib. 2008, 6, IV, 149 (nota di: Nucera)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Concorrenza - - aiuti di Stato

Trattato Ceca - Industria siderurgica - Aiuti di Stato - Decisione della Commissione - Ordine di recupero delle misure - Formazione del giudicato - Irrefragabilità - Non sussiste.

Qualora un regime di aiuti sia stato dichiarato incompatibile con il mercato comune, il recupero della misura fruita dal beneficiario non trova ostacolo nella formazione di una decisione avente autorità di cosa giudicata secondo gli effetti propri dell'art. 2909 c.c. Essendo competenza esclusiva della Commissione delle Comunità europee la valutazione della compatibilità con il mercato comune di un regime di aiuti, il giudice nazionale è tenuto - all'occorrenza - alla disapplicazione della disciplina di diritto interno al fine di garantire piena efficacia alla norma di diritto comunitario.

Fonti: Riv. it. dir. pubbl. comunit. 2008, 5, 1216 (nota di: Negrelli)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Sistema giurisdizionale - - in genere

Aiuti concessi dagli Stati - Decisione della Commissione che constata l'incompatibilità di un aiuto con il Mercato comune e ne dispone la restituzione - Mancata impugnazione - Definitività (art. 88, n. 2, Ce e 230, commi 2 e 5, Ce).

Una decisione adottata dalle Istituzioni comunitarie che non sia stata impugnata dal destinatario entro il termine stabilito dall'art. 230, comma 5, Ce, diviene definitiva nei suoi confronti. Pertanto, è esclusa la possibilità per il beneficiario di una sovvenzione oggetto di una decisione della Commissione, allorché non abbia impugnato l'atto entro il termine di decadenza previsto dall'art. 230, comma 5, Ce, di contestarne la legittimità dinanzi ai giudici nazionali, nell'ambito di un giudizio inerente ai provvedimenti adottati dalle autorità nazionali in esecuzione di tale decisione. I medesimi principi si applicano necessariamente nell'ambito d'applicazione del trattato Ceca.

Fonti: Riv. dir. internaz. 2007, 4, 1210

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Concorrenza - - aiuti di Stato

Trattato CECA, art. 4 e 41 - Trattato CE, art. 87, 230 e 234 - Competenza a titolo pregiudiziale - Principio dell'interpretazione conforme - Obbligo del giudice nazionale di non applicare norme interne incompatibili con il diritto comunitario - Aiuti di Stato - Aiuto dichiarato incompatibile con il mercato comune - Recupero - Autorità di cosa giudicata dalla sentenza di un organo giurisdizionale nazionale.

Poiché la valutazione della compatibilità con il mercato comune di misure di aiuto è di competenza esclusiva della Commissione, non può trovare applicazione una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, allorché l'applicazione di tale disposizione impedisca il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato Comune sia stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva.

Fonti: Riv. dir. internaz. 2007, 4, 1210 – Riv. it. dir. pubbl. comunit. 2008, 5, 1216 (nota di: NEGRELLI)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Concorrenza - - aiuti di Stato

Trattato CECA, art. 4 e 41 - Trattato CE, art. 87, 230 e 234 - Competenza a titolo pregiudiziale - Principio dell'interpretazione conforme - Obbligo del giudice nazionale di non applicare norme interne incompatibili con il diritto comunitario - Aiuti di Stato - Aiuto dichiarato incompatibile con il mercato comune - Recupero - Autorità di cosa giudicata dalla sentenza di un organo giurisdizionale nazionale.

Spetta ai giudici nazionali interpretare le disposizioni del diritto nazionale quanto più possibile in modo da consentirne un'applicazione che contribuisca all'attuazione del diritto comunitario. Inoltre, risulta da una giurisprudenza costante che il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto comunitario ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale.

Fonti: Riv. dir. internaz. 2007, 4, 1210

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Concorrenza - - aiuti di Stato

Trattato CECA, art. 4 e 41 - Trattato CE, art. 87, 230 e 234 - Competenza a titolo pregiudiziale - Principio dell'interpretazione conforme - Obbligo del giudice nazionale di non applicare norme interne incompatibili con il diritto comunitario - Aiuti di Stato - Aiuto dichiarato incompatibile con il mercato comune - Recupero - Autorità di cosa giudicata dalla sentenza di un organo giurisdizionale nazionale.

Sebbene in linea di principio i giudici nazionali possano trovarsi ad esaminare la validità di un atto comunitario, essi non sono però competenti a dichiarare l'invalidità degli atti delle istituzioni comunitarie. Inoltre, secondo una giurisprudenza costante, una decisione adottata dalle istituzioni comunitarie che non sia stata impugnata dal destinatario entro il termine stabilito dall'art. 230, par. 5, Trattato Ce diviene definitiva nei suoi confronti. Pertanto, la decisione della Commissione indirizzata allo Stato membro che ha erogato un aiuto non può essere contestata utilmente, da parte del beneficiario che non l'abbia tempestivamente impugnata, nel ricorso che questi abbia proposto, dinanzi ai giudici nazionali, avverso i provvedimenti delle autorità nazionali che eseguono tale atto.

Fonti: Riv. dir. internaz. 2007, 4, 1210 – Riv. it. dir. pubbl. comunit. 2008, 5, 1216 (nota di: NEGRELLI)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Concorrenza - - aiuti di Stato

Trattato CECA, art. 4 e 41 - Trattato CE, art. 87, 230 e 234 - Competenza a titolo pregiudiziale - Principio dell'interpretazione conforme - Obbligo del giudice nazionale di non applicare norme interne incompatibili con il diritto comunitario - Aiuti di Stato - Aiuto dichiarato incompatibile con il mercato comune - Recupero - Autorità di cosa giudicata dalla sentenza di un organo giurisdizionale nazionale.

I giudici nazionali non sono competenti a pronunciarsi sulla compatibilità di un aiuto di Stato con il mercato comune, giacché tale valutazione rientra nella competenza esclusiva della Commissione, che opera sotto il controllo del giudice comunitario.

Fonti: Riv. dir. internaz. 2007, 4, 1210 – Riv. it. dir. pubbl. comunit. 2008, 5, 1216 (nota di: NEGRELLI)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Concorrenza - aiuti di Stato

Trattato CECA, art. 4 e 41 - Trattato CE, art. 87, 230 e 234 - Competenza a titolo pregiudiziale - Principio dell'interpretazione conforme - Obbligo del giudice nazionale di non applicare norme interne incompatibili con il diritto comunitario - Aiuti di Stato - Aiuto dichiarato incompatibile con il mercato comune - Recupero - Autorità di cosa giudicata dalla sentenza di un organo giurisdizionale nazionale.

In materia di aiuti di Stato, i giudici nazionali possono interpretare ed applicare la nozione di aiuto di cui all'art. 87, par. 1, trattato Ce, al fine di valutare se un provvedimento statale adottato senza seguire il procedimento di controllo preventivo stabilito dallo stesso trattato debba esservi soggetto. Analogamente, un giudice nazionale può interpretare la nozione di aiuto di cui all'art. 4, lett. e), del trattato Ceca e all'art. 1 della decisione n. 3484/85/Ceca sugli aiuti alla siderurgia.

Fonti: Riv. dir. internaz. 2007, 4, 1210

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Sistema giurisdizionale - - rinvio pregiudiziale

Trattato CECA, art. 4 e 41 - Trattato CE, art. 87, 230 e 234 - Competenza a titolo pregiudiziale - Principio dell'interpretazione conforme - Obbligo del giudice nazionale di non applicare norme interne incompatibili con il diritto comunitario - Aiuti di Stato - Aiuto dichiarato incompatibile con il mercato comune - Recupero - Autorità di cosa giudicata dalla sentenza di un organo giurisdizionale nazionale.

Nell'ambito del procedimento in via pregiudiziale spetta ai giudici nazionali valutare sia i fatti della causa, sia la rilevanza ai fini della decisione da emettere, la Corte può, esaminando le condizioni in cui è adita dal giudice nazionale al fine di verificare la propria competenza, rifiutarsi di statuire soltanto allorché risulti manifestamente che la richiesta interpretazione del diritto comunitario non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per una soluzione utile alle questioni che le sono sottoposte.

Nel procedimento C-119/05,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Consiglio di Stato con ordinanza 22 ottobre 2004, pervenuta in cancelleria il 14 marzo 2005, nella causa

Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato
contro

{Lucchini} SpA, già {Lucchini Siderurgica} SpA,

LA CORTE (Grande Sezione),

composta dal sig. V. Skouris, presidente, dai sigg. P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas e K. Lenaerts, presidenti di sezione, dal sig. J.N. Cunha Rodrigues, dalla sig.ra R. Silva de Lapuerta, dai sigg. K. Schiemann (relatore), J. Makarczyk, G. Arestis, A. Borg Barthet, M. Ile-i? e J. Malenovský, giudici,

avvocato generale: sig. L.A. Geelhoed

cancelliere: sig.ra M. Ferreira, amministratore principale

vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale del 6 giugno 2006, considerate le osservazioni presentate:

- per la {Lucchini} SpA, già {Lucchini Siderurgica} SpA, inizialmente dall'avv. F. Lemme, successivamente dagli avv.ti G. Lemme e A. Anselmo;
- per il governo ceco, dal sig. T. Bo-ek, in qualità di agente;
- per il governo italiano, dal sig. I.M. Braguglia, in qualità di agente, assistito dal sig. P. Gentili, avvocato dello Stato;
- per il governo dei Paesi Bassi, dalla sig.ra H.G. Sevenster, dal sig. M. de Grave e dalla sig.ra C. ten Dam, in qualità di agenti;
- per la Commissione delle Comunità europee, dal sig. V. Di Bucci e dalla sig.ra E. Righini, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 14 settembre 2006, ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sui principi di diritto comunitario applicabili alla revoca di un atto nazionale di concessione di aiuti di Stato incompatibili con il diritto comunitario, adottato in applicazione di una pronuncia giurisdizionale nazionale che ha acquistato autorità di cosa giudicata.

2 Tale domanda è stata sollevata nell'ambito di un ricorso proposto dalla società di diritto italiano Lucchini SpA (già Siderpotenza SpA, successivamente Lucchini Siderurgica SpA, in prosieguo: la «Lucchini») contro la decisione del Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato (in prosieguo: il «MICA») che ha disposto il recupero di un aiuto di Stato. Il MICA è subentrato ad altri enti in precedenza incaricati della gestione degli aiuti di Stato nella regione del Mezzogiorno (in prosieguo, collettivamente: le «autorità competenti»).

Contesto normativo

La normativa comunitaria

3 L'art. 4, lett. c), del Trattato CECA vieta le sovvenzioni o gli aiuti concessi dagli Stati membri, in qualunque forma, nei settori industriali del carbone e dell'acciaio.

4 A partire dal 1980, a fronte di una crisi sempre più acuta e generalizzata del settore siderurgico in Europa, è stata adottata, in base all'art. 95, primo e secondo comma, del Trattato CECA, una serie di misure in deroga a tale divieto assoluto e incondizionato.

5 In particolare, la decisione della Commissione 7 agosto 1981, n. 2320/81/CECA, recante norme comunitarie per gli aiuti a favore dell'industria siderurgica (GU L 228,

pag. 14; in prosieguo: il «secondo codice»), ha adottato un secondo codice degli aiuti di Stato alla siderurgia. Scopo del detto codice era di permettere la concessione di aiuti per il risanamento delle imprese siderurgiche e la riduzione delle loro capacità produttive al livello della domanda prevedibile, disponendo nel contempo la soppressione graduale di tali aiuti entro scadenze prefissate, sia per quanto riguarda la loro notifica alla Commissione (30 settembre 1982) e loro autorizzazione (1° luglio 1983) che per la loro erogazione (31 dicembre 1984). Tali termini sono stati prorogati, per quanto riguarda la notifica, al 31 maggio 1985, per quanto riguarda l'autorizzazione, al 1° agosto 1985, e, per quanto riguarda il versamento, al 31 dicembre 1985, mediante la decisione della Commissione 19 aprile 1985, n. 1018/85/CECA, che modifica la decisione 2320/81 (GU L 110, pag. 5).

6 Il secondo codice prevedeva una procedura obbligatoria di approvazione da parte della Commissione di tutti gli aiuti progettati. In particolare, il suo art. 8, n. 1, così disponeva:

«Alla Commissione sono comunicati in tempo utile perché presenti le sue osservazioni i progetti intesi ad istituire o modificare aiuti (...). Lo Stato membro interessato può dare attuazione alle misure prospettate soltanto previa autorizzazione della Commissione e conformandosi alle condizioni da essa stabilite».

7 La decisione della Commissione 27 novembre 1985, n. 3484/85/CECA, recante norme comunitarie per gli aiuti a favore della siderurgia (GU L 340, pag. 1; in prosieguo: il «terzo codice»), ha sostituito il secondo codice e ha istituito un terzo codice degli aiuti alla siderurgia per consentire una nuova deroga, più limitata, dal 1° gennaio 1986 al 31 dicembre 1988, al divieto previsto all'art. 4, lett. c), del Trattato CECA.

8 Ai sensi dell'art. 3 del terzo codice, la Commissione poteva, in particolare, autorizzare aiuti generali a favore dell'adattamento degli impianti alle nuove disposizioni di legge in materia di tutela dell'ambiente. L'ammontare degli aiuti concessi non poteva superare il 15% in equivalente sovvenzione netto delle spese d'investimento.

9 L'art. 1, n. 3, del terzo codice precisava che gli aiuti potevano essere concessi soltanto in conformità delle procedure dell'art. 6 e non potevano dar luogo a pagamenti posteriori al 31 dicembre 1988.

10 L'art. 6, nn. 1, 2 e 4, del terzo codice era formulato nei termini seguenti:

«1. Alla Commissione sono comunicati, in tempo utile affinché possa pronunciarsi al riguardo, i progetti intesi ad istituire o a modificare aiuti (...). Essa è informata nello stesso modo dei progetti intesi ad applicare al settore siderurgico regimi di aiuti sui quali essa si è già pronunciata sulla base delle disposizioni del trattato CEE. Le notifiche dei progetti di aiuto di cui al presente articolo devono essere effettuate entro il 30 giugno 1988.

2. Alla Commissione sono comunicati in tempo utile affinché possa pronunciarsi al riguardo, e al più tardi entro il 30 giugno 1988, tutti i progetti di intervento finanziario (assunzioni di partecipazioni, conferimenti di capitale o misure simili) da parte di Stati membri, enti territoriali o organismi che utilizzano a tal fine risorse pubbliche, a favore di imprese siderurgiche.

La Commissione accerta se questi interventi contengono elementi di aiuto (...) ed eventualmente ne valuta la compatibilità con le disposizioni degli articoli da 2 a 5 della presente decisione.

(...)

4. Se, dopo aver invitato gli interessati a presentare le loro osservazioni, la Commissione rileva che un aiuto non è compatibile con le disposizioni della presente decisione, essa informa lo Stato membro interessato della propria decisione. La Commissione decide al più tardi entro tre mesi dal ricevimento delle informazioni necessarie per potersi pronunciare sull'aiuto in questione. Qualora uno Stato membro non si conformi a tale decisione, si applicano le disposizioni dell'articolo 88 del trattato CECA. Lo Stato membro interessato non può dar esecuzione alle misure progettate di cui ai paragrafi 1 e 2 se non previa approvazione della Commissione e conformandosi alle condizioni da essa stabilite».

11 Il terzo codice è stato sostituito, a partire dal 1^o gennaio 1989 e fino al 31 dicembre 1991, da un quarto codice, istituito con la decisione della Commissione 1^o febbraio 1989, n. 322/89/CECA, recante norme comunitarie per gli aiuti a favore della siderurgia (GU L 38, pag. 8), che riproduceva segnatamente l'art. 3 del terzo codice.

12 Dopo la scadenza del Trattato CECA, il 23 luglio 2002, anche agli aiuti di Stato nel settore siderurgico si applica il regime previsto dal Trattato CE .

La normativa nazionale

13 La legge 2 maggio 1976, n. 183, sulla disciplina dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno (GURI n. 121 dell'8 maggio 1976; in prosieguo: la «legge n. 183/1976») prevedeva, in particolare, la possibilità di concedere agevolazioni finanziarie sia in conto capitale sino al 30% dell'importo degli investimenti, che in conto interessi, per la realizzazione di iniziative industriali nel Mezzogiorno.

14 L'art. 2909 del codice civile italiano, intitolato «Cosa giudicata», dispone quanto segue:

«L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa».

15 Stando al giudice a quo, questa disposizione copre il dedotto e il deducibile.

16 A livello processuale, essa preclude nuovi processi relativamente a controversie sulle quali un altro organo giurisdizionale si sia già pronunciato in via definitiva.

La causa principale e le questioni pregiudiziali

La domanda di aiuti della Lucchini

17 Il 6 novembre 1985, la Lucchini presentava alle autorità competenti una domanda di agevolazioni finanziarie, ai sensi della legge n. 183/1976, per l'ammodernamento di taluni impianti siderurgici. A fronte di un investimento complessivo di ITL 2 550 milioni, la Lucchini chiedeva la concessione di un contributo in conto capitale di ITL 765 milioni (ovvero il 30% della spesa) e di un contributo in conto interessi su un finanziamento di ITL 1 020 milioni. L'istituto di credito incaricato di istruire la domanda di finanziamento prevedeva un prestito della somma richiesta per una durata di dieci anni al tasso d'interesse agevolato del 4,25%.

18 Con lettera del 20 aprile 1988, le autorità competenti notificavano alla Commissione il progetto di aiuto a favore della Lucchini, a norma dell'art. 6, n. 1, del terzo codice. Secondo la notifica, tale aiuto riguardava un investimento volto al miglioramento della tutela ambientale. Il valore del contributo in conto interessi sul prestito di ITL 1 020 milioni veniva indicato in ITL 367 milioni.

19 Con lettera del 22 giugno 1988, la Commissione chiedeva informazioni integrative sulla natura dell'investimento sovvenzionato nonché le condizioni esatte (tasso, durata) del prestito richiesto. La lettera invitava inoltre le autorità competenti a indicare se gli aiuti erano concessi in applicazione di un regime generale a favore della tutela dell'ambiente per agevolare l'adattamento degli impianti a eventuali nuove norme in materia, specificando le norme di cui si trattava. A tale lettera le autorità competenti non davano risposta.

20 Il 16 novembre 1988, all'approssimarsi della scadenza del termine fissato al 31 dicembre di quello stesso anno dal terzo codice per l'erogazione degli aiuti, le autorità competenti decidevano di accordare provvisoriamente alla Lucchini un contributo in conto capitale di ITL 382,5 milioni, ovvero il 15% dell'importo degli investimenti (in luogo del 30% previsto dalla legge n. 183/76), da erogare entro il 31 dicembre 1988, come prescritto dal terzo codice. Il contributo in conto interessi veniva invece negato in quanto esso avrebbe portato l'importo totale degli aiuti accordati oltre la soglia del 15% prevista dal detto codice. Ai sensi dell'art. 6 del terzo codice, l'adozione del provvedimento definitivo di concessione dell'aiuto veniva subordinata all'approvazione della Commissione e non veniva effettuato alcun pagamento da parte delle autorità competenti.

21 La Commissione, non essendo in grado, in mancanza di chiarimenti da parte delle autorità competenti, di valutare immediatamente la compatibilità degli aiuti progettati con le norme del mercato comune, avviava nei confronti delle stesse il procedimento ex art. 6, n. 4, del terzo codice e le informava in proposito con lettera del 13 gennaio 1989. Al riguardo veniva pubblicata una comunicazione nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* del 23 marzo 1990 (GU L 73, pag. 5).

22 Con telex del 9 agosto 1989 le autorità competenti fornivano informazioni supplementari riguardo agli aiuti di cui trattasi. Con lettera del 18 ottobre 1989 la Commissione comunicava a tali autorità che la loro risposta non era soddisfacente in quanto continuavano a mancare diverse informazioni. La Commissione segnalava inoltre che, in mancanza di una risposta adeguata entro il termine di quindici giorni lavorativi, essa avrebbe potuto legittimamente adottare una decisione definitiva in base alle sole informazioni in suo possesso. Quest'ultima lettera non riceveva risposta.

La decisione della Commissione 90/555/CECA

23 Con decisione 20 giugno 1990, 90/555/CECA, riguardante taluni progetti di aiuti delle autorità italiane a favore delle Acciaierie del Tirreno e di Siderpotenza (N195/88 – N200/88) (GU L 314, pag. 17), la Commissione dichiarava incompatibili con il mercato comune tutti gli aiuti previsti a favore della Lucchini, ritenendo che non fosse stato dimostrato che ricorressero i presupposti necessari per la deroga di cui all'art. 3 del terzo codice.

24 La decisione veniva notificata alle autorità competenti il 20 luglio 1990 e pubblicata nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* il 14 novembre 1990. La Lucchini non impugnava tale decisione entro il termine di un mese previsto dall'art. 33, terzo comma, del Trattato CECA.

Il procedimento dinanzi al giudice civile

25 Prima dell'adozione della decisione 90/555, la Lucchini, preso atto del mancato versamento dell'aiuto, il 6 aprile 1989 citava in giudizio le autorità competenti dinanzi al Tribunale civile e penale di Roma affinché venisse dichiarato il suo diritto all'erogazione dell'intero aiuto originariamente richiesto (ovvero un contributo di ITL 765 milioni in conto capitale e di ITL 367 milioni in conto interessi).

26 Con sentenza 24 giugno 1991, dunque successivamente alla decisione 90/555, il Tribunale civile e penale di Roma dichiarava che la Lucchini aveva diritto all'erogazione dell'aiuto di cui trattasi e condannava le autorità competenti al pagamento delle somme reclamate. La sentenza si fondava interamente sulla legge n. 183/1976. Né il Trattato CECA, né il terzo o il quarto codice, né la decisione della Commissione 90/555 erano citati dalle parti dinanzi al Tribunale civile e penale di Roma e il giudice non vi faceva riferimento d'ufficio. Il secondo codice era stato citato dalle autorità competenti, ma l'organo giurisdizionale di cui trattasi non ne aveva tenuto conto in quanto non più in vigore all'epoca dei fatti.

27 Le autorità competenti impugnavano la sentenza dinanzi alla Corte d'appello di Roma. Esse eccepivano il difetto di giurisdizione del giudice civile, sostenevano che non incombeva loro alcun obbligo all'erogazione dell'aiuto e affermavano per la prima volta, in via subordinata, che tale obbligo sussisteva, in virtù dell'art. 3 del terzo codice, solo fino a concorrenza del limite del 15% dell'investimento.

28 Con sentenza 6 maggio 1994, la Corte d'appello di Roma respingeva l'appello e confermava la sentenza del Tribunale civile e penale di Roma.

29 Con nota del 19 gennaio 1995 l'Avvocatura Generale dello Stato analizzava la sentenza d'appello e concludeva per la sua correttezza tanto sotto il profilo della motivazione quanto dell'applicazione del diritto. Di conseguenza, le autorità competenti non la impugnavano in cassazione. La sentenza d'appello, non essendo stata impugnata, passava in giudicato il 28 febbraio 1995.

30 Poiché l'aiuto permaneva non versato, il 20 novembre 1995, su ricorso della Lucchini, il Presidente del Tribunale civile e penale di Roma ingiungeva alle autorità competenti di pagare gli importi dovuti alla Lucchini. Il decreto era dichiarato provvisoriamente esecutivo e nel febbraio 1996 la Lucchini, nel persistere dell'inadempimento, otteneva il pignoramento di alcuni beni del MICA, in particolare di autovetture di servizio.

31 L'8 marzo 1996, con decreto n. 17975 del direttore generale del MICA, venivano pertanto accordati alla Lucchini un contributo di ITL 765 milioni in conto capitale e di ITL 367 milioni in conto interessi, in esecuzione della sentenza della Corte d'Appello di Roma. Il decreto precisava che tali aiuti avrebbero potuto essere revocati, in tutto in parte, tra l'altro, «in caso di decisioni comunitarie sfavorevoli in merito alla concedibilità ed

erogabilità delle agevolazioni finanziarie». Il 22 marzo 1996 venivano versati tali aiuti, per un importo di ITL 132 milioni, cui si aggiungeva la somma di ITL 601,375 milioni, corrisposta il 16 aprile 1996, a titolo di interessi legali.

Lo scambio di corrispondenza tra la Commissione e le autorità italiane

32 Con nota del 15 luglio 1996 rivolta alle autorità italiane la Commissione osservava che, malgrado la decisione 90/555:

«(...) a seguito di una sentenza della Corte d'Appello di Roma in data 6 maggio 1994, la quale, in spregio ai più elementari principi del diritto comunitario, avrebbe stabilito il diritto per [la Lucchini] di vedersi riconosciuta la concessione degli aiuti già dichiarati incompatibili dalla Commissione, [le autorità competenti], non avendo giudicato opportuno ricorrere in Cassazione, [hanno] concesso, nell'aprile di quest'anno, i predetti aiuti incompatibili con il mercato comune».

33 Le autorità competenti rispondevano con nota in data 26 luglio 1996 osservando che gli aiuti erano stati concessi «fatto salvo il diritto di ripetizione».

34 Con nota del 16 settembre 1996, n. 5259, la Commissione esprimeva il parere che le autorità competenti, versando alla Lucchini aiuti già dichiarati incompatibili con il mercato comune dalla decisione 90/555, avessero violato il diritto comunitario ed invitava le medesime autorità a recuperare gli aiuti di cui trattasi entro un termine di quindici giorni e a comunicarle, entro il termine di un mese, le concrete misure adottate per conformarsi a tale decisione. In caso contrario, la Commissione si proponeva di accertare l'inadempimento ai sensi dell'art. 88 del Trattato CECA ed invitava dunque le autorità competenti a presentare, entro dieci giorni lavorativi, eventuali nuove osservazioni ai sensi dell'art. 88, n. 1, del Trattato CECA.

La revoca dell'aiuto

35 Con decreto 20 settembre 1996, n. 20357, il MICA revocava il precedente decreto 8 marzo 1996, n. 17975, e ordinava alla Lucchini di restituire la somma di ITL 1 132 milioni, maggiorata di interessi nella misura del tasso di riferimento, nonché la somma di ITL 601,375 milioni, maggiorata della rivalutazione monetaria.

Il procedimento dinanzi al giudice del rinvio

36 Con ricorso del 16 novembre 1996, la Lucchini impugnava il decreto n. 20357 dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio. Con sentenza 1^o aprile 1999 quest'ultimo accoglieva il ricorso della Lucchini, ritenendo che la potestà della pubblica amministrazione di rimuovere i propri atti invalidi per vizi di legittimità o di merito incontrasse, nella specie, il limite costituito dal diritto all'erogazione dell'aiuto accertato dalla Corte d'appello di Roma con sentenza passata in giudicato.

37 L'Avvocatura Generale dello Stato, per conto del MICA, il 2 novembre 1999 proponeva appello dinanzi al Consiglio di Stato, deducendo, in particolare, un motivo secondo il quale il diritto comunitario immediatamente applicabile, comprendente sia il

terzo codice che la decisione 90/555, doveva prevalere sull'autorità di cosa giudicata della sentenza della Corte d'appello di Roma.

38 Il Consiglio di Stato constatava la sussistenza di un conflitto tra tale sentenza e la decisione 90/555.

39 Secondo il Consiglio di Stato, risulta evidente che le autorità competenti avrebbero potuto e dovuto tempestivamente eccepire l'esistenza della decisione 90/555 nel corso della controversia risolta dalla Corte d'appello di Roma, controversia nella quale, fra l'altro, si discuteva in ordine alla legittimità della mancata erogazione del contributo per la necessità di attendere l'approvazione della Commissione. In tali condizioni, avendo poi le autorità competenti rinunciato ad impugnare la sentenza pronunciata dalla Corte d'appello di Roma, non vi sarebbe dubbio che la predetta sentenza sia passata in giudicato, e che l'area dei fatti coperta dal giudicato sia estesa alla compatibilità comunitaria della sovvenzione, quantomeno con riferimento alle decisioni comunitarie preesistenti al giudicato. Gli effetti del giudicato sarebbero quindi astrattamente invocabili anche con riguardo alla decisione 90/555, intervenuta prima della conclusione della controversia.

40 Alla luce di quanto sopra, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il processo e di sottoporre alla Corte le due questioni pregiudiziali seguenti:

«1) Se, in forza del principio del primato del diritto comunitario immediatamente applicabile, costituito nella specie [dal terzo codice], dalla decisione [90/555], nonché dalla [nota] n. 5259 (...), di intimazione del recupero dell'aiuto – atti tutti alla stregua dei quali è stato adottato l'atto di recupero impugnato nel presente processo (ossia il decreto n. 20357 [...]) – sia giuridicamente possibile e doveroso il recupero dell'aiuto da parte dell'amministrazione interna nei confronti di un privato beneficiario, nonostante la formazione di un giudicato civile affermativo dell'obbligo incondizionato di pagamento dell'aiuto medesimo.

2) Ovvero se, stante il pacifico principio secondo il quale la decisione sul recupero dell'aiuto è regolata dal diritto comunitario ma la sua attuazione ed il relativo procedimento di recupero, in assenza di disposizioni comunitarie in materia, è retta dal diritto nazionale (principio sul quale cfr. Corte di Giustizia 21 settembre 1983 in causa 205-215/82 Deutsche Milchkontor [e a.], Racc. pag. 2633), il procedimento di recupero non divenga giuridicamente impossibile in forza di una concreta decisione giudiziaria, passata in cosa giudicata (art. 2909 cod. civ.) che fa stato fra privato ed amministrazione ed obbliga l'amministrazione a conformarsi».

Sulla competenza della Corte

41 Va osservato preliminarmente che la Corte resta competente a pronunciarsi su questioni pregiudiziali relative all'interpretazione e all'applicazione del Trattato CECA, nonché degli atti emanati sulla scorta di quest'ultimo, anche qualora tali questioni le siano sottoposte dopo la scadenza del Trattato CECA. Benché, in tali circostanze, non venga più fatta applicazione dell'art. 41 del Trattato CECA per conferire una competenza alla Corte, sarebbe contrario allo scopo e alla coerenza sistematica dei Trattati nonché incompatibile con la continuità dell'ordinamento giuridico comunitario che la Corte non fosse abilitata a

garantire l'uniforme interpretazione delle norme connesse al Trattato CECA che continuano a produrre effetti anche dopo la scadenza di quest'ultimo (v., in tal senso, sentenza 22 febbraio 1990, causa C-221/88, Busseni, Racc. pag. I-495, punto 16). Del resto, la competenza della Corte a questo proposito non è stata contestata da nessuna delle parti che hanno presentato osservazioni.

42 Per altri motivi, la Lucchini contesta tuttavia la ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale. Le eccezioni da essa sollevate in proposito vertono sull'insussistenza di una norma comunitaria da interpretare, sull'incompetenza della Corte ad interpretare una sentenza di un giudice nazionale o l'art. 2909 del codice civile italiano, nonché sull'ipoteticità delle questioni pregiudiziali.

43 A tale proposito, occorre ricordare che, nell'ambito di un procedimento ex art. 234 CE, basato sulla netta separazione di funzioni tra i giudici nazionali e la Corte, ogni valutazione dei fatti di causa rientra nella competenza del giudice nazionale. Parimenti, spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze della causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di emettere la propria sentenza, sia la rilevanza delle questioni che sottopone alla Corte. Di conseguenza, se le questioni sollevate riguardano l'interpretazione del diritto comunitario, la Corte, in via di principio, è tenuta a pronunciarsi (v., in particolare, sentenze 25 febbraio 2003, causa C-326/00, IKA, Racc. pag. I-1703, punto 27, 12 aprile 2005, causa C-145/03, Keller, Racc. pag. I-2529, punto 33, e 22 giugno 2006, causa C-419/04, Conseil général de la Vienne, Racc. pag. I-5645, punto 19).

44 Tuttavia, la Corte ha altresì dichiarato che, in ipotesi eccezionali, essa può esaminare le condizioni in cui è adita dal giudice nazionale al fine di verificare la propria competenza (v., in tal senso, sentenza 16 dicembre 1981, causa 244/80, Foglia, Racc. pag. 3045, punto 21). Il rifiuto di statuire su una questione pregiudiziale sollevata da un giudice nazionale è possibile solo qualora risulti manifestamente che la richiesta interpretazione del diritto comunitario non ha alcuna relazione con la realtà o con l'oggetto della causa principale, qualora il problema sia di natura ipotetica oppure qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto o di diritto necessari per fornire una soluzione utile alle questioni che le sono sottoposte (v., in particolare, sentenze 13 marzo 2001, causa C-379/98, PreussenElektra, Racc. pag. I-2099, punto 39; 22 gennaio 2002, causa C-390/99, Canal Satélite Digital, Racc. pag. I-607, punto 19, e Conseil général de la Vienne, cit., punto 20).

45 Occorre rilevare che così non è nel caso di specie.

46 È infatti manifesto che la presente domanda di pronuncia pregiudiziale verte su norme di diritto comunitario. Nel caso di specie si chiede alla Corte non di interpretare il diritto nazionale o una sentenza di un giudice nazionale, bensì di precisare i limiti entro i quali i giudici nazionali sono tenuti, in forza del diritto comunitario, a disapplicare il diritto nazionale. Ne risulta pertanto che le questioni sollevate sono in relazione con l'oggetto della controversia, come definito dal giudice a quo, e che la soluzione delle questioni sollevate può essere utile a quest'ultimo per consentirgli di disporre o meno l'annullamento dei provvedimenti adottati per il recupero degli aiuti di cui trattasi.

47 La Corte è pertanto competente a statuire sulla presente domanda di pronuncia pregiudiziale.

Sulle questioni pregiudiziali

48 Con le questioni sollevate, che è opportuno esaminare congiuntamente, il giudice a quo domanda in sostanza se il diritto comunitario osti all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva.

49 In tale contesto va ricordato anzitutto che, nell'ordinamento giuridico comunitario, le competenze dei giudici nazionali sono limitate sia per quanto riguarda il settore degli aiuti di Stato sia relativamente alla dichiarazione d'invalidità degli atti comunitari.

Sulle competenze dei giudici nazionali in materia di aiuti di Stato

50 In materia di aiuti di Stato, ai giudici nazionali possono essere sottoposte controversie nelle quali essi siano tenuti ad interpretare e ad applicare la nozione di aiuto di cui all'art. 87, n. 1, CE, segnatamente al fine di valutare se un provvedimento statale, adottato senza seguire il procedimento di controllo preventivo di cui all'art. 88, n. 3, CE, debba o meno esservi soggetto (sentenze 22 marzo 1977, causa 78/76, Steinike & Weinlig, Racc. pag. 595, punto 14, e 21 novembre 1991, causa C-354/90, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon, Racc. pag. I-5505, punto 10). Analogamente, al fine di poter determinare se una misura statale attuata senza tener conto della procedura di esame preliminare prevista dall'art. 6 del terzo codice dovesse esservi o meno assoggettata, un giudice nazionale può essere indotto a interpretare la nozione di aiuto di cui all'art. 4, lett. c), del Trattato CECA e all'art. 1 del terzo codice (v., per analogia, sentenza 20 settembre 2001, causa C-390/98, Banks, Racc. pag. I-6117, punto 71).

51 Per contro, i giudici nazionali non sono competenti a pronunciarsi sulla compatibilità di un aiuto di Stato con il mercato comune.

52 Emerge infatti da una giurisprudenza costante che la valutazione della compatibilità con il mercato comune di misure di aiuto o di un regime di aiuti rientra nella competenza esclusiva della Commissione, che opera sotto il controllo del giudice comunitario (v. sentenze Steinike & Weinlig, cit., punto 9; Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon, cit., punto 14, nonché 11 luglio 1996, causa C-39/94, SFEI e a., Racc. pag. I-3547, punto 42).

Sulle competenze dei giudici nazionali per quanto riguarda la dichiarazione d'invalidità degli atti comunitari

53 Sebbene in linea di principio i giudici nazionali possano trovarsi ad esaminare la validità di un atto comunitario, non sono però competenti a dichiarare essi stessi l'invalidità degli atti delle istituzioni comunitarie (sentenza 22 ottobre 1987, causa 314/85,

Foto-Frost, Racc. pag. 4199, punto 20). La Corte è quindi la sola competente a dichiarare l'invalidità di un atto comunitario (sentenze 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89, Zuckerfabrik Süderdithmarschen e Zuckerfabrik Soest, Racc. pag. I-415, punto 17, nonché 10 gennaio 2006, causa C-344/04, IATA e ELFAA, Racc. pag. I-403, punto 27). Del resto, tale competenza esclusiva risultava altresì esplicitamente dall'art. 41 del Trattato CECA.

54 Inoltre, secondo una giurisprudenza costante, una decisione adottata dalle istituzioni comunitarie che non sia stata impugnata dal destinatario entro il termine stabilito dall'art. 230, quinto comma, CE diviene definitiva nei suoi confronti (v., in particolare, sentenze 9 marzo 1994, causa C-188/92, TWD Textilwerke Deggendorf, Racc. pag. I-833, punto 13, e 22 ottobre 2002, causa C-241/01, National Farmers' Union, Racc. pag. I-9079, punto 34).

55 La Corte ha altresì escluso la possibilità che il beneficiario di un aiuto di Stato oggetto di una decisione della Commissione direttamente indirizzata soltanto allo Stato membro in cui era residente questo beneficiario, che avrebbe potuto senza alcun dubbio impugnare tale decisione e che ha lasciato decorrere il termine perentorio all'uopo prescritto dall'art. 230, quinto comma, CE, possa utilmente contestare la legittimità della decisione dinanzi ai giudici nazionali nell'ambito di un ricorso proposto avverso i provvedimenti presi dalle autorità nazionali in esecuzione di tale decisione (citate sentenze TWD Textilwerke Deggendorf, punti 17 e 20, nonché National Farmers' Union, punto 35). Gli stessi principi si applicano necessariamente, mutatis mutandis, nell'ambito d'applicazione del Trattato CECA.

56 Se ne deve pertanto concludere che correttamente il giudice a quo ha deciso di non sottoporre alla Corte una questione concernente la validità della decisione 90/555, decisione che la Lucchini avrebbe potuto impugnare nel termine di un mese dalla pubblicazione in forza dell'art. 33 del Trattato CECA, cosa che si è astenuta dal fare. Per gli stessi motivi non può essere accolto il suggerimento della Lucchini che chiede alla Corte, in subordine, di esaminare eventualmente d'ufficio la validità della medesima decisione.

Sulla competenza dei giudici nazionali nella causa principale

57 Dalle considerazioni sin qui svolte emerge che né il Tribunale civile e penale di Roma né la Corte d'appello di Roma erano competenti a pronunciarsi sulla compatibilità degli aiuti di Stato richiesti dalla Lucchini con il mercato comune e che né l'uno né l'altro di questi organi giurisdizionali avrebbe potuto constatare l'invalidità della decisione 90/555, che aveva dichiarato tali aiuti incompatibili con il detto mercato.

58 A questo proposito, si può del resto rilevare che né la sentenza della Corte d'appello di Roma, di cui si fa valere l'autorità di cosa giudicata, né la sentenza del Tribunale civile e penale di Roma si pronunciano esplicitamente sulla compatibilità con il diritto comunitario degli aiuti di Stato richiesti dalla Lucchini e tantomeno sulla validità della decisione 90/555.

Sull'applicazione dell'art. 2909 del codice civile italiano

59 Stando al giudice nazionale, l'art. 2909 del codice civile italiano osta non solo alla possibilità di dedurre nuovamente, in una seconda controversia, motivi sui quali un organo giurisdizionale si sia già pronunciato esplicitamente in via definitiva, ma anche alla disamina di questioni che avrebbero potuto essere sollevate nell'ambito di una controversia precedente senza che ciò sia però avvenuto. Da siffatta interpretazione della norma potrebbe conseguire, in particolare, che a una decisione di un giudice nazionale vengano attribuiti effetti che eccedono i limiti della competenza del giudice di cui trattasi, quali risultano dal diritto comunitario. Come ha osservato il giudice a quo, è chiaro che l'applicazione di tale norma, così interpretata, impedirebbe nel caso di specie l'applicazione del diritto comunitario in quanto renderebbe impossibile il recupero di un aiuto di Stato concesso in violazione del diritto comunitario.

60 In tale contesto va ricordato che spetta ai giudici nazionali interpretare le disposizioni del diritto nazionale quanto più possibile in modo da consentirne un'applicazione che contribuisca all'attuazione del diritto comunitario.

61 Risulta inoltre da una giurisprudenza costante che il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto comunitario ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale (v., in particolare, sentenze 9 marzo 1978, causa 106/77, Simmenthal, Racc. pag. 629, punti 21-24; 8 marzo 1979, causa 130/78, Salumificio di Cornuda, Racc. pag. 867, punti 23-27, e 19 giugno 1990, causa C-213/89, Factortame e a., Racc. pag. I-2433, punti 19-21).

62 Come dichiarato al punto 52 della presente sentenza, la valutazione della compatibilità con il mercato comune di misure di aiuto o di un regime di aiuti è di competenza esclusiva della Commissione, che agisce sotto il controllo del giudice comunitario. Questo principio è vincolante nell'ordinamento giuridico nazionale in quanto corollario della preminenza del diritto comunitario.

63 Le questioni sollevate vanno pertanto risolte nel senso che il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva.

Sulle spese

64 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

PQM

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

Il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione delle Comunità europee divenuta definitiva.

Fonti: Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario 2015, 3-4, 917 (nota di: FIGLIOLIA)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Sistema giurisdizionale - - rinvio pregiudiziale

Rinvio pregiudiziale - Appalti pubblici di lavori - Direttiva 93/37/CEE - Atto di "impegno a locare" di edifici non ancora costruiti - Decisione giurisdizionale nazionale con forza di giudicato - Portata del principio dell'intangibilità del giudicato in una situazione contrastante con il diritto dell'Unione.

Se le norme procedurali interne applicabili glielo consentono, un organo giurisdizionale nazionale, come il giudice del rinvio, che abbia statuito in ultima istanza senza che prima fosse adita in via pregiudiziale la Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 tfUe, deve o completare la cosa giudicata costituita dalla decisione che ha condotto a una situazione contrastante con la normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori o ritornare su tale decisione, per tener conto dell'interpretazione di tale normativa offerta successivamente dalla Corte medesima.

Fonti: Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario 2014, 5, 1055 (nota di: FERRARO) -

Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario 2015, 3-4, 917 (nota di: FIGLIOLIA)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Circolazione dei servizi - - appalti

Appalti pubblici di lavori - Art. 1, a), Direttiva CEE n. 37 del 1993 - Contratto avente per oggetto principale la realizzazione di un'opera che risponda alle esigenze formulate dall'amministrazione aggiudicatrice - Vi rientra - Il giudice nazionale, se le norme procedurali interne glielo consentono e qualora sia necessario per tener conto di una successiva sentenza della Corte di giustizia, ha l'obbligo di completare o modificare il contenuto di una precedente « cosa giudicata » che abbia determinato una situazione contrastante con il diritto europeo in materia di appalti pubblici di lavori.

L'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37/Cee del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, deve essere interpretato nel senso che un contratto che abbia per oggetto principale la realizzazione di un'opera che risponda alle esigenze formulate dall'amministrazione aggiudicatrice costituisce un appalto pubblico di lavori e non rientra, pertanto, nell'esclusione di cui all'art. 1, lett. a), iii), della direttiva 92/50/Cee del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, anche quando comporti un impegno a locare l'opera di cui trattasi. Se le norme procedurali interne applicabili glielo consentono, un organo giurisdizionale nazionale, come il giudice del rinvio, che abbia statuito in ultima istanza senza che prima fosse adita in via pregiudiziale la Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 tfUe, deve o completare la cosa giudicata costituita dalla decisione che ha condotto a una situazione contrastante con la normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori o ritornare su tale decisione, per tener conto dell'interpretazione di tale normativa offerta successivamente dalla Corte medesima.

Fonti: Guida al diritto 2014, 31, 80 (nota di: CASTELLANETA; CLARICH, TRIMARCHI)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Circolazione dei servizi - - appalti

Il giudicato interno è intangibile anche se la sentenza è contraria al diritto dell'Unione europea, a meno che il diritto nazionale non permetta di completare la sentenza definitiva o ritornare sulla decisione. Se le norme procedurali interne lo consentono, l'organo giurisdizionale nazionale deve o completare la cosa giudicata secondo la normativa Ue in materia di appalti o ritornare sulla decisione per tenere conto dell'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. Costituisce un appalto pubblico di lavoro, con l'obbligo di applicare la normativa Ue in materia di appalti, un contratto che ha a oggetto principale la realizzazione di un'opera secondo le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice, senza che abbia rilievo la previsione di un impegno a locare l'opera futura.

Fonti: Foro Amministrativo (II) 2014, 7-8, 1877 (s.m) – Diritto comunitario e degli scambi internazionali 2014, 3, 393 (nota di: STILE)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Sistema giurisdizionale - - in genere

Unione europea - Rinvio pregiudiziale - Appalti pubblici di lavori - Direttiva 93/37/CEE - Atto di « impegno a locare » edifici non ancora costruiti - Decisione giurisdizionale nazionale con forza di giudicato - Portata del principio dell'intangibilità del giudicato in una situazione contrastante con il diritto dell'Unione.

Se le norme procedurali interne applicabili lo consentono, un organo giurisdizionale nazionale, come il giudice del rinvio, che abbia statuito in ultima istanza senza che prima fosse adita in via pregiudiziale la Corte ai sensi dell'articolo 267 TFUE, deve completare la cosa giudicata costituita dalla decisione che ha condotto a una situazione contrastante con la normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori oppure ritornare su tale decisione, per tener conto dell'interpretazione di tale normativa offerta successivamente dalla Corte.

Fonti: Foro Amministrativo (II) 2014, 7-8, 1877 (s.m)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Sistema giurisdizionale - - in genere

Unione europea - Rinvio pregiudiziale - Appalti pubblici di lavori - Direttiva 93/37/CEE - Atto di « impegno a locare » edifici non ancora costruiti - Decisione giurisdizionale nazionale con forza di giudicato - Portata del principio dell'intangibilità del giudicato in una situazione contrastante con il diritto dell'Unione.

Qualora le norme procedurali interne applicabili prevedano la possibilità per il giudice nazionale di ritornare, a determinate condizioni, su una decisione munita di autorità di giudicato, per rendere la situazione compatibile con il diritto nazionale, tale possibilità deve essere esercitata, conformemente ai principi di equivalenza e di effettività per ripristinare la conformità della situazione oggetto del procedimento principale alla normativa dell'UE in materia di appalti pubblici di lavori.

Fonti: Foro Amministrativo (II) 2014, 7-8, 1877 (s.m)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Sistema giurisdizionale - - in genere

Unione europea - Rinvio pregiudiziale - Appalti pubblici di lavori - Direttiva 93/37/CEE - Atto di « impegno a locare » edifici non ancora costruiti - Decisione giurisdizionale

nazionale con forza di giudicato - Portata del principio dell'intangibilità del giudicato in una situazione contrastante con il diritto dell'Unione.

Il diritto dell'Unione non esige che, per tener conto dell'interpretazione di una disposizione del diritto UE, offerta dalla Corte posteriormente alla decisione di un organo giurisdizionale nazionale avente autorità di cosa giudicata, quest'ultimo ritorni necessariamente su tale decisione.

SENTENZA DELLA CORTE (Seconda Sezione)

10 luglio 2014

<Rinvio pregiudiziale - Appalti pubblici di lavori - Direttiva 93/37/CEE - Atto di "impegno a locare" edifici non ancora costruiti - Decisione giurisdizionale nazionale con forza di giudicato - Portata del principio dell'intangibilità del giudicato in una situazione contrastante con il diritto dell'Unione>

Nella causa C-213/13,

avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Consiglio di Stato (Italia), con decisione dell'11 gennaio 2013, pervenuta in cancelleria il 23 aprile 2013, nel procedimento

Impresa Pi.i & C. SpA

contro

Comune di Bari,

Giunta comunale di Bari,

Consiglio comunale di Bari,

con l'intervento di:

Complesso Residenziale Bari 2 Srl,

Commissione di manutenzione della Corte d'appello di Bari,

Giuseppe Albenzio, in qualità di <commissario ad acta>,

Ministero della Giustizia,

Regione Puglia,

LA CORTE (Seconda Sezione),

composta da R. Silva de Lapuerta, presidente di sezione, K. Lenaerts (relatore),

vicepresidente della Corte, J.L. da Cruz Vilaça, G. Arestis e J.-C. Bonichot, giudici,

avvocato generale: N. Wahl

cancelliere: A. Impellizzeri, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 27 febbraio 2014,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Impresa Pi.i & C. SpA, da R. Mastroianni, D. Vaiano e F. Lorusso, avvocati;
- per il Comune di Bari, da A. Loiodice, I. Loiodice e R. Lanza, avvocati;
- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da P. Gentili, avvocato dello Stato;
- per il governo tedesco, da T. Henze e J. Möller, in qualità di agenti;
- per la Commissione europea, da L. Pignataro-Nolin, A. Tokár e A. Aresu, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 15 maggio 2014, ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU L 134, pag. 114), nonché sulla portata del principio dell'intangibilità del giudicato in una situazione contrastante con il diritto dell'Unione.

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Impresa Pizzarotti & C. SpA (in prosieguo: la «Pizzarotti»), da un lato, e il Comune di Bari, la Giunta comunale di Bari e il Consiglio comunale di Bari, dall'altro, a seguito della pubblicazione di un bando di ricerca di mercato al fine di dotare l'amministrazione giudiziaria italiana di una nuova sede unica in cui accorpate tutti gli uffici giudiziari di Bari (Italia).

Contesto normativo

La direttiva 92/50/CEE

3 L'articolo 1, lettera a), della direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), disponeva come segue:

«Ai fini della presente direttiva s'intendono per:

a) "appalti pubblici di servizi", i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice, ad esclusione:

(...)

iii) dei contratti aventi per oggetto l'acquisizione o la locazione, qualunque siano le relative modalità finanziarie, di terreni, edifici esistenti o altri immobili, o riguardanti comunque diritti inerenti a tali beni immobiliari (...)

(...)».

La direttiva 93/37/CEE

4 L'articolo 1, lettera a), della direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (GU L 199, pag. 54), definiva gli «appalti pubblici di lavori», ai fini della medesima direttiva, come «contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice di cui alla lettera b), aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori relativi ad una delle attività di cui all'allegato II o di un'opera di cui alla lettera c) oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice».

5 Tra le attività previste all'allegato II di detta direttiva figurano, nella classe 50, rubricata «Edilizia e genio civile», la «[c]ostruzione di edifici e [i] lavori di genio civile da parte di imprese non specializzate» (sottogruppo 500.1) nonché la «[c]ostruzione d'immobili (d'abitazione e altri)» (gruppo 501).

La direttiva 2004/18

6 L'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 così recita:

«a) Gli "appalti pubblici" sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi ai sensi della presente direttiva.

b) Gli "appalti pubblici di lavori" sono appalti pubblici aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato I o di un'opera, oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice. (...)
(...)».

7 Ai sensi dell'articolo 16 della medesima direttiva, rubricato «Esclusioni specifiche»:

«La presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi:

a) aventi per oggetto l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni; (...)
(...)».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

8 In data 14 agosto 2003 il Comune di Bari pubblicava un bando di «ricerca di mercato» al fine di realizzare, nel più breve tempo possibile, una nuova, idonea e adeguata sede unica in cui accorpate tutti gli uffici giudiziari di Bari. Il bando veniva pubblicato, segnatamente, nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* del 23 agosto 2003 (GU S 161).

9 Detto bando richiedeva che gli offerenti si impegnassero ad avviare i lavori di costruzione dell'opera progettata entro il 31 dicembre 2003. Esso richiedeva inoltre indicazioni chiare ed esaustive circa i costi e le modalità di pagamento a carico dell'amministrazione comunale e del Ministero della Giustizia, tenendo conto del fatto che le risorse pubbliche disponibili ammontavano a EUR 43,5 milioni, già assegnati, cui occorreva aggiungere EUR 3 milioni corrispondenti all'importo dei canoni annuali sostenuti dal Comune di Bari per la locazione degli immobili sede degli uffici giudiziari interessati. Il medesimo bando era accompagnato da un allegato, predisposto dalla Corte d'appello di Bari, inteso a fornire «un quadro ufficiale ed esaustivo delle esigenze strutturali, funzionali ed organizzative» (in prosieguo: il «quadro esigenziale») connesse alla realizzazione della cittadella giudiziaria progettata.

10 Quattro sono le proposte che pervenivano. Con delibera n. 1045/2003, del 18 dicembre 2003, il Comune di Bari selezionava quella della Pizzarotti. Tale proposta prevedeva che una parte dell'opera costruita sarebbe stata venduta al Comune di Bari per la somma di EUR 43 milioni, mentre la parte restante sarebbe stata messa a sua disposizione in locazione dietro un canone annuale di EUR 3 milioni.

11 Con nota del 4 febbraio 2004 il Ministero della Giustizia informava il Comune di Bari che le risorse pubbliche disponibili per il progetto in questione si erano ridotte a EUR 18,5

milioni, chiedendogli di verificare se, alla luce delle proposte pervenute, fosse possibile realizzare l'opera nei limiti del mutato quadro economico. Con una nota dell'11 febbraio 2004 il Comune di Bari domandava alla Pizzarotti se fosse disponibile a dar seguito al procedimento attivato. La Pizzarotti rispondeva favorevolmente a tale domanda, riformulando la sua offerta in funzione della riduzione delle risorse pubbliche disponibili.

12 Nel settembre 2004 il finanziamento pubblico veniva interamente soppresso.

13 La Pizzarotti presentava indi al Comune di Bari una seconda proposta, dando atto della possibilità di realizzare la parte dell'opera destinata alla locazione quale indicata nella sua proposta iniziale.

14 A fronte dell'inerzia dell'amministrazione, la Pizzarotti adiva il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia per sentir affermare l'obbligo del Comune di Bari di provvedere.

15 Dopo una pronuncia di rigetto di tale domanda da parte del succitato organo giurisdizionale, il Consiglio di Stato accoglieva, con sentenza n. 4267/2007, l'appello della Pizzarotti avverso la sentenza di primo grado. Ritenendo non esaurito il procedimento con l'approvazione degli esiti della ricerca di mercato, tenuto conto della nota del Ministero della Giustizia del 4 febbraio 2004 susseguente al mutamento del quadro economico, il Consiglio di Stato stabiliva che il Comune di Bari, «nel rispetto dei principi di ragionevolezza, buona fede ed affidamento, [doveva], dando consequenzialità ai propri atti, dare al procedimento una conclusione plausibilmente congrua, verificando, nell'ambito delle proposte pervenute, la possibilità di realizzazione dell'opera nei limiti del mutato quadro economico».

16 Il ricorso interposto avverso detta sentenza dal Comune di Bari veniva respinto dalla Corte suprema di cassazione con ordinanza del 23 dicembre 2008.

17 Nel frattempo, adito ai fini dell'esecuzione della sua sentenza n. 4267/2007, il Consiglio di Stato riconosceva, con sentenza n. 3817/2008, l'inottemperanza del Comune di Bari e ordinava a quest'ultimo di dare piena e integrale esecuzione al dispositivo della sentenza n. 4267/2007 entro il termine di 30 giorni. Esso nominava, per il caso di ulteriore inottemperanza, il prefetto di Bari quale «commissario ad acta» per il compimento, anche tramite un suo delegato, di tutti gli atti necessari all'esecuzione della predetta sentenza.

18 Il 21 novembre 2008, il «commissario ad acta» delegato dal prefetto di Bari riconosceva valide le proposte della Pizzarotti e constatava, di conseguenza, che il procedimento attivato con il bando di ricerca di mercato in questione si era concluso positivamente.

19 Da parte sua, la Giunta comunale di Bari concludeva detto procedimento ravvisando la non conformità della seconda proposta presentata dalla Pizzarotti alle indicazioni del bando.

20 Sia la Pizzarotti che il Comune di Bari proponevano ricorso dinanzi al Consiglio di Stato. La Pizzarotti faceva valere che, non essendosi impegnato contrattualmente ai fini della realizzazione della nuova cittadella giudiziaria progettata, il Comune di Bari non aveva correttamente dato esecuzione alla sentenza n. 3817/2008 del Consiglio di Stato. Il Comune di Bari contestava che non era stato tenuto conto del deterioramento delle

condizioni di realizzazione del progetto, determinante per l'ulteriore corso del procedimento.

21 Con decisione di esecuzione n. 2153/2010, del 15 aprile 2010, il Consiglio di Stato accoglieva il ricorso della Pizzarotti e respingeva quello del Comune di Bari. Quanto all'azione del «commissario ad acta», la riteneva incompleta, in mancanza di una «conclusione plausibilmente congrua», ai sensi della sentenza n. 4267/2007. Esso statuiva che occorreva procedere all'adozione degli atti necessari alla concreta realizzazione della seconda proposta della Pizzarotti e assegnava un termine di 180 giorni per la chiusura del procedimento.

22 Con provvedimento del 27 maggio 2010, il «commissario ad acta» concludeva che «[il bando] di ricerca di mercato dell'agosto 2003 [non aveva] avuto esito positivo». A sostegno di tale conclusione egli faceva valere, quanto alla prima proposta della Pizzarotti, come riformulata nel corso del 2004, che la perdita di parte del finanziamento pubblico rendeva irrealizzabile l'obiettivo perseguito dal Comune di Bari, mentre sottolineava, quanto alla seconda proposta dell'impresa, vertente sulla locazione di edifici da costruire a titolo privato, che era del tutto incongrua rispetto a detto obiettivo.

23 Investito di un ricorso della Pizzarotti contro tale provvedimento, il Consiglio di Stato, con sentenza di esecuzione n. 8420/2010, del 3 dicembre 2010, lo accoglieva. Sottolineando l'incoerenza delle conclusioni circa l'esito del suddetto bando cui erano pervenuti, rispettivamente, il provvedimento del 21 novembre 2008 e quello del 27 maggio 2010, esso riteneva che la sola conclusione che s'imponesse fosse quella di cui al primo dei summenzionati atti. Esso riaffermava la necessità, per il «commissario ad acta», di attivare le procedure occorrenti per l'adozione della seconda proposta della Pizzarotti e dichiarava nullo l'ultimo di detti atti in quanto emesso in violazione del giudicato.

24 Successivamente, il nuovo «commissario ad acta» nominato dal prefetto di Bari poneva in essere tutte le attività necessarie per addivenire all'adozione, il 23 aprile 2012, di una «variante urbanistica» al piano regolatore generale del Comune di Bari relativa ai terreni interessati dalla costruzione della cittadella giudiziaria progettata.

25 La Pizzarotti ha impugnato detta decisione dinanzi al Consiglio di Stato per violazione del principio dell'intangibilità del giudicato.

26 In tale contesto, il giudice del rinvio si domanda, in primo luogo, se uno stipulando contratto di locazione di un immobile futuro sotto forma di un atto di impegno a locare detto bene equivalga, malgrado la presenza di alcuni elementi caratteristici del contratto di locazione, a un contratto d'appalto di lavori sottratto all'applicazione della specifica ipotesi di esclusione prevista all'articolo 16, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2004/18.

27 In secondo luogo, ammettendo che detto contratto costituisca un appalto pubblico di lavori, il medesimo giudice si domanda se possa ritenere inefficace il giudicato formatosi nel caso di specie con la sua sentenza n. 4267/2007, nei limiti in cui esso abbia portato, in ragione delle ulteriori decisioni di esecuzione e dei provvedimenti del «commissario ad acta», a una situazione incompatibile con il diritto dell'Unione in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici. Al riguardo detto giudice evidenzia che, in virtù della propria giurisprudenza, esso può, a determinate condizioni, integrare l'originario disposto di una

delle sue decisioni con una statuizione che ne costituisca attuazione, dando luogo a un «giudicato a formazione progressiva».

28 Alla luce di quanto precede, il Consiglio di Stato ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se lo stipulando contratto di locazione di cosa futura, anche sotto la forma ultima suggerita di atto di impegno a locare equivalga ad un appalto di lavori, sia pure con alcuni elementi caratteristici del contratto di locazione e, quindi, non possa essere compreso fra i contratti esclusi dall'applicazione della disciplina di evidenza pubblica secondo l'articolo 16 [della direttiva 2004/18].

2) Se, in caso di pronunciamento positivo sul primo quesito, possa il giudice nazionale e, segnatamente, codesto Giudice remittente, ritenere inefficace il giudicato eventualmente formatosi sulla vicenda in oggetto, e descritto in parte narrativa, in quanto abbia consentito la sussistenza di una situazione giuridica contrastante con il diritto [dell'Unione] degli appalti pubblici e se sia quindi possibile eseguire un giudicato in contrasto con il diritto [dell'Unione]».

Sulla ricevibilità delle questioni pregiudiziali

29 La Pizzarotti indica due motivi che la inducono a dubitare seriamente della ricevibilità delle questioni sollevate.

30 In primo luogo, essa sostiene che la domanda di pronuncia pregiudiziale è viziata da un errore di identificazione della normativa dell'Unione applicabile alla controversia oggetto del procedimento principale. Infatti, tale domanda sarebbe volta a ottenere un'interpretazione della direttiva 2004/18, mentre quest'ultima sarebbe stata adottata posteriormente alla data in cui il Comune di Bari ha deciso di pubblicare il bando di ricerca di mercato di cui trattasi, ossia il 14 agosto 2003, e non sarebbe quindi applicabile alla fattispecie.

31 Al riguardo, occorre ricordare che la direttiva applicabile è, in linea di principio, quella in vigore alla data in cui l'amministrazione aggiudicatrice sceglie il tipo di procedura da seguire risolvendo definitivamente la questione se sussista o meno l'obbligo di indire preventivamente una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico (sentenza Commissione/Paesi Bassi, C-576/10, EU:C:2013:510, punto 52 e giurisprudenza ivi citata). Sono, al contrario, inapplicabili le disposizioni di una direttiva il cui termine di trasposizione sia scaduto dopo tale data (v., in tal senso, sentenza Commissione/Francia, C-337/98, EU:C:2000:543, punti 41 e 42).

32 Nel caso di specie, le direttive applicabili il 14 agosto 2003, data della pubblicazione da parte del Comune di Bari del bando di «ricerca di mercato» finalizzato alla realizzazione di una cittadella giudiziaria a Bari, erano la 92/50 e la 93/37. Queste stesse direttive erano applicabili quando, dopo la modifica del quadro economico dovuta all'abolizione completa del finanziamento pubblico, il Comune di Bari, nel mese di settembre 2004, ha ritenuto, secondo quanto riferisce esso stesso alla Corte, di dover avviare una nuova procedura di selezione anziché negoziare direttamente con la Pizzarotti, senza nuova gara, la conclusione di un contratto «di futura locazione».

33 Al contrario, la direttiva 2004/18 non trovava applicazione in tali diverse date, giacché il suo termine di trasposizione sarebbe scaduto, così come enuncia il suo articolo 80, paragrafo 1, soltanto il 31 gennaio 2006.

34 Ciò premesso, la nozione di «appalto [pubblico] di lavori», di cui alla prima questione, è definita in termini analoghi nell'articolo 1, lettera a), della direttiva 93/37 e nell'articolo 1, paragrafo 2, lettere a) e b), della direttiva 2004/18. Peraltro, l'articolo 1, lettera a), iii), della direttiva 92/50 e l'articolo 16, lettera a), della direttiva 2004/18 ricorrono a termini identici per definire la portata dell'esclusione della quale parimenti tratta detta prima questione.

35 Pertanto, l'erronea identificazione, da parte del giudice del rinvio, delle disposizioni del diritto dell'Unione applicabili alla presente controversia non può avere conseguenze sulla ricevibilità delle questioni sollevate (v., in tal senso, sentenza Zurita García e Choque Cabrera, C-261/08 e C-348/08, EU:C:2009:648, punto 39).

36 In secondo luogo, la Pizzarotti eccepisce che la controversia principale è caratterizzata dalla presenza di decisioni giudiziarie, segnatamente del Consiglio di Stato, che hanno acquisito forza di giudicato, ciò che renderebbe manifestamente irricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale, in particolare la prima questione. Infatti, una risposta della Corte a tale questione non potrebbe avere alcuna ripercussione sulla soluzione della controversia principale, tenuto conto, da un lato, dell'importanza riconosciuta dal diritto dell'Unione alla regola dell'intangibilità del giudicato, eventualmente pure a discapito dell'eliminazione di una violazione di tale diritto, e, dall'altro, dell'assenza di un obbligo, per un'autorità amministrativa, di ritornare su una sua decisione definitiva che si riveli non conforme a detto diritto.

37 Tuttavia, un tale argomento attiene al merito della controversia principale, più in particolare all'oggetto della seconda questione sollevata dal giudice del rinvio.

38 Ciò considerato, le questioni deferite sono ricevibili.

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione

39 Con la prima questione, che occorre riformulare in funzione delle disposizioni del diritto dell'Unione applicabili *ratione temporis* alla controversia principale, il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se l'articolo 1, lettera a), della direttiva 93/37 debba essere interpretato nel senso che un contratto che contenga un impegno a dare in locazione beni immobili non ancora costruiti costituisce un appalto pubblico di lavori, malgrado la presenza di elementi caratteristici del contratto di locazione, e non rientra, pertanto, nell'esclusione di cui all'articolo 1, lettera a), iii), della direttiva 92/50.

40 A tale riguardo, si deve ricordare subito, da un canto, che stabilire se un'operazione costituisca o meno un appalto pubblico di lavori, ai sensi della normativa dell'Unione, rientra nell'ambito del diritto dell'Unione. La qualificazione del contratto di cui trattasi come «contratto di locazione», operata dalla Pizzarotti e dal governo italiano, non è decisiva a tal fine (v., in tal senso, sentenza Commissione/Germania, C-536/07, EU:C:2009:664, punto 54 e giurisprudenza ivi citata).

41 D'altro canto, quando un contratto contiene sia elementi propri di un appalto pubblico di lavori sia elementi propri di un altro tipo di appalto, occorre riferirsi al suo oggetto principale per determinarne la qualificazione giuridica e le norme del diritto dell'Unione applicabili (v., in tal senso, sentenze Auroux e a., C-220/05, EU:C:2007:31, punto 37; Commissione/Italia, C-412/04, EU:C:2008:102, punto 47, e Commissione/Germania, EU:C:2009:664, punto 57).

42 Nella controversia principale, risulta dal fascicolo a disposizione della Corte che, nel momento in cui la Pizzarotti ha proposto al Comune di Bari la conclusione del contratto de quo, la costruzione dell'opera prevista in tale contratto non era ancora stata avviata. Occorre pertanto considerare che l'oggetto principale di detto contratto consiste in tale costruzione, quale necessario presupposto, per l'appunto, della futura locazione (v., in tal senso, sentenza Commissione/Germania, EU:C:2009:664, punto 56).

43 Come ha sottolineato il governo tedesco, per concludere per l'esistenza di un «appalto pubblico di lavori», ai sensi della direttiva 93/37, occorre pure che la realizzazione dell'opera progettata risponda alle esigenze specificamente formulate dall'amministrazione aggiudicatrice (sentenza Commissione/Germania, EU:C:2009:664, punto 55).

44 Ciò accade quando quest'ultima abbia adottato provvedimenti allo scopo di definire le caratteristiche dell'opera o, quantomeno, di esercitare un'influenza determinante sulla progettazione della stessa (v., in tal senso, sentenza Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punto 67).

45 Nella controversia principale, il progetto di «atto di impegno a locare», indicato dal giudice del rinvio come l'ultima forma di contratto proposta dalla Pizzarotti al Comune di Bari, si riferisce, al suo punto 10, al quadro esigenziale che era stato predisposto dalla Corte d'appello di Bari ai fini della pubblicazione del bando di ricerca di mercato controverso. L'articolo 7 di tale progetto di atto riserva all'amministrazione il diritto di verificare, prima di ricevere l'opera, la conformità della stessa a detto quadro esigenziale.

46 Quest'ultimo precisa le diverse caratteristiche tecniche e tecnologiche dell'opera da realizzare nonché, in funzione di un insieme di dati statistici relativi alle attività degli uffici giudiziari del distretto di Bari (numero dei procedimenti civili e dei procedimenti penali, numero delle udienze settimanali per ufficio giudiziario, numero dei magistrati giudicanti e dei magistrati requiranti, numero dei membri del personale amministrativo, della polizia giudiziaria e dei servizi di sicurezza, numero degli avvocati dell'albo di Bari, eccetera), le esigenze specifiche di ciascun singolo ufficio del distretto (numero dei locali e delle aule d'udienza, di conferenza, di riunione e di archivio necessari, superficie dei locali, modalità di collegamento tra i reparti), così come talune esigenze comuni, per esempio la capacità d'accoglienza dei parcheggi.

47 Contrariamente a quanto sostengono la Pizzarotti e il governo italiano, un tale quadro esigenziale mette il Comune di Bari in condizione di esercitare un'influenza determinante sulla progettazione dell'opera da costruire.

48 Ne consegue che il contratto di cui trattasi nel procedimento principale ha per oggetto principale la realizzazione di un'opera che risponda a esigenze specifiche dell'amministrazione aggiudicatrice.

49 Certo, come rileva il giudice del rinvio, il progetto di «atto di impegno a locare» comporta altresì alcuni elementi caratteristici di un contratto di locazione. Dinanzi alla Corte è stato posto l'accento sul fatto che la contropartita finanziaria a carico dell'amministrazione corrisponde, ai termini dell'articolo 5 di detto progetto, a un «canone annuale» di EUR 3,5 milioni da pagare per i 18 anni di durata del contratto. Secondo quanto riferito dalla Pizzarotti e dal governo italiano, tale contropartita complessiva, del totale di EUR 63 milioni, sarebbe nettamente inferiore al costo totale stimato dell'opera, che ammonterebbe a circa EUR 330 milioni.

50 Si deve tuttavia ricordare, al riguardo, che l'elemento determinante per la qualificazione del contratto di cui trattasi è il suo oggetto principale, e non l'importo del corrispettivo dell'imprenditore o le modalità di pagamento dello stesso (sentenza Commissione/Germania, EU:C:2009:664, punto 61).

51 Del resto, né l'articolo 4 del progetto di «atto di impegno a locare», ai sensi del quale il contratto termina automaticamente dopo 18 anni, né la disposizione della normativa italiana relativa alla contabilità generale dello Stato, sottolineata dal governo italiano, la quale prescrive che i contratti conclusi dalle autorità pubbliche abbiano termine e durata certi e vieta che i medesimi rappresentino un onere continuo per lo Stato, osterebbero, come risulta dai dibattiti in udienza, alla conclusione, alla scadenza del primo contratto considerato, di uno o più contratti successivi, che garantirebbero alla Pizzarotti la remunerazione di tutti o di parte sostanziale dei lavori eseguiti per la realizzazione dell'opera in parola.

52 Tutto ciò considerato, occorre rispondere alla prima questione che l'articolo 1, lettera a), della direttiva 93/37 deve essere interpretato nel senso che un contratto che abbia per oggetto principale la realizzazione di un'opera che risponda alle esigenze formulate dall'amministrazione aggiudicatrice costituisce un appalto pubblico di lavori e non rientra, pertanto, nell'esclusione di cui all'articolo 1, lettera a), iii), della direttiva 92/50, anche quando comporti un impegno a locare l'opera di cui trattasi.

Sulla seconda questione

53 Con la seconda questione il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se possa ritenere inefficace il giudicato eventualmente formato da una sua decisione che abbia condotto a una situazione contrastante con la normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori.

54 Al riguardo occorre ricordare che, in assenza di una normativa dell'Unione in materia, le modalità di attuazione del principio dell'intangibilità del giudicato rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri, ai sensi del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi, nel rispetto tuttavia dei principi di equivalenza e di effettività (v., in tal senso, sentenza Fallimento Olimpclub, C-2/08, EU:C:2009:506, punto 24 e giurisprudenza ivi citata).

55 Nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale il giudice del rinvio fa presente che, secondo la propria giurisprudenza, esso può, a determinate condizioni, completare il disposto originario di una delle sue sentenze con decisioni di attuazione successive, dando luogo a quel che chiama «giudicato a formazione progressiva».

56 Se, ciò che spetta al giudice del rinvio verificare, per la decisione contenuta nella sua sentenza n. 4267/2007, menzionata al punto 15 della presente sentenza e costituente, secondo l'ordinanza di rinvio, la cosa giudicata nel caso di specie, valgono le condizioni di applicazione di detta modalità procedurale, il medesimo giudice è tenuto, alla luce del principio di equivalenza, ad applicare detta modalità privilegiando, fra le «molteplici e diverse soluzioni attuative» di cui tale decisione può essere oggetto secondo le sue proprie indicazioni, quella che, conformemente al principio di effettività, garantisca l'osservanza della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori.

57 Come rileva il Comune di Bari, questa soluzione potrebbe consistere nell'ordinare, a completamento di detta decisione, la chiusura del procedimento d'indagine di mercato senza accogliere nessuna proposta, ciò che permetterebbe l'apertura di un nuovo procedimento, nel rispetto della normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori.

58 Se, al contrario, il giudice del rinvio dovesse ritenere che la corretta applicazione di tale normativa sia un ostacolo, tenuto conto delle norme procedurali interne applicabili, per il giudicato costituito dalla sua sentenza n. 4267/2007 o dalle relative decisioni di esecuzione adottate il 15 aprile e il 3 dicembre 2010, va ricordata l'importanza che riveste, sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione che negli ordinamenti giuridici nazionali, il principio dell'intangibilità del giudicato. Infatti, al fine di garantire tanto la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici quanto una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento dei mezzi di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per tali ricorsi non possano più essere rimesse in discussione (sentenze Kapferer, C-234/04, EU:C:2006:178, punto 20; Commissione/Lussemburgo, C-526/08, EU:C:2010:379, punto 26, e ThyssenKrupp Nirosta/Commissione, C-352/09 P, EU:C:2011:191, punto 123).

59 Pertanto, il diritto dell'Unione non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme procedurali interne che attribuiscono forza di giudicato a una pronuncia giurisdizionale, neanche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una situazione nazionale contrastante con detto diritto (v., in tal senso, sentenze Eco Swiss, C-126/97, EU:C:1999:269, punti 46 e 47; Kapferer, EU:C:2006:178, punti 20 e 21; Fallimento Olimpiclub, EU:C:2009:506, punti 22 e 23; Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, punti da 35 a 37, nonché Commissione/Slovacchia, C-507/08, EU:C:2010:802, punti 59 e 60).

60 Il diritto dell'Unione non esige, dunque, che, per tener conto dell'interpretazione di una disposizione pertinente di tale diritto offerta dalla Corte posteriormente alla decisione di un organo giurisdizionale avente autorità di cosa giudicata, quest'ultimo ritorni necessariamente su tale decisione.

61 La sentenza Lucchini (C-119/05, EU:C:2007:434), citata dal giudice del rinvio, non è atta a rimettere in discussione l'analisi sopra svolta. Infatti, è stato in una situazione del tutto particolare, in cui erano in questione principi che disciplinano la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e l'Unione europea in materia di aiuti di Stato, che la Corte ha statuito, in sostanza, che il diritto dell'Unione osta all'applicazione di una disposizione nazionale, come l'articolo 2909 del codice civile italiano, che mira a consacrare il principio dell'intangibilità del giudicato, nei limiti in cui la sua applicazione impedirebbe il recupero di un aiuto di Stato concesso in violazione del diritto dell'Unione e dichiarato incompatibile con il mercato comune da una decisione della Commissione europea divenuta definitiva (v., in tal senso, sentenza Fallimento Olimpiclub, EU:C:2009:506, punto 25). La presente causa, invece, non solleva simili questioni di ripartizione delle competenze.

62 Ciò osservato, qualora le norme procedurali interne applicabili prevedano la possibilità, a determinate condizioni, per il giudice nazionale di ritornare su una decisione munita di autorità di giudicato, per rendere la situazione compatibile con il diritto nazionale, tale possibilità deve essere esercitata, conformemente ai principi di equivalenza e di effettività, e sempre che dette condizioni siano soddisfatte, per ripristinare la conformità della situazione oggetto del procedimento principale alla normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori.

63 Al riguardo è d'uopo sottolineare che detta normativa contiene norme essenziali del diritto dell'Unione, in quanto mira ad assicurare l'applicazione dei principi della parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza ai fini dell'apertura di una concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri (v., in tal senso, sentenze Commissione/Portogallo, C-70/06, EU:C:2008:3, punto 40; Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punto 55; Commissione/Cipro, C-251/09, EU:C:2011:84, punti da 37 a 39, nonché Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punto 28).

64 Alla luce di quanto precede, occorre rispondere alla seconda questione che, se le norme procedurali interne applicabili glielo consentono, un organo giurisdizionale nazionale, come il giudice del rinvio, che abbia statuito in ultima istanza senza che prima fosse adita in via pregiudiziale la Corte ai sensi dell'articolo 267 TFUE, deve o completare la cosa giudicata costituita dalla decisione che ha condotto a una situazione contrastante con la normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori o ritornare su tale decisione, per tener conto dell'interpretazione di tale normativa offerta successivamente dalla Corte.

Sulle spese

65 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

PQM

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

1) L'articolo 1, lettera a), della direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, deve essere interpretato nel senso che un contratto che abbia per oggetto principale la realizzazione di un'opera che risponda alle esigenze formulate dall'amministrazione aggiudicatrice costituisce un appalto pubblico di lavori e non rientra, pertanto, nell'esclusione di cui all'articolo 1, lettera a), iii), della direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, anche quando comporti un impegno a locare l'opera di cui trattasi.

2) Se le norme procedurali interne applicabili glielo consentono, un organo giurisdizionale nazionale, come il giudice del rinvio, che abbia statuito in ultima istanza senza che prima fosse adita in via pregiudiziale la Corte di giustizia ai sensi dell'articolo 267 TFUE, deve o completare la cosa giudicata costituita dalla decisione che ha condotto a una situazione contrastante con la normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori o ritornare su tale decisione, per tener conto dell'interpretazione di tale normativa offerta successivamente dalla Corte medesima.

Fonti: Dir. comunitario e scambi internaz. 2004, 55 - Riv. dir. internaz. priv. e proc. 2004, 355

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Istituzioni - - Corte di Giustizia (Lussemburgo)

Una violazione del diritto comunitario quale quella derivante, nelle circostanze della fattispecie di cui alla causa principale, dalla sentenza del Verwaltungsgerichtshof del 24 giugno 1998, non ha il carattere manifesto richiesto affinché sussista, in forza del diritto comunitario, la responsabilità di uno Stato membro a causa di una decisione di uno dei suoi organi giurisdizionali di ultimo grado.

Fonti: Dir. comunitario e scambi internaz. 2004, 55 - Riv. dir. internaz. priv. e proc. 2004, 355

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Istituzioni - - Corte di Giustizia (Lussemburgo)

Gli art. 39 del trattato Ce e 7, n. 1, del regolamento Cee del Consiglio del 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, devono essere interpretati nel senso che si oppongono alla concessione, in condizioni quali quelle previste all'art. 50 bis del Gehaltsgesetz 1956 (Legge sulle retribuzioni del 1956), come modificato nel 1997, di un'indennità speciale di anzianità di servizio che, secondo l'interpretazione data dal Verwaltungsgerichtshof (Austria) nella sentenza del 24 giugno 1998, costituisce un premio di fedeltà.

Fonti: Dir. comunitario e scambi internaz. 2004, 55 - Riv. dir. internaz. priv. e proc. 2004, 355

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Istituzioni - - Corte di Giustizia (Lussemburgo)

Il principio secondo cui gli Stati membri sono obbligati a riparare i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario che sono loro imputabili si applica anche allorché la violazione di cui trattasi deriva da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado, sempre che la norma di diritto comunitario violata sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli, la violazione sia sufficientemente caratterizzata e sussista un nesso causale diretto tra questa violazione e il danno subito dalle parti lese. Al fine di determinare se la violazione sia sufficientemente caratterizzata allorché deriva da una tale decisione, il giudice nazionale competente deve, tenuto conto della specificità della funzione giurisdizionale, accertare se tale violazione presenti un carattere manifesto. Spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro designare il giudice competente a risolvere le controversie relative a tale risarcimento.

Fonti: Riv. dir. internaz. 2004, 230 - Danno e resp. 2004, 23 (nota di: CONTI)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Fonti - regole di interpretazione e di applicazione del diritto comunitario

Il principio della responsabilità di uno Stato membro per danni causati alle persone da violazioni del diritto comunitario è inerente al sistema del trattato e si applica in ogni

ipotesi di violazione commessa da uno Stato membro, qualunque sia l'organo di quest'ultimo la cui azione od omissione ha dato origine alla violazione stessa. La piena efficacia delle norme comunitarie verrebbe compromessa se fosse precluso alle persone ottenere, a talune condizioni, il risarcimento del danno subito a causa di una violazione del diritto comunitario imputabile ad una decisione di un giudice nazionale di ultimo grado; poiché tale giudice costituisce l'ultima istanza dinanzi alla quale le persone possono ottenere tutela dei diritti ad esse riconosciuti dal diritto comunitario, esse non possono essere private della possibilità di far valere un danno che sia stato originato dalla violazione di questi diritti a seguito della decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado. Il principio dell'autorità della cosa definitivamente giudicata non si oppone al riconoscimento della responsabilità dello Stato per la decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado poiché il procedimento instaurato per far dichiarare tale responsabilità attiene soltanto al risarcimento del danno subito. Non si oppongono al riconoscimento di detta responsabilità nemmeno l'indipendenza e l'autorità del giudice. Per quanto riguarda l'indipendenza, occorre precisare che il principio di responsabilità di cui trattasi non concerne la responsabilità personale del giudice, ma quella dello Stato. Per quanto riguarda l'argomento relativo al rischio che l'autorità di un giudice di ultimo grado sia pregiudicata dal fatto, che le sue decisioni divenute definitive possano essere rimesse in discussione implicitamente mediante un procedimento che consente di far dichiarare la responsabilità dello Stato a causa di tali decisioni, occorre constatare che l'esistenza di un rimedio giuridico che consenta, a talune condizioni, la riparazione degli effetti dannosi di una decisione giurisdizionale erronea comporta, in realtà, il rafforzamento della qualità di un ordinamento giuridico e quindi, in definitiva, anche dell'autorità del potere giurisdizionale. Poiché gli Stati membri devono assicurare una tutela effettiva dei diritti derivanti dall'ordinamento comunitario, spetta ad essi consentire agli interessati di far valere questo principio predisponendo un rimedio giuridico adeguato. L'attuazione del principio della responsabilità dello Stato per i danni prodotti alle persone da violazioni del diritto comunitario non può essere compromessa dall'assenza di un foro competente che spetta all'ordinamento dello stesso Stato designare. Dalla giurisprudenza della Corte europea risulta che l'art. 41 della convenzione europea dei diritti dell'uomo consente il risarcimento del danno derivante dalla violazione di un diritto fondamentale anche qualora la violazione derivi da una decisione di un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado. Riguardo alle condizioni che fanno sorgere la responsabilità dello Stato per i danni prodotti da decisioni di giudici di ultimo grado, occorre che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di una violazione grave e manifesta e che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi: la responsabilità dello Stato per danni causati dalla decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado che viola una norma di diritto comunitario è disciplinata dalle stesse condizioni. Considerate le specificità della funzione giurisdizionale nonché il principio della certezza del diritto, occorre precisare, tuttavia, che la responsabilità dello Stato può sorgere solo nel caso eccezionale in cui il giudice abbia violato il diritto vigente in maniera manifesta; una violazione del diritto comunitario presenta comunque tale

carattere allorché la decisione di cui trattasi sia intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte nella materia considerata. Gli art. 48 del trattato Ce e 7, par. 1, del regolamento n. 1612/68 devono essere interpretati nel senso che si oppongono alla concessione di un'indennità speciale di anzianità di servizio che sia riservata, in base ad una normativa nazionale, ai professori universitari che abbiano esercitato per almeno 15 anni la loro professione presso una università austriaca. Tale normativa, infatti, ostacola la libertà di circolazione dei lavoratori poiché esclude che possano essere presi in considerazione, ai fini dell'ottenimento dell'indennità, i periodi di attività svolti in un altro Stato membro operando a danno dei lavoratori migranti cittadini di Stati membri diversi dall'Austria, e potendo dissuadere i lavoratori, stabiliti in Austria a lasciare il proprio paese; essa non può essere giustificata in relazione ad un motivo imperativo di interesse pubblico. L'applicazione dei criteri che consentono di stabilire la responsabilità degli Stati membri per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario deve, in linea di principio, essere operata dai giudici nazionali; tuttavia, nella presente causa, la Corte dispone di tutti gli elementi per stabilire se siano soddisfatte le condizioni necessarie perché sussista la responsabilità dello Stato membro. Poiché la Corte non si era ancora pronunciata sul punto di diritto comunitario controverso nel giudizio nazionale, il giudice nazionale di ultimo grado aveva l'obbligo, in base all'art. 234 del trattato Ce, di mantenere la propria domanda di pronuncia pregiudiziale. Tuttavia, il giudice nazionale ha ritirato la domanda ritenendo erroneamente che la soluzione della questione interpretativa controversa fosse desumibile da una sentenza della Corte. Pertanto, una violazione del diritto comunitario quale quella derivante, nelle circostanze della fattispecie di cui alla causa principale, dalla sentenza del Verwaltungsgerichtshof austriaco non ha il carattere manifesto richiesto affinché sussista, in forza del diritto comunitario, la responsabilità di uno Stato membro a causa di una decisione di uno dei suoi organi giurisdizionali di ultimo grado.

SENTENZA DELLA CORTE del 30 settembre 2003 - Causa C-224/01.

<Parità di trattamento - Retribuzione dei professori universitari - Discriminazione indiretta - Indennità di anzianità - Responsabilità di uno Stato membro per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili - Violazioni imputabili a un organo giurisdizionale nazionale>

Nel procedimento C-224/01,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell'art. 234 CE, dal Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien (Austria) nella causa dinanzi ad esso pendente tra

{Gerhard Köbler}

e

Repubblica d'Austria,

domanda vertente sull'interpretazione, da un lato, dell'art. 48 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 39 CE) e, dall'altro, della giurisprudenza della Corte che risulta in particolare dalle sentenze 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, Brasserie du

pêcheur e Factortame (Racc. pag. I-1029), e 17 settembre 1997, causa C-54/96, Dorsch Consult (Racc. pag. I-4961),

LA CORTE,

composta dal sig. G.C. Rodríguez Iglesias, presidente, dai sigg. J.-P. Puissochet, M. Wathelet, R. Schintgen e C.W.A. Timmermans (relatore), presidenti di sezione, dai sigg. C. Gulmann, D.A.O. Edward, A. La Pergola, P. Jann e V. Skouris, dalle sig.re F. Macken e N. Colneric, dai sigg. S. von Bahr, J.N. Cunha Rodrigues e A. Rosas, giudici,
avvocato generale: sig. P. Léger

cancelliere: sig. H.A. Rühl, amministratore principale

viste le osservazioni scritte presentate:

- per il sig. {Köbler}, dal sig. A. König, Rechtsanwalt;
- per la repubblica austriaca, dal sig. M. Windisch, in qualità di agente;
- per il governo austriaco, dal sig. H. Dossi, in qualità di agente;
- per il governo tedesco, dai sigg. A. Dittrich e W.-D. Plessing, in qualità di agenti;
- per il governo francese, dai sigg. R. Abraham e G. de Bergues nonché dalla sig.ra C. Isidoro, in qualità di agenti;
- per il governo dei Paesi Bassi, dalla sig.ra H.G. Sevenster, in qualità di agente;
- per il governo del Regno Unito, dal sig. J.E. Collins, in qualità di agente, assistito dai sigg. D. Anderson, QC, e M. Hoskins, barrister;
- per la Commissione delle Comunità europee, dai sigg. J. Sack e H. Kreppel, in qualità di agenti,

vista la relazione d'udienza,

sentite le osservazioni orali del sig. {Köbler}, rappresentato dall'avv. A. König, del governo austriaco, rappresentato dal sig. E. Riedl, in qualità di agente, del governo tedesco, rappresentato dal sig. A. Dittrich, del governo francese, rappresentato dal sig. R. Abraham, del governo dei Paesi Bassi, rappresentato dalla sig.ra H.G. Sevenster, del governo del Regno Unito, rappresentato dal sig. J.E. Collins, assistito dai sigg. D. Anderson e M. Hoskins, nonché della Commissione, rappresentata dai sigg. J. Sack e H. Kreppel, all'udienza dell'8 ottobre 2002,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza dell'8 aprile 2003, ha pronunciato la seguente

Sentenza

1.

Con ordinanza 7 maggio 2001, pervenuta alla Corte il 6 giugno seguente, il Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien (Tribunale civile di Vienna) ha proposto, ai sensi dell'art. 234 CE, cinque questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione, da un lato, dell'art. 48 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 39 CE) e, dall'altro, della giurisprudenza della Corte che risulta in particolare dalle sentenze 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, Brasserie du pêcheur e Factortame (Racc. pag. I-1029), e 17 settembre 1997, causa C-54/96, Dorsch Consult (Racc. pag. I-4961).

2.

Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di un'azione per responsabilità avviata dal sig. {Köbler} contro la Repubblica d'Austria per violazione di una disposizione del diritto comunitario da parte di una sentenza del Verwaltungsgerichtshof, giudice supremo amministrativo.

Ambito normativo

3.

L'art. 48, n. 3, del Gehaltsgesetz 1956 (legge sulle retribuzioni del 1956, BGBl. 1956/54), come modificato nel 1997 (BGBl. I, 1997/109; in prosieguo: il <GG>) prevede:

<In quanto sia necessario per assicurarsi i servizi di uno studioso o di un artista nazionale o straniero, il presidente federale può concedere, all'atto della nomina a un posto di Universitätsprofessor (professore universitario) [art. 21 del Bundesgesetz über die Organisation der Universitäten (legge federale sull'organizzazione delle università), BGBl. 1993/805, UOG 1993] o a un posto di Ordentlichen Universitäts(Hochschul)professor (professore universitario ordinario), una retribuzione di base superiore a quella prevista dall'art. 48, n. 2>.

4.

L'art. 50 bis, n. 1, del GG è così formulato:

<Un Universitätsprofessor (art. 21 dell'UOG 1993) o un Ordentlichen Universitäts(Hochschul)professor, il quale possa far valere un'anzianità di servizio di quindici anni in questo impiego maturata nell'ambito delle università austriache o degli istituti d'insegnamento superiore austriaci e che abbia beneficiato per quattro anni dell'indennità di anzianità di servizio prevista dall'art. 50, n. 4, può aver diritto, a decorrere dalla data in cui entrambe queste condizioni sono soddisfatte, a un'indennità speciale di anzianità di servizio che viene presa in conto nel calcolo della pensione di quiescenza, il cui importo corrisponde a quello dell'indennità di anzianità di servizio prevista dall'art. 50, n. 4>.

Causa principale

5.

Dal 1° marzo 1986 il sig. {Köbler} è legato allo Stato austriaco da un contratto di diritto pubblico in qualità di professore universitario di ruolo a Innsbruck (Austria). All'atto della sua nomina gli è stata attribuita la retribuzione di professore universitario di ruolo al decimo scatto, maggiorata dell'indennità normale di anzianità.

6.

Con lettera 28 febbraio 1996 il sig. {Köbler} ha chiesto l'attribuzione dell'indennità speciale di anzianità di servizio prevista per i professori universitari, ai sensi dell'art. 50 bis del GG. Egli ha sostenuto che, anche se non poteva far valere quindici anni di anzianità di servizio in qualità di professore nelle università austriache, avrebbe posseduto per contro l'anzianità di servizio richiesta se la durata del suo servizio nelle università di altri Stati membri della Comunità fosse stata presa in considerazione. Egli ha affermato che la condizione di un'anzianità di servizio di quindici anni maturata unicamente in università austriache - senza che si tenesse conto di quella maturata in università di altri Stati membri - costituiva,

a decorrere dall'adesione della Repubblica d'Austria alla Comunità, una discriminazione indiretta ingiustificata in diritto comunitario.

7.

Nella controversia alla quale ha portato questa pretesa del sig. {Köbler}, il Verwaltungsgerichtshof (Austria) ha sottoposto alla Corte, con ordinanza 22 ottobre 1997, una domanda di pronuncia pregiudiziale registrata nella cancelleria della Corte con il n. C-382/97.

8.

Con lettera 11 marzo 1998 il cancelliere della Corte ha chiesto al Verwaltungsgerichtshof se ritenesse necessario mantenere la sua domanda di pronuncia pregiudiziale alla luce della sentenza 15 gennaio 1998, causa C-15/96, Schönig-Kougebetopoulou (Racc. pag. I-47).

9.

Con ordinanza 25 marzo 1998 il Verwaltungsgerichtshof ha invitato le parti nella controversia dinanzi ad esso pendente ad esprimersi sulla richiesta del cancelliere della Corte, osservando a titolo provvisorio che il punto di diritto che costituiva oggetto del procedimento pregiudiziale in questione era stato risolto a favore del sig. {Köbler}.

10.

Con ordinanza 24 giugno 1998 il Verwaltungsgerichtshof ha ritirato la sua domanda di pronuncia pregiudiziale e, con sentenza dello stesso giorno, ha respinto il ricorso del sig. {Köbler}, in quanto l'indennità speciale di anzianità di servizio costituiva un premio di fedeltà che giustificava obiettivamente una deroga alle disposizioni di diritto comunitario relative alla libera circolazione dei lavoratori.

11.

Nella sentenza 24 giugno 1998 si legge in particolare:

<(…) Il Verwaltungsgerichtshof, nella sua ordinanza 22 ottobre 1997 con cui è stata sollevata la questione pregiudiziale [nella causa C-382/97], ha ammesso che l'indennità speciale di anzianità di servizio dei professori universitari di ruolo non riveste il carattere né di un premio di fedeltà né di una gratifica, ma costituisce parte della retribuzione nell'ambito del sistema di avanzamento di carriera.

Questo punto di visto giuridico, formulato in maniera non vincolante nei confronti delle parti nel procedimento contenzioso amministrativo, viene abbandonato.

(…)

Questo indica che l'indennità speciale di anzianità di servizio ai sensi dell'art. 50 bis del Gehaltsgesetz del 1956 non rientra nella determinazione del valore di mercato che deve essere effettuata nell'ambito del procedimento di nomina, ma che occorre ritenere che essa abbia come fine di offrire agli studiosi che circolano in un mercato del lavoro molto mobile uno stimolo positivo a uno svolgimento della carriera nelle università austriache. Essa non può quindi essere un elemento costitutivo della retribuzione e, avendo natura di premio di fedeltà, presuppone una determinata durata della prestazione di servizio in qualità di professore universitario di ruolo presso università austriache. Questa definizione non si oppone fondamentalmente a che l'indennità speciale di anzianità di servizio sia

concepita come un elemento della retribuzione mensile e a che questo premio di fedeltà abbia di conseguenza un carattere duraturo.

Poiché in Austria - per quanto riguarda il caso di specie - lo Stato federale è l'unico responsabile delle università, le disposizioni dell'art. 50 bis del Gehaltsgesetz del 1956 si applicano - contrariamente alla situazione che era alla base della sentenza [Schöning-Kougebetopoulou, cit.] - solo per un unico datore di lavoro. La presa in conto di periodi di servizio precedenti richiesta dal ricorrente rientra nell'ambito del valore di mercato nel corso delle trattative sulla nomina. La presa in conto di questi periodi di servizio precedenti ai fini dell'indennità speciale di anzianità di servizio non è prevista nemmeno per gli studiosi austriaci che riprendono l'insegnamento in Austria dopo aver svolto la loro attività all'estero e sarebbe incompatibile con l'intento di ricompensare una fedeltà di diversi anni verso un datore di lavoro, per il quale la Corte ha ammesso che giustifica una disposizione che viola di per sé il divieto di discriminazione.

Poiché l'asserito diritto, fatto valere nella fattispecie dal ricorrente, ad un'indennità speciale di anzianità di servizio ai sensi dell'art. 50 bis del Gehaltsgesetz del 1956 riguarda un premio di fedeltà previsto dalla legge e la Corte, per i motivi menzionati, ha ammesso che un tale sistema giustificava un regime che fosse in un certo qual modo incompatibile con il divieto di discriminazione, il ricorso basato sulla violazione di questo divieto di discriminazione dev'essere dichiarato infondato; esso andava quindi respinto (...)>.

12.

Il sig. {Köbler} ha presentato un ricorso per risarcimento danni contro la Repubblica d'Austria dinanzi al giudice del rinvio, affinché fosse riparato il danno che egli avrebbe subito a causa del mancato versamento di un'indennità speciale di anzianità di servizio. Egli sostiene che la sentenza del Verwaltungsgerichtshof del 24 giugno 1998 ha violato disposizioni di diritto comunitario direttamente applicabili, così come interpretate dalla Corte nelle sentenze in cui ha dichiarato che un'indennità speciale di anzianità di servizio non costituisce un premio di fedeltà.

13.

La Repubblica d'Austria sostiene che la sentenza del Verwaltungsgerichtshof del 24 giugno 1998 non viola il diritto comunitario direttamente applicabile. Inoltre, a suo parere, la decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado quale il Verwaltungsgerichtshof non può giustificare un obbligo di risarcimento a carico dello Stato.

Questioni pregiudiziali

14.

Il Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien, ritenendo che nella causa dinanzi ad esso pendente l'interpretazione del diritto comunitario fosse incerta e che una tale interpretazione fosse necessaria per emettere la sua pronuncia, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

<1) Se la giurisprudenza della Corte secondo cui per l'insorgere della responsabilità di uno Stato a causa di una violazione del diritto comunitario è indifferente quale organo di uno Stato membro debba rispondere di tale violazione (ad esempio, sentenza [Brasserie du pêcheur e Factortame, cit.]) sia applicabile anche nel caso in cui il comportamento

asseritamente contrario al diritto comunitario sia costituito dalla sentenza di un organo giurisdizionale supremo di uno Stato membro, come, nel caso di specie, il Verwaltungsgerichtshof.

2) In caso di soluzione affermativa della prima questione:

Se la giurisprudenza della Corte secondo cui spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro designare il giudice competente a risolvere liti vertenti sui diritti soggettivi scaturenti dall'ordinamento comunitario (ad esempio, sentenza [Dorsch Consult, cit.]) sia applicabile anche nel caso in cui il comportamento asseritamente contrario al diritto comunitario sia costituito dalla sentenza di un organo giurisdizionale supremo di uno Stato membro, come, nel caso di specie, il Verwaltungsgerichtshof.

3) In caso di soluzione affermativa della seconda questione:

Se l'opinione giuridica formulata nella surriferita sentenza del Verwaltungsgerichtshof, secondo cui l'indennità speciale per anzianità di servizio consiste in una sorta di premio di fedeltà, sia incompatibile con una norma di diritto comunitario direttamente applicabile, in particolare con il divieto di discriminazione indiretta di cui all'art. 48 del Trattato CE e con la pertinente giurisprudenza costante pronunciata dalla Corte al riguardo.

4) In caso di soluzione affermativa della terza questione:

Se la norma di diritto comunitario direttamente applicabile che è stata violata faccia sorgere in capo al ricorrente nella causa principale un diritto soggettivo.

5) In caso di soluzione affermativa della quarta questione:

Se la Corte disponga, sulla base degli elementi contenuti nella domanda di pronuncia pregiudiziale, di tutte le informazioni per poter valutare essa stessa se il Verwaltungsgerichtshof abbia oltrepasato in maniera manifesta e rilevante, nella fattispecie descritta nella causa principale, il potere discrezionale di cui dispone, o se si rimetta al giudice austriaco del rinvio per la soluzione di tale questione>.

Sulla prima e sulla seconda questione

15.

Con la prima e con la seconda questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede in sostanza se il principio secondo cui gli Stati membri sono obbligati a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario che sono ad essi imputabili si applichi anche allorché la violazione di cui trattasi deriva da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado e se, in caso affermativo, spetti all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro designare il giudice competente a risolvere le controversie relative a tale risarcimento.

Osservazioni presentate alla Corte

16.

Il sig. {Köbler}, i governi tedesco e dei Paesi Bassi nonché la Commissione ritengono che possa sussistere la responsabilità di uno Stato membro per violazione del diritto comunitario a causa di un illecito imputabile a un organo giurisdizionale. Tuttavia, questi governi unitamente alla Commissione ritengono che questa responsabilità debba essere limitata e assoggettata a diverse condizioni restrittive che si aggiungono a quelle già formulate nella citata sentenza Brasserie du pêcheur e Factortame.

17.

A tale riguardo, i governi tedesco e dei Paesi Bassi fanno valere che sussisterebbe una <violazione sufficientemente caratterizzata> ai sensi di questa sentenza solo se una decisione giudiziaria violasse in maniera particolarmente grave e manifesta il diritto comunitario vigente. Secondo il governo tedesco, la violazione di una norma giuridica da parte di un organo giurisdizionale è particolarmente grave e manifesta solo allorché l'interpretazione o la mancata applicazione del diritto comunitario, da un lato, è obiettivamente indifendibile e, dall'altro, dev'essere considerata soggettivamente una violazione intenzionale. Criteri restrittivi di tal genere sarebbero giustificati al fine di tutelare sia il principio dell'autorità della cosa giudicata sia l'indipendenza del potere giudiziario. Per il resto, un regime restrittivo di responsabilità dello Stato per i danni causati da decisioni giurisdizionali erranee risponde, secondo il governo tedesco, a un principio generale comune ai diritti degli Stati membri ai sensi dell'art. 288 CE.

18.

Il governo tedesco e il governo dei Paesi Bassi sostengono che la responsabilità dello Stato membro dovrebbe rimanere limitata alle decisioni giurisdizionali non impugnabili, in particolare poiché l'art. 234 CE imporrebbe un obbligo di rinvio pregiudiziale solo ai giudici che devono emettere tali decisioni. Il governo dei Paesi Bassi ritiene che la responsabilità dello Stato debba poter sussistere solo nel caso di una violazione grave e manifesta di tale obbligo di rinvio.

19.

La Commissione fa valere che una limitazione della responsabilità dello Stato per decisioni giurisdizionali esiste in tutti gli Stati membri ed è necessaria al fine di salvaguardare l'autorità della cosa giudicata delle decisioni finali nonché quindi la stabilità del diritto. Per tale motivo essa sostiene che una <violazione sufficientemente caratterizzata> del diritto comunitario sussiste solo allorché il giudice nazionale abusa manifestamente del suo potere o disconosce palesemente il senso e la portata del diritto comunitario. Nella fattispecie, l'illecito del Verwaltungsgerichtshof fatto valere sarebbe scusabile e tale carattere scusabile sarebbe uno dei criteri che consentono di concludere per l'assenza di una violazione sufficientemente caratterizzata del diritto (v. sentenza 4 luglio 2000, causa C-424/97, Haim, Racc. pag. I-5123, punto 43).

20.

Dal canto loro, la Repubblica d'Austria e il governo austriaco (in prosieguo, congiuntamente: la <Repubblica d'Austria>), nonché il governo francese e il governo del Regno Unito sostengono che non può sussistere la responsabilità di uno Stato membro per una violazione del diritto comunitario imputabile a un organo giurisdizionale. Essi fanno valere argomenti relativi all'autorità della cosa giudicata, al principio di certezza del diritto, all'indipendenza del potere giudiziario, alla collocazione del potere giudiziario nell'ordinamento giuridico comunitario nonché al confronto con i procedimenti dinanzi alla Corte di giustizia perché sia dichiarata la responsabilità della Comunità ai sensi dell'art. 288 CE.

21.

La Repubblica d'Austria fa valere in particolare che il riesame della valutazione in diritto di un organo giurisdizionale di ultimo grado sarebbe incompatibile con la funzione di un tale giudice, poiché il fine delle sue decisioni sarebbe di chiudere definitivamente una controversia. Per il resto, dato che il Verwaltungsgerichtshof avrebbe esaminato dettagliatamente il diritto comunitario nella sua sentenza 24 giugno 1998, sarebbe compatibile con il diritto comunitario escludere un'altra possibilità di ricorso dinanzi a un giudice austriaco. Inoltre, la Repubblica d'Austria sostiene che le condizioni perché sussista la responsabilità di uno Stato membro non possono differire da quelle che si applicano alla responsabilità della Comunità in circostanze analoghe. Dato che l'art. 288, secondo comma, CE non potrebbe essere applicato a una violazione del diritto comunitario da parte della Corte, poiché essa in tal caso sarebbe chiamata a risolvere una questione relativa a un danno che avrebbe essa stessa causato, di modo che sarebbe al tempo stesso giudice a parte, nemmeno la responsabilità degli Stati membri potrebbe sussistere per un danno causato da un organo giurisdizionale di ultimo grado.

22.

Per il resto, la Repubblica d'Austria fa valere che l'art. 234 CE non ha per oggetto di conferire diritti ai singoli. Infatti, nell'ambito di un procedimento pregiudiziale pendente dinanzi alla Corte, le parti della causa principale non potrebbero né modificare le questioni pregiudiziali né farle dichiarare senza oggetto (v. sentenza 9 dicembre 1965, causa 44/65, Singer, Racc. pag. 1191). Inoltre, solo la violazione di una disposizione che ha per oggetto di conferire diritti ai singoli potrebbe, eventualmente, far sussistere la responsabilità dello Stato membro. Pertanto, quest'ultima non potrebbe sussistere per una violazione dell'art. 234 CE da parte di un organo giurisdizionale di ultimo grado.

23.

Il governo francese sostiene che il riconoscimento di un diritto a risarcimento a causa di un'applicazione asseritamente erronea del diritto comunitario in una decisione definitiva di un giudice nazionale sarebbe incompatibile con il principio del rispetto dell'autorità della cosa definitivamente giudicata, quale riconosciuto dalla Corte nella sua sentenza 1° giugno 1999, causa C-126/97, Eco Swiss (Racc. pag. I-3055). Questo governo fa valere in particolare che il principio dell'intangibilità della cosa definitivamente giudicata riveste un valore fondamentale nei sistemi giuridici basati sulla preminenza del diritto e sul rispetto delle decisioni giudiziarie. Ora, se la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte di un organo giurisdizionale fosse riconosciuta, questa preminenza e questo rispetto verrebbero rimessi in discussione.

24.

Il governo del Regno Unito sostiene che, in via di principio e salvo eccezione collegata in particolare alla violazione di un diritto fondamentale tutelato dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950 (in prosieguo: la <CEDU>), nessuna azione per responsabilità può essere avviata contro la Corona per decisioni giudiziarie. Esso aggiunge che il principio di tutela effettiva dei diritti conferiti dalle norme comunitarie, che sottintende il principio di responsabilità dello Stato, è lungi dall'essere assoluto e menziona a tale riguardo i termini

di decadenza. Questo principio potrebbe giustificare un ricorso per risarcimento contro lo Stato solo in rari casi, per talune decisioni giudiziarie nazionali tassativamente definite. I benefici che derivano dal riconoscimento di un diritto a risarcimento danni a causa di una decisione giudiziaria erronea sarebbero di conseguenza limitati. Il governo del Regno Unito ritiene che occorra bilanciare questi benefici e talune preoccupazioni molto rilevanti.

25.

A tale riguardo esso fa valere, in primo luogo, i principi di certezza del diritto e di autorità della cosa giudicata. La legge scoraggerebbe il fatto di rimettere in discussione decisioni giudiziarie, tranne che per la via dell'appello. Si tratterebbe di tutelare la parte vittoriosa e di rafforzare l'interesse generale alla certezza del diritto. In passato, la Corte si sarebbe mostrata disposta a limitare la portata del principio di tutela effettiva al fine di preservare i <principi che stanno alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali il principio della certezza del diritto e quello del rispetto della cosa giudicata che ne costituisce l'espressione> (sentenza *Eco Swiss*, cit., punti 43-48). Il riconoscimento della responsabilità dello Stato per un illecito del potere giudiziario creerebbe un rischio di confusione giuridica e lascerebbe le parti in causa nell'incertezza circa la loro situazione.

26.

In secondo luogo, il governo del Regno Unito fa valere che l'autorità e la reputazione del potere giudiziario sarebbero indebolite se un errore giudiziario potesse, nel futuro, sfociare in un'azione per risarcimento. In terzo luogo, esso sostiene che l'indipendenza del potere giudiziario costituisce nell'ordinamento costituzionale di tutti gli Stati membri un principio fondamentale, che non potrebbe tuttavia mai essere considerato acquisito. L'accettazione di una responsabilità dello Stato per atti giurisdizionali sarebbe tale da far sorgere il rischio di rimettere in discussione questa indipendenza.

27.

In quarto luogo, accordare ai giudici nazionali la competenza di decidere essi stessi in cause in cui si applica il diritto comunitario comporterebbe di accettare che questi giudici commettano talvolta errori contro i quali non è possibile ricorrere o che non è possibile correggere diversamente. Questo inconveniente sarebbe stato sempre considerato accettabile. A tale riguardo il governo del Regno Unito rileva che, nel caso in cui potesse sussistere la responsabilità dello Stato per un illecito del potere giudiziario, di modo che la Corte potesse essere indotta a pronunciarsi su una questione pregiudiziale vertente su tale punto, la Corte avrebbe non solo il potere di pronunciarsi sull'esattezza delle decisioni degli organi giurisdizionali supremi nazionali, ma anche quello di valutare il carattere serio e scusabile degli errori che questi potrebbero aver commesso. E' evidente che le conseguenze di tale situazione sui rapporti, d'importanza vitale, tra la Corte e i giudici nazionali non sarebbero benefiche.

28.

In quinto luogo, il governo del Regno Unito fa valere che potrebbe essere difficile determinare il giudice competente a giudicare una tale causa di responsabilità dello Stato, più in particolare nel Regno Unito in considerazione sia del suo sistema giurisdizionale unitario sia dell'applicazione restrittiva del principio <stare decisis>. In sesto luogo, esso

sostiene che, se può sussistere la responsabilità dello Stato per un illecito del potere giudiziario, allora deve poter sussistere allo stesso modo e alle stesse condizioni la responsabilità della Comunità per gli illeciti dei giudici comunitari.

29.

Per quanto riguarda in particolare la seconda questione pregiudiziale, il sig. {Köbler} nonché i governi austriaco e tedesco fanno valere che spetta all'ordinamento giuridico di ogni Stato membro designare il giudice competente a risolvere le controversie vertenti su diritti soggettivi derivati dal diritto comunitario. Tale questione dovrebbe quindi essere risolta affermativamente.

Giudizio della Corte

Sul principio della responsabilità dello Stato

30.

Occorre ricordare innanzi tutto che la Corte ha già dichiarato che il principio della responsabilità di uno Stato membro per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili è inerente al sistema del Trattato (sentenze 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90, C-9/90, Francovich e a., Racc. pag. I-5357, punto 35; Brasserie du pêcheur e Factortame, cit., punto 31; 26 marzo 1996, causa C-392/93, British Telecommunications, Racc. pag. I-1631, punto 38; 23 maggio 1996, causa C-5/94, Hedley Lomas, Racc. pag. I-2553, punto 24; 8 ottobre 1996, cause riunite C-178/94, C-179/94 e da C-188/94 a C-190/94, Dillenkofer e a., Racc. pag. I-4845, punto 20; 2 aprile 1998, causa C-127/95, Norbrook Laboratories, Racc. pag. I-1531, punto 106, e Haim, cit., punto 26).

31.

La Corte ha anche dichiarato che questo principio ha valore in riferimento a qualsiasi ipotesi di violazione del diritto comunitario commessa da uno Stato membro, qualunque sia l'organo di quest'ultimo la cui azione od omissione ha dato origine alla trasgressione (sentenze Brasserie du pêcheur e Factortame, cit., punto 32; 1° giugno 1999, causa C-302/97, Konle, Racc. pag. I-3099, punto 62, e Haim, cit., punto 27).

32.

Se nell'ordinamento giuridico internazionale lo Stato la cui responsabilità sorgerebbe in caso di violazione di un impegno internazionale viene considerato nella sua unità, senza che rilevi la circostanza che la violazione da cui ha avuto origine il danno sia imputabile al potere legislativo, giudiziario o esecutivo, tale principio deve valere a maggior ragione nell'ordinamento giuridico comunitario, in quanto tutti gli organi dello Stato, ivi compreso il potere legislativo, sono tenuti, nell'espletamento dei loro compiti, all'osservanza delle prescrizioni dettate dal diritto comunitario e idonee a disciplinare direttamente la situazione dei singoli (sentenza Brasserie du pêcheur e Factortame, cit., punto 34).

33.

In considerazione del ruolo essenziale svolto dal potere giudiziario nella tutela dei diritti che ai singoli derivano dalle norme comunitarie, la piena efficacia di queste ultime verrebbe rimessa in discussione e la tutela dei diritti che esse riconoscono sarebbe affievolita se fosse escluso che i singoli possano, a talune condizioni, ottenere un risarcimento allorché i loro diritti sono lesi da una violazione del diritto comunitario

imputabile a una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado di uno Stato membro.

34.

Occorre sottolineare a tale riguardo che un organo giurisdizionale di ultimo grado costituisce per definizione l'ultima istanza dinanzi alla quale i singoli possono far valere i diritti ad essi riconosciuti dal diritto comunitario. Poiché normalmente non può più costituire oggetto di riparazione una violazione di questi diritti in una decisione di un tale organo giurisdizionale che è divenuta definitiva, i singoli non possono essere privati della possibilità di far valere la responsabilità dello Stato al fine di ottenere in tal modo una tutela giuridica dei loro diritti.

35.

Del resto, in particolare, al fine di evitare che siano violati diritti conferiti ai singoli dal diritto comunitario, l'art. 234, terzo comma, CE prevede che un giudice avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno è tenuto a rivolgersi alla Corte.

36.

Pertanto, dalle esigenze relative alla tutela dei diritti dei singoli che fanno valere il diritto comunitario deriva che essi devono avere la possibilità di ottenere dinanzi ai giudici nazionali la riparazione del danno originato dalla violazione di questi diritti in seguito a una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado (v., in tal senso, sentenza *Brasserie du pêcheur e Factortame*, cit., punto 35).

37.

Taluni dei governi che hanno presentato osservazioni nell'ambito del presente procedimento hanno fatto valere che il principio della responsabilità dello Stato per i danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario non poteva essere applicato alle decisioni di un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado. A tal fine essi hanno dedotto argomenti relativi, in particolare, al principio di certezza del diritto, più in particolare all'autorità della cosa definitivamente giudicata, all'indipendenza e all'autorità del giudice nonché all'assenza di un giudice competente a statuire sulle controversie relative alla responsabilità dello Stato per tali decisioni.

38.

A tale riguardo occorre rilevare che l'importanza del principio dell'autorità della cosa definitivamente giudicata non può essere contestata (v. sentenza *Eco Swiss*, cit., punto 46). Infatti, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione.

39.

Occorre considerare tuttavia che il riconoscimento del principio della responsabilità dello Stato per la decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado non ha di per sé come conseguenza di rimettere in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata di una tale decisione. Un procedimento inteso a far dichiarare la responsabilità dello Stato

non ha lo stesso oggetto e non implica necessariamente le stesse parti del procedimento che ha dato luogo alla decisione che ha acquisito l'autorità della cosa definitivamente giudicata. Infatti, il ricorrente in un'azione per responsabilità contro lo Stato ottiene, in caso di successo, la condanna di quest'ultimo a risarcire il danno subito, ma non necessariamente che sia rimessa in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata della decisione giurisdizionale che ha causato il danno. In ogni caso, il principio della responsabilità dello Stato inerente all'ordinamento giuridico comunitario richiede un tale risarcimento, ma non la revisione della decisione giurisdizionale che ha causato il danno.

40.

Ne deriva che il principio dell'autorità della cosa definitivamente giudicata non si oppone al riconoscimento del principio della responsabilità dello Stato per la decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado.

41.

Non possono essere accolti nemmeno gli argomenti basati sull'indipendenza e sull'autorità del giudice.

42.

Per quanto riguarda l'indipendenza del giudice, occorre precisare che il principio di responsabilità di cui trattasi riguarda non la responsabilità personale del giudice, ma quella dello Stato. Ora, non sembra che la possibilità che sussista, a talune condizioni, la responsabilità dello Stato per decisioni giurisdizionali incompatibili con il diritto comunitario comporti rischi particolari di rimettere in discussione l'indipendenza di un organo giurisdizionale di ultimo grado.

43.

Per quanto riguarda l'argomento relativo al rischio che l'autorità di un giudice di ultimo grado sia pregiudicata dal fatto che le sue decisioni divenute definitive possano essere rimesse in discussione implicitamente mediante un procedimento che consente di far dichiarare la responsabilità dello Stato a causa di tali decisioni, occorre constatare che l'esistenza di un rimedio giuridico che consenta, a talune condizioni, la riparazione degli effetti dannosi di una decisione giurisdizionale erronea potrebbe senz'altro essere considerata nel senso che corrobora la qualità di un ordinamento giuridico e quindi in definitiva anche l'autorità del potere giurisdizionale.

44.

Diversi governi hanno anche sostenuto che costituiva un ostacolo all'applicazione del principio della responsabilità dello Stato alle decisioni di un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado la difficoltà di designare un giudice competente a statuire su controversie relative al risarcimento dei danni derivanti da tali decisioni.

45.

A tale riguardo occorre considerare che, dato che, per motivi collegati essenzialmente alla necessità di assicurare ai singoli la tutela dei diritti ad essi riconosciuti dalle norme comunitarie, il principio della responsabilità dello Stato che è inerente all'ordinamento giuridico comunitario dev'essere applicato nei confronti delle decisioni di un organo

giurisdizionale nazionale di ultimo grado, spetta agli Stati membri consentire agli interessati di far valere questo principio mettendo a loro disposizione un rimedio giuridico adeguato. L'attuazione del detto principio non può essere compromessa dall'assenza di un foro competente.

46.

Secondo una costante giurisprudenza, in mancanza di una disciplina comunitaria, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare il giudice competente e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario (v. sentenze 16 dicembre 1976, causa 33/76, Rewe, Racc. pag. 1989, punto 5; 45/76, Comet, Racc. pag. 2043, punto 13; 27 febbraio 1980, causa 68/79, Just, Racc. pag. 501, punto 25, Francovich e a., cit., punto 42, e 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck, Racc. pag. I-4599, punto 12).

47.

Fermo restando che gli Stati membri devono assicurare, in ogni caso, una tutela effettiva dei diritti soggettivi derivati dall'ordinamento giuridico comunitario, non spetta alla Corte intervenire nella soluzione dei problemi di competenza che può sollevare, nell'ambito dell'ordinamento giudiziario nazionale, la definizione di determinate situazioni giuridiche fondate sul diritto comunitario (sentenze 18 gennaio 1996, causa C-446/93, SEIM, Racc. pag. I-73, punto 32, e Dorsch Consult, cit., punto 40).

48.

Occorre ancora aggiungere che, se considerazioni collegate al rispetto del principio dell'autorità della cosa definitivamente giudicata o dell'indipendenza dei giudici possono avere ispirato ai sistemi giuridici nazionali restrizioni, talvolta severe, alla possibilità di far dichiarare la responsabilità dello Stato per danni causati da decisioni giurisdizionali erronee, considerazioni di tale tipo non sono state tali da escludere in maniera assoluta questa possibilità. Infatti, l'applicazione del principio della responsabilità dello Stato alle decisioni giurisdizionali è stata ammessa anche se sotto forme diverse dalla maggior parte degli Stati membri, come l'avvocato generale ha rilevato ai paragrafi 77-82 delle sue conclusioni, anche se solo a condizioni restrittive ed eterogenee.

49.

Si può ancora rilevare che, nello stesso senso, la CEDU, e più in particolare il suo art. 41, consente alla Corte europea dei diritti dell'uomo di condannare uno Stato che ha violato un diritto fondamentale a compensare i danni che sono derivati da questo comportamento per la parte lesa. Dalla giurisprudenza della detta Corte deriva che una tale compensazione può essere concessa anche allorché la violazione deriva dal contenuto di una decisione di un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado (v. sentenza Cour eur. D. H. 21 marzo 2000, Dulaurans/Francia, non ancora pubblicata).

50.

Da quanto precede deriva che il principio secondo cui gli Stati membri sono obbligati a riparare i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario che sono loro imputabili si applica anche allorché la violazione di cui trattasi deriva da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado. Spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato

membro designare il giudice competente a risolvere le controversie relative a tale risarcimento.

Sulle condizioni della responsabilità dello Stato

51.

Per quanto riguarda le condizioni nelle quali uno Stato membro è tenuto a risarcire i danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili, emerge dalla giurisprudenza della Corte che esse sono tre, vale a dire che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di violazione grave e manifesta e che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi (sentenza Haim, cit., punto 36).

52.

La responsabilità dello Stato per danni causati dalla decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado che viola una norma di diritto comunitario è disciplinata dalle stesse condizioni.

53.

Per quanto riguarda più in particolare la seconda di queste condizioni e la sua applicazione al fine di stabilire un'eventuale responsabilità dello Stato per una decisione di un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado, occorre tener conto della specificità della funzione giurisdizionale nonché delle legittime esigenze della certezza del diritto come hanno fatto valere anche gli Stati membri che hanno presentato osservazioni in questo procedimento. La responsabilità dello Stato a causa della violazione del diritto comunitario in una tale decisione può sussistere solo nel caso eccezionale in cui il giudice abbia violato in maniera manifesta il diritto vigente.

54.

Al fine di determinare se questa condizione sia soddisfatta, il giudice nazionale investito di una domanda di risarcimento dei danni deve tenere conto di tutti gli elementi che caratterizzano la controversia sottoposta al suo sindacato.

55.

Fra tali elementi compaiono in particolare il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere intenzionale della violazione, la scusabilità o l'inescusabilità dell'errore di diritto, la posizione adottata eventualmente da un'istituzione comunitaria nonché la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE.

56.

In ogni caso, una violazione del diritto comunitario è sufficientemente caratterizzata allorché la decisione di cui trattasi è intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in questa materia (v., in tal senso, sentenza Brasserie du pêcheur e Factortame, cit., punto 57).

57.

Le tre condizioni richiamate al punto 51 della presente sentenza sono necessarie e sufficienti per attribuire ai singoli un diritto al risarcimento, senza tuttavia escludere che la

responsabilità dello Stato possa essere accertata a condizioni meno restrittive sulla base del diritto nazionale (v. sentenza *Brasserie du pêcheur e Factortame*, cit., punto 66).

58.

Con riserva del diritto al risarcimento che trova direttamente il suo fondamento nel diritto comunitario nel caso in cui queste condizioni siano soddisfatte, è nell'ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo Stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato, fermo restando che le condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna e non possono essere congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento (sentenze *Francovich e a.*, cit., punti 41-43, e *Norbrook Laboratories*, cit., punto 111).

59.

Da tutto quanto precede risulta che occorre risolvere le prime due questioni nel senso che il principio secondo cui gli Stati membri sono obbligati a risarcire i danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad essi imputabili è applicabile anche allorché la violazione di cui trattasi deriva da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado, sempreché la norma di diritto comunitario violata sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli, la violazione sia sufficientemente caratterizzata e sussista un nesso causale diretto tra questa violazione e il danno subito dalle parti lese. Al fine di determinare se la violazione sia sufficientemente caratterizzata allorché deriva da una tale decisione, il giudice nazionale competente deve, tenuto conto della specificità della funzione giurisdizionale, accertare se tale violazione presenti un carattere manifesto. Spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro designare il giudice competente a risolvere le controversie relative al detto risarcimento.

Sulla terza questione

60.

Occorre ricordare in via preliminare che, secondo una costante giurisprudenza, la Corte, nell'ambito dell'applicazione dell'art. 234 CE, non è competente a statuire sulla compatibilità di una norma nazionale con il diritto comunitario. La Corte può tuttavia ricavare dal testo delle questioni formulate dal giudice nazionale, tenuto conto dei dati da questi esposti, gli elementi attinenti all'interpretazione del diritto comunitario onde consentire al detto giudice di risolvere il problema giuridico sottopostogli (v., in particolare, sentenza 3 marzo 1994, cause riunite C-332/92, C-333/92 e C-335/92, *Eurico Italia e a.*, Racc. pag. I-711, punto 19).

61.

Con la terza questione il giudice del rinvio intende in sostanza accertare se gli artt. 48 del Trattato e 7, n. 1, del regolamento (CEE) del Consiglio 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità (GU L 257, pag. 2), debbano essere interpretati nel senso che si oppongono alla concessione, in condizioni quali quelle previste dall'art. 50 bis del GG, di un'indennità speciale di anzianità di servizio, la quale,

secondo l'interpretazione data dal Verwaltungsgerichtshof nella sua sentenza del 24 giugno 1998, costituisce un premio di fedeltà.

Osservazioni presentate alla Corte

62.

Il sig. {Köbler} fa valere innanzi tutto che l'indennità speciale di anzianità di servizio prevista dall'art. 50 bis del GG non è un premio di fedeltà, ma un elemento ordinario della retribuzione, così come il Verwaltungsgerichtshof avrebbe ammesso in un primo tempo. Inoltre, fino alla sentenza del Verwaltungsgerichtshof del 24 giugno 1998, nessun giudice austriaco avrebbe ritenuto che la detta indennità costituisse un premio di fedeltà.

63.

Inoltre, anche nel caso in cui questa indennità fosse un premio di fedeltà e un tale premio potesse giustificare una discriminazione indiretta, il sig. {Köbler} sostiene che non esiste una giurisprudenza costante e certa della Corte a tale riguardo. Stando così le cose, il Verwaltungsgerichtshof, ritirando la sua domanda di pronuncia pregiudiziale e adottando la sua decisione da solo, avrebbe oltrepassato i suoi poteri, poiché l'interpretazione e la definizione delle nozioni di diritto comunitario rientrerebbero nella competenza esclusiva della Corte.

64.

Infine, il sig. {Köbler} fa valere che i criteri di concessione dell'indennità speciale di anzianità di servizio escludono che sia giustificata la discriminazione indiretta che essa opera nei suoi confronti. Questa indennità sarebbe dovuta indipendentemente dall'accertare in quale università austriaca il richiedente abbia svolto le sue funzioni e non sarebbe nemmeno richiesto che il richiedente abbia insegnato in maniera continuativa per quindici anni la stessa materia.

65.

Nel far presente che la Corte non può interpretare il diritto nazionale, la Repubblica d'Austria sostiene che occorre intendere la terza questione pregiudiziale nel senso che il giudice del rinvio intende ottenere un'interpretazione dell'art. 48 del Trattato. A tal riguardo essa afferma che la detta disposizione non si oppone a un sistema retributivo che consente di tener conto delle qualifiche acquisite presso altri datori di lavoro nazionali o stranieri da parte di un candidato a un impiego al fine della determinazione della sua retribuzione e che, inoltre, prevede un'indennità che può essere qualificata come premio di fedeltà, la cui concessione è collegata a una determinata durata del servizio presso lo stesso datore di lavoro.

66.

La Repubblica d'Austria fa presente che, tenuto conto del fatto che il sig. {Köbler}, in quanto professore universitario ordinario, si trova in un rapporto di impiego di diritto pubblico, il suo datore di lavoro è lo Stato austriaco. Pertanto, il professore che passa da un'università austriaca all'altra non cambierebbe datore di lavoro. La Repubblica d'Austria rileva che in Austria esistono anche università private. I professori che vi insegnano sarebbero dipendenti di questi organismi e non dello Stato, di modo che il loro rapporto di lavoro non sarebbe assoggettato alle disposizioni del GG.

67.

La Commissione fa valere dal canto suo che l'art. 50 bis del GG opera, in violazione dell'art. 48 del Trattato, una discriminazione tra i periodi di servizio compiuti nelle università austriache e quelli compiuti nelle università di altri Stati membri.

68.

Si deve constatare, secondo la Commissione, che il Verwaltungsgerichtshof ha ignorato nella sua valutazione finale la portata della citata sentenza Schöning-Kougebetopoulou. Alla luce dei nuovi elementi d'interpretazione del diritto nazionale, la Commissione ritiene che tale giudice avrebbe dovuto mantenere la sua domanda di pronuncia pregiudiziale riformulandola. Infatti, la Corte non avrebbe mai dichiarato esplicitamente che un premio di fedeltà possa giustificare una disposizione discriminatoria nei confronti dei lavoratori di altri Stati membri.

69.

Per il resto, la Commissione fa valere che, anche se l'indennità speciale di anzianità di servizio di cui trattasi nella causa principale dev'essere considerata un premio di fedeltà, essa non potrebbe giustificare un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori. Essa ritiene che, in via di principio, il diritto comunitario non si oppone a che un datore di lavoro cerchi di trattenere i lavoratori qualificati concedendo aumenti di retribuzione o premi al suo personale in funzione della durata del servizio nell'impresa. Tuttavia, il <premio di fedeltà> di cui all'art. 50 bis del GG si distinguerebbe dai premi che producono i loro effetti unicamente nell'ambito dell'impresa, in quanto esso agirebbe al livello dello Stato membro interessato, ad esclusione degli altri Stati membri, e pregiudicherebbe pertanto direttamente la libera circolazione degli insegnanti. Inoltre, le università austriache sarebbero in concorrenza non solo con gli istituti degli altri Stati membri, ma anche tra di loro. Ora, la detta disposizione non produrrebbe effetti relativamente a questo secondo tipo di concorrenza.

Giudizio della Corte

70.

L'indennità speciale di anzianità di servizio concessa dallo Stato austriaco, in qualità di datore di lavoro, ai professori universitari in forza dell'art. 50 bis del GG procura un beneficio finanziario che si aggiunge alla retribuzione di base, il cui importo è già collegato all'anzianità di servizio. Un professore universitario riceve la detta indennità se ha svolto questa professione per almeno quindici anni presso un'università austriaca e se inoltre riceve da almeno quattro anni l'indennità normale di anzianità di servizio.

71.

Pertanto, l'art. 50 bis del GG esclude, per la concessione dell'indennità speciale di anzianità di servizio che esso prevede, qualsiasi possibilità di prendere in conto i periodi di attività che un professore universitario ha effettuato in uno Stato membro diverso dalla Repubblica d'Austria.

72.

Si deve constatare che un tale regime può ostacolare la libera circolazione dei lavoratori sotto un duplice aspetto.

73.

In primo luogo, questo regime opera a danno dei lavoratori migranti cittadini di Stati membri diversi dalla Repubblica d'Austria, in quanto a questi lavoratori viene rifiutato il riconoscimento di periodi di servizio che essi hanno compiuto in questi Stati in qualità di professori universitari, per il solo motivo che questi periodi non sono stati effettuati in un'università austriaca (v., in tal senso, relativamente a una disposizione greca analoga, sentenza 12 marzo 1998, causa C-187/96, Commissione/Grecia, Racc. pag. I-1095, punti 20 e 21).

74.

In secondo luogo, questo rifiuto assoluto di riconoscere i periodi effettuati in qualità di professori universitari in uno Stato membro diverso dalla Repubblica d'Austria ostacola la libera circolazione dei lavoratori stabiliti in Austria, in quanto è tale da dissuadere questi ultimi dal lasciare il proprio paese per esercitare questa libertà. Infatti, al loro ritorno in Austria, i loro anni di esperienza in qualità di professori universitari in un altro Stato membro, quindi nell'esercizio di attività analoghe, non sarebbero presi in conto per l'indennità speciale di anzianità di servizio prevista dall'art. 50 bis del GG.

75.

Su queste considerazioni non incide la circostanza, fatta valere dalla Repubblica d'Austria, secondo cui la retribuzione dei professori universitari migranti, a causa della possibilità offerta dall'art. 48, n. 3, del GG di concedere loro una retribuzione di base più elevata al fine di incentivare l'assunzione di professori universitari stranieri, è spesso più vantaggiosa di quella che ricevono i professori universitari austriaci anche tenendo conto dell'indennità speciale di anzianità di servizio.

76.

Infatti, da un lato, l'art. 48, n. 3, del GG offre unicamente una semplice possibilità e non garantisce che il professore di un'università straniera riceverà all'atto della sua nomina in qualità di professore in un'università austriaca una retribuzione più elevata rispetto a quella dei professori universitari austriaci che hanno la stessa esperienza. Dall'altro, il complemento di retribuzione che l'art. 48, n. 3, del GG consente di offrire al momento dell'assunzione ha una natura completamente diversa rispetto all'indennità speciale di anzianità di servizio. Pertanto, la detta disposizione non impedisce che l'art. 50 bis del GG abbia per effetto una disparità di trattamento dei professori universitari migranti rispetto ai professori universitari austriaci e crea così un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori garantita dall'art. 48 del Trattato.

77.

Di conseguenza, una misura quale la concessione dell'indennità speciale di anzianità di servizio prevista dall'art. 50 bis del GG può ostacolare la libera circolazione dei lavoratori, cosa che è, in via di principio, vietata dagli artt. 48 del Trattato e 7, n. 1, del regolamento n. 1612/68. Una tale misura potrebbe essere ammessa solo se perseguisse uno scopo legittimo compatibile con il Trattato e fosse giustificata da imperiosi motivi d'interesse pubblico. Anche in tale ipotesi, però, la sua applicazione dovrebbe essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non dovrebbe eccedere quanto

necessario per farlo (v., in particolare, sentenze 31 marzo 1993, causa C-19/92, Kraus, Racc. pag. I-1663, punto 32; 30 novembre 1995, causa C-55/94, Gebhard, Racc. pag. I-4165, punto 37, e 15 dicembre 1995, causa C-415/93, Bosman, Racc. pag. I-4921, punto 104).

78.

Nella sua sentenza 24 giugno 1998 il Verwaltungsgerichtshof ha dichiarato che l'indennità speciale di anzianità di servizio prevista dall'art. 50 bis del GG costituiva, secondo il diritto nazionale, un premio inteso a ricompensare la fedeltà dei professori universitari austriaci nei confronti del loro unico datore di lavoro, ossia lo Stato austriaco.

79.

Occorre quindi esaminare se il fatto che la detta indennità costituisca, secondo il diritto nazionale, un premio di fedeltà possa essere considerato, in diritto comunitario, nel senso che indica che essa è ispirata da motivi imperativi di pubblico interesse che possono giustificare l'ostacolo alla libera circolazione che questa indennità comporta.

80.

A tale riguardo occorre rilevare, in via preliminare, che la Corte non ha ancora avuto l'occasione di stabilire se un premio di fedeltà potesse giustificare un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori.

81.

Ai punti 27 della citata sentenza Schönig-Kougebetopoulou, e 49 della sentenza 30 novembre 2000, causa C-195/98, Österreichischer Gewerkschaftsbund (Racc. pag. I-10497), la Corte ha respinto gli argomenti dedotti a tale riguardo, rispettivamente, dai governi tedesco e austriaco. Infatti, la Corte ha dichiarato che la normativa di cui era causa non poteva, in nessun caso, essere diretta a ricompensare la fedeltà di un lavoratore verso il suo datore di lavoro, poiché la maggiorazione di retribuzione che questo lavoratore riceveva per la sua anzianità di servizio era determinata dagli anni di servizio effettuati presso diversi datori di lavoro. Poiché nelle cause all'origine di queste sentenze la maggiorazione di retribuzione non costituiva un premio di fedeltà, non era necessario per la Corte esaminare se un tale premio potesse, di per sé, giustificare un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori.

82.

Nella fattispecie il Verwaltungsgerichtshof, nella sua sentenza 24 giugno 1998, ha dichiarato che l'indennità speciale di anzianità di servizio di cui all'art. 50 bis del GG ricompensa la fedeltà del lavoratore verso un solo datore di lavoro.

83.

Anche se non si può escludere che un obiettivo di favorire la fedeltà dei lavoratori ai loro datori di lavoro nell'ambito di una politica di ricerca o di insegnamento universitario costituisca un motivo imperativo di interesse pubblico, si deve constatare che, tenendo conto delle caratteristiche specifiche del provvedimento di cui trattasi nella causa principale, l'ostacolo che esso comporta non potrebbe essere giustificato in relazione a un tale obiettivo.

84.

Da un lato, benché tutti i professori universitari pubblici austriaci siano dipendenti di un unico datore di lavoro, ossia lo Stato austriaco, essi sono assegnati a diverse università. Ora, sul mercato del lavoro dei professori universitari, le diverse università austriache si trovano in concorrenza non solo con le università di altri Stati membri e quelle di paesi terzi, ma anche tra di loro. Per quanto riguarda questo secondo tipo di concorrenza, occorre constatare che il provvedimento di cui trattasi nella causa principale non è tale da favorire la fedeltà di un professore verso l'università austriaca dove esercita le sue funzioni.

85.

Dall'altro, se l'indennità speciale di anzianità di servizio mira a ricompensare la fedeltà dei lavoratori verso il loro datore di lavoro, essa ha anche come conseguenza di ricompensare i professori universitari austriaci che continuano ad esercitare la loro professione nel territorio austriaco. La detta indennità può quindi avere conseguenze sulla scelta operata da questi professori tra un impiego in un'università austriaca e un impiego nell'università di un altro Stato membro.

86.

Pertanto, l'indennità speciale di anzianità di cui trattasi nella causa principale non ha soltanto per effetto di compensare la fedeltà del lavoratore verso il suo datore di lavoro. Essa comporta anche una ripartizione del mercato del lavoro dei professori universitari nel territorio austriaco ed è incompatibile con il principio stesso della libera circolazione dei lavoratori.

87.

Da quanto precede risulta che una misura quale l'indennità speciale di anzianità di servizio prevista dall'art. 50 bis del GG comporta un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori che non può essere giustificato da un motivo imperativo di interesse pubblico.

88.

Pertanto, occorre risolvere la terza questione pregiudiziale dichiarando che gli artt. 48 del Trattato e 7, n. 1, del regolamento n. 1612/68 devono essere interpretati nel senso che si oppongono alla concessione, in condizioni quali quelle previste all'art. 50 bis del GG, di un'indennità speciale di anzianità di servizio che, secondo l'interpretazione data dal Verwaltungsgerichtshof nella sentenza 24 giugno 1998, costituisce un premio di fedeltà.

Sulla quarta e sulla quinta questione

89.

Con la quarta e con la quinta questione, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio intende accertare in sostanza se, nella fattispecie di cui alla causa principale, sussista la responsabilità dello Stato membro a causa di una violazione del diritto comunitario nella sentenza del Verwaltungsgerichtshof del 24 giugno 1998.

Osservazioni presentate alla Corte

90.

Per quanto riguarda la quarta questione il sig. {Köbler}, il governo tedesco e la Commissione fanno valere che l'art. 48 del Trattato è direttamente applicabile e fa sorgere per i singoli diritti soggettivi che le autorità e i giudici nazionali hanno l'obbligo di tutelare.

91.

La Repubblica d'Austria sostiene che occorre risolvere la quarta questione solo se la Corte non risolve le questioni precedenti nel senso che essa propone. Poiché la quarta questione sarebbe stata posta solo per il caso in cui venisse risolta affermativamente la terza questione, che essa ritiene irricevibile, la Repubblica d'Austria propone alla Corte di lasciare irrisolta tale quarta questione. Per il resto, essa fa valere che tale questione non è chiara, dato che l'ordinanza di rinvio non conterrebbe alcuna motivazione a tale riguardo.

92.

Per quanto riguarda la quinta questione, il sig. {Köbler} sostiene che essa debba essere risolta affermativamente, poiché la Corte disporrebbe di tutti gli elementi che le consentono di stabilire essa stessa se il Verwaltungsgerichtshof abbia oltrepassato in maniera manifesta e rilevante, nella fattispecie descritta nella causa principale, il potere discrezionale di cui dispone.

93.

La Repubblica d'Austria ritiene che spetti ai giudici nazionali applicare i criteri della responsabilità degli Stati membri per i danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario.

94.

Tuttavia, per il caso in cui la Corte risolvesse essa stessa la questione se sussista la responsabilità della Repubblica d'Austria, essa sostiene, in primo luogo, che l'art. 177 del Trattato CE (diventato art. 234 CE) non ha per oggetto di conferire diritti ai singoli. Essa ritiene quindi che questa condizione della responsabilità non sia soddisfatta.

95.

In secondo luogo, sarebbe indiscutibile che i giudici nazionali, nell'ambito di una controversia dinanzi ad essi pendente, dispongono di un ampio potere discrezionale per determinare se debbano formulare o meno una domanda di pronuncia pregiudiziale. A tale riguardo, la Repubblica d'Austria sostiene che, in quanto la Corte aveva ritenuto, nella sua sentenza *Schöning-Kougebetopoulou*, citata, che i premi di fedeltà non fossero, per principio, incompatibili con le disposizioni relative alla libera circolazione dei lavoratori, il Verwaltungsgerichtshof è pervenuto giustamente alla conclusione secondo cui, nella controversia ad esso sottoposta, poteva risolvere esso stesso le questioni di diritto comunitario.

96.

In terzo luogo, nel caso in cui la Corte ammettesse che il Verwaltungsgerichtshof non ha rispettato il diritto comunitario nella sua sentenza 24 giugno 1998, il comportamento di questo giudice non potrebbe in ogni caso essere qualificato come violazione caratterizzata del detto diritto.

97.

In quarto luogo, la Repubblica d'Austria sostiene che il ritiro da parte del Verwaltungsgerichtshof della domanda di pronuncia pregiudiziale sottoposta alla Corte non può in alcun caso presentare un nesso di causalità con il danno fatto valere in concreto dal sig. {Köbler}. Un tale argomento si baserebbe infatti sulla supposizione del tutto inammissibile che una pronuncia in via pregiudiziale della Corte avrebbe, in caso di

mantenimento della domanda, necessariamente confermato la tesi giuridica del sig. {Köbler}. In altri termini, esso implicherebbe che il danno costituito dal mancato pagamento dell'indennità speciale di anzianità di servizio per il periodo 1° gennaio 1995 - 28 febbraio 2001 non si sarebbe verificato se la domanda di pronuncia pregiudiziale fosse stata mantenuta e avesse dato luogo a una pronuncia della Corte. Ora, non sarebbe possibile basare gli argomenti di una parte nella causa principale stabilendo a priori quello che la Corte avrebbe deciso nell'ambito di un procedimento pregiudiziale né sarebbe ammissibile far valere un danno su tale base.

98.

Il governo tedesco sostiene, dal canto suo, che spetta al giudice nazionale competente determinare se le condizioni della responsabilità dello Stato membro siano soddisfatte.

99.

La Commissione ritiene che nella causa principale non sussista la responsabilità dello Stato membro. Infatti, benché, a suo parere, il Verwaltungsgerichtshof abbia, nella sentenza 24 giugno 1998, male interpretato la citata sentenza Schöning-Kougebetopoulou, e abbia inoltre violato l'art. 48 del Trattato dichiarando che l'art. 50 bis del GG non era incompatibile con il diritto comunitario, questa violazione sarebbe in qualche modo scusabile.

Giudizio della Corte

100.

Emerge dalla giurisprudenza della Corte che l'applicazione dei criteri che consentono di stabilire la responsabilità degli Stati membri per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario deve, in linea di principio, essere operata dai giudici nazionali (sentenza *Brasserie du pêcheur e Factortame*, cit., punto 58), in conformità degli orientamenti forniti dalla Corte per procedere a tale applicazione (sentenze *Brasserie du pêcheur e Factortame*, cit., punti 55-57; *British Telecommunications*, cit., punto 411; 17 ottobre 1996, cause riunite C-283/94, C-291/94 e C-292/94, *Denkavit e a.*, Racc. pag. I-5063, punto 49, e *Konle*, cit., punto 58).

101.

Tuttavia, nella presente causa, la Corte dispone di tutti gli elementi per stabilire se siano soddisfatte le condizioni necessarie perché sussista la responsabilità dello Stato membro.

Sulla norma giuridica violata, che deve conferire diritti ai singoli

102.

Le norme di diritto comunitario della cui violazione trattasi nella causa principale sono, come risulta dalla soluzione data alla terza questione, gli artt. 48 del Trattato e 7, n. 1, del regolamento n. 1612/68. Queste disposizioni precisano le conseguenze che derivano dal principio fondamentale della libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità vietando qualsiasi discriminazione basata sulla cittadinanza tra i lavoratori degli Stati membri, in particolare per quanto riguarda la retribuzione.

103.

Non si può contestare che queste disposizioni abbiano per oggetto di conferire diritti ai singoli.

Sulla violazione sufficientemente caratterizzata

104.

In via preliminare, occorre ricordare lo svolgimento del procedimento che ha dato luogo alla sentenza del Verwaltungsgerichtshof del 24 giugno 1998.

105.

Nella controversia pendente dinanzi a quest'ultimo tra il sig. {Köbler} e il Bundesminister für Wissenschaft, Forschung und Kunst (Ministro federale per le Scienze, la Ricerca e le Arti) circa il rifiuto di quest'ultimo di concedere al sig. {Köbler} l'indennità speciale di anzianità di servizio prevista dall'art. 50 bis del GG, il detto giudice, con ordinanza 22 ottobre 1997 registrata nella cancelleria della Corte con il n. C-382/97, ha sottoposto alla Corte una questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 48 del Trattato e degli artt. 1-3 del regolamento n. 1612/68.

106.

Il Verwaltungsgerichtshof fa presente in particolare nella sua ordinanza che, per risolvere la controversia dinanzi ad esso pendente, <è decisivo se sia incompatibile con il diritto comunitario quale risulta dall'art. 48 del Trattato (...) il fatto che il legislatore austriaco faccia dipendere da un periodo di servizio di quindici anni presso un'università austriaca l'indennità speciale per anzianità di servizio per professori universitari ordinari, la quale non ha né il carattere di un premio di fedeltà né quello di remunerazione, ma costituisce una parte della retribuzione nell'ambito del sistema di avanzamento>.

107.

Occorre constatare innanzi tutto che da questa ordinanza di rinvio risulta senza alcuna ambiguità che il Verwaltungsgerichtshof riteneva allora che, in forza del diritto nazionale, l'indennità speciale di anzianità di servizio in questione non costituisse un premio di fedeltà.

108.

Inoltre, dalle osservazioni scritte del governo austriaco nella causa C-382/97 risulta che, al fine di dimostrare che l'art. 50 bis del GG non potesse violare il principio della libera circolazione dei lavoratori sancito dall'art. 48 del Trattato, tale governo ha sostenuto unicamente che l'indennità speciale di anzianità di servizio prevista da questa disposizione costituiva un premio di fedeltà.

109.

Infine, occorre ricordare che la Corte aveva già dichiarato ai punti 22 e 23 della sua sentenza *Schöningh-Kougebetopoulou*, citata, che una misura che fa dipendere la retribuzione di un lavoratore dalla sua anzianità ma esclude ogni possibilità di prendere in conto periodi di lavoro comparabili compiuti presso la pubblica amministrazione di un altro Stato membro può violare l'art. 48 del Trattato.

110.

Visto che, da un lato, la Corte aveva già dichiarato che una tale misura poteva violare questa disposizione del Trattato e che, dall'altro, la sola giustificazione fatta valere a tal riguardo dal governo austriaco non era pertinente alla luce dell'ordinanza di rinvio stessa, il cancelliere della Corte, con lettera 11 marzo 1998, ha trasmesso la citata sentenza

Schöning-Kougebetopoulou al Verwaltungsgerichtshof al fine di consentirgli di esaminare se disponesse degli elementi d'interpretazione del diritto comunitario necessari per risolvere la controversia dinanzi ad esso pendente e gli ha chiesto se, alla luce di questa sentenza, ritenesse necessario mantenere la sua domanda di pronuncia pregiudiziale.

111.

Con ordinanza 25 marzo 1998 il Verwaltungsgerichtshof ha invitato le parti della causa dinanzi ad esso pendente a pronunciarsi sulla richiesta del cancelliere della Corte, osservando, in via provvisoria, che il punto di diritto che costituiva oggetto del procedimento pregiudiziale in questione era stato risolto a favore del sig. {Köbler}.

112.

Con ordinanza 24 giugno 1998 il Verwaltungsgerichtshof ha ritirato la sua domanda di pronuncia pregiudiziale ritenendo che il mantenimento di questa domanda fosse divenuto inutile per la soluzione della controversia. Esso ha indicato che la questione decisiva nella fattispecie era quella intesa ad accertare se l'indennità speciale di anzianità di servizio prevista dall'art. 50 bis del GG fosse o meno un premio di fedeltà e che tale questione doveva essere risolta nell'ambito del diritto nazionale.

113.

A tale riguardo il Verwaltungsgerichtshof, nella sua sentenza 24 giugno 1998, ha indicato che <[era] partito dal principio, nella sua ordinanza 22 ottobre 1997, (...) che l'indennità speciale di anzianità dei professori di università titolari non ha né il carattere di un premio di fedeltà né quello di una gratifica> e che <tale tesi giuridica, formulata in maniera non vincolante nei confronti delle parti nel procedimento contenzioso amministrativo, è abbandonata>. Infatti, il Verwaltungsgerichtshof perviene in questa sentenza alla conclusione che la detta indennità costituisce senz'altro un premio di fedeltà.

114.

Da quanto precede deriva che, dopo che il cancelliere della Corte ha chiesto al Verwaltungsgerichtshof se mantenesse la sua domanda di pronuncia pregiudiziale, quest'ultimo ha modificato la qualificazione, in diritto nazionale, dell'indennità speciale di anzianità di servizio.

115.

In seguito a questa riqualificazione dell'indennità speciale di anzianità di servizio prevista dall'art. 50 bis del GG, il Verwaltungsgerichtshof ha respinto il ricorso del sig. {Köbler}. Infatti, nella sua sentenza 24 giugno 1998 ha dedotto dalla citata sentenza Schöning-Kougebetopoulou che questa indennità, poiché doveva essere qualificata come premio di fedeltà, poteva essere giustificata anche se era di per sé incompatibile con il divieto di discriminazione sancito dall'art. 48 del Trattato.

116.

Ora, come risulta dai punti 80 e 81 della presente sentenza, la Corte, nella citata sentenza Schöning-Kougebetopoulou, non si è espressa sulla questione se e a quali condizioni potesse essere giustificato l'ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori che un premio di fedeltà comporta. Le considerazioni che il Verwaltungsgerichtshof ha dedotto dalla detta sentenza si basano quindi su un'erronea interpretazione di quest'ultima.

117.

Pertanto, visto che, da un lato, il Verwaltungsgerichtshof ha modificato la sua interpretazione del diritto nazionale qualificando la misura prevista all'art. 50 bis del GG come premio di fedeltà, dopo che la sentenza *Schöning-Kougebetopoulou*, citata, gli era stata inviata, e visto che, dall'altro, la Corte non aveva ancora avuto l'occasione di pronunciarsi circa la questione se potesse essere giustificato l'ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori che un premio di fedeltà comporta, il Verwaltungsgerichtshof avrebbe dovuto mantenere la sua domanda di pronuncia pregiudiziale.

118.

Infatti, questo giudice non poteva ritenere che la soluzione del punto di diritto in questione risultasse da una giurisprudenza consolidata della Corte o che non lasciasse adito ad alcun ragionevole dubbio (v. sentenza 6 ottobre 1982, causa 283/81, *CILFIT* e a., Racc. pag. 3415, punti 14 e 16). Pertanto, esso era obbligato, in forza dell'art. 177, terzo comma, del Trattato, a mantenere la sua domanda di pronuncia pregiudiziale.

119.

Inoltre, come risulta dalla soluzione della terza questione, una misura quale l'indennità speciale di anzianità di servizio prevista dall'art. 50 bis del GG, anche se può essere qualificata come premio di fedeltà, comporta un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori incompatibile con il diritto comunitario. Pertanto, il Verwaltungsgerichtshof ha violato il diritto comunitario con la sua sentenza del 24 giugno 1998.

120.

Occorre quindi esaminare se questa violazione del diritto comunitario rivesta un carattere manifesto tenuto conto in particolare degli elementi da prendere in considerazione a tal fine in conformità alle indicazioni che figurano ai punti 55 e 56 della presente sentenza.

121.

A tale riguardo occorre considerare, in primo luogo, che la violazione delle norme comunitarie che costituiscono oggetto della soluzione della terza questione non può di per sé ricevere una tale qualificazione.

122.

Infatti, il diritto comunitario non disciplina esplicitamente il punto se una misura intesa a favorire la fedeltà di un lavoratore verso il suo datore di lavoro, quale un premio di fedeltà, che comporta un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori, possa essere giustificata e quindi essere compatibile con il diritto comunitario. La detta questione non trovava una soluzione nemmeno nella giurisprudenza della Corte. Inoltre, tale soluzione non era ovvia.

123.

In secondo luogo, il fatto che il giudice nazionale di cui trattasi avrebbe dovuto, come è stato constatato al punto 118 della presente sentenza, mantenere la sua domanda di pronuncia pregiudiziale non è tale da inficiare detta conclusione. Infatti, nella fattispecie, il Verwaltungsgerichtshof aveva deciso di ritirare la domanda di pronuncia pregiudiziale ritenendo che la soluzione della questione di diritto comunitario da risolvere nella fattispecie fosse già data dalla citata sentenza *Schöning-Kougebetopoulou*. E' quindi a

causa della sua erronea interpretazione di questa sentenza che il Verwaltungsgerichtshof non ha più ritenuto necessario sottoporre alla Corte tale questione d'interpretazione.

124.

In tale contesto e in considerazione delle circostanze del caso di specie, non occorre considerare la violazione constatata al punto 119 della presente sentenza nel senso che ha carattere manifesto e quindi è sufficientemente caratterizzata.

125.

Si deve aggiungere che questa soluzione non pregiudica gli obblighi derivanti, per lo Stato membro interessato, dalla soluzione data dalla Corte alla terza questione pregiudiziale.

126.

Occorre quindi risolvere la quarta e la quinta questione nel senso che una violazione del diritto comunitario quale quella derivante, nelle circostanze della fattispecie di cui alla causa principale, dalla sentenza del Verwaltungsgerichtshof del 24 giugno 1998 non ha il carattere manifesto richiesto affinché sussista, in forza del diritto comunitario, la responsabilità di uno Stato membro a causa di una decisione di uno dei suoi organi giurisdizionali di ultimo grado.

Sulle spese

127.

Le spese sostenute dai governi austriaco, francese, tedesco, dei Paesi Bassi e del Regno Unito nonché dalla Commissione, che hanno presentato osservazioni alla Corte, non possono dar luogo a rifusione. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese.

PQM

Per questi motivi,

LA CORTE,

pronunciandosi sulle questioni sottoposte dal Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien con ordinanza 7 maggio 2001, dichiara:

1) Il principio secondo cui gli Stati membri sono obbligati a riparare i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario che sono loro imputabili si applica anche allorché la violazione di cui trattasi deriva da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado, sempreché la norma di diritto comunitario violata sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli, la violazione sia sufficientemente caratterizzata e sussista un nesso causale diretto tra questa violazione e il danno subito dalle parti lese. Al fine di determinare se la violazione sia sufficientemente caratterizzata allorché deriva da una tale decisione, il giudice nazionale competente deve, tenuto conto della specificità della funzione giurisdizionale, accertare se tale violazione presenti un carattere manifesto. Spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro designare il giudice competente a risolvere le controversie relative al detto risarcimento.

2) Gli artt. 48 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 39 CE) e 7, n. 1, del regolamento (CEE) del Consiglio 15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione

dei lavoratori all'interno della Comunità, devono essere interpretati nel senso che si oppongono alla concessione, in condizioni quali quelle previste all'art. 50 bis del Gehaltsgesetz 1956 (legge sulle retribuzioni del 1956), come modificato nel 1997, di un'indennità speciale di anzianità di servizio che, secondo l'interpretazione data dal Verwaltungsgerichtshof (Austria) nella sentenza 24 giugno 1998, costituisce un premio di fedeltà.

3) Una violazione del diritto comunitario quale quella derivante, nelle circostanze della fattispecie di cui alla causa principale, dalla sentenza 24 giugno 1998 del Verwaltungsgerichtshof non ha il carattere manifesto richiesto affinché sussista, in forza del diritto comunitario, la responsabilità di uno Stato membro a causa di una decisione di uno dei suoi organi giurisdizionali di ultimo grado.

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 30 settembre 2003.

Fonti: Riv. dir. internaz. 2009, 4, 1179

Classificazione: COSA GIUDICATA IN MATERIA CIVILE - In genere

Principio dell'autorità della cosa giudicata - Sentenza nazionale definitiva in contrasto con il diritto comunitario - Primato del diritto comunitario - Normativa in materia fiscale - Applicazione effettiva del diritto comunitario - Principio della certezza del diritto.

L'interpretazione dell'art. 2909 c.c. italiano secondo la quale, nelle controversie in materia fiscale, la cosa giudicata ha portata vincolante anche se gli accertamenti operati in tale occasione si riferiscono ad un periodo di imposta diverso deve essere valutata alla luce del principio della effettività. Tale interpretazione non solo impedisce di rimettere in questione una decisione non conforme al diritto comunitario che abbia acquistato efficacia di giudicato, ma impedisce altresì al contribuente di contestare, in occasione di un successivo controllo giurisdizionale relativo a un diverso esercizio fiscale, un accertamento vertente su un punto fondamentale comune contenuto nella decisione divenuta definitiva. Di conseguenza, qualora la decisione giurisdizionale definitiva sia fondata su un'interpretazione non conforme al diritto comunitario, l'applicazione non corretta delle norme nazionali si riprodurrebbe per ciascun nuovo esercizio fiscale, senza che sia possibile correggere tale erronea interpretazione. Un ostacolo di tale portata all'applicazione delle norme comunitarie in materia di i.v.a. non può essere ragionevolmente giustificato dal principio della certezza del diritto.

Fonti: Riv. dir. internaz. 2009, 4, 1179

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Fonti - - principi generali

Principio dell'autorità della cosa giudicata - Sentenza nazionale definitiva in contrasto con il diritto comunitario - Primato del diritto comunitario - Normativa in materia fiscale - Applicazione effettiva del diritto comunitario - Principio della certezza del diritto.

Il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste importanza sia nell'ordinamento giuridico comunitario sia negli ordinamenti nazionali giacché tende a garantire la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici nonché una corretta amministrazione della giustizia. Pertanto, il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali nazionali che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione anche quando ciò consentirebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione. La sentenza della Corte di giustizia nel caso Lucchini non rimette in discussione tali principi giacché riguarda una situazione del tutto particolare relativa alla ripartizione di competenze tra Stati membri e Comunità in materia di aiuti di Stato; occorre infatti considerare che la Commissione dispone di una competenza esclusiva riguardo alla valutazione della compatibilità con il mercato comune delle disposizioni nazionali che conferiscono aiuti.

Fonti: Diritto e Giustizia online 2009 -Bollettino trib. 2009, 18, 1394 (nota di: TANCREDI)

Riv. dottori comm. 2009, 4, 872 (s.m) - Riv. dir. trib. 2009, 12, IV, 303 (nota di: LOMBARDI)

Europa e dir. priv. 2010, 1, 293 (nota di: GAVA) - Riv. it. dir. pubbl. comunit. 2010, 1, 277 (nota di: LO SCHIAVO) - Dir. comunitario e scambi internaz. 2010, 4, 657 (nota di: STILE)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Ce - disposizioni fiscali.

UNIONE EUROPEA - Fonti - - regole di interpretazione e di applicazione del diritto comunitario

Il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 c.c., in una causa vertente sull'i.v.a. concernente un'annualità fiscale per la quale non si è ancora avuta una decisione giurisdizionale definitiva, in quanto essa impedirebbe al giudice nazionale di prendere in considerazione le norme comunitarie in materia di pratiche abusive legate a detta imposta.

Nel procedimento C-2/08,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dalla Corte suprema di cassazione, con decisione 10 ottobre 2007, pervenuta in cancelleria il 2 gennaio 2008, nella causa

Amministrazione dell'Economia e delle Finanze,

Agenzia delle Entrate

contro

Fallimento Olimpclub Srl,

LA CORTE (Seconda Sezione),

composta dal sig. C.W.A. Timmermans, presidente di sezione, dai sigg. K. Schiemann (relatore), P. Kuris, L. Bay Larsen e dalla sig.ra C. Toader, giudici,

avvocato generale: sig. J. Mazák

cancelliere: sig.ra R. Seres, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 22 gennaio 2009,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Fallimento Olimpclub Srl, dall'avv. G. Tinelli;

- per il governo italiano, dalla sig.ra I. Bruni, in qualità di agente, assistita dal sig. P. Gentili e dalla sig.ra W. Ferrante, avvocati dello Stato;

- per il governo slovacco, dalla sig.ra B. Ricziová, in qualità di agente;

- per la Commissione delle Comunità europee, dal sig. E. Traversa e dalla sig.ra M. Afonso, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 24 marzo 2009,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'applicazione del principio dell'autorità di cosa giudicata in un contenzioso in materia di imposta sul valore aggiunto (in prosieguo: l'«IVA»).

2 Questa domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Fallimento Olimpclub Srl (in prosieguo: l'«Olimpclub») e l'Amministrazione dell'Economia e delle

Finanze (in prosieguo: l'«amministrazione fiscale») vertente su quattro avvisi di rettifica in materia di IVA inviati all'Olimpiclub per le annualità fiscali 1988-1991.

Normativa nazionale

3 L'art. 2909 del codice civile italiano, intitolato «Cosa giudicata», dispone quanto segue:

«L'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa».

4 Tale articolo è stato interpretato dalla Corte suprema di cassazione nella sua sentenza n. 13916/06 nei termini seguenti:

«(...) Qualora due giudizi tra le stesse parti abbiano riferimento al medesimo rapporto giuridico, ed uno di essi sia stato definito con sentenza passata in giudicato, l'accertamento così compiuto in ordine alla situazione giuridica ovvero alla soluzione di questioni di fatto e di diritto relative ad un punto fondamentale comune ad entrambe la cause, formando la premessa logica indispensabile della statuizione contenuta nel dispositivo della sentenza, preclude il riesame dello stesso punto di diritto accertato e risolto, anche se il successivo giudizio abbia finalità diverse da quelle che hanno costituito lo scopo ed il "petitum" del primo».

Causa principale e questione pregiudiziale

5 L'Olimpiclub, società a responsabilità limitata il cui oggetto sociale è la costruzione e la gestione di infrastrutture sportive, è proprietaria di un complesso di attrezzature sportive ubicate su un terreno di proprietà del demanio dello Stato italiano. Il 27 dicembre 1985 essa ha stipulato con l'Associazione Polisportiva Olimpiclub (in prosieguo: l'«Associazione»), associazione non avente scopo di lucro, i cui membri fondatori coincidevano per la maggior parte con i detentori delle quote sociali dell'Olimpiclub, un contratto che consentiva all'Associazione di usare tutte le attrezzature del complesso sportivo (in prosieguo: il «comodato»). A titolo di corrispettivo, l'Associazione doveva, in primo luogo, assumere a proprio carico il pagamento allo Stato italiano del canone demaniale (somma da versare ogni anno a titolo della concessione in uso del terreno), in secondo luogo, versare ogni anno ITL 5 milioni a titolo di rimborso delle spese forfettarie annuali e, in terzo luogo, trasferire all'Olimpiclub tutte le entrate lorde dell'Associazione, consistenti nell'ammontare complessivo delle quote associative annuali versate dai suoi soci.

6 Nel 1992, l'amministrazione fiscale ha effettuato verifiche concernenti detto comodato ed è giunta alla conclusione che le parti di tale contratto, mediante un atto formalmente lecito, avevano perseguito, in realtà, esclusivamente il fine di eludere la legge per conseguire un vantaggio fiscale. Così, l'Olimpiclub avrebbe trasferito ad un'associazione non avente fini di lucro tutte le incombenze amministrative e gestionali del complesso sportivo interessato, pur beneficiando del reddito prodotto da tale associazione sotto forma di quote associative versate dai membri della medesima e, a tale titolo, non soggetto ad IVA. Avendo pertanto considerato che il contratto di comodato era inopponibile, l'amministrazione fiscale ha attribuito all'Olimpiclub tutto il reddito lordo prodotto dall'Associazione durante gli anni oggetto del controllo fiscale e ha rettificato, di

conseguenza, con quattro avvisi di rettifica, le dichiarazioni dell'IVA presentate dall'Olimpiclub per le annualità fiscali 1988-1991.

7 L'Olimpiclub ha proposto un ricorso avverso tali avvisi di rettifica dinanzi alla Commissione tributaria provinciale di primo grado di Roma la quale ha accolto tale ricorso, dichiarando che l'amministrazione fiscale aveva erroneamente posto nel nulla gli effetti giuridici del contratto di comodato, poiché non aveva dimostrato l'esistenza di un accordo fraudolento.

8 L'amministrazione fiscale ha interposto appello avverso tale decisione dinanzi alla Commissione tributaria regionale del Lazio, la quale l'ha confermata. Secondo tale giudice, l'amministrazione fiscale non aveva dimostrato l'esistenza di un intento fraudolento delle due parti che avevano stipulato il comodato, posto che le ragioni che le avevano indotte a stipularlo potevano legittimamente essere individuate nell'antieconomicità della gestione diretta di attività essenzialmente sportive da parte di una società commerciale.

9 L'amministrazione fiscale ha proposto un ricorso per cassazione avverso tale ultima decisione dinanzi al giudice del rinvio. Intervenuto, nelle more, il fallimento dell'Olimpiclub, il curatore fallimentare si è costituito in giudizio nel procedimento per cassazione in qualità di resistente.

10 Nell'ambito di tale procedimento, il curatore ha fatto valere due sentenze della Commissione tributaria regionale del Lazio passate in giudicato e aventi ad oggetto avvisi di rettifica in materia di IVA redatti in seguito al medesimo controllo fiscale riguardante l'Olimpiclub, ma concernenti altre annualità fiscali, vale a dire le sentenze nn. 138/43/00 e 67/01/03, relative, rispettivamente, alle annualità fiscali 1992 e 1987.

11 Anche se tali sentenze si riferivano a periodi d'imposta diversi, gli accertamenti ivi operati nonché la soluzione adottata sarebbero diventati vincolanti nella causa principale, in virtù dell'art. 2909 del codice civile che sancisce il principio dell'autorità di cosa giudicata.

12 Risulta dalla decisione di rinvio che, in materia fiscale, i giudici italiani, interpretando l'art. 2909 del codice civile, sono restati a lungo ancorati al cosiddetto principio della frammentazione dei giudicati, in base al quale ogni annualità fiscale conserva la propria autonomia rispetto alle altre ed è oggetto, tra contribuente e fisco, di un rapporto giuridico distinto rispetto a quelli relativi alle annualità precedenti e successive, per cui, qualora le controversie vertenti su annualità diverse di una medesima imposta (pur riguardando questioni analoghe) siano decise con sentenze separate, ciascuna controversia conserva la propria autonomia e la decisione che vi pone fine non ha alcuna autorità di giudicato nei confronti delle controversie afferenti ad altre annualità fiscali.

13 Tuttavia, tale impostazione sarebbe stata recentemente modificata, in particolare per l'abbandono del principio della frammentazione dei giudicati. Ormai la soluzione derivante da una sentenza pronunciata in una controversia, quando gli accertamenti che vi si riferiscono riguardano questioni analoghe, può essere utilmente invocata in un'altra controversia, benché detta sentenza sia relativa ad un periodo d'imposta diverso da quello che costituisce l'oggetto del procedimento in cui è stata invocata.

14 Poiché le due sentenze menzionate al punto 10 della presente sentenza hanno accertato l'esistenza di validi motivi economici che giustificavano la stipulazione di un contratto di comodato tra l'Associazione e l'Olimpiclub, ed erano dunque favorevoli a quest'ultima, la convenuta nella causa principale ha sostenuto che il ricorso per cassazione deve essere dichiarato irricevibile in quanto è diretto a far statuire di nuovo sulle medesime questioni di diritto e di fatto.

15 È alla luce di tali elementi che il giudice del rinvio si considera vincolato da dette sentenze che attestano definitivamente il carattere reale, lecito e non fraudolento del comodato. Tuttavia, esso rileva che ciò potrebbe tradursi nella sua impossibilità di esaminare la causa principale alla luce della normativa comunitaria e della giurisprudenza della Corte in materia di IVA, in particolare della sentenza 21 febbraio 2006, causa C-255/02, Halifax e a. (Racc. pag. I-1609) e, eventualmente, di accertare l'esistenza di un abuso di diritto.

16 Il giudice del rinvio fa particolare riferimento alla sentenza 18 luglio 2007, causa C-119/05, Lucchini (Racc. pag. I-6199) in cui la Corte ha affermato che il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile, 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. Esso osserva che tale sentenza sembra illustrare una certa tendenza nella giurisprudenza della Corte a relativizzare il valore del giudicato nazionale e a esigere di non tener conto di tale giudicato al fine di rispettare il primato delle disposizioni del diritto comunitario ed evitare un conflitto con le medesime. Il giudice del rinvio si riferisce a tal proposito alle sentenze 1° giugno 1999, causa C-126/97, Eco Swiss (Racc. pag. I-3055); 28 giugno 2001, causa C-118/00, Lasy (Racc. pag. I-5063); 7 gennaio 2004, causa C-201/02, Wells (Racc. pag. I-723), nonché 13 gennaio 2004, causa C-453/00, Kühne & Heitz (Racc. pag. I-837).

17 Poiché la riscossione dell'IVA svolge un ruolo importante nella costituzione delle risorse proprie della Comunità europea, il giudice del rinvio si chiede se la giurisprudenza della Corte esiga che non sia riconosciuto carattere vincolante ad una sentenza nazionale che ha acquisito, in virtù del diritto interno, autorità di cosa giudicata. Nella causa principale, l'applicazione dell'art. 2909 del codice civile potrebbe impedire la piena attuazione del principio della lotta all'abuso di diritto, elaborato dalla giurisprudenza della Corte in materia di IVA quale strumento diretto a garantire la piena applicazione del regime comunitario dell'IVA, riferendosi tale giudice, a questo riguardo, alla citata sentenza Halifax e a..

18 In tale contesto, la Corte suprema di cassazione ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se il diritto comunitario osti all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come quella di cui all'art. 2909 [del codice civile], tesa a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, quando tale applicazione venga a consacrare un risultato contrastante con il diritto comunitario, frustrandone l'applicazione, anche in settori diversi da quello degli aiuti di Stato (per cui, v. [sentenza] (...) Lucchini [citata]) e, segnatamente, in materia di IVA e di

abuso di diritto posto in essere per conseguire indebiti risparmi d'imposta, avuto, in particolare, riguardo anche al criterio di diritto nazionale, così come interpretato dalla giurisprudenza d[ella Corte suprema di cassazione], secondo cui, nelle controversie tributarie, il giudicato esterno, qualora l'accertamento consacrato concerna un punto fondamentale comune ad altre cause, esplica, rispetto a questo, efficacia vincolante anche se formatosi in relazione ad un diverso periodo d'imposta».

Sulla questione pregiudiziale

19 Il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il diritto comunitario osti all'applicazione, in circostanze come quelle della causa principale, di una disposizione di diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile, in una controversia vertente sull'IVA afferente ad un'annualità fiscale per la quale non si è ancora avuta una sentenza definitiva, nel caso in cui la disposizione di cui trattasi impedisca a tale giudice di prendere in considerazione le norme di diritto comunitario in materia di pratiche abusive legate a detta imposta.

20 Occorre innanzitutto sottolineare che, per risolvere tale questione, è irrilevante che il giudice del rinvio non abbia esposto in modo dettagliato le ragioni per cui si potrebbe dubitare del carattere reale, lecito e non fraudolento del comodato.

21 L'Olimpiclub ha fatto valere il principio dell'autorità di cosa giudicata, come interpretato nell'ordinamento giuridico italiano e descritto al punto 13 della presente sentenza, per sostenere che l'accertamento del carattere reale, lecito e non fraudolento del comodato, contenuto nelle sentenze anteriori relative a periodi d'imposta diversi, ha carattere vincolante e definitivo.

22 A tal riguardo, occorre rammentare l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico comunitario sia negli ordinamenti giuridici nazionali. Infatti, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisprudenziali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione (sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, Köbler, Racc. pag. I-10239, punto 38, e 16 marzo 2006, causa C-234/04, Kapferer, Racc. pag. I-2585, punto 20).

23 Ne consegue che il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione (v. sentenza Kapferer, cit., punto 21).

24 In assenza di una normativa comunitaria in materia, le modalità di attuazione del principio dell'autorità di cosa giudicata rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi. Esse non devono tuttavia essere meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) né essere strutturate in modo da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v., in tal senso, sentenza Kapferer, cit., punto 22).

25 La citata sentenza Lucchini non è atta a rimettere in discussione l'analisi sopra svolta. Infatti, tale sentenza riguardava una situazione del tutto particolare in cui erano in questione principi che disciplinano la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e la Comunità in materia di aiuti di Stato, posto che la Commissione delle Comunità europee dispone di una competenza esclusiva per esaminare la compatibilità di una misura nazionale di aiuti di Stato con il mercato comune (v., in tal senso, sentenza Lucchini, cit., punti 52 e 62). La presente causa non solleva siffatte questioni di ripartizione delle competenze.

26 Nella fattispecie si pone, più in particolare, la questione se l'interpretazione del principio dell'autorità di cosa giudicata cui fa riferimento il giudice del rinvio, secondo cui, nelle controversie in materia fiscale, la cosa giudicata in una determinata causa, in quanto verte su un punto fondamentale comune ad altre cause, ha, su tale punto, una portata vincolante, anche se gli accertamenti operati in tale occasione si riferiscono ad un periodo d'imposta diverso, sia compatibile con il principio di effettività.

27 A tal riguardo, occorre ricordare che la Corte ha già affermato che ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario dev'essere esaminato tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali. Sotto tale profilo si devono considerare, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento (sentenza 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck, Racc. pag. I-4599, punto 14).

28 Occorre dunque esaminare più in particolare se l'interpretazione soprammenzionata dell'art. 2909 del codice civile possa essere giustificata alla luce della salvaguardia del principio della certezza del diritto, tenuto conto delle conseguenze che ne derivano per l'applicazione del diritto comunitario.

29 A tal riguardo occorre constatare, come fa peraltro lo stesso giudice del rinvio, che detta interpretazione non solo impedisce di rimettere in questione una decisione giurisdizionale che abbia acquistato efficacia di giudicato, anche se tale decisione comporti una violazione del diritto comunitario, ma impedisce del pari di rimettere in questione, in occasione di un controllo giurisdizionale relativo ad un'altra decisione dell'autorità fiscale competente concernente il medesimo contribuente o soggetto passivo, ma un esercizio fiscale diverso, qualsiasi accertamento vertente su un punto fondamentale comune contenuto in una decisione giurisdizionale che abbia acquistato efficacia di giudicato.

30 Una siffatta applicazione del principio dell'autorità di cosa giudicata avrebbe dunque la conseguenza che, laddove la decisione giurisdizionale divenuta definitiva sia fondata su un'interpretazione delle norme comunitarie relative a pratiche abusive in materia di IVA in contrasto con il diritto comunitario, la non corretta applicazione di tali regole si riprodurrebbe per ciascun nuovo esercizio fiscale, senza che sia possibile correggere tale erronea interpretazione.

31 Ciò premesso, va concluso che ostacoli di tale portata all'applicazione effettiva delle norme comunitarie in materia di IVA non possono essere ragionevolmente giustificati dal principio della certezza del diritto e devono essere dunque considerati in contrasto con il principio di effettività.

32 Di conseguenza, occorre risolvere la questione proposta nel senso che il diritto comunitario osta all'applicazione, in circostanze come quelle della causa principale, di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile, in una causa vertente sull'IVA concernente un'annualità fiscale per la quale non si è ancora avuta una decisione giurisdizionale definitiva, in quanto essa impedirebbe al giudice nazionale investito di tale causa di prendere in considerazione le norme comunitarie in materia di pratiche abusive legate a detta imposta.

Sulle spese

33 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

PQM

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

Il diritto comunitario osta all'applicazione, in circostanze come quelle della causa principale, di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile, in una causa vertente sull'imposta sul valore aggiunto concernente un'annualità fiscale per la quale non si è ancora avuta una decisione giurisdizionale definitiva, in quanto essa impedirebbe al giudice nazionale investito di tale causa di prendere in considerazione le norme comunitarie in materia di pratiche abusive legate a detta imposta.

Fonti: Foro Amministrativo - C.d.S. (II) 2013, 4, 944

Classificazione: OPERE PUBBLICHE (LAVORI PUBBLICI) (per i contratti pubblici di forniture e di servizi) - In genere

Giustizia amministrativa - In genere - Questione pregiudiziale da rimettere alla Corte di Giustizia U.E. - Fattispecie.

Ai sensi dell'art. 267 del trattato Ce e in relazione all'art. 23 statuto della Corte di giustizia, dell'art. 3 l. 13 marzo 1958 n. 204 e della Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte delle giurisdizioni nazionali, diramata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, vanno rimesse ad essa le seguenti questioni: "se lo stipulando contratto di locazione di cosa futura, anche sotto la forma di atto di impegno a locare, equivale ad un

appalto di lavori, sia pure con alcuni elementi caratteristici del contratto di locazione e, quindi, non può essere compreso fra i contratti esclusi dall'applicazione della disciplina di evidenza pubblica secondo l'art. 16 direttiva 2004/18/Ce"; "se, in caso di pronunciamento positivo sul primo quesito, può il giudice nazionale e, segnatamente, quello remittente, ritenere inefficace il giudicato eventualmente formatosi sulla vicenda in oggetto, in quanto abbia consentito la sussistenza di una situazione giuridica contrastante con il diritto comunitario degli appalti pubblici e se sia quindi possibile eseguire un giudicato in contrasto con il diritto comunitario".

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 3273 del 2007, proposto da:

Impresa Pizzarotti & C. S.p.A., rappresentata e difesa, da ultimo, dagli avv. Roberto Mastroianni, Marco Annoni, Diego Vaiano, e Felice Lorusso, con domicilio eletto presso l'avv. Diego Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio, 3;

contro

Comune di Bari, rappresentato e difeso dagli avv. Giuseppe Trisorio Liuzzi, Renato Verna, Rosanna Lanza, con domicilio eletto presso Roberto Ciociola in Roma, via Bertoloni, 37; Giunta Comunale di Bari, Consiglio Comunale di Bari;

nei confronti di

Complesso Residenziale Bari 2 S.r.l.; Commissione di Manutenzione della Corte d'Appello di Bari; Giuseppe Albenzio quale commissario ad acta; Ministero della Giustizia, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12; Regione Puglia in Persona del Presidente P.T., rappresentata e difesa dall'avv. Anna Bucci, con domicilio eletto presso l'Ufficio Delegazione Romana della Regione Puglia in Roma, via Barberini, 36;

sul ricorso numero di registro generale 5746 del 2010, proposto da: Impresa Pizzarotti & C. S.p.A., come sopra rappresentata, difesa e domiciliata;

contro

Comune di Bari, rappresentato e difeso dagli avv. Aldo Loiodice, Isabella Loiodice, Renato Verna, con domicilio eletto presso Aldo Loiodice in Roma, via Ombrone, 12 Pal. B;***nei confronti di***

Commissione di Manutenzione della Corte d'Appello di Bari;Ministero della Giustizia, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;-sulle istanze di Giuseppe Albenzio quale commissario ad acta proponente richiesta di chiarimenti ex art. 112, comma 5, c.p.a. con relazione del 10 agosto 2012 e con successiva relazione del 23 ottobre 2012;

per l'esecuzione

quanto al ricorso n. 3273 del 2007 e al ricorso n. 5746 del 2010:

della sentenza del Consiglio di Stato - Sez. V n. 04267/2007 e delle sentenze di ottemperanza del Consiglio di Stato - Sez. V n. 03817/2008, n. 2153/2010 e n. 8420/2010 rese tra le parti;

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero della Giustizia e della Regione Puglia in Persona del Presidente P.T., del Comune di Bari, della Commissione di Manutenzione della Corte d'Appello di Bari e del Prefetto di Bari quale Commissario ad Acta nominato con decisione del Consiglio di Stato, sez. V, n. 3817/2008;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2013 il Cons. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti gli avvocati Lorusso, Mastroianni , Bucci, e Isabella Loiodice;

1.Preliminarmente, devono essere riuniti i ricorsi di esecuzione in oggetto con le relative istanze commissariali per evidenti ragioni di connessione oggettiva e soggettiva.

2. La vicenda oggetto del presente giudizio di esecuzione trae origine dalla pubblicazione, in data 14 agosto 2003, da parte del Comune di Bari dell'avviso pubblico di "Ricerca di mercato" finalizzato alla realizzazione "nel più breve tempo possibile" di una nuova, idonea ed adeguata sede unica in cui accorpate tutti gli uffici giudiziari aventi sede nella città di Bari, secondo le indicazioni contenute nel documento predisposto dalla Corte d'Appello di Bari ed approvato dalla Commissione di Manutenzione.

Nell'avviso si specificavano le caratteristiche del progetto da presentare, si esigeva l'impegno del proponente ad avviare i lavori di costruzione delle opere entro il 31 dicembre dell'anno allora corrente (2003), si richiedevano chiare ed esaustive indicazioni circa gli oneri, con relative modalità di pagamento a carico dell'amministrazione comunale e della Giustizia, tenendo conto che le risorse disponibili erano pari a 43,5 milioni di euro, già assegnati, e a 3 milioni di euro relativi a canoni annuali all'epoca già sostenuti dal Comune per la locazione degli immobili sede degli uffici giudiziari.

Veniva selezionata, tra le quattro proposte pervenute, quella dell'impresa Pizzarotti, odierna ricorrente nell'incidente di esecuzione per cui è causa, in base alla quale talune

opere sarebbero state vendute all'amministrazione comunale (per 43 milioni di euro) e la restante parte locate per un canone di 3 milioni di euro all'anno.

Successivamente, veniva comunicata dal Ministero della Giustizia (nota 4 febbraio 2004) la perdita di parte dei fondi statali, che si riducevano a 18,5 milioni di euro. Veniva pertanto riformulata dall'impresa la proposta ridotta in funzione della nuova entità dei finanziamenti.

Nel settembre 2004 venivano meno anche i residui stanziamenti statali.

Con una ulteriore proposta, l'impresa comunicava che si sarebbero potute realizzare le opere in regime di locazione previste dall'offerta progettuale.

Data l'inerzia dell'amministrazione seguita alla conclusione della selezione ed ai contatti intercorsi tra essa e l'impresa, questa attivava la procedura per far valere l'illegittimità del silenzio serbato dall'Amministrazione (in base all'allora vigente art. 21-bis della legge 1034-1971) per sentir affermare l'obbligo del Comune di provvedere.

Dopo una prima sfavorevole sentenza del TAR Puglia (sent. n. 363 in data 8 febbraio 2007), fondata sull'insussistenza in capo alla ricorrente di una posizione tutelabile ai sensi del predetto art. 21-bis, il Consiglio di Stato (sentenza n. 4267-2007), in accoglimento dell'appello, riteneva non esaurito il procedimento con l'approvazione degli esiti della ricerca di mercato, cui era seguita la nota del Ministero della Giustizia n. 249 del 4 febbraio 2004 di sollecito circa la verifica della realizzabilità dell'opera anche in seguito dei mutamenti del quadro economico, e statuiva che l'Amministrazione comunale "nel rispetto dei principi di ragionevolezza, buona fede ed affidamento, deve, dando consequenzialità ai propri atti, dare al procedimento una conclusione plausibilmente congrua, verificando, nell'ambito delle proposte pervenute, la possibilità di realizzazione dell'opera nei limiti del mutato quadro economico".

La sentenza veniva impugnata dal Comune di Bari rispettivamente con ricorso per revocazione e con ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione.

Il ricorso per revocazione veniva dichiarato inammissibile con decisione di questa Sezione n. 3816-2008.

La Corte di Cassazione, con ordinanza resa a Sezioni unite n. 30059 in data 23 dicembre 2008, respingeva il ricorso, riconoscendo che l'art. 2 della L. n. 241 del 1990 in astratto attribuisce al privato un interesse legittimo alla conclusione dei procedimenti riferiti a rapporti caratterizzati da discrezionalità amministrativa, mentre attiene al merito, incensurabile in sede di ricorso per motivi di giurisdizione, la verifica in concreto dell'esistenza dei presupposti per l'accoglimento della domanda.

Giudicava, inoltre, la pronuncia esente dal vizio di eccesso di potere giurisdizionale, non contenendo essa alcuna autonoma statuizione di merito, essendosi limitata a richiamare i limiti dell'attività da compiere nel portare a termine il procedimento.

Veniva quindi nuovamente adito il Consiglio di Stato per l'esecuzione della sentenza n. 4267/2007.

Questa Sezione, con la decisione n. 3817-2008, riconosceva l'inottemperanza del Comune, nonostante l'adozione della delibera di G.C. n. 61 del 4 febbraio 2008, ed ordinava all'amministrazione comunale di dare piena ed integrale esecuzione al dictum racchiuso

nella decisione n. 4267-2007 nel termine di trenta giorni nominando, per il caso di ulteriore inottemperanza, Commissario ad acta il Prefetto di Bari per il compimento, anche tramite un suo delegato, in via sostitutiva di tutti gli atti necessari all'esecuzione della predetta decisione.

Successivamente, sono seguiti due provvedimenti, l'uno del Commissario ad acta delegato dal Prefetto di Bari in data 21 novembre 2008, l'altro di iniziativa del Comune, giunto al termine dei lavori di una Commissione di valutazione nominata per l'ottemperanza del giudicato, adottato con delibera di giunta n. 1207 del 24 novembre 2008.

Con il primo, il Commissario ha dato atto che le due offerte dell'impresa Pizzarotti sono contenute nel quadro di riferimento e valide sotto il profilo tecnico-funzionale, alla stregua delle prescrizioni dell'avviso di procedura e del quadro esigenziale in esso richiamato e che l'offerta del 1° aprile 2004 e successive modifiche è in linea con le attuali disponibilità economiche del Comune, ritenendo così concluso positivamente il procedimento relativo alla "ricerca di mercato".

Con il secondo, la Giunta comunale ha concluso il procedimento attivato con il bando del 14 agosto 2003 ravvisando la non conformità del progetto finale presentato dall'impresa Pizzarotti alle indicazioni del bando medesimo, in quanto riduttivo rispetto alle indicazioni del bando, stante il venir meno delle risorse pubbliche.

Hanno proposto incidente di esecuzione sia l'impresa che il Comune, lamentando la prima il mancato corretto adempimento dell'ordine del giudice, che avrebbe dovuto consistere nell'impegno contrattuale del Comune a realizzare l'opera, il secondo il mancato accertamento negativo delle condizioni per l'ulteriore corso del procedimento.

Il Consiglio di Stato, con decisione di esecuzione n. 2153 del 15 aprile 2010, ha accolto il ricorso dell'impresa e respinto quello del Comune.

Pur giudicando la correttezza dell'operato del Commissario ad acta, la Sezione ha tuttavia ritenuto la stessa incompleta, considerando necessario che l'attività di esecuzione dell'ordine del giudice sia portata a quella "conclusione plausibilmente congrua" imposta dalla decisione n. 4267 del 2007.

Di contro, con la medesima decisione, la Sezione ha considerato il procedimento posto in essere dal Comune fondato su presupposti erronei, contraddittorio nella decisione finale rispetto alle conclusioni della Commissione tecnica, carente di motivazione ed in contrasto con le risultanze dell'istruttoria, violativo dei principi di buona fede ed affidamento e di quello di consequenzialità dei propri atti.

Ha quindi dichiarato l'elusività della deliberazione di giunta comunale n. 1207-08, ritenendola altresì adottata in carenza assoluta di potere per essere intervenuta successivamente all'adozione dei provvedimenti del Commissario ad acta e ne ha accertato la nullità.

Ha stabilito inoltre che l'attività ulteriore avrebbe dovuto essere compiuta dall'organo di amministrazione straordinaria, in totale autonomia di poteri, con "l'obbligo di porre in essere, in via sostitutiva, tutti gli atti necessari all'esecuzione della predetta decisione n. 4267-07 (vale a dire, sussistendone gli altri presupposti normativi, in particolare la variante urbanistica a cui lo stesso Comune si era impegnato con il bando di gara e la stipulazione

del contratto con l'Impresa), finalizzati alla concreta "realizzazione della nuova cittadella della giustizia", utilizzando, se del caso, ove ritenuto utile ed opportuno, gli uffici della Prefettura di Bari, o altri ritenuti idonei."

Rilevata la positiva verifica da parte del Commissario ad acta circa la corrispondenza della proposta Pizzarotti al bando nonostante i mutamenti intervenuti nel quadro economico, ha stabilito che "dovrà procedersi all'adozione degli atti necessari alla concreta realizzazione della stessa, verificando, quanto agli ulteriori presupposti in fatto e in diritto, la coerenza di tali atti con il sistema normativo ed il quadro amministrativo comunale."

Ha poi giudicato la necessità di variante urbanistica come "autolimitazione per l'ente comunale" da cui il Comune non potrebbe discostarsi se non per particolari condizioni, nella specie non adombrate, disponendo che "il Commissario, nella qualità indicata, dovrà attivare le procedure occorrenti perché tale variante venga predisposta e, previa verifica degli altri presupposti normativi, adottata secondo le procedure di legge, utilizzando se del caso, ove legittimamente possibile, i procedimenti accelerati che la legge appresta per casi di realizzazione di opere di interesse generale o di interesse pubblico strettamente inteso. Nella vigenza della variante di piano, ove intervenuta, il Comune di Bari, per il tramite necessario del Commissario ad acta, dovrà in seguito altresì porre in essere ogni atto occorrente a verificare la possibilità di stipulare accordi contrattuali vincolanti con i soggetti interessati alla realizzazione dell'opera, ed in caso di esito positivo provvedere alla stipula di detti accordi".

Ha quindi assegnato il termine di centottanta giorni per la conclusione del procedimento.

Il Commissario ad acta, con proprio provvedimento in data 27 maggio 2010, ha dato atto "che l'avviso di ricerca di mercato dell'agosto 2003, così come innanzi è stato descritto nelle sue fasi e momenti, non ha avuto esito positivo."

A tali conclusioni è giunto, quanto alla prima proposta avanzata dall'impresa nel 2004 a seguito della prima riduzione degli stanziamenti statali (da euro 43.500.000,00 ad euro 18.500.000,00), poiché tra la proposta dell'impresa e l'obiettivo del Comune non vi è congruenza, non avendo l'impresa inteso di proporsi come locatrice e poiché la perdita di parte del finanziamento è tale da non consentire di raggiungere l'obiettivo del Comune; quanto alla seconda proposta, intervenuta in seguito alla perdita dell'intero finanziamento statale, consistente nell'offerta in locazione di fabbricati da realizzare da parte privata, poiché l'opera è priva delle caratteristiche di opera soggettivamente ed oggettivamente pubblica o di interesse pubblico, la collaborazione del privato al perseguimento degli obiettivi comunali è consistita nella mera presentazione di un progetto da realizzare mediante locazione, assolutamente inadeguato rispetto all'obiettivo comunale della realizzazione materiale e completa delle strutture giudiziarie rispetto a cui l'impresa è titolare di un mero interesse di fatto.

Ha poi considerato che la proposta consistente in un atto di impegno a locare, in quanto promessa unilaterale atipica, non è produttiva di effetti e non sarebbe praticabile sul piano operativo.

Ha inoltre ritenuto che non può essere ammesso alla fase contrattuale un soggetto terzo non presente nella fase procedimentale; che i tempi di costruzione e di acquisizione da

parte del terzo della proprietà confliggono con l'interesse dell'amministrazione a "chiudere" subito il contratto ; che il ricorso a tale modello contrattuale costituisce istituto eccezionale e marginale, applicabile solo ove risultino impraticabili le procedure ordinarie, nella specie configurabili tramite la procedura selettiva ex art. 153 d.lgs. n. 163 del 2006 per la quale si sarebbe già attivato il Comune di Bari; che osterebbe altresì la non conformità urbanistica delle aree interessate dal progetto non superabile attraverso la variante urbanistica , che il Comune avrebbe previsto nell'avviso di gara solo in ragione della natura pubblica del bene da realizzarsi, sotto il duplice profilo dei finanziamenti pubblici e della natura pubblica del soggetto proprietario.

Per la dichiarazione di nullità del suddetto provvedimento ha proposto nuovo ricorso per incidente di esecuzione l'impresa Pizzarotti, assumendone il contrasto con i contenuti e le conclusioni raggiunte nelle precedenti determinazioni dello stesso Commissario (provvedimenti del 6 e 21 novembre 2008) e con i principi stabiliti nella decisione del Consiglio di Stato n. 2153-2010; contravvenendo, invero, a quanto disposto in merito alla necessità di portare a compimento il procedimento già correttamente impostato con il provvedimento 21 novembre 2008, il Commissario avrebbe finito con il rimettere tutto in discussione ritornando su questioni già vagliate e sulle quali si erano già pronunciati sia il Consiglio di Stato che le Sezioni Unite della Corte di cassazione (ordinanze nn. 30059-08 e 18375-09).

Con sentenza di esecuzione n. 8420 del 3 dicembre 2010, questo Consiglio ha accolto il ricorso dell'impresa Pizzarotti.

Secondo questo Consiglio, le contrastanti conclusioni circa l'esito dell'avviso della ricerca di mercato (positive in base al provvedimento 21 novembre 2008, negative in base al provvedimento 27 maggio 2010) già evidenziano la contraddittorietà e l'elusività del provvedimento impugnato. E' chiaro, infatti, che l'esito della ricerca di mercato non può che essere uno solo ed è quello già definitivamente accertato con il provvedimento del 21 novembre 2008.

Sempre nella predetta sentenza di esecuzione n. 8420 del 3 dicembre 2010, questo Consiglio ha osservato che, quanto ai motivi adottati dal Commissario, l'offerta in locazione degli edifici non realizzabili tramite il finanziamento statale risale alla prima offerta ed è stata sempre mantenuta nelle successive proposte. Tale modalità di acquisizione degli immobili fu ritenuta, pertanto, sin dalla selezione dell'impresa e, di seguito, fino al provvedimento del Commissario delegato del 28 novembre 2008 , conforme agli obiettivi del Comune e non in contrasto con i tempi necessari alla realizzazione degli immobili.

Lo stesso è a dirsi per la natura dei beni da realizzare, la cui rispondenza all'interesse pubblico e funzionalità agli obiettivi generali di carattere pubblico sono state a suo tempo discrezionalmente valutate e confermate dal Commissario ad acta.

Quanto al coinvolgimento del terzo acquirente e locatore degli immobili da adibire ad uffici giudiziari, nella predetta sentenza di esecuzione n. 8420 del 3 dicembre 2010 si è osservato che vale la medesima considerazione della già operata positiva valutazione di tale modulo convenzionale sia in sede di procedura selettiva sia in sede di prima deliberazione del Commissario.

“E’ naturale ed evidente”, ha infatti statuito la sentenza n. 8420-2010, “che l’individuazione del soggetto, indicato nell’originaria proposta come “idoneo e qualificato” debba avvenire anteriormente alla stipula di qualunque convenzione, che questa debba produrre anche nei suoi confronti effetti obbligatori, che il terzo debba presentare tutti i requisiti, compresi quelli di capacità economica, che valgano ad assicurare l’adempimento delle obbligazioni, che debba, cioè, essere esperita una adeguata istruttoria culminante, nel caso di accertata presenza di tutti i presupposti in fatto e in diritto, nella conclusione di un contratto, come già affermato da questa Sezione. Per converso, emerge dall’atto oggetto del presente incidente di esecuzione che il Commissario non ha neppure tentato di approfondire questi aspetti, arrestandosi su ragioni astrattamente ostative smentite da quanto in precedenza accertato, così contravvenendo all’ordine del giudice che era quello di verificare i presupposti in fatto ed in diritto per dare concreta realizzazione alla proposta, rispetto alla quale l’interesse dell’impresa realizzatrice non è evidentemente solo di fatto, ma corrisponde al bene della vita consistente nella realizzazione e nella successiva vendita degli immobili”.

Lo stesso è a dirsi, sempre nella predetta sentenza di esecuzione n. 8420 del 3 dicembre 2010, per l’atto di impegno a locare, giudicato dal Commissario inidoneo perché improduttivo di effetti: il Commissario non ha minimamente tenuto conto della disponibilità dell’impresa (v. nota 19 maggio 2010) a puntualizzare e precisare, in una fase di confronto, gli atti convenzionali, coinvolgendo tutti i soggetti (compreso il terzo locatore) che avrebbero dovuto prendervi parte, ma si è limitato a trincerarsi dietro l’improduttività di effetti della promessa unilaterale.

Quanto, infine, alla non conformità urbanistica del progetto, nella predetta sentenza di esecuzione n. 8420 del 3 dicembre 2010 si è richiamato quanto stabilito dal giudice dell’ottemperanza nella decisione n. 2153-2010 in merito alla necessità da parte del Commissario di attivazione delle procedure occorrenti per la sua predisposizione e adozione, previa verifica degli altri presupposti normativi.

Inoltre, e il dato argomentativo è particolarmente saliente e pregnante proprio ai fini della valutazione della vicenda amministrativa che si intende sottoporre allo scrutinio della Corte di Giustizia, la predetta sentenza di esecuzione n. 8420 del 3 dicembre 2010 ha specificato espressamente, al punto 31 che “Inconferenti al caso di specie appaiono anche le considerazioni del Commissario delegato in merito all’insussistenza dei presupposti per la vendita di cosa futura. Sono di palmare evidenza, invero, le differenze intercorrenti tra la vendita di cosa futura – di cui può temersi l’utilizzazione allo scopo di dissimulare l’appalto di lavori e per questo circoscritta al ricorrere delle condizioni richiamate dal Commissario e chiaramente espone nel parere dell’Adunanza Generale del Consiglio di Stato del 17 febbraio 2000, richiamata nella delibera dell’Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici 9.6.2004, n. 105 – e la locazione di cosa futura, utilizzata dall’amministrazione, nel quadro di una generale politica di dismissione del patrimonio immobiliare, per fronteggiare la mancanza di risorse finanziarie necessarie per l’appalto e per la necessità di beni dotati di ben individuate caratteristiche strutturali e topografiche, non corrispondenti

evidentemente, nella specie, a giudizio dell'amministrazione comunale, a quelle degli edifici condotti in locazione al medesimo canone".

Per la sentenza n. 8420 del 2010, inoltre, è stata ritenuta tardiva e contraddittoria rispetto al decisum del giudice e al proprio atto del 21 novembre 2008 di dichiarazione di congruità della proposta con gli obiettivi del Comune, la valutazione del Commissario circa la preferibilità del ricorso allo strumento della finanza di progetto, peraltro mancante dell'indicazione del servizio sulla cui gestione il proponente potessa fondare un asseverabile piano economico-finanziario.

Conclusivamente, la predetta sentenza di esecuzione n. 8420 del 3 dicembre 2010 ha accolto il ricorso dell'impresa e, pertanto, ha dichiarato la nullità dell'atto del Commissario ad acta delegato in data 27 maggio 2010 in quanto emesso in violazione del giudicato.

Successivamente, il nuovo Commissario, Giuseppe Albenzio, designato dal Prefetto di Bari con provvedimento 29 gennaio 2011, in forza di quanto disposto da questa Sezione con le già cit. sentenze n. 2153-2010 e n. 8420-2010, dopo la proroga del termine per l'esecuzione dell'incarico disposta da questa Sezione con sentenza 3 agosto 2011, n. 4710, ha posto in essere tutte le attività necessarie per addivenire all'adozione della delibera di variante urbanistica al P.R.G. del Comune di Bari per i terreni interessati dalla costruzione della "Cittadella della Giustizia": la variante è stata adottata con delibera commissariale n. 1-12 del 23 aprile 2012.

Successivamente, inoltre, con determinazione dirigenziale del Servizio Ecologia della Regione, in riferimento alla Procedura di Valutazione Ambientale Strategica della Variante al P.R.G. da "Zona per attività di tipo A" in "Area destinata alle sedi giudiziarie, ivi comprese le strutture carcerarie e i servizi connessi alle attività giudiziarie", oggetto del giudizio, è stato espresso il prescritto parere motivato.

L'impresa Pizzarotti ha contestato la sottoposizione della Variante di Piano Regolatore adottata dal Commissario ad acta in luogo del Comune di Bari inottemperante, assumendone la valenza elusiva del giudicato.

Il Commissario ad acta per suo conto, con istanza del 10 agosto 2012 ha presentato dettagliate ed analitiche relazioni in merito alle attività svolte, chiedendo di ratificare l'operato, anche in riferimento alla nomina del RUP e del progettista della variante; di dare istruzioni sul prosieguo dell'attività dell'Ufficio commissariale, con particolare riferimento alla preannunziata apertura di procedura di infrazione da parte della Commissione Europea, autorizzando il Commissario a svolgere le ulteriori attività ritenute necessarie per l'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato in oggetto; di liquidare un acconto sulle competenze professionali del Commissario e dei professionisti che hanno collaborato alle attività sopra descritte (secondo le parcelle dagli stessi presentate) e il rimborso delle spese di amministrazione, viaggio e alloggio sino ad ora sostenute di prorogare il termine per l'esecuzione dell'incarico commissariale per il tempo necessario al completamento delle procedure per l'adozione della variante urbanistica e dei successivi strumenti contrattuali (termine non inferiore ad un anno solare).

In seguito, con relazione del 23 ottobre 2012 il Commissario ad acta ha rilevato che, nelle more dell'espletamento delle attività relative alla variante urbanistica di cui sopra si è

detto, la Commissione europea, su esposto del Sindaco di Bari, ha aperto l'istruttoria per la verifica dell'eventuale violazione e/o elusione della normativa europea in tema di affidamento di appalti pubblici di lavori per importi superiori ad € 4.845.000,00.

La Commissione, nel corso della pre-istruttoria di cui alla procedura EU-Pilot 232 1/11 MARK, ha chiesto al Dipartimento per le politiche europee e, per il tramite di esso, all'Ufficio commissariale, chiarimenti sui punti rilevanti della vicenda; detti chiarimenti sono stati forniti dal Commissario con relazioni del 29.9.2011, 19.11.2011, 7.12.2011, e nel corso degli incontri avuti con i funzionari della Commissione in Bruxelles in data 16.1.2012 e in Roma in data 22.3.2012.

Con nota del 3 ottobre 2012 il Dipartimento per le Politiche Europee della Commissione Europea ha comunicato all'Ufficio commissariale l'apertura di una procedura di infrazione nei confronti della Repubblica italiana da parte della Commissione europea, ai sensi dell'art. 258 TFUE, in ordine all'attività negoziale demandata al Commissario dalle decisioni del Consiglio di Stato sopra descritte.

Il Commissario, nella precitata relazione, al fine di evitare un fermo delle procedure di esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato, in attesa della conclusione della succitata procedura di infrazione e dell'eventuale giudizio dinanzi alla Corte di Giustizia, ha affermato che potrebbero essere soddisfatte le esigenze dell'Amministrazione, alternativamente:

- con l'autorizzazione al Commissario ad acta di rinviare la stipulazione dell'atto negoziale di completamento della esecuzione delle decisioni giudiziali, quale contratto di locazione semplice, al momento in cui l'immobile da adibire ad uffici giudiziari sia completato ed "esistente", senza la previa sottoscrizione di alcun atto di impegno, atteso che le obbligazioni che dovrebbero essere in esso contenute coincidono in sostanza con i deliberati delle precedenti sentenze i quali, ribaditi nell'emananda decisione del Collegio nella presente sede, possono ritenersi idonei a vincolare sin d'ora e direttamente il Commissario ad acta a sottoscrivere con l'Impresa Pizzarotti, o con il terzo soggetto che questa si è riservata di indicare, il contratto di locazione per l'immobile una volta che sarà completato e, quindi, esistente (con le caratteristiche individuate dalla Commissione di manutenzione e poste a base delle sentenze pronunziate e nei tempi pure già ivi considerati);

- con la indizione di una gara pubblica per l'affidamento in locazione all'Amministrazione comunale di un edificio da adibire a sede di tutti gli uffici giudiziari di Bari che risponda al "quadro esigenziale" predisposto dalla Commissione di Manutenzione presso la Corte d'Appello, quale sub-procedimento affidato al Commissario ad acta nell'ambito della procedura di esecuzione delle decisioni in epigrafe indicate, al fine di dissipare definitivamente i dubbi della Commissione europea; in tal senso, dovrebbero essere date all'Ufficio commissariale le necessarie competenze ed istruzioni.

3. Ritiene il Collegio, a questo punto, che debba essere rimessa alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ai sensi dell'art. 267 del Trattato CE, la questione pregiudiziale se, lo stipulando "contratto di locazione di cosa futura", anche sotto la forma ultima suggerita di "atto di impegno a locare" "equivalga ad un appalto di lavori, sia pure con alcuni elementi

caratteristici del contratto di locazione” e, quindi, non possa essere compreso fra i contratti esclusi dall’applicazione della disciplina di evidenza pubblica secondo l’art. 16 DIR 2004/18/CE, trasposto nell’art. 19 d.lgs. 163-2006, Codice dei contratti pubblici, ove si menzionano soltanto i contratti di acquisto o locazione di “fabbricati esistenti”, così come evidenziato, anche sotto il profilo della descrizione minuziosa del fatto, ricostruito in questa ordinanza e oggetto del predetto atto di avvio della procedura di infrazione disposta dalla Commissione Europea.

La Commissione ha in particolare osservato che va esclusa l’interpretazione della disposizione comunitaria suddetta come applicabile ai contratti di locazione di cosa futura che non solo non sono ricompresi tra le eccezioni alla procedura di appalto pubblico, ma in concreto costituiscono anche un impegno negoziale scritto tra un operatore economico ed un’amministrazione aggiudicatrice finalizzato a realizzare un’opera pubblica, in base ad indicazioni fornite da altra Amministrazione aggiudicatrice (cit. documento della Corte d’appello) in un documento paragonabile ad un capitolato speciale, pur nelle diverse alternative operative che il Commissario ad acta prospetta nella sua relazione contenente richiesta di chiarimenti ex art. 112, comma 5, c.p.a.

Per contro, il Commissario ad acta, nella relazione del 23 ottobre 2012, ha svolto osservazioni sulla inconfigurabilità del contratto di appalto alla stregua della direttiva sopracitata, sostenendo che nella locuzione “altri beni immobili” contenuta nel predetto art. 16, lett. a), della Direttiva citata, possono farsi rientrare anche i beni immobili non ancora realizzati oggetto di un contratto di locazione di cosa futura; questa ipotesi interpretativa troverebbe conforto nella finalità della Direttiva, come espressa nel Preambolo e nel Considerando n. 24 che stabilisce che “Nell’ambito dei servizi, gli appalti aventi per oggetto l’acquisto o la locazione di beni immobili o diritti su tali beni presentano caratteristiche particolari che rendono inappropriata l’applicazione delle norme di aggiudicazione degli appalti pubblici”; questa “non appropriatezza” potrebbe essere intesa come rivolta a tutti i diritti sui beni immobili, siano questi ultimi esistenti o meno.

Ha svolto alcune osservazioni anche l’impresa Pizzarotti che, tra l’altro, sottolinea come la procedura in questione non è diretta a realizzare un’opera pubblica nemmeno in senso soggettivo bensì un’opera realizzata da un soggetto privato, su aree di proprietà privata con esclusivo apporto di risorse private, per essere ceduta in locazione al Comune di Bari.

In particolare, essa rileva che il canone di locazione per 18 o anche per 12 anni da ultimo prospettato ammonta a euro 3.500.000 annui, oltre IVA, rispetto ad una spesa per la realizzazione dell’opera pari a euro 330.000.000. Ne consegue, afferma l’impresa, che il costo totale della locazione risulta enormemente più basso rispetto al valore dell’opera, di tal che le somme che il Comune dovrà versare al soggetto locatore non si possono qualificare come una forma indiretta di remunerazione della opera, sulla cui urgenza e necessità si è più volte espressa la Commissione di manutenzione presso la Corte d’appello di Bari.

A questo proposito il Collegio rileva che la ipotesi contrattuale di locazione (non ancora perfezionata) potrebbe trovare impedimento ove si accolga la tesi della Commissione europea, secondo cui il fatto che tale contratto non sia stato ancora concluso non

impedisce di considerare che l'appalto sia stato affidato con delibera del Comune di Bari n.1045 n.1045/2003 e che dunque ci sia stata una decisione di aggiudicazione ai sensi dell'art.2 par. 3, della direttiva 89//665/CEE, così come modificata.

Il sopravvenuto, serio dubbio ermeneutico in merito all'interpretazione delle disposizioni comunitarie derivante dall'avviata procedura di infrazione comunitaria impone al Consiglio di Stato, in qualità di giudice di ultima istanza, di provvedere (come peraltro richiesto anche dal Comune di Bari – cfr. note d'udienza del Comune per la Camera di Consiglio del 14 dicembre 2012) - a disporre in via pregiudiziale il rinvio della questione alla Corte di Giustizia, sussistendovi un chiaro obbligo (art. 267, comma 3, TFUE) discendente non solo dalla posizione formalmente di vertice che tale organo occupa nell'ordinamento giudiziario, ma anche dall'impossibilità che avverso le proprie sentenze sia possibile proporre un mezzo ordinario di impugnazione.

La giurisprudenza comunitaria ha, infatti, precisato che l'obbligo di rinvio a carico dei giudici di ultima istanza non trovi applicazione esclusivamente in tre ipotesi (cfr. Corte di Giustizia, 6 ottobre 1982, Cilfit, C-283/81; 15 settembre 2005, Intermodal Transports, C-495/03): 1) quando la sollevata questione di diritto dell'Unione non sia influente sulla causa di merito; 2) quando la risposta al quesito da sottoporre risulti da una giurisprudenza costante, indipendentemente dalla natura del procedimento in cui sia stata prodotta; 3) quando la corretta applicazione del diritto dell'Unione europea si imponga con un'evidenza tale da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da apprestare alla questione sollevata.

Il Collegio ritiene inoltre rilevante la questione, in quanto anche se si fosse formato il giudicato sul punto, come eccipisce l'impresa Pizzarotti, la questione di compatibilità comunitaria può essere comunque idonea a paralizzarne l'esecuzione, ove non si ritenga possibile eseguire una sentenza in contrasto con il diritto comunitario.

4. Il Collegio al riguardo rileva che il giudicato che si è formato in merito alla vicenda in oggetto, con la citata sentenza n. 4267-2007 di questo Consiglio, ritenuto non esaurito il procedimento con l'approvazione degli esiti della ricerca di mercato, cui era seguita la nota del Ministero della Giustizia n. 249 del 4 febbraio 2004 di sollecito circa la verifica della realizzabilità dell'opera anche in seguito dei mutamenti del quadro economico, è circoscritto dalla statuizione, suscettibile di molteplici e diverse soluzioni attuative, in un contesto del tutto peculiare, secondo cui l'Amministrazione comunale "nel rispetto dei principi di ragionevolezza, buona fede ed affidamento, deve, dando consequenzialità ai propri atti, dare al procedimento una conclusione plausibilmente congrua, verificando, nell'ambito delle proposte pervenute, la possibilità di realizzazione dell'opera nei limiti del mutato quadro economico".

Con le successive sentenze di esecuzione e con l'attività svolta dal Commissario ad acta che ne hanno dato in concreto effettuazione si è posta in essere un'attività che potrebbe ritenersi, se la questione pregiudiziale fosse risolta dalla Corte di Giustizia secondo la tesi del Comune di Bari e della stessa Commissione Europea che ha avviato, come detto, la procedura d'infrazione comunitaria, contrastante con la citata norma comunitaria.

Pertanto, potrebbe già in astratto porsi, come eccepito dal Comune di Bari nel presente procedimento, un problema di esatta perimetrazione degli effetti del giudicato, rendendo così rilevante la questione pregiudiziale comunitaria medesima.

Peraltro, è noto che, secondo la giurisprudenza di questo Consiglio, in sede di giudizio di ottemperanza il giudice amministrativo può esercitare cumulativamente, ove ne ricorrano i presupposti, sia poteri sostitutivi che poteri ordinatori e cassatori e può, conseguentemente, integrare l'originario disposto della sentenza con statuizioni che ne costituiscono non mera esecuzione, ma attuazione in senso stretto, dando luogo al c.d. giudicato a formazione progressiva (da ultimo, cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 2 febbraio 2011, n. 748; principio autorevolmente confermato dalla sentenza del Consiglio di Stato, Ad. Pl., 15 gennaio 2013, n. 2, intervenuta dopo l'udienza di discussione ma prima della redazione del presente provvedimento).

Tale interpretazione giurisprudenziale, pur non suffragata da alcuna norma specifica di diritto positivo, costituisce diritto vivente; nondimeno l'eventuale esistenza di un giudicato non rende irrilevante la questione pregiudiziale comunitaria.

Infatti, la Corte di Giustizia UE ha ritenuto, in alcuni casi, che il giudicato formatosi nei singoli ordinamenti nazionali, in riferimento alla definitività di situazioni giuridiche contrastanti con il diritto comunitario, non è ostativa alla corretta applicazione del diritto comunitario al caso concretamente già oggetto del giudicato medesimo.

In relazione alla tesi della ricorrente Pizzarotti, che richiama indirizzi della giurisprudenza comunitaria nel senso che essa valorizzi il principio di certezza del diritto e, per corollario, l'intangibilità dei giudicati emanati dai giudici nazionali, il Collegio rileva che la Corte di Giustizia ha espressamente affrontato, risolvendola negativamente, la questione se il principio dell'autorità di cosa giudicata di cui all'art. 2909 c.c. possa essere invocato come motivo di impossibilità di recupero di un aiuto di stato dichiarato incompatibile dalla Commissione (Corte di Giustizia CE, sentenza del 18 luglio 2007, C-119/05, Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini SpA).

Inoltre, la Corte di Giustizia ha stabilito, pur con alcune condizioni, che l'Amministrazione ha l'obbligo di agire in via di autotutela quando il provvedimento adottato contrasti con il diritto comunitario, restando indifferente l'esistenza di un giudicato di segno eventualmente diverso (In particolare, richiamandosi alla propria precedente giurisprudenza, Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 12 febbraio 2008, Kempster, causa C-2-06 e Corte di Giustizia CE 13 gennaio 2004, C-453-00, Kühne & Heitz).

Pertanto, nel caso di specie, si ritiene di dover anche sottoporre in via subordinata, ammesso che la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, stabilisca che lo stipulando "contratto di locazione di cosa futura", anche sotto la forma ultima suggerita di "atto di impegno a locare" o in tutte le forme proposte del Commissario ad acta nella sua relazione "equivalga ad un appalto di lavori, sia pure con alcuni elementi caratteristici del contratto di locazione" e, quindi, non possa essere compreso fra i contratti esclusi dall'applicazione della disciplina di evidenza pubblica secondo l'art. 16 DIR 2004/18/CE, la questione pregiudiziale se possa il giudice nazionale e, segnatamente, codesto Giudice remittente, ritenere inefficace il giudicato eventualmente formatosi sulla vicenda in oggetto, e

descritto in parte narrativa, in quanto abbia consentito la sussistenza di una situazione giuridica contrastante con il diritto comunitario degli appalti pubblici.

Pertanto, anche in considerazione dell'avvio del procedimento di infrazione comunitaria come sopra descritto, il Collegio giudica rilevanti le seguenti questioni pregiudiziali dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ai sensi dell'art. 267 del Trattato CE e in relazione all'art. 23 dello Statuto della Corte di Giustizia, dell'art. 3 della l. 13 marzo 1958, n. 204, della Nota informativa riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale da parte delle giurisdizioni nazionali, diramata dalla Corte di Giustizia e pubblicata sulla G.U.C.E. del 28 maggio 2011:

- "Se lo stipulando contratto di locazione di cosa futura, anche sotto la forma ultima suggerita di atto di impegno a locare equivalga ad un appalto di lavori, sia pure con alcuni elementi caratteristici del contratto di locazione e, quindi, non possa essere compreso fra i contratti esclusi dall'applicazione della disciplina di evidenza pubblica secondo l'art. 16 DIR 2004/18/CE";

- "Se, in caso di pronunciamento positivo sul primo quesito, possa il giudice nazionale e, segnatamente, codesto Giudice remittente, ritenere inefficace il giudicato eventualmente formatosi sulla vicenda in oggetto, e descritto in parte narrativa, in quanto abbia consentito la sussistenza di una situazione giuridica contrastante con il diritto comunitario degli appalti pubblici e se sia quindi possibile eseguire un giudicato in contrasto con il diritto comunitario".

5. Ai sensi della «nota informativa riguardante la proposizione di domande di pronuncia pregiudiziale da parte dei giudici nazionali» 2011/C 160/01 in G.U.C.E. 28 maggio 2011, vanno trasmessi alla cancelleria della Corte mediante plico raccomandato in copia gli atti del giudizio, comprensivi della presente ordinanza nonché di tutte le sentenze parziali adottate dal Collegio e indicate nell'oggetto della presente ordinanza.

Deve, conseguentemente, disporsi la sospensione del presente giudizio in relazione a tutti gli aspetti ancora pendenti, in attesa della decisione della Corte di Giustizia, cui l'affare deve essere rimesso, restando impregiudicata ogni altra questione, anche sulle spese.

PQM

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), rimette alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea le questioni pregiudiziali indicate in motivazione e, riservata ogni altra decisione, anche sulle spese, sospende il giudizio.

Dispone che il presente provvedimento, unitamente a copia degli atti di giudizio indicati in motivazione, sia trasmesso, a cura della Segreteria della Sezione, alla Cancelleria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolò Lotti, Consigliere, Estensore

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Fonti: Giur. it. 2007, 5, 1089 (nota di: DI SERI)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Fonti - - regole di interpretazione e di applicazione del diritto comunitario

Il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne allo scopo di riesaminare ed annullare una decisione giurisdizionale passata in giudicato qualora risulti che questa viola il diritto comunitario.

Fonti: Riv. dir. internaz. 2006, 2, 549

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Fonti - - regole di interpretazione e di applicazione del diritto comunitario

Trattato CE, art. 10 - Sentenza che viola il diritto comunitario - Regole processuali nazionali - Autorità di cosa giudicata.

Il principio di cooperazione enunciato dall'art. 10 del trattato Ce non impone ai giudici nazionali l'obbligo di disapplicare le norme processuali nazionali che attribuiscono ad una sentenza l'autorità di cosa giudicata qualora risulti che questa sentenza violi il diritto comunitario. Infatti, l'obbligo per il giudice di riesaminare una decisione definitiva adottata in violazione del diritto comunitario è soggetto alla condizione che egli disponga in virtù del diritto nazionale del potere di riesaminare tale decisione.

Fonti: Foro amm. CDS 2006, 1, 1 (s.m) - Foro amm. CDS 2006, 3, 691

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Sistema giurisdizionale - - in genere

Unione europea - Sistema giurisdizionale - Garanzia dei diritti di matrice comunitaria - Modalità procedurali interne - Principio di equivalenza - Principio di effettività.

Le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la salvaguardia dei diritti comunitari non possono essere meno favorevoli di quelle riguardanti analoghi ricorsi interni (principio di equivalenza); inoltre, le richiamate procedure non devono essere strutturate in modo da rendere in pratica impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività).

Fonti: Foro amm. CDS 2006, 1, 1 (s.m) - Foro amm. CDS 2006, 3, 691

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Sistema giurisdizionale - - in genere

Unione europea - Unione europea - Sistema giurisdizionale - Decisione giurisdizionale interna che statuisce sulla competenza Efficacia di giudicato Riapertura in sede d'appello Certezza del diritto Primato del diritto comunitario Art. 10 Ce.

Il principio di cooperazione (art. 10 Ce) non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne allo scopo di riesaminare ed annullare una decisione giurisdizionale contraria al diritto comunitario ma passata in giudicato. L'obbligo di riesaminare una decisione «definitiva» che risulti essere adottata in violazione del diritto comunitario sussiste a condizione che l'organo competente disponga, in virtù del diritto nazionale, del potere di tornare su tale decisione.

Nel procedimento C-234/04,
avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Landesgericht Innsbruck (Austria), con decisione 26 maggio 2004, pervenuta in cancelleria il 3 giugno 2004, nella causa tra
Rosmarie Kapferer

e

Schlank & Schick GmbH,
LA CORTE (Prima Sezione),

composta dal sig. P. Jann, presidente di sezione, dalla sig.ra N. Colneric (relatore), dai sigg. K. Lenaerts, E. Juhász e M. Ilešič, giudici,
avvocato generale: sig. A. Tizzano
cancelliere: sig. B. Fülöp, amministratore,
vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale dell'8 settembre 2005,

considerate le osservazioni presentate:

- per la {Schlank & Schick} GmbH, dai sigg. M. Alexander e M. Dreschers, Rechtsanwälte;
 - per la Repubblica d'Austria, dal sig. H. Dossi e dalla sig.ra S. Pfanner, in qualità di agenti;
 - per la Repubblica ceca, dal sig. T. Bo-ek, in qualità di agente;
 - per la Repubblica federale di Germania, dalla sig.ra A. Tiemann e dal sig. A. Günther, in qualità di agenti;
 - per la Repubblica francese, dalla sig.ra A. Bodard-Hermant nonché dai sigg. R. Abraham, G. de Bergues e J.-C. Niollet, in qualità di agenti;
 - per la Repubblica di Cipro, dalla sig.ra M. Chatzigeorgiou, in qualità di agente;
 - per il Regno dei Paesi Bassi, dalla sig.ra C.A.H.M. ten Dam, in qualità di agente;
 - per la Repubblica di Finlandia, dalla sig.ra T. Pynnä, in qualità di agente;
 - per il Regno di Svezia, dalla sig.ra A. Falk, in qualità di agente;
 - per il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, dalla sig.ra E. O'Neill, in qualità di agente, assistita dal sig. D. Lloyd-Jones, QC;
 - per la Commissione delle Comunità europee, dalla sig.ra A.-M. Rouchaud e dal sig. W. Bogensberger, in qualità di agenti,
- sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 10 novembre 2005, ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli artt. 10 CE e 15 del regolamento (CE) del Consiglio 22 dicembre 2000, n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (GU 2001, L 12, pag. 1).

2 Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia che vede opposti la sig.ra Kapferer, cittadina austriaca residente in Hall in Tirol (Austria), e la società, di diritto tedesco, di vendita per corrispondenza Schlank & Schick GmbH (in prosieguo: la «Schlank & Schick»), con sede in Germania, riguardo ad un'azione diretta a far condannare

quest'ultima a consegnare alla sig.ra Kapferer una vincita, poiché la detta società, con una lettera indirizzata nominativamente, aveva suscitato nella sig.ra Kapferer l'impressione che le fosse stato attribuito un premio.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

3 L'art 15, n. 1, del regolamento n. 44/2001 dispone quanto segue:
«Salve le disposizioni dell'articolo 4 e dell'articolo 5, punto 5, la competenza in materia di contratti conclusi da una persona, il consumatore, per un uso che possa essere considerato estraneo alla sua attività professionale è regolata dalla presente sezione:

(...)

c) in tutti gli altri casi, qualora il contratto sia stato concluso con una persona le cui attività commerciali o professionali si svolgono nello Stato membro in cui è domiciliato il consumatore o sono dirette, con qualsiasi mezzo, verso tale Stato membro o verso una pluralità di Stati che comprende tale Stato membro, purché il contratto rientri nell'ambito di dette attività».

4 Ai sensi dell'art. 16, n. 1, del medesimo regolamento, «[l]'azione del consumatore contro l'altra parte del contratto può essere proposta o davanti ai giudici dello Stato membro nel cui territorio è domiciliata tale parte, o davanti ai giudici del luogo in cui è domiciliato il consumatore».

5 L'art. 24 del regolamento n. 44/2001 dispone quanto segue:
«Oltre che nei casi in cui la sua competenza risulta da altre disposizioni del presente regolamento, il giudice di uno Stato membro davanti al quale il convenuto è comparso è competente. Tale norma non è applicabile se la comparizione avviene per eccepire l'incompetenza o se esiste un altro giudice esclusivamente competente ai sensi dell'articolo 22».

La normativa nazionale

6 L'art. 5 j della legge austriaca sulla tutela dei consumatori (Konsumentenschutzgesetz), nella versione che risulta dalla legge entrata in vigore il 1° ottobre 1999 (BGBl. I, 185/1999; in prosieguo: il «KSchG») dispone quanto segue:

«Gli imprenditori che inviano ad un determinato consumatore promesse di assegnazione di un premio o altre analoghe comunicazioni e con i termini di tale comunicazione suscitano l'impressione che il consumatore abbia vinto un determinato premio devono consegnare al consumatore tale premio; esso può anche essere richiesto in via giudiziaria».

7 L'art. 530 del codice di procedura civile austriaco (Zivilprozessordnung; in prosieguo: la «ZPO») sui presupposti per il ricorso per revisione dispone quanto segue:

«(1) Una causa conclusasi con una decisione definitiva sulla controversia può essere riaperta a seguito di ricorso per revisione proposto da una delle parti,

(...)

5. qualora una decisione di un giudice penale, su cui si fonda la decisione di cui trattasi, sia stata annullata da un'altra pronuncia passata in giudicato;

6. qualora la parte trovi o sia messa in grado di utilizzare una decisione anteriore già passata in giudicato, vertente sulla stessa domanda o sullo stesso rapporto giuridico e che statuisce definitivamente sulla controversia tra le parti del procedimento da riaprire;

7. qualora la parte venga a conoscenza di nuove circostanze di fatto ovvero trovi o sia messa in condizione di utilizzare nuove prove, la deduzione o utilizzazione delle quali, in precedenti procedimenti, avrebbe portato ad una decisione ad essa maggiormente favorevole.

(2) La riapertura della causa a seguito di ricorso per revisione per i motivi di cui al n. 1, punto 7, è ammissibile soltanto nel caso in cui la parte fosse impossibilitata, senza sua colpa, a far valere le nuove circostanze di fatto o le nuove prove prima della conclusione della trattazione orale a seguito della quale è stata emessa la decisione di primo grado».

8 L'art. 534 del medesimo codice dispone quanto segue:

«(1) Il ricorso deve essere proposto entro il termine perentorio di quattro settimane.

(2) Tale termine decorre:

(...)

4. nella fattispecie contemplata dall'art. 530, n. 1, punto 7, a partire dal giorno in cui la parte ha avuto la possibilità di dedurre in giudizio le circostanze di fatto e le prove di cui è venuta conoscenza.

(3) Il ricorso per revisione non può essere proposto decorsi dieci anni dal passaggio in giudicato della decisione di cui trattasi».

Controversia principale

9 La sig.ra Kapferer, in qualità di consumatrice, più volte aveva ricevuto per posta dalla Schlank & Schick materiale pubblicitario recante l'annuncio di presunte vincite. Dopo aver ricevuto un'ulteriore missiva a lei personalmente indirizzata, secondo la quale era a sua disposizione un premio in forma di accredito in contanti di ATS 53 750 (pari ad EUR 3 906,16), la sig.ra Kapferer ha ricevuto circa due settimane più tardi una busta contenente, tra l'altro, un buono d'ordine, una lettera relativa all'ultimo avviso riguardante l'accredito in contanti e un estratto conto. In base alle condizioni di partecipazione/assegnazione figuranti sul retro dell'ultimo avviso, la partecipazione all'assegnazione degli accrediti era subordinata ad un'ordinazione-prova non vincolante.

10 La sig.ra Kapferer ha quindi rispedito a Schlank & Schick il buono d'ordine in questione dopo avervi incollato la marca d'accredito ed apposto la propria firma sul retro del buono sotto la menzione «[h]o preso conoscenza delle condizioni di partecipazione», ma senza aver letto le condizioni di partecipazione/assegnazione. Non è possibile stabilire se abbia effettuato anche un'ordinazione di prodotti.

11 Non avendo ricevuto il premio che riteneva di aver vinto, la sig.ra Kapferer ha reclamato l'assegnazione del premio in base all'art. 5j del KSchG, chiedendo al Bezirksgericht Hall in Tirol di condannare la Schlank & Schick a versarle la somma di EUR 3 906,16, oltre al 5% di interessi a partire dal 27 maggio 2000.

12 La Schlank & Schick ha sollevato un'eccezione d'incompetenza del giudice adito. Essa sostiene che le disposizioni di cui agli artt. 15 e 16 del regolamento n. 44/2001 non sono applicabili, in quanto presuppongono l'esistenza di un contratto a titolo oneroso. La

partecipazione al gioco a premi sarebbe stata subordinata ad un'ordinazione di merce che, però, la sig.ra Kapferer non avrebbe mai effettuato. Il diritto derivante dall'art. 5 j del KSchG non sarebbe di natura contrattuale.

13 Il Bezirksgericht ha respinto l'eccezione d'incompetenza e si è ritenuto competente in base agli artt. 15 e 16 del regolamento n. 44/2001, perché, a suo avviso, sussiste un rapporto contrattuale tra le parti in causa. Nel merito, ha respinto integralmente le richieste della sig.ra Kapferer.

14 La sig.ra Kapferer ha presentato ricorso in appello dinanzi al giudice del rinvio. La Schlank & Schick ha ritenuto, dal canto suo, che la decisione del Bezirksgericht in merito alla competenza di quest'ultimo non le recasse pregiudizio dato che comunque essa aveva vinto nel merito. Per questo motivo essa non ha impugnato la decisione sulla competenza.

15 Il giudice del rinvio osserva tuttavia che la Schlank & Schick avrebbe potuto impugnare la decisione sulla competenza che aveva rigettato la sua eccezione, potendo essa subire un pregiudizio già solo in virtù di tale decisione di rito.

Questioni pregiudiziali

16 Il Landesgericht Innsbruck nutre dubbi quanto alla competenza internazionale del Bezirksgericht. Fondandosi sulla sentenza 11 luglio 2002, causa C-96/00, Gabriel (Racc. pag. I-6367), si chiede se un'ingannevole promessa di vincita, destinata ad agevolare la conclusione di un contratto e dunque preparatoria di quest'ultimo, presenti un collegamento sufficientemente stretto con la preventivata conclusione di un contratto con un consumatore da comportare la competenza del foro del consumatore.

17 Dato che la Schlank & Schick non ha impugnato la decisione di rigetto dell'eccezione d'incompetenza, il giudice a quo si chiede se sia comunque tenuto, in forza dell'art. 10 CE, a riesaminare ed annullare una decisione passata in giudicato quanto alla competenza internazionale, nel caso in cui risulti contraria al diritto comunitario. Il giudice del rinvio pensa all'esistenza di un tale obbligo interrogandosi, in particolare, sulla possibilità di trasporre i principi enunciati nella sentenza 13 gennaio 2004, causa C-453/00, Kühne & Heitz (Racc. pag. I-837), relativi all'obbligo, imposto ad un organo amministrativo, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva contraria al diritto comunitario come frattanto interpretato dalla Corte.

18 Di conseguenza, il Landesgericht Innsbruck ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Quanto alla decisione del giudice di primo grado sulla competenza:

a) se il principio di cooperazione sancito dall'art. 10 CE debba essere interpretato nel senso che anche un giudice nazionale, in presenza dei presupposti fissati dalla sentenza della Corte di giustizia Kühne & Heitz, è obbligato a riesaminare e ad annullare una decisione giurisdizionale passata in giudicato nel caso in cui risulti che questa viola il diritto comunitario; se, eventualmente, il riesame e la revoca di decisioni giurisdizionali siano subordinati a condizioni ulteriori rispetto a quelle vevoli per le decisioni amministrative.

b) In caso di soluzione affermativa della questione sub a):

se il termine fissato dall'art. 534 della ZPO per la revoca di una decisione giurisdizionale contraria al diritto comunitario sia compatibile con il principio della piena efficacia di quest'ultimo.

c) Parimenti in caso di soluzione affermativa della questione sub a):

se un'incompetenza internazionale (o territoriale) non sanata ai sensi dell'art. 24 del regolamento n. 44/2001 rappresenti una violazione del diritto comunitario che, in base ai suindicati principi, può far venir meno l'efficacia di giudicato di una decisione giurisdizionale.

d) In caso di soluzione affermativa della questione sub c):

se un giudice di appello sia tenuto a riesaminare la questione della competenza internazionale (o territoriale) ai sensi del regolamento n. 44/2001 qualora sia passata in giudicato la decisione del giudice di primo grado sulla competenza, ma non ancora la decisione nel merito; in caso affermativo, se tale riesame debba essere effettuato d'ufficio ovvero soltanto su domanda di una delle parti del procedimento.

2) Quanto al foro competente in materia di contratti conclusi da consumatori ai sensi dell'art. 15, n. 1, lett. c), del regolamento n. 44/2001:

a) se un'ingannevole promessa di vincita, destinata ad agevolare la conclusione di un contratto e dunque preparatoria di quest'ultimo, presenti un collegamento sufficientemente stretto con la preventivata conclusione di un contratto con un consumatore, cosicché per l'azionamento di eventuali pretese su ciò fondate sussista la possibilità di adire il foro competente in materia di contratti conclusi da consumatori ex art. 15, n. 1, lett. c), del regolamento n. 44/2001.

b) In caso di soluzione negativa della questione sub a):

se il foro competente in materia di contratti conclusi da consumatori possa essere adito anche per azionare pretese derivanti da un rapporto obbligatorio precontrattuale, e se un'ingannevole promessa di vincita, preparatoria rispetto alla conclusione di un contratto, presenti un collegamento sufficientemente stretto con il rapporto obbligatorio precontrattuale in tal modo costituito, cosicché il foro suddetto possa essere adito anche per dedurre questioni a ciò attinenti.

c) se il foro competente in materia di contratti conclusi da consumatori possa essere adito soltanto nel caso in cui le condizioni stabilite dall'imprenditore per la partecipazione ad un gioco a premi siano soddisfatte, ancorché esse non siano in alcun modo rilevanti per l'insorgere del diritto sostanziale riconosciuto dall'art. 5 j del KSchG.

d) In caso di soluzione negativa delle questioni sub a) e b):

se il foro competente in materia di contratti conclusi da consumatori possa essere adito per azionare un diritto contrattuale all'adempimento di tipo particolare, specificamente riconosciuto da una norma di legge, ovvero un diritto all'adempimento sui generis, di natura fittizia ed assimilabile a un diritto contrattuale, il cui insorgere sia determinato dalla promessa di vincita fatta dall'imprenditore e dalla richiesta di corresponsione della vincita stessa avanzata dal consumatore».

Sulla prima questione, sub a)

19 Con la prima questione, sub a), il giudice del rinvio chiede in sostanza se, ed eventualmente a quali condizioni, il principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE impone ad un giudice nazionale di riesaminare e di annullare una decisione giurisdizionale passata in giudicato, qualora risulti che questa viola il diritto comunitario.

20 A tale riguardo occorre rammentare l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico comunitario sia negli ordinamenti giuridici nazionali. Infatti, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione (sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, Köbler, Racc. pag. I-10239, punto 38).

21 Ne consegue che il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di accertare una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione (v., in tal senso, sentenza 1° giugno 1999, causa C-126/97, Eco Swiss, Racc. pag. I-3055, punti 46 e 47).

22 Nel disciplinare le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la salvaguardia dei diritti derivanti, per i privati, dall'effetto diretto delle norme comunitarie, gli Stati membri devono far sì che tali modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e non siano strutturate in modo da rendere in pratica impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v., in tal senso, sentenza 16 maggio 2000, causa C-78/98, Preston e a., Racc. pag. I-3201, punto 31 e giurisprudenza ivi citata). Orbene, il rispetto di tali limiti al potere degli Stati membri in materia processuale non è stato messo in discussione nella controversia principale, per quanto attiene al procedimento d'appello.

23 Si deve aggiungere che la citata sentenza Kühne & Heitz, cui si riferisce il giudice a quo nella sua prima questione, sub a), non è tale da rimettere in discussione l'analisi sopra svolta. Infatti, anche ammettendo che i principi elaborati in tale sentenza siano trasferibili in un contesto che, come quello della causa principale, si riferisce ad una decisione giurisdizionale passata in giudicato, occorre ricordare che tale medesima sentenza subordina l'obbligo per l'organo interessato, ai sensi dell'art. 10 CE, di riesaminare una decisione definitiva che risulti essere adottata in violazione del diritto comunitario, alla condizione, in particolare, che il detto organo disponga, in virtù del diritto nazionale, del potere di tornare su tale decisione (v. punti 26 e 28 della detta sentenza). Orbene, nel caso di specie, è sufficiente rilevare che dalla decisione di rinvio risulta che la suindicata condizione non ricorre.

24 Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla prima questione, sub a), che il principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne allo scopo di riesaminare ed annullare una decisione giurisdizionale passata in giudicato qualora risulti che questa viola il diritto comunitario.

Sulle altre questioni

25 Alla luce della risposta fornita alla prima questione, sub a), e poiché il giudice del rinvio lascia intendere che, in base al diritto interno, esso non sarebbe in grado di procedere ad un riesame della decisione sulla competenza del Bezirksgericht, non occorre rispondere né alla prima questione, sub b)-d), né alla seconda questione, sub a)-d).

Sulle spese

26 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

PQM

Per questi motivi, la Corte (Prima Sezione) dichiara:

Il principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne allo scopo di riesaminare ed annullare una decisione giurisdizionale passata in giudicato qualora risulti che questa viola il diritto comunitario.

Fonti: Foro it. 2010, 10, IV, 447

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Accordi stipulati in ambito comunitario - - ambiente
Avendo omesso di adottare tutti i provvedimenti legislativi, regolamentari ed amministrativi necessari per conformarsi agli art. 4 e 5 della direttiva del Consiglio 12 dicembre 1991 n. 91/676/Cee, relativa alla protezione delle acque dall'inquinamento provocato dai nitrati provenienti da fonti agricole, letti in combinato disposto con gli allegati II, parte A, punti 1, 2, 5 e 6, e III n. 1, punti 1 e 2, della medesima direttiva, il Granducato di Lussemburgo è venuto meno agli obblighi che gli incombono in forza di quest'ultima.

Fonti: Riv. giur. ambiente 2011, 2, 249 (nota di: Gratani)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Accordi stipulati in ambito comunitario - - ambiente
Acqua e inquinamento idrico - Granducato di Lussemburgo - Omessa adozione dei provvedimenti legislativi e regolamentari previsti dagli artt. 4 e 5 della direttiva del Consiglio 91/676/CEE (allegati II, parte A, punti 1, 2, 5 e 6, e III n. 1, punti 1 e 2) per la protezione delle acque dall'inquinamento da nitrati provenienti da fonti agricole - Inadempimento.

Il Granducato di Lussemburgo, avendo omesso di adottare i provvedimenti legislativi e regolamentari in forza degli art. 4 e 5 direttiva 91/676/Cee (all. II, parte A, punti 1, 2, 5 e 6, e III n. 1, punti 1 e 2), relativi alla protezione delle acque dall'inquinamento provocato dai nitrati provenienti da fonti agricole, è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza della direttiva medesima.

Nella causa C-526/08,
avente ad oggetto il ricorso per inadempimento, ai sensi dell'art. 226 CE, proposto il 2 dicembre 2008,
Commissione europea, rappresentata dalla sig.ra S. Pardo Quintillán, nonché dai sigg. N. von Lingen e B. Smulders, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo,
ricorrente,
contro
Granducato di Lussemburgo, rappresentato dal sig. C. Schiltz, in qualità di agente, assistito dal sig. P. Kinsch, avocat,
convenuto,
LA CORTE (Grande Sezione),
composta dal sig. V. Skouris, presidente, dai sigg. J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot e E. Levits, presidenti di sezione, dai sigg. A. Rosas, E. Juhász (relatore), J. Malenovský, U. Löhmus, A. Ó Caoimh, nonché dalla sig.ra M. Berger, giudici,
avvocato generale: sig.ra J. Kokott
cancelliere: sig.ra R. Seres, amministratore
vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 2 dicembre 2009,
sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 28 gennaio 2010,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Con il suo ricorso la Commissione europea chiede alla Corte di constatare che, avendo omesso di adottare tutti i provvedimenti legislativi, regolamentari ed amministrativi necessari per conformarsi interamente e correttamente agli artt. 4 e 5 della direttiva del Consiglio 12 dicembre 1991, 91/676/CEE, relativa alla protezione delle acque dall'inquinamento provocato dai nitrati provenienti da fonti agricole (GU L 375, pag. 1), letti in combinato disposto con gli allegati II, parte A, punti 1, 2, 5 e 6, e III, n. 1, punti 1 e 2, della medesima direttiva, il Granducato di Lussemburgo è venuto meno agli obblighi che gli incombono in forza di quest'ultima.

Contesto normativo

Il diritto dell'Unione

2 L'art. 1 della direttiva 91/676 così dispone:

«La presente direttiva mira a:

- ridurre l'inquinamento delle acque causato direttamente o indirettamente dai nitrati di origine agricola;
- prevenire qualsiasi ulteriore inquinamento di questo tipo».

3 L'art. 4 di tale direttiva dispone:

«1. Al fine di stabilire un livello generale di protezione dall'inquinamento per tutti i tipi di acque, gli Stati membri provvedono, entro due anni dalla notifica della presente direttiva, a:

- a) fissare un codice o più codici di buona pratica agricola applicabili a discrezione degli agricoltori, il quale includa disposizioni pertinenti per lo meno agli elementi contemplati nell'allegato II [parte A];
- b) predisporre, se necessario, un programma comprensivo di disposizioni per la formazione e l'informazione degli agricoltori, per promuovere l'applicazione del codice ovvero dei codici di buona pratica agricola.

2. Gli Stati membri comunicano alla Commissione informazioni dettagliate sui propri codici di buona pratica agricola. La Commissione include nella relazione di cui all'articolo 11 informazioni relative a tali codici. In base alle informazioni ricevute, la Commissione, qualora lo ritenga necessario, può presentare al Consiglio proposte appropriate».

4 L'art. 5 della citata direttiva stabilisce quanto segue:

«1. Entro un periodo di due anni a decorrere dalla prima designazione di cui all'articolo 3, paragrafo 2, o di un anno dopo ogni nuova designazione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 4, gli Stati membri, per il conseguimento degli obiettivi di cui all'articolo 1, fissano programmi d'azione per quanto riguarda le zone vulnerabili designate.

2. Un programma d'azione può riguardare tutte le zone vulnerabili nel territorio di uno Stato membro oppure, se lo Stato membro lo giudica opportuno, si possono fissare programmi diversi per diverse zone vulnerabili o parti di zone.

3. I programmi d'azione tengono conto:

a) dei dati scientifici e tecnici disponibili, con riferimento principalmente agli apporti azotati rispettivamente di origine agricola o di altra origine;

b) delle condizioni ambientali nelle regioni interessate dello Stato membro di cui trattasi.

4. I programmi d'azione sono attuati entro quattro anni dalla loro fissazione e comprendono le misure vincolanti seguenti:

a) le misure di cui all'allegato III;

b) le misure che gli Stati membri hanno prescritto nel codice o nei codici di buona pratica agricola fissati ai sensi dell'articolo 4, a meno che non siano state sostituite da quelle di cui all'allegato III.

5. Nel quadro dei programmi d'azione gli Stati membri prendono inoltre le misure aggiuntive o azioni rafforzate che essi ritengono necessarie se, dall'inizio o alla luce dell'esperienza tratta dall'attuazione dei programmi d'azione, risulta evidente che le misure di cui al paragrafo 4 non sono sufficienti per conseguire gli obiettivi di cui all'articolo 1. Ai fini della scelta di dette misure o azioni, gli Stati membri tengono conto della loro efficacia e dei loro costi in relazione ad altre misure possibili di prevenzione.

6. Gli Stati membri elaborano ed applicano opportuni programmi di controllo al fine di valutare l'efficacia dei programmi d'azione fissati ai sensi del presente articolo.

Gli Stati membri che applicano l'articolo 5 in tutto il territorio nazionale controllano il contenuto di nitrati delle acque (superficiali e sotterranee) in punti di controllo prescelti, onde poter stabilire l'entità dell'inquinamento nelle acque da nitrati di origine agricola.

7. Gli Stati membri riesaminano e, se del caso, rivedono i propri programmi d'azione, inclusa qualsiasi misura supplementare adottata ai sensi del paragrafo 5, per lo meno ogni quattro anni. Essi informano la Commissione di qualsiasi modifica dei propri programmi d'azione».

5 L'allegato II della direttiva 91/676, intitolato «Codice (codici) di buona pratica agricola», prevede quanto segue:

«A. Un codice o dei codici di buona pratica agricola intesi a ridurre l'inquinamento da nitrati tenendo conto delle condizioni esistenti nelle varie regioni della Comunità, dovrebbero contenere disposizioni concernenti gli elementi seguenti, ove detti elementi siano pertinenti:

1) i periodi in cui l'applicazione al terreno di fertilizzanti non è opportuna;

2) l'applicazione di fertilizzante al terreno in pendenza ripida;

(...)

5) la capacità e la costruzione dei depositi per effluenti da allevamento, incluse le misure destinate a prevenire l'inquinamento idrico causato da scorrimento e infiltrazione nelle acque sotterranee e superficiali di liquidi contenenti effluenti da allevamento ed effluenti provenienti da materiale vegetale come i foraggi insilati;

6) procedure di applicazione al terreno – comprese percentuali e uniformità di applicazione – sia di concimi chimici che di effluenti di allevamento, in modo da mantenere le dispersioni di nutrienti nell'acqua ad un livello accettabile.

(...)».

6 L'allegato III della direttiva 91/676, intitolato «Misure da inserire nei programmi d'azione conformemente all'articolo 5, paragrafo 4, punto a)», così dispone:

«1. Le misure in questione comprendono norme concernenti:

- 1) i periodi in cui è proibita l'applicazione al terreno di determinati tipi di fertilizzanti;
- 2) la capacità dei depositi per effluenti di allevamento; tale capacità deve superare quella necessaria per l'immagazzinamento nel periodo più lungo, durante cui è proibita l'applicazione al terreno di effluenti nella zona vulnerabile, salvo i casi in cui sia dimostrato all'autorità competente che qualsiasi quantitativo di effluenti superiore all'effettiva capacità d'immagazzinamento sarà smaltito in un modo che non causerà danno all'ambiente;

(...)

2. Tali misure garantiranno che, per ciascuna azienda o allevamento, il quantitativo di effluente di allevamento sparso sul terreno ogni anno, compreso quello distribuito dagli animali stessi, non superi un determinato quantitativo per ettaro.

Il suddetto quantitativo per ettaro corrisponde al quantitativo di effluente contenente 170 kg di azoto. (...)

(...))».

Il diritto nazionale

7 L'art. 6 del regolamento granducale 24 novembre 2000, relativo all'uso dei fertilizzanti azotati nell'agricoltura (*Mémorial A 2000*, pag. 2856; in prosieguo: il «regolamento granducale»), intitolato «Divieti e restrizioni», è così formulato:

«A. Divieti e restrizioni applicabili all'intero territorio

1) È vietata l'applicazione di fertilizzanti azotati:

- su maggesi neri;
- su maggesi poliennali;
- su maggesi spontanei;
- sui terreni gelati in profondità che possono generare scorrimenti superficiali al di fuori della zona di applicazione prima del disgelo;
- sui terreni saturi d'acqua, inondati o innevati, segnatamente in caso di superamento della loro capacità di assorbimento;
- ad una distanza inferiore a 50 metri dai pozzi, dalle captazioni e dai serbatoi di acqua potabile, per quanto riguarda i fertilizzanti organici, ed inferiore a 10 metri dai pozzi e dalle captazioni di acqua potabile, per quanto concerne i fertilizzanti minerali azotati;
- ad una distanza inferiore a 10 metri dai corsi d'acqua e dagli specchi d'acqua, relativamente ai fertilizzanti organici. Per i fertilizzanti minerali azotati, l'applicazione deve essere fatta in modo che essi si dirigano in senso opposto alla riva del corso d'acqua. È vietata qualsiasi dispersione di fertilizzanti azotati nel corso d'acqua.

2) Durante il periodo dal 15 ottobre al 1° marzo è vietata l'applicazione di liquame, di purino e di fanghi di depurazione liquidi sui terreni non vegetati.

3) Durante il periodo dal 15 ottobre al 15 febbraio è vietata l'applicazione di liquame, di purino e di fanghi di depurazione liquidi sui terreni vegetati diversi dai prati e dai pascoli. I

prati e i pascoli trattati con fertilizzanti organici durante il periodo dal 15 ottobre al 15 febbraio non possono essere arati prima del 15 febbraio dell'anno corrente.

4) La quantità totale di liquame, di purino e di fanghi di depurazione liquidi applicata al terreno durante il periodo dal 1° settembre al 1° marzo non deve rappresentare più di 80 kg di azoto per ettaro.

5) L'applicazione di liquame, di purino e di fanghi di depurazione liquidi sui terreni in pendenza deve essere realizzata in modo che non vi sia ruscellamento al di fuori dell'area di applicazione, tenendo conto in particolare:

- della natura e della lavorazione del terreno;
- della direzione di innesto della copertura vegetale;
- delle condizioni climatiche corrispondenti ai periodi di applicazione possibili;
- della natura dei fertilizzanti.

Sui terreni con pendenza media superiore all'8% e non coperti da vegetazione, l'applicazione di liquame, di purino e di fanghi di depurazione liquidi è vietata, salvo che sia seguita da un'incorporazione quanto prima possibile ed al più tardi 48 ore dopo l'applicazione.

6) Le applicazioni di fertilizzanti azotati sono consentite soltanto per coprire i bisogni fisiologici dei vegetali, avendo cura di limitare le perdite di elementi nutritivi e tenendo conto delle disponibilità di azoto presenti nel terreno.

La quantità di fertilizzanti organici applicata per anno e per ettaro non deve rappresentare più di 170 kg di azoto, salvo per le colture proteaginose e le coltivazioni pure di leguminose per le quali il limite è di 85 kg di azoto.

Il quantitativo di fertilizzanti minerali azotati applicati per anno e per ettaro non deve superare le quantità massime di concime azotato quali definite nella tabella di cui all'allegato I, in base alla natura ed alla resa delle coltivazioni e tenendo conto delle specificità locali e delle condizioni agroclimatiche dell'anno.

In caso di combinazione di fertilizzanti organici e minerali, il quantitativo massimo di concime azotato minerale deve essere ridotto in base alla quantità di fertilizzanti organici applicati, tenendo conto della natura del fertilizzante organico, del modo di applicazione, del tipo di coltivazione e del periodo di applicazione, quali descritti nella guida delle buone pratiche agricole.

Se il coltivatore non ha a disposizione sufficienti terreni nei quali è consentita l'applicazione di fertilizzanti organici, dovrà procurarsi la disponibilità di campi appartenenti ad altri coltivatori, a condizione che tali campi si prestino alla concimazione.

B. Divieti e restrizioni speciali applicabili nelle zone di protezione delle acque destinate all'alimentazione umana

1) Nelle zone di protezione immediata è vietata l'applicazione di fertilizzanti azotati.

2) Nelle zone di protezione ravvicinata e distanziata, è vietata l'applicazione:

- di letame, di compost e di fanghi di depurazione disidratati durante il periodo dal 1° agosto al 1° febbraio. Sui terreni vegetati tale divieto si applica dal 1° ottobre al 1° febbraio.

– di qualsiasi altro fertilizzante organico durante il periodo dal 1° agosto al 1° marzo. Sui terreni vegetati, ad eccezione delle coltivazioni di grano invernale, di triticale invernale e di segale invernale, tale divieto si applica dal 1° ottobre al 1° marzo.

3) È vietato procedere all'applicazione di fertilizzanti organici in occasione del cambio di destinazione di pascoli e prati permanenti o temporanei oppure in occasione dell'avvicendamento di coltivazioni pure di leguminose.

4) La quantità totale di liquame, di purino e di fanghi di depurazione liquidi applicata ai terreni durante il periodo dal 1° agosto al 1° ottobre non deve rappresentare più di 80 kg di azoto per ettaro.

5) I terreni vegetati cui siano stati applicati fertilizzanti organici durante il periodo dal 1° agosto al 1° ottobre non possono essere arati prima del 1° dicembre dell'anno corrente.

6) La quantità di fertilizzanti organici applicati al terreno per anno e per ettaro non deve rappresentare più di 130 kg di azoto, salvo per le colture proteaginose e le coltivazioni pure di leguminose per le quali l'applicazione di fertilizzanti organici è vietata.

Il quantitativo di fertilizzanti minerali azotati applicati per anno e per ettaro non deve superare le quantità massime di concime azotato quali definite nella tabella di cui all'allegato II, in base alla natura e alla resa delle coltivazioni e tenendo conto delle specificità locali e delle condizioni agroclimatiche dell'anno.

In caso di combinazione di fertilizzanti organici e minerali, il quantitativo massimo di concime azotato minerale deve essere ridotto in base alla quantità di fertilizzanti organici applicati, tenendo conto della natura del fertilizzante organico, del modo di applicazione, del tipo di coltivazione e del periodo di applicazione, quali descritti nella guida delle buone pratiche agricole».

8 L'art. 7 del regolamento granducale, intitolato «Deroghe», così dispone:

«1) In caso di situazione climatica eccezionale, i ministri competenti per l'agricoltura e l'ambiente possono derogare ai periodi di divieto di applicazione di fertilizzanti previsti all'art. 6 e dettare le opportune prescrizioni per l'applicazione di questi ultimi.

2) In caso di eventi straordinari che colpiscono un'azienda agricola, i ministri competenti per l'agricoltura e l'ambiente o i loro delegati possono, dietro specifica istanza dell'imprenditore agricolo interessato, derogare ai periodi di divieto di applicazione di fertilizzanti previsti all'art. 6 e dettare le condizioni e le modalità secondo cui l'applicazione ai terreni potrà essere effettuata».

9 L'art. 8 del regolamento granducale, intitolato «Immagazzinamento», enuncia quanto segue:

«Gli imprenditori agricoli devono disporre per loro stessi o garantirsi la disponibilità di attrezzature appropriate destinate all'immagazzinamento e all'applicazione ai terreni degli effluenti di allevamento.

Le attrezzature nuove o da ammodernare devono garantire l'immagazzinamento di liquame e di purino per un periodo minimo di 6 mesi consecutivi».

Procedimento precontenzioso

10 Ritenendo che gli artt. 4 e 5 della direttiva 91/676, nonché gli allegati II, parte A, punti 1, 2, 5 e 6, e III, n. 1, punti 1 e 2, di quest'ultima, non fossero stati correttamente

trasposti dal Granducato di Lussemburgo, la Commissione ha avviato la procedura di infrazione prevista dall'art. 226 CE.

11 Dopo aver invitato il Granducato di Lussemburgo a presentare le proprie osservazioni, la Commissione, ritenendo che queste ultime non fossero soddisfacenti riguardo ad alcuni profili evidenziati, ha emesso, il 27 giugno 2007, un parere motivato, invitando lo Stato suddetto ad adottare i provvedimenti necessari per conformarsi a tale parere entro un termine di due mesi a decorrere dal suo ricevimento.

12 Con lettera in data 29 maggio 2008, il Granducato di Lussemburgo ha difeso il proprio operato.

13 Sulla scorta di tali circostanze, la Commissione ha deciso di proporre il presente ricorso.

Sul ricorso

Sulla ricevibilità del ricorso

Sulla violazione delle norme riguardanti la determinazione della lingua processuale

14 Il Granducato di Lussemburgo chiede di dichiarare nullo o irricevibile il ricorso della Commissione per violazione dell'art. 29, nn. 2, lett. a), e 3, secondo comma, del regolamento di procedura della Corte, in quanto l'istituzione ricorrente non avrebbe rispettato le norme riguardanti la determinazione della lingua processuale. Il suddetto Stato membro rileva che il ricorso è stato presentato in lingua francese, in quanto lingua ritenuta quale lingua processuale. Gli allegati V e VII del ricorso sono però stati redatti in lingua inglese.

15 Al riguardo, la Commissione fa valere che l'art. 29, n. 3, terzo comma, del regolamento di procedura prevede una deroga, in virtù della quale essa ha potuto ritenere che – dato il carattere voluminoso dell'allegato V del ricorso, e poiché ai due allegati in questione viene fatto riferimento in un'unica occasione nell'ambito del ricorso stesso e quest'ultimo contiene una traduzione integrale dei passaggi rilevanti dei detti allegati – non fosse indispensabile fornire una traduzione integrale di questi ultimi. La Commissione ricorda che, in ogni caso, essa si è pienamente conformata alle disposizioni dell'art. 29 del regolamento di procedura, trasmettendo alla cancelleria, a seguito di richiesta, una versione in lingua francese degli allegati in questione.

16 A questo proposito, occorre constatare che, ai sensi dell'art. 29, nn. 2, lett. a), e 3, primo e secondo comma, del regolamento di procedura, la lingua del presente procedimento è quella francese e che pertanto, stante l'obbligo di depositare le memorie difensive e i relativi allegati in tale lingua, i documenti redatti in una lingua diversa devono essere accompagnati da una traduzione in lingua francese.

17 Orbene, nel caso di specie l'atto di ricorso è interamente redatto in lingua francese. Inoltre, anche se due documenti a questo allegati sono stati prodotti in un'altra lingua, i passaggi rilevanti degli stessi sono stati tradotti e riportati nell'atto di ricorso medesimo.

18 Alla luce di tali circostanze, il ricorso non può essere considerato irricevibile e la questione che si pone è unicamente se i due allegati controversi debbano essere esclusi dal fascicolo.

19 A questo proposito, occorre ricordare che, a norma dell'art. 29, n. 3, terzo comma, del regolamento di procedura, quando trattasi di atti o documenti voluminosi, è ammessa la presentazione di traduzioni per estratto. Inoltre, la Corte può in qualunque momento ordinare, d'ufficio o ad istanza di parte, una traduzione più completa od integrale. Orbene, nella fattispecie, le traduzioni in lingua francese dei due allegati in questione sono state fornite dalla Commissione così come richiesto dalla cancelleria della Corte.

20 Pertanto, non vi è luogo per un'esclusione dal fascicolo dei due allegati controversi, prodotti al momento del deposito del presente ricorso in una lingua diversa da quella processuale, e la cui traduzione in tale lingua è stata presentata, in un momento successivo, a norma dell'art. 29, n. 3, terzo comma, del regolamento di procedura.

Sulla violazione del principio dell'autorità di cosa giudicata e del principio ne bis in idem

21 Il Granducato di Lussemburgo sostiene che il ricorso è irricevibile per violazione dell'art. 226 CE, in quanto esso, relativamente alla prima parte della prima censura ed alla terza censura, lede il principio dell'autorità di cosa giudicata nonché il principio ne bis in idem. Lo Stato convenuto fa valere che la prima parte della prima censura, relativa all'assenza di un divieto di applicazione riguardante i concimi chimici, corrisponde alla prima censura sollevata nella causa decisa dalla sentenza 8 marzo 2001, causa C-266/00, Commissione/Lussemburgo (Racc. pag. I-2073), e che anche la terza censura, relativa alle condizioni di applicazione ai terreni in pendenza ripida, era stata formulata nell'ambito di quella causa, dove costituiva il secondo addebito contestato. Secondo il Granducato di Lussemburgo, la Commissione, ove ritenga che esso non abbia preso le misure che l'esecuzione dell'anzidetta sentenza comporta, dovrebbe procedere a norma dell'art. 228, n. 2, CE, e non avviare un nuovo procedimento ex art. 226 CE.

22 La Commissione fa valere che il presente procedimento, pur ispirandosi ai principi enunciati nella citata sentenza Commissione/Lussemburgo, riguarda una nuova normativa nazionale e addebiti differenti. Per quanto concerne il principio ne bis in idem, la Commissione sostiene che questo non si applica alla presente causa, dal momento che non si tratta qui di un procedimento sanzionatorio di natura amministrativa o penale. A suo avviso, anche a supporre che tale principio possa applicarsi ai ricorsi per inadempimento, i presupposti per la sua applicazione non risultano soddisfatti nel caso di specie, dato che tale applicazione è subordinata ad una triplice condizione, ossia l'identità dei fatti, l'unicità del soggetto trasgressore e la medesimezza del bene giuridico tutelato.

23 Anzitutto, occorre notare che la Commissione ha avviato il presente procedimento a norma dell'art. 226 CE. La questione dell'applicabilità dell'art. 228 CE si pone soltanto nell'ipotesi in cui risultasse che gli addebiti sollevati in questa sede sono identici sotto il profilo di fatto e di diritto a quelli formulati nella causa decisa dalla citata sentenza Commissione/Lussemburgo.

24 Quanto al principio dell'autorità di cosa giudicata, sia le parti sia gli Stati membri che hanno presentato osservazioni nonché il Parlamento europeo hanno sostenuto che tale principio è applicabile ai procedimenti per inadempimento.

25 Nel presente procedimento si tratta di stabilire se il principio dell'autorità di cosa giudicata osti alla proposizione, da parte della Commissione, dell'odierno ricorso a norma

dell'art. 226 CE, tenuto conto della citata sentenza Commissione/Lussemburgo, pronunciata a seguito di un ricorso proposto dalla detta istituzione ai sensi di questo stesso articolo.

26 In varie occasioni la Corte ha ricordato l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione sia negli ordinamenti giuridici nazionali (sentenze 30 settembre 2003, causa C-224/01, Köbler, Racc. pag. I-10239, punto 38; 16 marzo 2006, causa C-234/04, Kapferer, Racc. pag. I-2585, punto 20, e 3 settembre 2009, causa C-2/08, Fallimento Olimpiclub, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 22).

27 Risulta dalla giurisprudenza che tale principio è applicabile anche ai procedimenti per inadempimento e che l'autorità di cosa giudicata riguarda unicamente i punti di fatto e di diritto che sono stati effettivamente o necessariamente decisi dalla pronuncia giudiziale di cui trattasi (sentenza 12 giugno 2008, causa C-462/05, Commissione/Portogallo, Racc. pag. I-4183, punto 23 e giurisprudenza ivi citata).

28 Dato che tanto il procedimento conclusosi con la citata sentenza Commissione/Lussemburgo, quanto il presente procedimento sono stati iniziati dalla Commissione sul fondamento dell'art. 226 CE, occorre esaminare il contesto fattuale e giuridico di tali due procedimenti al fine di verificare se tra essi sussista in sostanza un'identità di fatto e di diritto.

29 L'esame delle censure dedotte dalla Commissione in un procedimento conclusosi con una sentenza presuppone un'analisi del dispositivo di quest'ultima alla luce delle constatazioni e delle motivazioni ad esso sottese.

30 Pertanto, riguardo alla prima censura nella causa decisa dalla citata sentenza Commissione/Lussemburgo, il dispositivo di tale pronuncia deve essere analizzato alla luce dei punti 22 e 29-31 di quest'ultima. Da tali punti risulta che, nella causa suddetta, venivano in questione gli obblighi stabiliti dagli allegati II, parte A, punto 4, e III, n. 1, punto 3, della direttiva 91/676. Tali obblighi riguardavano, da un lato, le condizioni per l'applicazione dei concimi chimici presso i corsi d'acqua e, dall'altro, la realizzazione di un equilibrio tra il fabbisogno prevedibile di azoto delle colture e l'azoto apportato alle colture stesse, segnatamente mediante aggiunta di composti azotati provenienti da fertilizzanti chimici.

31 Per contro, la prima parte della prima censura nel presente procedimento si riferisce all'allegato II, parte A, punto 1, della direttiva 91/676. Tale disposizione prevede l'obbligo di includere, nei codici di buona pratica agricola, i periodi durante i quali l'applicazione di fertilizzanti ai terreni non è opportuna.

32 Per quanto concerne la seconda censura nella causa decisa dalla citata sentenza Commissione/Lussemburgo, risulta dal dispositivo nonché dai punti 23 e 33 di tale pronuncia che la Commissione, mediante l'addebito in questione, ha imputato al Granducato di Lussemburgo il fatto di aver disciplinato le condizioni per l'applicazione dei fertilizzanti ai terreni in pendenza ripida soltanto con riguardo al caso di saturazione idrica, inondazione, innevamento di durata superiore alle 24 ore o gelo dei terreni stessi,

malgrado che fosse necessaria l'adozione di una regolamentazione indipendente dalle condizioni climatiche.

33 Tuttavia, mediante la terza censura sollevata nel presente procedimento, la Commissione critica il fatto che le disposizioni del regolamento granducale riferentisi ai terreni in pendenza riguardano unicamente i concimi organici liquidi, nonché il fatto che non esiste alcuna disciplina relativa all'applicazione di concimi chimici su tali terreni.

34 Occorre dunque rilevare che, tenuto conto, da un lato, dell'oggetto della prima e della seconda censura formulate nella causa decisa dalla citata sentenza Commissione/Lussemburgo e, dall'altro, della prima parte della prima censura e della terza censura dedotte dalla Commissione nel presente procedimento, non sussiste in sostanza un'identità di fatto e di diritto tra queste due cause.

35 Alla luce di tali circostanze, la Commissione, mediante la presentazione dell'odierno ricorso, non ha violato il principio dell'autorità di cosa giudicata.

36 Per quanto riguarda il principio *ne bis in idem*, ed anche supponendo che questo sia invocabile nel caso di specie, la sua applicazione è comunque esclusa nel presente procedimento a motivo della mancanza di identità sotto il profilo di fatto e di diritto tra la causa odierna e quella decisa dalla citata sentenza Commissione/Lussemburgo.

37 Inoltre, mancando una simile identità tra tali due cause, la questione dell'applicabilità dell'art. 228 CE non si pone.

38 Da quanto precede risulta che il ricorso della Commissione è ricevibile.

Sul merito del ricorso

39 A sostegno del suo ricorso, la Commissione deduce quattro censure.

40 Con la sua prima censura, suddivisa in tre parti, la Commissione addebita al Granducato di Lussemburgo il fatto che il regolamento granducale che stabilisce i periodi durante i quali i fertilizzanti non possono essere utilizzati sui terreni agricoli non contempla i concimi chimici, non prevede un periodo di divieto totale per i prati e definisce insufficientemente il regime delle deroghe.

41 La Commissione, nell'ambito della prima parte di tale censura, ricorda che, a norma dell'allegato II, parte A, punto 1, della direttiva 91/676, la normativa nazionale dovrebbe contenere delle norme che vietino, durante determinati periodi, l'applicazione al terreno di «fertilizzanti», senza fare distinzione tra i concimi organici e quelli chimici. Orbene, a suo avviso, i periodi di divieto di applicazione di fertilizzanti previsti all'art. 6 del regolamento granducale riguardano unicamente i concimi organici e non i concimi chimici, e ciò malgrado che nessuna disposizione della direttiva 91/676 preveda o autorizzi l'esclusione di questi ultimi. La Commissione sostiene dunque che la normativa lussemburghese non è compatibile con la definizione del termine «fertilizzante» fornita all'art. 2, lett. e), della citata direttiva.

42 Con la seconda parte della sua prima censura, la Commissione afferma che il regolamento granducale non contiene alcuna prescrizione che stabilisca i periodi nei quali l'applicazione dei fertilizzanti ai prati è vietata, malgrado che l'art. 5 e l'allegato III, n. 1, punto 1, della direttiva 91/676 non consentano l'esclusione di alcuna superficie agricola. L'istituzione suddetta aggiunge, fondandosi su studi scientifici, da un lato, che i rischi di

lisciviazione dei nitrati nel terreno in autunno e in inverno sono particolarmente elevati, non soltanto per le terre arabili ma anche per i prati, e, dall'altro, che le temperature medie lussemburghesi alla fine dell'autunno e in inverno non sono idonee a consentire un assorbimento sufficiente e ad evitare i notevoli rischi di lisciviazione. Inoltre, secondo la Commissione, la limitazione prevista all'art. 6, parte A, punto 4, del regolamento granducale è insufficiente per evitare i rischi di inquinamento, dato che tale regolamento non contempla i concimi chimici, che non esiste alcun periodo di divieto assoluto e che il limite di 80 chilogrammi di azoto per ettaro rappresenta quasi la metà del valore limite annuo consentito dall'allegato III, n. 2, della direttiva 91/676.

43 Per quanto riguarda la terza parte della prima censura, la Commissione afferma che la normativa lussemburghese dovrebbe definire in maniera più precisa i casi nei quali può essere concessa una deroga al divieto di applicazione dei fertilizzanti in certi periodi dell'anno. L'istituzione ricorrente ritiene che l'art. 7 del regolamento granducale manchi di precisione, in quanto tale norma prevede che, in caso di «situazione climatica eccezionale» o di «eventi straordinari che colpiscono un'azienda agricola», il ministro competente possa autorizzare l'applicazione di fertilizzanti durante i periodi di divieto, senza però che il regolamento precisi tali nozioni. La Commissione aggiunge che il divieto di applicazione di fertilizzanti in taluni periodi dell'anno è una disposizione essenziale della direttiva 91/676, che quest'ultima non prevede una simile deroga e che la trasposizione chiara e precisa di tale direttiva è indispensabile al fine di soddisfare l'imperativo della certezza del diritto e di garantire l'applicazione piena e integrale della direttiva medesima.

44 Con la sua seconda censura, la Commissione fa valere che il regolamento granducale impone una capacità minima di immagazzinamento degli effluenti di allevamento pari ad almeno sei mesi soltanto per gli impianti nuovi, ma non per quelli esistenti. L'istituzione ricorrente rileva che, sebbene la direttiva 91/676 non faccia alcuna distinzione tra impianti nuovi e impianti esistenti, il regolamento granducale prevede, all'art. 8, che le attrezzature nuove o da ammodernare debbono garantire la possibilità di immagazzinare liquame e purino per un periodo minimo di sei mesi consecutivi.

45 Con la sua terza censura, la Commissione ricorda che, a norma dell'allegato II, parte A, punto 2, della direttiva 91/676, una normativa nazionale deve recare norme riguardanti «l'applicazione di fertilizzante al terreno in pendenza ripida» e che la Corte ha statuito che l'allegato II, parte A, della citata direttiva riguarda l'insieme dei fertilizzanti e non solo quelli che, come gli effluenti d'allevamento, sono di origine organica (sentenza 2 ottobre 2003, causa C-322/00, Commissione/Paesi Bassi, Racc. pag. I-11267, punto 134). Orbene, il regolamento granducale stabilisce, all'art. 6, parte A, punto 5, che, «[s]ui terreni con pendenza media superiore all'8% e non coperti da vegetazione, l'applicazione di liquame, di purino e di fanghi di depurazione liquidi è vietata», senza estendere tale divieto ai concimi chimici.

46 Con la sua quarta censura, la Commissione sostiene che le misure adottate dal Granducato di Lussemburgo sono insufficienti, a motivo del fatto che, a termini dell'allegato II, parte A, punto 6, della direttiva 91/676, le normative nazionali devono contenere regole riguardanti le «procedure di applicazione al terreno – comprese

percentuali e uniformità di applicazione – sia di concimi chimici che di effluenti di allevamento, in modo da mantenere le dispersioni di nutrienti nell'acqua ad un livello accettabile». Tuttavia, secondo l'istituzione ricorrente, la normativa lussemburghese non reca alcuna disciplina riguardante le procedure di applicazione ai terreni, segnatamente per quanto riguarda le tecniche atte a garantire un'applicazione uniforme ed efficace dei concimi. La Commissione reputa che il carattere moderno dell'agricoltura lussemburghese e l'efficienza delle macchine agricole non siano sufficienti per dimostrare che l'adozione di norme riguardanti le procedure di applicazione ai terreni dei concimi chimici e degli effluenti di allevamento non sia pertinente. La direttiva 91/676 non dispenserebbe gli Stati membri dal prevedere procedure di applicazione di tali fertilizzanti neppure nel caso in cui l'agricoltura di tali Stati sia tecnicamente sviluppata.

47 Il ricorso proposto dalla Commissione viene contestato dal Granducato di Lussemburgo sotto il profilo del merito unicamente nell'ambito della sua memoria di controreplica.

Giudizio della Corte

48 Per quanto riguarda le difese nel merito avanzate dal Granducato di Lussemburgo, occorre rilevare che, a norma dell'art. 42, n. 2, del regolamento di procedura, è vietata la deduzione di motivi nuovi in corso di causa, a meno che essi si basino su elementi di diritto e di fatto emersi durante il procedimento.

49 Orbene, nella specie è pacifico che le difese nel merito proposte per la prima volta nella controreplica erano state in sostanza fatte valere nella risposta del Granducato di Lussemburgo al parere motivato. A seguito di tale risposta, la Commissione ha proposto il proprio ricorso rinunciando a quattro degli otto addebiti formulati nel parere motivato e mantenendo gli altri quattro. Nel suo controricorso, il Granducato di Lussemburgo non ha né preso posizione in merito alla fondatezza del ricorso della Commissione, né concluso per il rigetto di quest'ultimo in quanto infondato, limitando le proprie difese alla semplice eccezione di irricevibilità del ricorso stesso.

50 Stanti tali circostanze, le conclusioni dello Stato convenuto intese al rigetto del ricorso nel merito, nonché i motivi difensivi a loro sostegno, presentati per la prima volta nella controreplica, devono essere considerati tardivi e, di conseguenza, irricevibili (v., in tal senso, sentenza 5 novembre 2002, causa C-471/98, Commissione/Belgio, Racc. pag. I-9681, punti 41-43).

51 Pertanto, è sufficiente esaminare se l'inadempimento risulti dimostrato sulla sola base delle censure formulate dalla Commissione.

52 Per quanto riguarda la prima parte della prima censura, occorre ricordare come l'allegato II, parte A, punto 1, della direttiva 91/676 preveda l'obbligo di includere, nei codici di buona pratica agricola, i periodi durante i quali l'applicazione di fertilizzanti ai terreni non è opportuna.

53 Occorre altresì ricordare, da un lato, che l'art. 2, lett. e), di tale direttiva definisce il «fertilizzante» come qualsiasi sostanza contenente uno o più composti azotati, sparsa sul terreno per stimolare la crescita della vegetazione, ivi compresi gli effluenti di allevamento. D'altro lato, l'art. 2, lett. f), della medesima direttiva definisce il «concime chimico» come

qualsiasi fertilizzante prodotto mediante procedimento industriale. Ne consegue che il termine «fertilizzante» include, ai sensi della direttiva 91/676, i concimi chimici.

54 Ciò premesso, considerato che la direttiva 91/676 obbliga gli Stati membri, senza previsione di alcuna deroga, a stabilire periodi nei quali è vietata l'applicazione di tutti i tipi di fertilizzanti, occorre constatare che il Granducato di Lussemburgo è venuto meno a tale obbligo per quanto riguarda i concimi chimici.

55 Per quanto riguarda la seconda parte della prima censura, occorre constatare, anzitutto, che le prescrizioni della normativa lussemburghese relative ai periodi nei quali è vietata l'applicazione ai terreni di taluni tipi di fertilizzanti non si applicano ai prati, malgrado che la direttiva 91/676 non preveda alcuna deroga espressa per questo tipo di superfici.

56 Ad ogni modo, anche supponendo che i prati assorbano una quantità considerevole di azoto, una simile circostanza non può giustificare il fatto che, secondo quanto previsto dall'art. 6, parte A, punto 4, del regolamento granducale, è consentita l'applicazione al terreno di una quantità complessiva di liquame, di purino e di fanghi di depurazione liquidi che può arrivare fino a 80 chilogrammi di azoto per ettaro nel periodo dal 1° settembre al 1° marzo. Come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 93 delle sue conclusioni, tale quantitativo è eccessivo, dato che l'allegato III, n. 2, della direttiva 91/676 consente l'applicazione al terreno di 170 chilogrammi di azoto nel corso di tutto l'anno. Orbene, autorizzare poco meno della metà di quest'ultimo quantitativo nel corso del semestre invernale implicherebbe che la vegetazione assorba e trasformi durante tale periodo quasi altrettanto azoto che nel semestre estivo. Per giunta, mentre il tetto massimo previsto dall'allegato III, n. 2, della direttiva suddetta si applica al quantitativo di azoto risultante dallo spargimento sui terreni di tutti gli effluenti di allevamento, il limite previsto dall'art. 6, parte A, punto 4, del regolamento granducale riguarda la quantità di azoto proveniente esclusivamente dall'applicazione al terreno di liquame, purino e fanghi di depurazione liquidi.

57 Quanto alla terza parte della prima censura, la Commissione fa valere giustamente che il divieto di applicazione di fertilizzanti in taluni periodi dell'anno costituisce una disposizione essenziale della direttiva 91/676 e che quest'ultima non prevede alcuna deroga.

58 Orbene, l'art. 7 del regolamento granducale consente ai ministri competenti, in caso di situazione climatica eccezionale o di eventi straordinari che colpiscano un'azienda agricola, di derogare ai periodi di divieto di applicazione dei fertilizzanti.

59 Anche supponendo che uno Stato membro sia legittimato a prevedere, nella propria normativa nazionale, alcune deroghe ai periodi di divieto di applicazione dei fertilizzanti, in caso di situazione climatica eccezionale o di eventi straordinari che colpiscano un'azienda agricola, tali deroghe debbono comunque essere sufficientemente circoscritte nell'ambito della disciplina di recepimento della direttiva 91/676.

60 Ora, una normativa nazionale che conferisce un potere discrezionale ai ministri competenti quanto alla sorte da riservare alle domande individuali di deroga non soddisfa il requisito suddetto.

61 Per quanto riguarda la capacità di immagazzinamento oggetto della seconda censura della Commissione, occorre constatare come la sola disposizione determinante al riguardo sia contenuta nell'allegato III, n. 1, punto 2, della direttiva 91/676.

62 Secondo tale norma, i programmi di azione recano norme disciplinanti la capacità dei depositi per effluenti di allevamento e tale capacità deve superare quella necessaria per l'immagazzinamento durante il più lungo dei periodi nei quali è proibita l'applicazione di effluenti nella zona vulnerabile.

63 L'unica deroga prevista da questa stessa disposizione riguarda il caso in cui sia dimostrato che qualsiasi quantitativo di effluenti superiore all'effettiva capacità d'immagazzinamento sarà smaltito in un modo innocuo per l'ambiente.

64 Orbene, l'art. 8 del regolamento granducale non impone una condizione siffatta.

65 Stanti tali circostanze, occorre constatare che il regolamento granducale, omettendo di imporre l'obbligo previsto dall'allegato III, n. 1, punto 2, della direttiva 91/676 relativamente agli impianti esistenti non sottoposti ad ammodernamento, non è conforme a tale direttiva.

66 Quanto alla terza censura della Commissione, occorre notare che, a termini dell'allegato II, parte A, punto 2, della direttiva 91/676, i codici di buona pratica agricola devono contenere norme riguardanti le modalità di applicazione dei fertilizzanti sui terreni in pendenza ripida, ove tale elemento sia pertinente.

67 La Corte ha già statuito che l'allegato II, parte A, della direttiva 91/676 riguarda l'insieme dei fertilizzanti e non solo quelli di origine organica (sentenza Commissione/Paesi Bassi, cit., punto 134).

68 Orbene, l'art. 6, parte A, punto 5, del regolamento granducale vieta unicamente l'applicazione al terreno di liquame, di purino e di fanghi di depurazione liquidi, che sono concimi organici, ma non contiene alcuna disposizione riguardante lo spargimento di concimi chimici.

69 Occorre dunque constatare che, sotto tale aspetto, la direttiva 91/676 non è stata correttamente trasposta dal Granducato di Lussemburgo.

70 Quanto alla quarta censura della Commissione, bisogna rilevare che l'allegato II, parte A, punto 6, della direttiva 91/676 stabilisce che i codici di buona pratica agricola dovrebbero contenere – ove tale elemento sia pertinente – norme disciplinanti le procedure di applicazione al terreno sia di concimi chimici che di effluenti di allevamento, comprese percentuali e uniformità di tale applicazione, in modo da mantenere le dispersioni di nutrienti nell'acqua ad un livello accettabile.

71 Dal momento che nel Granducato di Lussemburgo mancano norme siffatte, occorre constatare la violazione di tale disposizione.

72 Di conseguenza, l'inadempimento deve ritenersi provato sulla sola base delle censure formulate dalla Commissione.

73 Alla luce di tali circostanze, occorre constatare che, avendo omesso di adottare tutti i provvedimenti legislativi, regolamentari ed amministrativi necessari per conformarsi agli artt. 4 e 5 della direttiva 91/676, letti in combinato disposto con gli allegati II, parte A, punti

1, 2, 5 e 6, e III, n. 1, punti 1 e 2, della medesima direttiva, il Granducato di Lussemburgo è venuto meno agli obblighi che gli incombono in forza di quest'ultima.

Sulle spese

74 A norma dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché la Commissione ha concluso per la condanna del Granducato di Lussemburgo e quest'ultimo è rimasto soccombente nei motivi proposti, tale Stato deve essere condannato alle spese.

PQM

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

- 1) Avendo omesso di adottare tutti i provvedimenti legislativi, regolamentari ed amministrativi necessari per conformarsi agli artt. 4 e 5 della direttiva del Consiglio 12 dicembre 1991, 91/676/CEE, relativa alla protezione delle acque dall'inquinamento provocato dai nitrati provenienti da fonti agricole, letti in combinato disposto con gli allegati II, parte A, punti 1, 2, 5 e 6, e III, n. 1, punti 1 e 2, della medesima direttiva, il Granducato di Lussemburgo è venuto meno agli obblighi che gli incombono in forza di quest'ultima.**
- 2) Il Granducato di Lussemburgo è condannato alle spese.**

Pubblicazione: Raccolta della Giurisprudenza 2011 pagina I-02359

1. Concorrenza — Intese — Intese soggette razione materiae e razione temporis al regime giuridico del Trattato CECA — Scadenza del Trattato CECA — Mantenimento di un controllo da parte della Commissione che agisce nel contesto giuridico del regolamento n. 1/2003

2. Atti delle istituzioni — Applicazione nel tempo — Scadenza del Trattato CECA — Decisione della Commissione adottata nei confronti di un'impresa dopo la scadenza del Trattato CECA e riguardante fatti anteriori alla scadenza di detto Trattato — Principio della legalità dei reati e delle pene — Principio del legittimo affidamento — Portata — Responsabilità delle imprese per i loro comportamenti che violano le norme in materia di concorrenza, nell'ambito della successione del contesto giuridico del Trattato CE a quello del Trattato CECA — Norme sostanziali — Norme di procedura

3. Ricorso di annullamento — Sentenza di annullamento — Portata — Autorità assoluta di cosa giudicata — Portata

4. Impugnazione — Motivi d'impugnazione — Motivi di una sentenza viziati da una violazione del diritto dell'Unione — Dispositivo fondato per altri motivi di diritto — Rigetto

5. Concorrenza — Regole dell'Unione — Infrazioni — Imputazione — Infrazione commessa da un ente che non ha cessato di esistere e proseguita da un altro ente che gli succede nell'attività economica sul mercato di cui trattasi — Imputazione dell'intera infrazione a tale altro ente

6. Concorrenza — Procedimento amministrativo — Prescrizione in materia di azioni — Imputazione dell'infrazione a una persona giuridica diversa dalla persona responsabile della gestione dell'impresa al momento dell'infrazione

7. Concorrenza — Ammende — Importo — Determinazione — Criteri — Riduzione dell'importo dell'ammenda come corrispettivo di una cooperazione dell'impresa incriminata — Presupposti

8. Impugnazione — Motivi d'impugnazione — Erronea valutazione dei fatti — Irricevibilità — Controllo da parte della Corte della valutazione dei fatti sottoposti al Tribunale — Esclusione, salvo il caso di snaturamento

1. Conformemente ad un principio comune agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, le cui origini risalgono al diritto romano, qualora venga mutata la legge ed il legislatore non esprima una volontà contraria, è opportuno favorire la continuità degli istituti giuridici. Tale principio si applica alle modifiche del diritto primario dell'Unione.

Non sussiste, a tale riguardo, alcun indizio del fatto che il legislatore dell'Unione avrebbe inteso sottrarre i comportamenti collusivi vietati dal Trattato CECA all'applicazione di qualsivoglia sanzione successivamente alla scadenza del Trattato medesimo.

La successione dei Trattati CECA, CE e FUE assicura, al fine di garantire una libera concorrenza, che qualsiasi comportamento corrispondente alla fattispecie prevista dall'art. 65, n. 1, CA, indipendentemente dal fatto che si sia verificato anteriormente o

successivamente alla scadenza del Trattato CECA, il 23 luglio 2002, potesse essere sanzionato dalla Commissione e possa continuare ad esserlo.

In tale contesto, risulterebbe contrario alla finalità nonché alla coerenza dei Trattati ed inconciliabile con la continuità dell'ordinamento giuridico dell'Unione il fatto che la Commissione sia priva di legittimazione per garantire l'uniforme applicazione delle norme risultanti dal Trattato CECA che continuano a produrre effetti anche successivamente alla scadenza di quest'ultimo.

Pertanto, il Tribunale non commette errori di diritto interpretando il regolamento n. 1/2003 nel senso che consente alla Commissione di accertare e sanzionare, successivamente alla scadenza del Trattato CECA, le intese realizzate nei settori rientranti nella sfera di applicazione del Trattato CECA *ratione materiae* e *ratione temporis*.

(v. punti 72-74, 77-78)

2. Il principio della legalità dei reati e delle pene, sancito, segnatamente, dall'art. 49, n. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, esige che la normativa dell'Unione definisca chiaramente le infrazioni e le relative sanzioni.

Inoltre, il principio della certezza del diritto esige che detta normativa consenta agli interessati di conoscere esattamente la portata degli obblighi che essa impone loro e che tali interessati possano conoscere senza ambiguità i propri diritti ed obblighi e regolarsi di conseguenza. A tal riguardo, considerato che i Trattati definiscono con chiarezza le infrazioni nonché la natura e l'entità delle sanzioni che possono essere inflitte alle imprese per infrazione alle norme in materia di concorrenza, il principio della legalità dei reati e delle pene ed il principio della certezza del diritto non sono volti a garantire alle imprese che successive modifiche dei fondamenti normativi e delle disposizioni procedurali consentano loro di sfuggire a qualsivoglia sanzione relativa ai loro comportamenti illeciti tenuti in passato.

Nel caso di una decisione della Commissione che riguardi una situazione giuridica definitivamente consolidatasi anteriormente alla scadenza del Trattato CECA e che sia stata adottata nei confronti di un'impresa successivamente alla scadenza di detto Trattato, il Tribunale non commette errori dichiarando, da un lato, che il rispetto dei principi che disciplinano l'applicazione della legge nel tempo nonché le esigenze relative ai principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento impongono l'applicazione delle norme sostanziali previste all'art. 65, nn. 1 e 5, CA a fatti avvenuti prima della scadenza del Trattato CECA e che ricadono nella sua sfera di applicazione *ratione materiae* e *ratione temporis*. A tal riguardo, l'art. 65, nn. 1 e 5, CA, prevedeva un fondamento normativo chiaro per infliggere una sanzione per infrazione alle norme in materia di concorrenza, ragion per cui un'impresa diligente non poteva in alcun momento ignorare le conseguenze del proprio comportamento, né fare affidamento sul fatto che la successione del contesto normativo del Trattato CE a quello del Trattato CECA avrebbe prodotto la conseguenza di sottrarla a qualsiasi sanzione per le infrazioni all'art. 65 CA da essa commesse nel passato.

Per quanto riguarda, d'altro lato, le disposizioni procedurali applicabili, il Tribunale ha correttamente concluso che la Commissione è competente ad esperire il procedimento conformemente agli artt. 7, n. 1, e 23, n. 2, del regolamento n. 1/2003.

Infatti, la disposizione che costituisce il fondamento giuridico di un atto e legittima l'istituzione dell'Unione ad adottare l'atto medesimo dev'essere in vigore al momento dell'adozione di quest'ultimo e si presume, in linea generale, che le regole procedurali si applichino dal momento della loro entrata in vigore.

(v. punti 79-83, 86-88)

3. Il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste importanza fondamentale sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione sia negli ordinamenti giuridici nazionali. L'autorità di cosa giudicata riguarda unicamente i punti di fatto e di diritto effettivamente o necessariamente decisi dalla pronuncia giudiziale di cui trattasi.

Quando il giudice dell'Unione deve limitarsi a determinare il contenuto di una dichiarazione effettuata da un'impresa, al fine di accertare che detta dichiarazione è volta ad operare un trasferimento della responsabilità per il comportamento illecito da un'impresa a un'altra, la statuizione relativa alla legittimità di tale operazione costituisce un obiter dictum pronunciato al di là dei limiti della controversia sottoposta al giudice dell'Unione, che non risolve, né effettivamente né necessariamente, un punto di diritto. Essa non può, quindi, rivestire autorità di cosa giudicata.

(v. punti 123, 131-132)

4. Se dalla motivazione di una sentenza del Tribunale risulta una violazione del diritto dell'Unione, ma il dispositivo della stessa appare fondato per altri motivi di diritto, l'impugnazione deve essere respinta.

(v. punto 136)

5. In linea di principio, incombe alla persona fisica o giuridica che dirigeva un'impresa al momento in cui un'infrazione alle norme in materia di concorrenza è stata commessa rispondere della medesima, pur se, alla data di adozione della decisione di accertamento dell'infrazione, la gestione dell'impresa non era più posta sotto la sua responsabilità. Per quanto attiene alla questione relativa all'individuazione delle circostanze in presenza delle quali un ente che non sia l'autore dell'infrazione possa nondimeno essere sanzionato per questa, rientra in tale ipotesi la situazione in cui l'ente che abbia commesso un'infrazione abbia cessato di esistere giuridicamente o economicamente, atteso che una sanzione inflitta ad un'impresa che non eserciti più attività economiche rischia di essere priva di effetto dissuasivo.

Quando un'impresa, nata per effetto di una concentrazione delle attività di due società, conferma espressamente, tramite una dichiarazione, di voler assumere, in quanto impresa che prosegue le attività economiche oggetto dell'intesa, la responsabilità del comportamento illecito di un ente appartenente ad una di dette società ai fini dell'ammenda che la Commissione può infliggergli nell'ambito dei procedimenti avviati contro l'intesa medesima, la conseguenza giuridica del trasferimento di responsabilità che l'impresa si è accollata con la suddetta dichiarazione è del tutto precisa e prevedibile per la stessa.

L'impresa che ha assunto tale responsabilità non può più chiedere la revoca della propria dichiarazione nel momento in cui la Commissione, sulla base di quest'ultima, le ha effettivamente irrogato un'ammenda. Tuttavia, la conseguente irrevocabilità di tale dichiarazione non impedisce alla suddetta impresa di contestare, mediante ricorso dinanzi ai giudici dell'Unione, l'interpretazione del suo contenuto o il riconoscimento esplicito o implicito di elementi di fatto o di diritto durante il procedimento amministrativo dinanzi alla Commissione, non potendo tale irrevocabilità limitare l'esercizio stesso del diritto di proporre ricorso dinanzi al Tribunale, diritto attribuito alle persone fisiche o giuridiche dall'art. 230, quarto comma, CE.

(v. punti 143-144, 149-150, 153-155)

6. Tanto l'art. 1, n. 1, della decisione generale n. 715/78, relativa alla prescrizione in materia di azioni e di esecuzione nel campo di applicazione del trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio, quanto l'art. 25, n. 1, del regolamento n. 1/2003 assoggettano il potere della Commissione di infliggere ammende per infrazioni alle disposizioni in materia di concorrenza ad un termine di prescrizione di cinque anni. Tale termine decorre, ai sensi dell'art. 1, n. 2, della decisione n. 715/78 e dell'art. 25, n. 2, del regolamento n. 1/2003, dal giorno in cui l'infrazione è stata commessa o è cessata e, per effetto degli artt. 2 e 3 della decisione n. 715/78 e dell'art. 25, nn. 3-6, del regolamento n. 1/2003, può essere interrotto e sospeso.

Nel caso di una decisione della Commissione che infligge un'ammenda per infrazioni alle norme in materia di concorrenza ad un'impresa che, in quanto acquirente di un ente economico, ha assunto la responsabilità del comportamento illecito di detto ente, la prescrizione può essere valutata unicamente riguardo all'impresa che si è accollata la responsabilità, dato che la decisione della Commissione infligge un'ammenda unicamente a quest'ultima. In particolare, se è pur vero che taluni atti dell'ente trasferito possono continuare a produrre effetti nei confronti dell'impresa che assume la responsabilità e che una prescrizione maturata nei confronti di tale ente non può essere esclusa da un trasferimento di responsabilità, non ne consegue che la prescrizione debba essere valutata riguardo all'ente medesimo.

(v. punti 166-168)

7. Una riduzione dell'importo dell'ammenda inflitta per infrazione alle norme in materia di concorrenza, sulla base della comunicazione della Commissione sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei casi di intesa, è giustificabile solo ove le informazioni fornite e il comportamento dell'impresa interessata possano essere considerati una prova di un'effettiva cooperazione da parte sua.

(v. punto 176)

8. Laddove il Tribunale affermi che la Commissione ha correttamente ritenuto che un'impresa non dovesse beneficiare di una riduzione supplementare dell'ammenda superiore al 20% già concesso, esso compie, nell'esercizio della propria competenza anche di merito, conferita, in applicazione dell'art. 229 CE, dall'art. 31 del regolamento n. 1/2003, una valutazione in punto di fatto, sottratta, in quanto tale, al sindacato della Corte nell'ambito di un'impugnazione.

A tale riguardo, dagli artt. 225 CE e 58, primo comma, dello Statuto della Corte di giustizia risulta che il Tribunale è il solo competente, da un lato, ad accertare i fatti, salvo il caso in cui l'inesattezza materiale dei suoi accertamenti risulti dagli atti di causa ad esso sottoposti e, dall'altro, a valutare tali fatti. Una volta che il Tribunale abbia accertato o valutato i fatti, la Corte è competente, ai sensi dell'art. 225 CE, ad effettuare un controllo sulla qualificazione giuridica di tali fatti e sulle conseguenze di diritto che il Tribunale ne ha tratto. La valutazione dei fatti, salvo il caso di snaturamento degli elementi di prova adottati dinanzi al Tribunale, non costituisce una questione di diritto, come tale soggetta al sindacato della Corte.

(v. punti 179-180)

Indice

I - Contesto normativo

A - Le disposizioni del Trattato CECA

B - Le disposizioni del Trattato CE

C - Il regolamento (CE) n. 1/2003

D - Le disposizioni relative al calcolo dell'importo dell'ammenda

II - Fatti

III - Procedimento dinanzi al Tribunale e sentenza impugnata

IV - Conclusioni delle parti

V - Sulla domanda volta alla riapertura della fase orale del procedimento

VI - Sull'impugnazione

A - Sul primo motivo e sul primo capo del terzo motivo, relativi alla violazione dei principi nulla poena sine lege e «di precisione» nonché al difetto di potere della Commissione

1. Argomenti delle parti

2. Giudizio della Corte

B - Sul secondo motivo e sul secondo capo del terzo motivo

1. Sul primo capo del secondo motivo, relativo ad un errore di diritto che vizierebbe l'interpretazione, operata dal Tribunale, del punto 88 della sentenza ThyssenKrupp/Commissione

a) Argomenti delle parti

b) Giudizio della Corte

2. Sul primo argomento invocato a sostegno del secondo capo del secondo motivo, relativo alla violazione, da parte del Tribunale, della portata del principio dell'autorità di cosa giudicata ed alla violazione dei diritti della difesa

a) Sulla ricevibilità di tale argomento

i) Argomenti delle parti

ii) Giudizio della Corte

b) Sul merito

i) Argomenti delle parti

ii) Giudizio della Corte

3. Sul secondo argomento dedotto a sostegno del secondo capo del secondo motivo e sul secondo capo del terzo motivo, relativi all'assenza di trasferimento di responsabilità risultante dalla dichiarazione 23 luglio 1997 ed alla violazione del «principio di precisione»

a) Argomenti delle parti

b) Giudizio della Corte

C - Sul quarto motivo, relativo alla violazione delle disposizioni in materia di prescrizione

1. Argomenti delle parti

2. Giudizio della Corte

D - Sul quinto motivo, relativo alla violazione dei principi che disciplinano il calcolo dell'importo dell'ammenda

1. Argomenti delle parti

2. Giudizio della Corte

VII - Sulle spese

Nel procedimento C-352/09 P,

avente ad oggetto l'impugnazione, ai sensi dell'art. 56 dello Statuto della Corte di giustizia, proposta il 2 settembre 2009,

ThyssenKrupp Nirosta GmbH, già ThyssenKrupp Stainless AG, con sede in Duisburg (Germania), rappresentata dall'avv. M. Klusmann, Rechtsanwalt, e dal sig. S. Thomas, Universitätsprofessor,

ricorrente,

procedimento in cui l'altra parte è:

Commissione europea, rappresentata dai sigg. F. Castillo de la Torre e R. Sauer, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo,

convenuta in primo grado,

LA CORTE (Grande Sezione),

composta dal sig. V. Skouris, presidente, dai sigg. A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, K. Schiemann, A. Arabadjiev (relatore) e J.-J. Kasel, presidenti di sezione, dai sigg. E. Juhász, G. Arestis, A. Borg Barthet, T. von Danwitz e dalla sig.ra C. Toader, giudici,

avvocato generale: sig. Y. Bot

cancelliere: sig. B. Fülöp, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 29 giugno 2010,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 26 ottobre 2010,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Con la sua impugnazione, la ThyssenKrupp Nirosta GmbH, già ThyssenKrupp Stainless AG, chiede alla Corte di annullare la sentenza del Tribunale di primo grado delle Comunità europee 1° luglio 2009, causa T-24/07, ThyssenKrupp Stainless/Commissione (Racc. pag. II-2309; in prosieguo: la «sentenza impugnata»), con cui è stata respinta tanto la domanda della ricorrente diretta all'annullamento della decisione della Commissione 20 dicembre 2006, relativa ad una procedura di applicazione dell'art. 65 del Trattato CECA

(caso COMP/F/39.234 – Extra di lega, riadozione) (in prosieguo: la «decisione controversa»), quanto la sua domanda, dedotta in subordine, volta alla riduzione dell'ammenda inflittale dalla decisione controversa.

2 In tale decisione la Commissione europea ha ritenuto che la Thyssen Stahl AG (in prosieguo: la «Thyssen Stahl») avesse violato, nel periodo compreso tra il 16 dicembre 1993 e il 31 dicembre 1994, l'art. 65, n. 1, CA per aver modificato ed applicato in maniera concordata i valori di riferimento della formula di calcolo dell'extra di lega, infliggendo, a tal titolo, alla ThyssenKrupp Stainless AG un'ammenda dell'importo di EUR 3 168 000.

I – Contesto normativo

A – Le disposizioni del Trattato CECA

3 L'art. 65 CA così recitava:

«1. È proibito ogni accordo tra imprese, ogni decisione d'associazioni d'imprese e ogni pratica concordata che tenda, sul mercato comune, direttamente o indirettamente, a impedire, limitare o alterare il giuoco normale della concorrenza e in particolare:

- a) a fissare o determinare i prezzi;
- b) a limitare o controllare la produzione, lo sviluppo tecnico o gli investimenti;
- c) a ripartire i mercati, i prodotti, i clienti o le fonti d'approvvigionamento.

(...)

4. Gli accordi o le decisioni vietati per effetto della sezione 1 del presente articolo sono nulli di pieno diritto e non possono essere invocati avanti ad alcuna giurisdizione degli Stati membri.

La Commissione ha competenza esclusiva, con riserva dei ricorsi avanti alla Corte, per pronunciarsi sulla conformità di tali accordi o decisioni con le disposizioni del presente articolo.

5. Alle imprese che abbiano concluso un accordo nullo di pieno diritto, eseguito o tentato d'eseguire, per mezzo di arbitrato, di penale, boicottaggio, o in qualsiasi altro modo, un accordo o una decisione nulli di pieno diritto, o un accordo la cui approvazione è stata rifiutata o revocata; oppure che abbiano ottenuto il beneficio d'una autorizzazione per mezzo di informazioni scientemente false o travisate; oppure che abbiano attuato pratiche contrarie alle disposizioni della sezione 1, la Commissione può infliggere ammende e penalità di mora al massimo uguali al doppio del volume d'affari ottenuto con i prodotti oggetto dell'accordo, della decisione o della pratica contrari alle disposizioni del presente articolo, senza pregiudizio, se il loro scopo è di limitare la produzione, lo sviluppo tecnico o gli investimenti, di un aumento del massimo così determinato fino al 10% del volume d'affari annuo delle imprese in argomento, per quanto concerne l'ammenda, e fino al 20% del volume d'affari giornaliero, per quanto concerne le penalità di mora».

4 Conformemente all'art. 97 CA, il Trattato CECA è scaduto il 23 luglio 2002.

B – Le disposizioni del Trattato CE

5 L'art. 305, n. 1, CE così disponeva:

«Le disposizioni del presente trattato non modificano quelle del trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio, in particolare per quanto riguarda i diritti e gli

obblighi degli Stati membri, i poteri delle istituzioni di tale Comunità e le norme sancite da tale trattato per il funzionamento del mercato comune del carbone e dell'acciaio».

C – Il regolamento (CE) n. 1/2003

6 A termini dell'art. 4 del regolamento (CE) del Consiglio 16 dicembre 2002, n. 1/2003, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 [CE] e 82 [CE] (GU 2003, L 1, pag. 1), ai fini «dell'applicazione degli articoli 81 [CE] e 82 [CE], alla Commissione sono attribuite le competenze previste dal presente regolamento».

7 L'art. 7 del regolamento n. 1/2003, rubricato «Constatazione e eliminazione delle infrazioni», prevede quanto segue:

«1. Se la Commissione constata, in seguito a denuncia o d'ufficio, un'infrazione all'articolo 81 [CE] o all'articolo 82 [CE], può obbligare, mediante decisione, le imprese e associazioni di imprese interessate a porre fine all'infrazione constatata. (...) Qualora la Commissione abbia un legittimo interesse in tal senso, essa può inoltre procedere alla constatazione di un'infrazione già cessata.

(...)»

8 Ai sensi dell'art. 23, n. 2, lett. a), del regolamento n. 1/2003, la Commissione può, mediante decisione, infliggere ammende alle imprese ed alle associazioni di imprese quando, intenzionalmente o per negligenza, commettano un'infrazione alle disposizioni dell'art. 81 CE o dell'art. 82 CE.

D – Le disposizioni relative al calcolo dell'importo dell'ammenda

9 Il punto D della comunicazione della Commissione sulla non imposizione o sulla riduzione delle ammende nei casi di intesa tra imprese (GU 1996, C 207, pag. 4; in prosieguo: la «comunicazione sulla cooperazione») così dispone:

«1. Un'impresa che coopera senza che siano soddisfatte tutte le condizioni di cui ai punti B o C beneficia di una riduzione dal 10% al 50% dell'ammontare dell'ammenda che le sarebbe stata inflitta in assenza di cooperazione.

2. Ciò può verificarsi in particolare:

– se, prima dell'invio di una comunicazione degli addebiti, un'impresa fornisce alla Commissione informazioni, documenti o altri elementi probatori che contribuiscano a confermare la sussistenza dell'infrazione,

– se, dopo aver ricevuto la comunicazione degli addebiti, un'impresa informa la Commissione che non contesta i fatti materiali sui quali la Commissione fonda le sue accuse».

II – Fatti

10 I fatti all'origine della controversia, come esposti ai punti 10-32 della sentenza impugnata, possono essere così riassunti.

11 Il 1° gennaio 1995, per effetto di una concentrazione delle attività nel settore dei prodotti piatti in acciaio inossidabile della Thyssen Stahl e della Fried Krupp AG Hoesch-Krupp, nasceva la Krupp Thyssen Nirosta GmbH, società di diritto tedesco. La Thyssen Stahl continuava ad esercitare le proprie attività in modo autonomo in altri settori. A seguito di una serie di cambiamenti della denominazione sociale, la Krupp Thyssen Nirosta GmbH diveniva ThyssenKrupp Stainless AG e, infine, ThyssenKrupp Nirosta GmbH.

12 L'acciaio inossidabile è un tipo di acciaio speciale resistente alla corrosione per effetto dell'impiego di vari elementi della lega (nickel, cromo e molibdeno). È utilizzato in forma di prodotti piatti (fogli o bobine; laminati a caldo o a freddo) o di prodotti lunghi (barre, vergelle, profilati; laminati a caldo o finiti), la maggioranza dei quali rientra nella sfera d'applicazione del Trattato CECA.

13 Il 16 marzo 1995, la Commissione chiedeva a vari produttori di acciaio inossidabile di comunicarle informazioni su un supplemento di prezzo, conosciuto con il nome di «extra di lega» e calcolato in funzione delle quotazioni di detti elementi della lega, che si aggiunge al prezzo di base dell'acciaio inossidabile. Il costo di tali elementi della lega rappresenta una componente significativa e molto variabile dei costi di produzione. Sulla base delle informazioni raccolte, il 19 dicembre 1995 la Commissione inviava una comunicazione di addebiti a 19 imprese.

14 Nel corso dei mesi di dicembre 1996 e gennaio 1997, talune imprese, tra le quali la Thyssen Stahl, facevano presente alla Commissione che intendevano cooperare. Il 24 aprile 1997, l'istituzione inviava ad ognuna delle imprese interessate, tra le quali figuravano la ricorrente e la Thyssen Stahl, una nuova comunicazione degli addebiti, cui le dette due imprese rispondevano individualmente.

15 Con lettera del 23 luglio 1997 inviata alla Commissione (in prosieguo: la «dichiarazione 23 luglio 1997»), la ricorrente dichiarava quanto segue:

«Per quanto riguarda il menzionato procedimento [caso IV/35.814 ThyssenKrupp Stainless], avete chiesto al legale rappresentante della [Thyssen Stahl] che [la ricorrente] confermi espressamente che essa si assume, in conseguenza del trasferimento del settore di attività dei prodotti piatti inossidabili della [Thyssen Stahl], la responsabilità dell'operato della [Thyssen Stahl] stessa per quanto riguarda i prodotti piatti inossidabili che costituiscono l'oggetto del presente procedimento, e questo anche per il periodo che risale fino al 1993. Con la presente vi confermiamo espressamente quanto richiesto».

16 Con decisione 21 gennaio 1998, 98/247/CECA, relativa ad un procedimento di applicazione dell'art. 65 del Trattato CECA (Caso IV/35.814 – Extra di lega) (GU L 100, pag. 55; in prosieguo: la «decisione iniziale»), la Commissione accertava che la maggior parte dei produttori di prodotti piatti in acciaio inossidabile, tra i quali la ricorrente e la Thyssen Stahl, avevano convenuto, nel corso di una riunione tenutasi a Madrid (Spagna) il 16 dicembre 1993, di aumentare in modo concordato i loro prezzi, modificando i parametri di calcolo della extra di lega a decorrere dal 1° febbraio del 1994. L'istituzione ne deduceva che le imprese interessate avevano pertanto violato l'art. 65, n. 1, CA.

17 La decisione iniziale è stata notificata alla ricorrente e non alla Thyssen Stahl, in quanto la Commissione ha ritenuto, in considerazione della dichiarazione 23 luglio 1997, che la ricorrente fosse responsabile dell'operato della Thyssen Stahl, infliggendole, pertanto, un'ammenda anche per i fatti contestati alla Thyssen Stahl e relativi al periodo compreso tra il mese di dicembre 1993 e il 1° gennaio 1995.

18 L'11 marzo 1998, la ricorrente proponeva ricorso volto, segnatamente, all'annullamento della decisione iniziale.

19 Con sentenza 13 dicembre 2001, cause riunite T-45/98 e T-47/98, Krupp Thyssen Stainless e Acciai speciali Terni/Commissione (Racc. pag. II-3757), il Tribunale annullava la decisione iniziale nella parte in cui imputava alla ricorrente la responsabilità della violazione dell'art. 65, n. 1, CA commessa dalla Thyssen Stahl, riducendo conseguentemente l'ammenda, sulla base del rilievo che la Commissione non aveva posto la ricorrente in grado di presentare le proprie osservazioni sui fatti contestati alla Thyssen Stahl, violando così i diritti della difesa.

20 Con sentenza 14 luglio 2005, cause riunite C-65/02 P e C-73/02 P, ThyssenKrupp/Commissione (Racc. pag. I-6773), la Corte respingeva le impugnazioni proposte avverso detta sentenza dalla ricorrente e dalla Commissione.

21 A seguito di scambi di corrispondenza con la ricorrente e la Thyssen Stahl, la Commissione inviava alla ricorrente, in data 5 aprile 2006, una comunicazione degli addebiti. Con lettera 17 maggio 2006, la ricorrente rispondeva a tale comunicazione degli addebiti e il 15 settembre seguente aveva luogo un'audizione pubblica.

22 Il 20 dicembre 2006 la Commissione emanava la decisione controversa. Dal preambolo di tale decisione emerge che essa è fondata, segnatamente, sul Trattato CECA, in particolare l'art. 65 CA, nonché sul Trattato CE e sul regolamento n. 1/2003. Il dispositivo di tale decisione prevede, in particolare:

«Articolo 1

[La Thyssen Stahl] ha violato l'articolo 65, paragrafo 1, CA, dal 16 dicembre 1993 al 31 dicembre 1994, modificando e applicando in maniera concordata i valori di riferimento della formula di calcolo dell'extra di lega, pratica che ha avuto per oggetto ed effetto di limitare e falsare il gioco normale della concorrenza sul mercato comune.

Articolo 2

1. Per l'infrazione di cui all'articolo [1], viene inflitta un'ammenda di 3 168 000 euro.
2. Avendo la [ricorrente] assunto con [la dichiarazione] 23 luglio 1997, la responsabilità per il comportamento della [Thyssen Stahl], l'ammenda viene inflitta a[lla ricorrente]».

III – Procedimento dinanzi al Tribunale e sentenza impugnata

23 Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale in data 6 febbraio 2007, la ricorrente proponeva ricorso volto all'annullamento, ai sensi degli artt. 225 CE e 230 CE, della decisione controversa.

24 Con il primo motivo, la ricorrente deduceva la violazione del principio nulla poena sine lege, derivante dall'applicazione dell'art. 65, n. 1, CA successivamente alla scadenza del Trattato CECA. Il secondo motivo di annullamento atteneva all'illegittimità dell'applicazione congiunta del regolamento n. 1/2003 e dell'art. 65 CA. Con il terzo motivo, la ricorrente faceva valere la violazione dell'autorità di cosa giudicata, considerato che la Corte aveva rilevato, al punto 88 della citata sentenza ThyssenKrupp/Commissione, che essa non era responsabile dell'operato della Thyssen Stahl.

25 Con il quarto motivo la ricorrente deduceva che la dichiarazione 23 luglio 1997 non poteva fondare la sua responsabilità né tanto meno il trasferimento dell'onere dell'ammenda. Con il quinto motivo sosteneva che la decisione controversa violava il «principio di precisione», atteso che né il fondamento normativo per infliggere la sanzione

né la nozione di «accollo della responsabilità per mezzo di dichiarazione privata» risultavano determinati con sufficiente chiarezza.

26 Il sesto motivo di ricorso atteneva alla violazione del principio del non bis in idem derivante dal trasferimento della responsabilità per mezzo di una dichiarazione di natura privata. Con il settimo motivo la ricorrente sosteneva che la violazione commessa dalla Thyssen Stahl era prescritta. L'ottavo ed il nono motivo attenevano alla violazione dei diritti della difesa in considerazione, da un lato, della violazione del diritto di accesso agli atti e, dall'altro, dell'irregolarità della comunicazione degli addebiti.

27 In subordine, la ricorrente deduceva, nell'ambito del decimo motivo di annullamento, che l'importo dell'ammenda era stato calcolato erroneamente, atteso che la Commissione non aveva tenuto conto del fatto che la ricorrente non aveva contestato l'effettività dell'infrazione complessivamente considerata.

28 Ai punti 37 e 38 della sentenza impugnata, è precisato che le parti sono state sentite all'udienza dell'11 dicembre 2008 e che, nel corso di detta udienza, la ricorrente ha dichiarato di revocare la dichiarazione 23 luglio 1997, di cui è stato preso atto nel verbale d'udienza.

29 Con la sentenza impugnata il Tribunale ha respinto il ricorso, condannando la ricorrente alle spese.

30 In sostanza, il Tribunale ha, anzitutto, ritenuto che l'applicazione dell'art. 65, n. 1, CA, successivamente al 23 luglio 2002, a fatti antecedenti tale data non costituisca violazione del principio del nulla poena sine lege e che, ai fini di tale applicazione, la Commissione potesse fondare la propria competenza sul regolamento n. 1/2003. Il Tribunale ha osservato che la Corte aveva rilevato, nella citata sentenza ThyssenKrupp/Commissione, la quale ha acquisito autorità di cosa giudicata, che, per effetto della dichiarazione 23 luglio 1997, la ricorrente era responsabile dell'operato della Thyssen Stahl.

31 Inoltre, secondo il Tribunale, i fondamenti normativi della sanzione e del trasferimento della responsabilità risultavano determinati con chiarezza sufficiente, da un lato, dagli artt. 7, n. 1, e 23, n. 2, del regolamento n. 1/2003 e, dall'altro, dalla dichiarazione 23 luglio 1997. La pretesa violazione del principio del non bis in idem veniva respinta in considerazione del fatto che, per effetto di detta dichiarazione, l'infrazione commessa dalla Thyssen Stahl sarebbe stata imputabile alla ricorrente. Tale infrazione non era prescritta, a parere del Tribunale, in quanto la prescrizione doveva essere valutata nei confronti della ricorrente ed era rimasta sospesa durante il procedimento giurisdizionale riguardante la decisione iniziale.

32 Il Tribunale ha infine ritenuto che la comunicazione degli addebiti fosse regolare e che la Commissione non avesse violato il diritto della ricorrente di accedere agli atti né fosse incorsa in errore per non aver tenuto conto della pretesa mancata contestazione dell'effettività dell'infrazione.

IV – Conclusioni delle parti

33 La ricorrente conclude che la Corte voglia:

- annullare la sentenza impugnata;
- in subordine, rinviare la causa dinanzi al Tribunale;

- in via di ulteriore subordine, ridurre l'importo dell'ammenda inflittale a termini dell'art. 2 della decisione controversa, e
- condannare la Commissione alle spese.

34 La Commissione conclude che la Corte voglia:

- respingere l'impugnazione e confermare la sentenza impugnata; e
- condannare la ricorrente alle spese.

V – Sulla domanda volta alla riapertura della fase orale del procedimento

35 Con atto pervenuto presso la cancelleria della Corte il 28 ottobre 2010, la Commissione ha chiesto alla Corte di disporre la riapertura della fase orale del procedimento, ai sensi dell'art. 61 del regolamento di procedura della Corte, nell'ipotesi in cui la Corte stessa dovesse affrontare le questioni relative ad una «restrizione del principio di cosa giudicata per effetto del principio del contraddittorio», alla possibilità per la Commissione di infliggere, in una fase amministrativa del procedimento successiva alla pronuncia della presente sentenza e per il comportamento controverso, un'ammenda alla Thyssen Stahl, o alle conseguenze dell'annullamento della decisione iniziale sulla sospensione della prescrizione. Infatti, a parere dell'istituzione, tali questioni sono state esaminate dall'avvocato generale ai paragrafi 155, 174-176 e 198-212 delle sue conclusioni, ma non costituiscono oggetto della controversia e non sono state dibattute inter partes.

36 In applicazione di tale disposizione, l'avvocato generale è stato sentito in merito a tale domanda.

37 La Corte può, d'ufficio o su proposta dell'avvocato generale ovvero su domanda delle parti, riaprire la fase orale del procedimento, ai sensi dell'art. 61 del proprio regolamento di procedura, qualora ritenga di non essere sufficientemente istruita ovvero che la causa debba essere decisa sulla base di un argomento che non sia stato oggetto di discussione tra le parti (v. sentenza 8 settembre 2009, causa C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Professional e Bwin International, Racc. pag. I-7633, punto 31 e giurisprudenza ivi citata).

38 La Corte ritiene di disporre, nella specie, di tutti gli elementi necessari per risolvere la controversia e che la causa non debba essere esaminata alla luce di un argomento non dibattuto dinanzi ad essa.

39 Non occorre, quindi, disporre la riapertura della fase orale del procedimento.

VI – Sull'impugnazione

40 La ricorrente deduce cinque motivi. Il primo attiene alla violazione del principio nulla poena sine lege, derivante dall'applicazione dell'art. 65, n. 1, CA successivamente al 23 luglio 2002, all'erronea applicazione dell'art. 23 del regolamento n. 1/2003 ad un'infrazione all'art. 65, n. 1, CA, alla violazione della sovranità degli Stati firmatari del Trattato CECA e alla inapplicabilità ai fatti della specie della sentenza del Tribunale 12 settembre 2007, causa T-25/04, González y Díez/Commissione (Racc. pag. II-3121).

41 Con il secondo motivo, la ricorrente deduce che l'imputazione alla medesima della responsabilità dell'operato della Thyssen Stahl non ha costituito oggetto, nella citata sentenza ThyssenKrupp/Commissione, di accertamento munito dell'autorità della cosa giudicata, che il Tribunale ha violato la portata del principio della res iudicata nonché i diritti della difesa e che ha erroneamente ritenuto che la dichiarazione 23 luglio 1997

avesse operato un trasferimento della responsabilità dalla Thyssen Stahl alla ricorrente stessa.

42 Il terzo motivo di impugnazione attiene al difetto di precisione, tanto riguardo al fondamento normativo della decisione controversa quanto al trasferimento della responsabilità, che il Tribunale avrebbe erroneamente omissis di rilevare. Con il quarto motivo, la ricorrente contesta al Tribunale la violazione delle disposizioni in materia di prescrizione. Il quinto motivo di impugnazione attiene alla violazione dei principi relativi al calcolo dell'importo dell'ammenda.

A – Sul primo motivo e sul primo capo del terzo motivo, relativi alla violazione dei principi nulla poena sine lege e «di precisione» nonché al difetto di potere della Commissione

1. Argomenti delle parti

43 Con il primo motivo la ricorrente deduce, in primo luogo, che l'applicazione dell'art. 65, n. 1, CA successivamente al 23 luglio 2002 costituisce violazione del principio nulla poena sine lege, considerato che il Trattato CECA e i poteri che esso attribuisce alla Commissione sono scaduti a tale data, per effetto dell'art. 97 CA. La ricorrente sottolinea che il divieto, dettato dal diritto comunitario e dal diritto internazionale, di interpretare per analogia disposizioni del diritto penale e disposizioni in materia di ammende esige che il fondamento normativo della sanzione risulti in modo chiaro e non equivoco dal diritto scritto.

44 A parere della ricorrente, la circostanza che, successivamente al 23 luglio 2002, talune pratiche, precedentemente ricadenti nella sfera di applicazione del Trattato CECA, possano ricadere nel Trattato CE non consentirebbe alcuna deduzione quanto alla possibilità di sanzionare, successivamente a tale data, sulla base dell'art. 65, n. 1, CA, infrazioni cessate prima di tale data.

45 Il Tribunale avrebbe confuso le nozioni di unità e di continuità dell'ordinamento giuridico comunitario laddove ha dedotto da tali nozioni che il Trattato CECA potesse applicarsi sotto l'egida del Trattato CE. I Trattati CECA e CE, essendo Trattati di diritto internazionale pubblico, rientrerebbero nella sfera dei principi affermati all'art. 70 della convenzione di Vienna 23 maggio 1969, sul diritto dei Trattati, a termini del quale nessun obbligo contrattuale né alcuna competenza può risultare da un Trattato di diritto internazionale scaduto.

46 Anche ammesso che i Trattati comunitari debbano essere interpretati secondo principi uniformi, ciò non significherebbe che la Commissione disponga di un potere generale ai fini della loro esecuzione, indipendente dall'esistenza dei singoli ordinamenti giuridici risultanti dai singoli Trattati. Infatti, da vari atti giuridici del diritto comunitario emergerebbe che le istituzioni dispongono unicamente delle competenze di attribuzione specifiche risultanti da Trattati giuridicamente autonomi.

47 Pertanto, considerato che la Commissione non dispone più di una competenza fondata sul Trattato CECA, la questione se gli elementi costitutivi delle infrazioni sanzionate dagli artt. 65 CA e 81 CE corrispondano e siano interpretati in modo uniforme è, a parere della ricorrente, destituita di interesse. Infatti, la circostanza che, in taluni ordinamenti nazionali, elementi costitutivi di intese vengano interpretati in modo uguale a quelli previsti

dagli artt. 81 CE e 82 CE non implicherebbe che la Commissione sia competente per applicare le disposizioni nazionali di cui trattasi.

48 La ricorrente rileva che, secondo la giurisprudenza del Tribunale, la natura di *lex specialis* del Trattato CECA rispetto al Trattato CE non può fondare una competenza della Commissione sull'art. 65, n. 5, CA, successivamente alla scadenza del Trattato CECA. Essa ritiene che tale considerazione debba essere estesa all'art. 65, n. 1, CA, atteso che quest'ultimo fa parte del fondamento normativo della sanzione. Il principio *lex specialis derogat legi generali* non può quindi giustificare l'applicazione dell'art. 65, n. 1, CA che non è più in vigore, considerato che tale principio disciplina unicamente la relazione esistente tra due norme in vigore.

49 In assenza di disposizioni transitorie aventi valore di norma giuridica – natura che non potrebbe attribuirsi alla comunicazione della Commissione 18 giugno 2002, relativa ad alcuni aspetti del trattamento di casi in materia di concorrenza a seguito della scadenza del Trattato CECA (GU C 152, pag. 5) – che consentano alla Commissione di sanzionare le violazioni dell'art. 65, n. 1, CA successivamente al 23 luglio 2002, nessuna disposizione dei Trattati o del diritto derivato prevederebbe la possibilità per la Commissione di emanare, successivamente al 23 luglio 2002, una decisione quale la decisione controversa.

50 In secondo luogo, la ricorrente sottolinea che, successivamente alla scadenza del Trattato CECA, non esiste più alcuna norma giuridica che preveda sanzioni in caso di violazione dell'art. 65, n. 1, CA, considerato che il n. 5 di detto articolo è scaduto con il Trattato CECA, circostanza che il Tribunale avrebbe riconosciuto nella propria precedente giurisprudenza.

51 Ritenendo che l'art. 23 del regolamento n. 1/2003 debba essere interpretato nel senso che consentiva alla Commissione di sanzionare le violazioni del Trattato CECA e ciò quand'anche tale disposizione non conteneva alcun riferimento all'art. 65 CA, il Tribunale ha violato, a parere della ricorrente, il principio *nulla poena sine lege*, in base al quale le disposizioni di diritto penale non possono essere interpretate al di là del senso letterale risultante dal loro tenore. Quest'ultimo non può costituire oggetto di un'interpretazione storica, sistematica o teleologica estensiva, poiché ciò equivarrebbe ad un'applicazione analogica, che la disciplina delle sanzioni non consente.

52 A tal riguardo, la ricorrente rileva che, secondo la giurisprudenza, una sanzione può essere inflitta solamente ove risulti da un fondamento normativo chiaro e non ambiguo, che preveda espressamente l'irrogazione di una sanzione per i fatti considerati, con la conseguenza che la Corte avrebbe respinto, in materia di sanzioni, qualsiasi interpretazione sistematica o teleologica estensiva che vada al di là del senso letterale delle disposizioni considerate. Orbene, il Tribunale avrebbe proceduto ad un'interpretazione analogica vietata.

53 In terzo luogo, la ricorrente ritiene che non sussistano i requisiti per poter operare un'applicazione analogica dell'art. 23 del regolamento n. 1/2003 ad un'infrazione all'art. 65, n. 1, CA. Sarebbe, infatti, necessario che i fatti fossero analoghi a quelli contemplati dal detto art. 23 e che sussista un vuoto normativo contrario all'obiettivo perseguito dal legislatore.

54 Orbene, a parere della ricorrente, anche a voler ammettere che l'art. 65, n. 1, CA fosse identico all'art. 81 CE sotto tutti i profili pertinenti, cosa che non può invece affermarsi, considerato che il contesto di fatto si distingue sotto molteplici aspetti, non sussiste un vuoto normativo contrario all'obiettivo perseguito dal legislatore. Infatti, conformemente ai principi della democrazia e della separazione dei poteri, il giudice potrebbe colmare solamente i vuoti normativi che siano sfuggiti al legislatore, contrariamente all'obiettivo perseguito. Al giudice non competerebbe la rettifica di atti legislativi applicando disposizioni che gli appaiano più adeguate rispetto a quelle vigenti.

55 La ricorrente ritiene che, nella specie, deponga contro la sussistenza di un siffatto vuoto normativo il fatto che il legislatore non abbia previsto alcuna disposizione transitoria – mentre, in vari altri settori del Trattato CECA, sono state adottate disposizioni di proroga o transitorie – e che, con la risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio del 20 luglio 1998 sulla scadenza del Trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (GU C 247, pag. 5), il Consiglio dell'Unione europea e i detti rappresentanti avevano invitato la Commissione, facendo presente di essere disposti ad adottare tutte le misure necessarie per far fronte alle conseguenze derivanti dalla scadenza di tale Trattato, a sottoporre proposte concernenti altri settori interessati dalla scadenza, senza che la Commissione abbia peraltro risposto a tale invito riguardo alla disciplina delle intese.

56 In quarto luogo, la ricorrente ritiene che l'applicazione dell'art. 23 del regolamento n. 1/2003 ad un'infrazione all'art. 65, n. 1, CA costituisca violazione degli artt. 5 CE, 7, n. 1, CE e 83 CE, non potendo l'applicazione di detto art. 23 andare al di là di quanto consentito dalla delega posta alla base del regolamento medesimo. Anche ammesso che il Consiglio abbia inteso formulare tale art. 23 in modo da consentire la sanzione delle violazioni dell'art. 65, n. 1, CA, ciò non sarebbe stato possibile, considerato che il Trattato CE attribuisce poteri unicamente ai fini dell'applicazione delle proprie disposizioni.

57 La ricorrente rileva che dagli artt. 5 CE, 7, n. 1, secondo periodo, CE e 211 CE emerge che, nell'ambito dell'esecuzione di compiti incumbenti alle istituzioni comunitarie in base al Trattato CE, le competenze e le attribuzioni della Commissione sono strettamente limitate al Trattato CE e ciò per effetto del Trattato medesimo. Considerato che gli elementi costitutivi dell'infrazione e le sue conseguenze giuridiche formerebbero congiuntamente il fondamento giuridico della sanzione, tale ratio si applicherebbe tanto alle conseguenze giuridiche dirette dell'infrazione quanto agli elementi costitutivi della medesima.

58 La ricorrente precisa che l'art. 83 CE autorizza il Consiglio unicamente ad adottare un regolamento ai fini dell'applicazione degli artt. 81 CE e 82 CE. Conseguentemente, la limitazione della sfera di applicazione dell'art. 23 del regolamento n. 1/2003 alle infrazioni alle disposizioni del Trattato CE non costituirebbe un errore di redazione della norma rettificabile mediante applicazione analogica del detto art. 23 alle violazioni dell'art. 65, n. 1, CA.

59 Ritenendo che l'art. 23, n. 2, del regolamento n. 1/2003 affermi una regola di procedura, il Tribunale sarebbe incorso in un errore di diritto. Infatti, a parere della ricorrente, detto art. 23 costituisce una regola sostanziale che attribuisce un potere

sanzionatorio, autorizzando la Commissione ad infliggere ammende per violazione degli artt. 81 CE e 82 CE, ammende non direttamente previste nel Trattato CE.

60 La ricorrente sostiene che, al punto 85 della sentenza impugnata, il Tribunale sia incorso in un errore di logica giustificando l'applicabilità dell'art. 65, n. 1, CA in base alle regole che disciplinano l'applicazione della legge nel tempo, secondo cui dovevano applicarsi le norme sostanziali vigenti all'epoca dei fatti., L'applicazione nel tempo di una disposizione scaduta, infatti, presupporrebbe che la Commissione abbia conservato, contrariamente a quanto invece avvenuto nella specie, i propri poteri ai fini dell'applicazione delle disposizioni dell'ordinamento giuridico in questione.

61 In quinto luogo, la ricorrente sostiene che la sentenza impugnata violi la sovranità degli Stati firmatari del Trattato CECA, atteso che, con la scadenza di tale Trattato, il potere di infliggere sanzioni nel settore interessato è stato restituito agli Stati membri, ove gli Stati firmatari avrebbero attribuito alla Commissione un potere sanzionatorio solo fino alla detta data di scadenza.

62 In sesto luogo, la ricorrente deduce, da un lato, che il Tribunale si è erroneamente richiamato ai punti 57 e segg. della propria sentenza González y Díez/Commissione, citata supra. Tale sentenza, anche ammessa la sua fondatezza, è stata pronunciata nel settore degli aiuti di Stato. Orbene, nel settore delle intese, il principio nulla poena sine lege imporrebbe norme più severe per l'irrogazione delle ammende.

63 D'altro canto, il Tribunale avrebbe rilevato che la distorsione della concorrenza risultante dal mancato rispetto delle norme in materia di aiuti di Stato può estendere i propri effetti nel tempo successivamente alla scadenza del Trattato CECA. Per contro, la causa in esame riguarda, a parere della ricorrente, un'infrazione all'art. 65 CA, cessata nel mese di gennaio 1998 e che, alla data in cui l'ammenda è stata inflitta, vale a dire il 20 dicembre 2006, non produceva quindi più alcun effetto che solo l'irrogazione di un'ammenda avrebbe consentito di eliminare.

64 Con il primo capo del terzo motivo, la ricorrente deduce che il Tribunale, laddove ha dichiarato che dalla decisione controversa emergerebbe che la Commissione intendesse operare un'applicazione congiunta dell'art. 23, n. 2, del regolamento n. 1/2003 con l'art. 65, n. 1, CA, ha violato il «principio di precisione del fondamento normativo», secondo il quale una sanzione non potrebbe essere irrogata se non su un fondamento normativo chiaro e non ambiguo, che preveda una sanzione per la relativa fattispecie. Orbene, l'art. 23, n. 2, del regolamento n. 1/2003 prevederebbe sanzioni non in caso di violazione dell'art. 65, n. 1, CA, bensì unicamente in caso di violazione degli artt. 81 CE e 82 CE.

2. Giudizio della Corte

65 In limine, si deve anzitutto rilevare che qualsiasi accordo corrispondente alla fattispecie contemplata all'art. 65, n. 1, CA, concluso o attuato anteriormente alla scadenza, verificatasi il 23 luglio 2002, del Trattato CECA, poteva dar luogo, sino a tale data compresa, in base all'art. 65, n. 5, CA, ad una decisione della Commissione di irrogazione di ammende alle imprese che avessero concorso nel detto accordo o alla sua esecuzione.

66 Conseguentemente, si deve necessariamente rilevare che qualsiasi accordo corrispondente alla fattispecie contemplata dall'art. 65, n. 1, CA, concluso o attuato entro il

24 luglio 2002 e il 30 novembre 2009, poteva dar luogo ad un'analogia decisione della Commissione, fondata sull'art. 81 CE e sugli artt. 15, n. 2, lett. a), del regolamento del Consiglio 6 febbraio 1962, n. 17, primo regolamento di applicazione degli articoli [81] e [82] del Trattato CE (GU 1962, 13, pag. 204), ovvero sull'art. 23, n. 2, lett. a), del regolamento n. 1/2003.

67 Infine, è parimenti pacifico che qualsiasi accordo corrispondente alla fattispecie prevista all'art. 65, n. 1, CA, concluso o attuato a decorrere dal 1° dicembre 2009, può dar luogo ad un'analogia decisione della Commissione, fondata sugli artt. 101 TFUE e 23, n. 2, lett. a), del regolamento n. 1/2003.

68 Orbene, nella specie la ricorrente contesta, sostanzialmente, l'affermazione del Tribunale secondo cui la Commissione, con la decisione controversa adottata il 23 luglio 2002, poteva infliggerle, sulla base del combinato disposto dell'art. 65, nn. 1 e 5, CA e degli artt. 7, n. 1, e 23, n. 2, lett. a), del regolamento n. 1/2003, un'ammenda per aver concorso, anteriormente al 23 luglio 2002, alla conclusione e all'esecuzione di un accordo corrispondente alla fattispecie contemplata all'art. 65, n. 1, CA.

69 In primo luogo, per quanto attiene alla competenza della Commissione, il Tribunale ha rilevato, al punto 74 della sentenza impugnata, che la disposizione che costituisce il fondamento normativo di un atto è legittima l'istituzione dell'Unione europea ad adottare l'atto in questione deve essere in vigore al momento della sua adozione, cosa che avverrebbe nel caso dell'art. 23, n. 2, del regolamento n. 1/2003.

70 Ai punti 76-79 della sentenza impugnata, il Tribunale ha rilevato che il Trattato CECA costituiva, in forza dell'art. 305, n. 1, CE, una *lex specialis* che derogava alla *lex generalis* costituita dal Trattato CE medesimo e che, per effetto della scadenza del Trattato CECA, avvenuta il 23 luglio 2002, la sfera di applicazione del regime generale istituito dal Trattato CE si è estesa, il 24 luglio 2002, ai settori precedentemente disciplinati dal Trattato CECA.

71 Ai punti 80-82 della sentenza impugnata, il Tribunale ha precisato che la successione del quadro normativo del Trattato CE a quello del Trattato CECA si colloca nel contesto della continuità dell'ordinamento giuridico dell'Unione e dei suoi obiettivi, ove l'istituzione ed il mantenimento di un regime di libera concorrenza costituisce uno degli obiettivi essenziali tanto del Trattato CE quanto del Trattato CECA. A tal riguardo, il Tribunale ha sottolineato che le nozioni di accordi e di pratiche concertate contemplate dall'art. 65, n. 1, CA rispondono a quelle di accordi e di pratiche concertate ai sensi dell'art. 81 CE e che dette due disposizioni sono interpretate dal giudice dell'Unione allo stesso modo.

72 Ai punti 83 e 84 della sentenza impugnata, il Tribunale ha quindi concluso che la continuità dell'ordinamento giuridico dell'Unione esige che la Commissione garantisca, nei confronti di situazioni sorte sotto la vigenza del Trattato CECA, il rispetto dei diritti e degli obblighi sussistenti *eo tempore* in forza del Trattato CECA, nei confronti tanto degli Stati membri quanto dei singoli, e che, conseguentemente, l'art. 23, n. 2, del regolamento n. 1/2003 deve essere interpretato nel senso che consente alla Commissione di sanzionare, successivamente al 23 luglio 2002, le intese realizzate nei settori ricompresi nella sfera di applicazione del Trattato CECA *ratione materiae* e *ratione temporis*.

73 Tali considerazioni non risultano viziate da alcun errore di diritto. Infatti, risulta dalla giurisprudenza, da un lato, che, conformemente ad un principio comune agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, le cui origini risalgono al diritto romano, qualora venga mutata la legge ed il legislatore non esprima una volontà contraria, è opportuno favorire la continuità degli istituti giuridici e, dall'altro, che tale principio si applica alle modificazioni del diritto primario dell'Unione (v., in tal senso, sentenza 25 febbraio 1969, causa 23/68, Klomp, Racc. pag. 43, punto 13).

74 Orbene, come correttamente rilevato dalla Commissione, non esiste alcun indizio del fatto che il legislatore dell'Unione avrebbe inteso consentire che i comportamenti collusivi vietati dal Trattato CECA potessero sfuggire all'applicazione di qualsivoglia sanzione successivamente alla scadenza del Trattato medesimo.

75 Infatti, da un lato, come emerge dal punto 55 supra, la ricorrente stessa ha sottolineato che il Consiglio e i rappresentanti dei governi degli Stati membri avevano fatto presente di essere disposti ad adottare tutte le misure necessarie per far fronte alle conseguenze derivanti dalla scadenza del detto Trattato. Dall'altro, la Commissione ha precisato che essa avrebbe dovuto sottoporre proposte di disposizioni transitorie solamente nel caso in cui tale passo fosse stato ritenuto necessario e che, alla luce dei principi generali di diritto vigenti, essa riteneva che nel settore del diritto delle intese tale necessità non sussistesse.

76 Ne consegue che la ricorrente non può trarre alcun valido argomento dall'assenza di disposizioni transitorie in materia.

77 Inoltre, dai rilievi effettuati supra ai punti 65-67 emerge che la successione dei Trattati CECA, CE e FUE assicura, al fine di garantire la libera concorrenza, che qualsiasi comportamento corrispondente alla fattispecie contemplata dall'art. 65, n. 1, CA, indipendentemente dal fatto che si sia verificato prima o dopo il 23 luglio 2002, potesse essere sanzionato dalla Commissione e possa continuare ad esserlo.

78 Ciò premesso, sarebbe contrario allo scopo e alla coerenza sistematica dei Trattati nonché incompatibile con la continuità dell'ordinamento giuridico dell'Unione che la Commissione sia priva della legittimazione per garantire l'uniforme applicazione delle norme connesse al Trattato CECA che continuano a produrre effetti anche dopo la scadenza di quest'ultimo (v., in tal senso, sentenza 18 luglio 2007, causa C-119/05, Lucchini, Racc. pag. I-6199, punto 41).

79 In secondo luogo, correttamente il Tribunale ha dichiarato a tal riguardo, ai punti 85, 86 e 89 della sentenza impugnata, che il rispetto dei principi che disciplinano l'applicazione della legge nel tempo nonché le esigenze relative ai principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento impongono l'applicazione delle norme sostanziali previste dall'art. 65, nn. 1 e 5, CA ai fatti di specie che ricadono nella sua sfera di applicazione *ratione materiae* e *ratione temporis*.

80 In particolare, laddove la ricorrente fa valere che la decisione controversa viola il principio *nulla poena sine lege* nonché un preteso «principio di precisione», segnatamente nella parte in cui né il regolamento n. 1/2003 né l'art. 83 CE fanno riferimento all'art. 65 CA, si deve rammentare che il principio della legalità dei reati e delle pene

(*nullum crimen, nulla poena sine lege*), sancito, segnatamente, dall'art. 49, n. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, esige che la legge dell'Unione definisca chiaramente le infrazioni e le relative sanzioni (v., in tal senso, sentenza 3 maggio 2007, causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, Racc. pag. I-3633, punti 49 e 50).

81 Inoltre, il principio della certezza del diritto esige che la legge dell'Unione consenta agli interessati di conoscere esattamente la portata degli obblighi che essa impone loro e che questi debbano poter conoscere senza ambiguità i propri diritti ed obblighi e regolarsi di conseguenza (sentenza 10 marzo 2009, causa C-345/06, *Heinrich*, Racc. pag. I-1659, punto 44 e giurisprudenza ivi citata).

82 A tal riguardo, si deve sottolineare che, all'epoca dei fatti, l'art. 65, nn. 1 e 5, CA prevedeva un fondamento normativo chiaro per la sanzione inflitta nella specie, ragion per cui la ricorrente non poteva ignorare le conseguenze derivanti dal proprio comportamento. Peraltro, dai rilievi effettuati supra ai punti 65-67 emerge che lo stesso comportamento sarebbe stato parimenti passibile, in qualsiasi momento successivo, di analoga sanzione inflitta dalla Commissione.

83 Orbene, considerato che i Trattati definivano con chiarezza, sin da prima dell'epoca dei fatti, le infrazioni nonché la natura e l'entità delle sanzioni che potevano essere conseguentemente inflitte, tali principi non sono volti a garantire alle imprese che successive modifiche dei fondamenti normativi e delle disposizioni procedurali consentano loro di sfuggire a qualsivoglia sanzione relativa ai loro illeciti comportamenti tenuti in passato.

84 Si deve aggiungere che la Commissione ha rilevato, già prima della scadenza del Trattato CECA, l'impossibilità di sfuggire a tale sanzione, precisando, al punto 31 della propria comunicazione, adottata il 18 giugno 2002, relativa ad alcuni aspetti del trattamento di casi in materia di concorrenza a seguito della scadenza del Trattato CECA, che, laddove essa accerti un'infrazione in un settore ricompreso nella sfera di applicazione del Trattato CECA, il diritto sostanziale applicabile è, indipendentemente dalla data di applicazione, quello in vigore nel momento in cui si siano verificati i fatti costitutivi dell'infrazione ed il diritto procedurale applicabile, successivamente alla scadenza del Trattato CECA, è quello istituito dal Trattato CE.

85 D'altronde, il principio della *lex mitior* non s'opponne, nella specie, all'applicazione dell'art. 65, n. 5, CA, considerato che l'ammenda inflitta dalla decisione controversa è, in ogni caso, inferiore al massimale previsto dall'art. 23, n. 2, del regolamento n. 1/2003 per l'irrogazione di ammende per violazione delle norme dell'Unione in materia di concorrenza.

86 Da tutte le suesposte considerazioni emerge che un'impresa diligente nella situazione della ricorrente non poteva in nessun momento ignorare le conseguenze derivanti dal proprio comportamento né fare affidamento sul fatto che la successione del quadro normativo del Trattato CE a quello del Trattato CECA avrebbe prodotto la conseguenza di sottrarla a qualsivoglia sanzione per le infrazioni all'art. 65 CA commesse in passato.

87 Per quanto attiene al fondamento normativo ed alle disposizioni procedurali applicabili, il Tribunale ha parimenti correttamente affermato, ai punti 84 e 87 della sentenza impugnata, che il potere della Commissione di infliggere, con la decisione

controversa, l'ammenda di cui trattasi derivava dall'art. 23, n. 2, del regolamento n. 1/2003 e che la procedura doveva essere condotta conformemente a tale regolamento.

88 Infatti, dalla giurisprudenza emerge che la disposizione che costituisce il fondamento normativo di un atto che legittima l'istituzione dell'Unione ad adottare l'atto medesimo dev'essere in vigore al momento dell'adozione di quest'ultimo (v., in tal senso, sentenza 4 aprile 2000, causa C-269/97, Commissione/Consiglio, Racc. pag. I-2257, punto 45) e che si presume, in linea generale, che le norme procedurali si applichino dal momento della loro entrata in vigore (v., in tal senso, sentenze 12 novembre 1981, cause riunite 212/80-217/80, Meridionale Industria Salumi e a., Racc. pag. 2735, punto 9, nonché 23 febbraio 2006, causa C-201/04, Molenbergnatie, Racc. pag. I-2049, punto 31).

89 Si deve aggiungere che l'applicazione, da parte della Commissione, del regolamento n. 1/2003 non ha ristretto, bensì è stata piuttosto tale da estendere, le garanzie procedurali offerte dal quadro normativo del Trattato CECA alle imprese perseguite, cosa che d'altronde la ricorrente non contesta.

90 Ne consegue che senza incorrere in errori di diritto il Tribunale ha potuto concludere, ai punti 87 e 89 della sentenza impugnata, da un lato, che il potere della Commissione di infliggere, con la decisione controversa, l'ammenda di cui trattasi derivava dall'art. 23, n. 2, del regolamento n. 1/2003 e che la procedura doveva essere condotta conformemente a tale regolamento, e, dall'altro, che il diritto sostanziale che prevedeva la sanzione applicabile era costituito dall'art. 65, nn. 1 e 5, CA.

91 Conseguentemente, il primo motivo ed il primo capo del terzo motivo di impugnazione devono essere respinti.

B – Sul secondo motivo e sul secondo capo del terzo motivo

1. Sul primo capo del secondo motivo, relativo ad un errore di diritto che vizierebbe l'interpretazione, operata dal Tribunale, del punto 88 della sentenza ThyssenKrupp/Commissione

a) Argomenti delle parti

92 A parere della ricorrente, erroneamente il Tribunale ha ritenuto che la Corte le abbia ascritto, al punto 88 della citata sentenza ThyssenKrupp/Commissione, la responsabilità per le infrazioni commesse dalla Thyssen Stahl. Al contrario, in tale sentenza, la Corte avrebbe escluso, in base ad una motivazione complementare, di imputarle tale responsabilità. Il contesto procedurale, cui il Tribunale avrebbe fatto riferimento a sostegno della propria interpretazione, non consentirebbe di attribuire un senso differente al tenore di detto punto 88. Pertanto, per poter accogliere la propria interpretazione, il Tribunale avrebbe dovuto introdurre una domanda di interpretazione ai sensi dell'art. 102 del regolamento di procedura della Corte.

93 Considerato che il detto punto 88 fa riferimento a tutte le dichiarazioni menzionate ai punti 85 e 86 della sentenza medesima e si colloca nell'ambito dello stesso ragionamento, la ricorrente ritiene incomprensibile l'esclusione della dichiarazione 23 luglio 1997 operata dal Tribunale. Parimenti, laddove il Tribunale ha ritenuto che tale dichiarazione non potesse essere presa in considerazione in quanto non riguardante le attività della Thyssen

Stahl, la ricorrente sostiene che detta dichiarazione verteva, invece, proprio sulle attività di tale società.

94 Infine, per quanto attiene alla motivazione della sentenza impugnata, secondo cui, nel caso in cui il menzionato punto 88 della citata sentenza ThyssenKrupp/Commissione dovesse essere interpretato nel senso proposto dalla ricorrente, la Corte non avrebbe avuto alcuna ragione per pronunciarsi sul secondo e sul terzo motivo di impugnazione incidentale, la ricorrente sottolinea che i giudici dell'Unione si pronunciano regolarmente, oltre che sul motivo accolto, anche su altri motivi.

b) Giudizio della Corte

95 In limine, si deve rammentare che, al punto 88 della citata sentenza ThyssenKrupp/Commissione, la Corte ha affermato che, per quanto riguarda le pretese circostanze eccezionali invocate dalla Commissione e menzionate al punto 79 della sentenza medesima, era sufficiente ricordare, anzitutto, che la ricorrente non è il successore economico della Thyssen Stahl, atteso che quest'ultima ha continuato ad esistere come persona giuridica distinta fino alla data di adozione della decisione controversa e che l'unità di azione che aveva potuto caratterizzare il comportamento della Thyssen Stahl e della ricorrente successivamente al 1° gennaio 1995 non bastava a giustificare l'imputazione alla ricorrente dell'operato della Thyssen Stahl prima di tale data, alla luce del principio ricordato al punto 82 della sentenza medesima, secondo cui una persona giuridica può essere sanzionata esclusivamente per i fatti specificamente contestatili. La Corte ha aggiunto di avere già indicato, ai punti 85 e 86 della sentenza stessa, quanto alle dichiarazioni che sarebbero state fatte dalla ricorrente in merito alle attività della Thyssen Stahl nel corso del procedimento amministrativo, che esse non consentivano di imputare alla ricorrente la responsabilità per l'operato della Thyssen Stahl anteriormente a tale data.

96 Al punto 118 della sentenza impugnata, il Tribunale ha rilevato che l'impugnazione della ricorrente da cui è scaturita la citata sentenza ThyssenKrupp/Commissione non aveva riguardato le valutazioni compiute dal Tribunale in merito al trasferimento alla ricorrente stessa della responsabilità della Thyssen Stahl. Tale rilievo effettuato dal Tribunale nella sentenza impugnata non è stato contestato nell'ambito del presente procedimento.

97 Ai punti 119-121 della sentenza impugnata, il Tribunale ha rilevato che, in risposta a detta impugnazione, la Commissione aveva proposto impugnazione incidentale con cui aveva fatto valere, segnatamente, lo snaturamento di taluni documenti di prova e l'errore di diritto nella valutazione del trasferimento della responsabilità. Il Tribunale ha precisato che è l'interpretazione della risposta della Corte, contenuta nel punto 88 della citata sentenza ThyssenKrupp/Commissione, a tale motivo di impugnazione incidentale che ha costituito oggetto del dibattito inter partes. Il Tribunale ha ritenuto che tale interpretazione sia connessa alla portata di detto motivo di impugnazione e ai termini precisi degli argomenti sviluppati dalla Commissione a sostegno del motivo medesimo.

98 Al punto 122 della sentenza impugnata, il Tribunale ha osservato che dai punti 73-79 della citata sentenza ThyssenKrupp/Commissione, risultava che, con detto motivo di impugnazione incidentale, la Commissione intendeva rimettere in discussione non il

riconoscimento da parte del Tribunale del trasferimento di responsabilità controverso sulla base della dichiarazione 23 luglio 1997, bensì, unicamente, la successiva conclusione del Tribunale, secondo cui tale dichiarazione non poteva essere interpretata nel senso che implicasse parimenti la rinuncia della ricorrente al proprio diritto ad essere sentita sui fatti contestati alla Thyssen Stahl.

99 Ai punti 126-128 della sentenza impugnata, il Tribunale ha ritenuto che, ai punti 81 e 82 della citata sentenza ThyssenKrupp/Commissione, la Corte avesse rammentato e confermato la conclusione del Tribunale secondo cui la dichiarazione 23 luglio 1997 non avrebbe implicato la rinuncia della ricorrente al proprio diritto ad essere sentita e che, ai successivi punti 83-86, essa avrebbe esaminato e respinto l'argomento della Commissione relativo alla mancata presa in considerazione, da parte del Tribunale, di altri elementi di prova in relazione a tale dichiarazione nonché il conseguente snaturamento di tali elementi. A parere del Tribunale, al punto 87 di detta sentenza, la Corte avrebbe, pertanto, concluso nel senso dell'assenza di snaturamento, da parte del Tribunale, riguardo tanto alla dichiarazione 23 luglio 1997 quanto ad altri elementi di prova.

100 Al punto 129 della sentenza impugnata, il Tribunale ha sottolineato che l'unico oggetto del punto 88 della citata sentenza ThyssenKrupp/Commissione, era costituito dall'esame e dal rigetto, da parte della Corte, di un «altro argomento della Commissione relativo all'esistenza di circostanze eccezionali, attinenti all'asserita successione economica della [ricorrente] alla Thyssen [Stahl], all'evidente unità di azione tra questi due operatori e alle dichiarazioni fatte dalla [ricorrente] in nome della Thyssen [Stahl] nel corso del procedimento amministrativo».

101 Ai punti 131-135 della sentenza impugnata, il Tribunale ha osservato che, alla luce dell'oggetto del primo motivo di impugnazione incidentale della Commissione, dalla lettura del terzo periodo del punto 88 della citata sentenza ThyssenKrupp/Commissione emergeva che tale periodo si limitava a rinviare all'analisi, effettuata ai punti 85 e 86 della sentenza medesima, delle dichiarazioni effettuate dalla ricorrente, nel corso del procedimento amministrativo, in merito alle attività della Thyssen Stahl diverse dalla dichiarazione 23 luglio 1997, vale a dire le risposte della ricorrente alle due comunicazioni di addebiti e alla sua lettera del 17 dicembre 1996.

102 Alla luce di tali rilievi, il Tribunale ha concluso, al punto 136 della sentenza impugnata, che l'interpretazione di detto punto 88 sostenuta dalla ricorrente «finirebbe per ammettere che la Corte abbia trasformato, senza alcuna motivazione e tramite un mero rinvio, un'affermazione concernente la violazione del diritto ad essere ascoltata in una conclusione quanto al trasferimento di responsabilità, ciò che non è ammissibile» ed ha pertanto respinto, al punto 138 della sentenza stessa, il terzo motivo della ricorrente perché fondato su un'erronea lettura del menzionato punto 88.

103 Tali considerazioni contenute nella sentenza impugnata non appaiono viziate da alcun errore di diritto. Infatti, in primo luogo, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, il Tribunale non ha contestato nella sentenza impugnata che, al punto 88 della citata sentenza ThyssenKrupp/Commissione, la Corte avesse ammesso che la responsabilità per le infrazioni commesse dalla Thyssen Stahl fosse ascritta alla ricorrente. Al contrario, il

Tribunale ha rilevato, ai punti 118 e 122 della sentenza impugnata, da un lato, che l'impugnazione della ricorrente da cui era scaturita la citata sentenza ThyssenKrupp/Commissione non verteva sulla valutazione, da parte del Tribunale, del trasferimento alla ricorrente della responsabilità del comportamento illecito contestato alla Thyssen Stahl e, dall'altro, che il punto 88 di detta sentenza si riferisce all'impugnazione incidentale della Commissione sulla quale, tantomeno, non è stato messo in discussione tale trasferimento di responsabilità.

104 In secondo luogo, come correttamente rilevato dal Tribunale, al punto 88 della citata sentenza ThyssenKrupp/Commissione, la Corte ha risposto specificamente agli argomenti della Commissione esposti al punto 79 della sentenza medesima. Orbene, quest'ultimo punto si limita a riassumere gli argomenti contenuti ai punti 84-87 dell'impugnazione incidentale che si richiamano ai precedenti punti 60-64.

105 A tal riguardo, emerge dagli atti che tutti gli argomenti esposti dalla Commissione ai detti punti dell'impugnazione incidentale riguardavano esclusivamente le dichiarazioni effettuate dalla ricorrente nel corso del procedimento amministrativo distinte dalla dichiarazione 23 luglio 1997.

106 Ne consegue che né la Commissione né la ricorrente hanno fatto valere dinanzi alla Corte la possibilità di imputare alla ricorrente, sulla base della dichiarazione 23 luglio 1997, la responsabilità del comportamento controverso della Thyssen Stahl. Inoltre, al punto 83 di detta sentenza, la Corte ha ritenuto che occorresse verificare l'esistenza di elementi di prova diversi da tale dichiarazione. Pertanto, il riferimento contenuto nell'ultimo periodo del punto 88 della sentenza de qua alle dichiarazioni menzionate ai precedenti punti 85 e 86 rinvia esclusivamente alle dichiarazioni della ricorrente diverse da quella del 23 luglio 1997.

107 Ne consegue che il primo capo del secondo motivo di impugnazione dev'essere respinto.

2. Sul primo argomento invocato a sostegno del secondo capo del secondo motivo, relativo alla violazione, da parte del Tribunale, della portata del principio dell'autorità di cosa giudicata ed alla violazione dei diritti della difesa

a) Sulla ricevibilità di tale argomento

i) Argomenti delle parti

108 La Commissione deduce che l'argomento della ricorrente è in contraddizione con le osservazioni dedotte dalla medesima in primo grado, in cui avrebbe sostenuto che il giudice dell'Unione si era già definitivamente pronunciato sulla questione del trasferimento della responsabilità. Tale motivo sarebbe quindi nuovo e, pertanto, irricevibile in sede di impugnazione.

ii) Giudizio della Corte

109 Dai punti 105-109 della sentenza impugnata emerge che la ricorrente aveva dedotto dinanzi al Tribunale, con il quarto motivo svolto a sostegno della propria domanda di annullamento della decisione controversa, che la dichiarazione 23 luglio 1997 non poteva comportare un trasferimento della responsabilità in suo capo per il comportamento controverso della Thyssen Stahl.

110 Orbene, risulta che la ricorrente aveva dedotto tale motivo nell'ipotesi in cui il Tribunale avesse dovuto respingere l'interpretazione del punto 88 della citata sentenza ThyssenKrupp/Commissione, sostenuta dalla ricorrente nell'ambito del proprio terzo motivo, ed in cui nessuna autorità di cosa giudicata avesse potuto essere attribuita, a tal riguardo, a detta sentenza e tantomeno alla citata sentenza Krupp Thyssen Stainless e Acciai speciali Terni/Commissione.

111 Ai punti 139-147 della sentenza impugnata, il Tribunale ha respinto tale quarto motivo, senza esaminarlo nel merito, richiamandosi all'autorità di cosa giudicata attribuita al rilievo dal medesimo effettuato al punto 62 della citata sentenza Krupp Thyssen Stainless e Acciai speciali Terni/Commissione, secondo cui, alla luce della dichiarazione 23 luglio 1997, la Commissione era eccezionalmente legittimata ad imputare alla ricorrente la responsabilità del comportamento contestato.

112 Pertanto, non può essere vietato alla ricorrente di rimettere in discussione, con la propria impugnazione, tale valutazione effettuata dal Tribunale, per la prima volta, nella sentenza impugnata e che ha costituito il fondamento del rigetto del quarto motivo dedotto dalla ricorrente a sostegno della domanda di annullamento della decisione controversa.

113 Conseguentemente, il primo argomento dedotto a sostegno del secondo capo del secondo motivo di impugnazione è ricevibile.

b) Sul merito

i) Argomenti delle parti

114 In primo luogo, la ricorrente deduce che il Tribunale ha violato il principio dell'autorità di cosa giudicata. Atteso che tale principio afferma l'impossibilità di proporre nuova azione giurisdizionale vertente sullo stesso oggetto, la sua portata non potrebbe andare al di là dell'oggetto della controversia relativa al procedimento anteriore. Orbene, considerato che l'oggetto della controversia è determinato dalla domanda e dai fatti ad essa sottesi, detto principio riguarderebbe, nel caso di impugnazione di una decisione amministrativa, esclusivamente la decisione contestata. Secondo la ricorrente, ne consegue che il principio dell'autorità di cosa giudicata non può impedire un ricorso diretto contro una nuova decisione, ancorché le due decisioni in questione vertano sullo stesso oggetto.

115 Nella specie, l'autorità di cosa giudicata atterrebbe quindi, in ogni caso, unicamente alla decisione iniziale. A parere della ricorrente, la questione se il comportamento della Thyssen Stahl potesse esserle imputato doveva essere quindi riesaminato nella decisione controversa. A tal riguardo, la ricorrente sottolinea di essersi limitata, nei procedimenti giurisdizionali precedenti, a dedurre la violazione dei diritti della difesa. L'interpretazione del principio dell'autorità di cosa giudicata accolto dal Tribunale la priverebbe, quindi, della possibilità di dedurre motivi da essa non ancora fatti valere.

116 La ricorrente ritiene, inoltre, che, avendo essa revocato la dichiarazione 23 luglio 1997, i fatti relativi al preteso trasferimento in suo capo della responsabilità per l'operato della Thyssen Stahl siano mutati, riguardo alla decisione controversa, successivamente all'adozione della decisione iniziale. Orbene, contrariamente a quanto affermato dal Tribunale al punto 147 della sentenza impugnata, il principio dell'autorità di cosa giudicata

non potrebbe in alcun caso escludere un successivo mutamento delle circostanze di fatto o di diritto.

117 In secondo luogo, la ricorrente deduce che l'interpretazione del principio dell'autorità di cosa giudicata accolto dal Tribunale costituisce una violazione dei diritti della difesa. Considerato che la decisione iniziale è stata annullata per mancato rispetto del diritto ad essere sentiti riguardo all'imputazione alla ricorrente dell'operato della Thyssen Stahl, la ricorrente stessa ritiene che tale diritto dovesse essere garantito nel nuovo procedimento. Orbene, qualora potesse esserle ascritta la responsabilità di detto operato unicamente sulla base dell'autorità di cosa giudicata, non sussisterebbe alcun interesse alla proposizione di un nuovo ricorso, con conseguente svuotamento sostanziale del diritto ad essere sentiti.

118 La Commissione deduce che, secondo costante giurisprudenza, l'autorità di cosa giudicata riguarda i punti di fatto e di diritto effettivamente o necessariamente risolti dalla sentenza di cui trattasi. La Commissione precisa che tanto il procedimento contenzioso diretto contro la decisione iniziale quanto quello sfociato nella sentenza impugnata hanno richiesto l'esame della questione se, sulla base della dichiarazione 23 luglio 1997, l'istituzione potesse imputare alla ricorrente la responsabilità dell'infrazione commessa dalla Thyssen Stahl.

119 Tale dichiarazione avrebbe quindi costituito l'oggetto della controversia di tali procedimenti e, ai punti 59 e 62 della citata sentenza Krupp Thyssen Stainless e Acciai speciali Terni/Commissione, il Tribunale avrebbe dichiarato tale imputabilità, che non sarebbe stata contestata nell'ambito dell'impugnazione oggetto di tale sentenza e che, inoltre, sarebbe stata confermata nel merito dalla Corte. La Commissione, essendo tenuta, a termini dell'art. 233 CE, ad adottare tutte le misure necessarie ai fini dell'esecuzione della sentenza della Corte, sarebbe stata obbligata a tener conto di tali dichiarazioni. Inoltre, atteso che l'adozione della decisione controversa è intervenuta nell'ambito dello stesso procedimento amministrativo che ha condotto all'adozione della decisione iniziale, la ricorrente non potrebbe formulare affermazioni differenti sugli stessi fatti.

120 La Commissione rileva peraltro che l'autorità di cosa giudicata, se è pur vero che non poteva essere opposta riguardo alla proposizione di un nuovo ricorso di annullamento avverso la stessa decisione, potrebbe essere fatta valere solamente nell'ipotesi di una conferma della decisione nell'ambito del primo procedimento. Orbene, tale principio sarebbe parimenti applicabile in caso di annullamento per vizio procedurale, qualora talune questioni preliminari siano state risolte in tale contesto.

121 A parere della Commissione, la revoca della dichiarazione 23 luglio 1997, effettuata, per la prima volta, all'udienza dinanzi al Tribunale, non era più giuridicamente possibile, in quanto la decisione controversa era stata adottata medio tempore. Pertanto, l'accollo della responsabilità non potrebbe più essere escluso come fondamento di tale decisione. Inoltre, la ricorrente si contraddirebbe affermando, al tempo stesso, che l'autorità di cosa giudicata riguarda solamente le conseguenze di sentenze precedenti aventi ad oggetto la decisione iniziale e che, al punto 88 della citata sentenza ThyssenKrupp/Commissione, la Corte ha definitivamente escluso, alla luce del diritto sostanziale, la responsabilità della ricorrente.

122 Infine, atteso che la decisione iniziale è stata annullata per vizio procedurale, un valido accollo della responsabilità della Thyssen Stahl non sarebbe subordinato alla concessione del diritto ad essere sentiti, in quanto la ricorrente stessa aveva dichiarato di procedere a tale accollo con cognizione delle conseguenze derivanti da tale dichiarazione.

ii) Giudizio della Corte

123 In varie occasioni la Corte ha ricordato, da un lato, l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione sia negli ordinamenti giuridici nazionali (sentenze 30 settembre 2003, causa C-224/01, Köbler, Racc. pag. I-10239, punto 38; 16 marzo 2006, causa C-234/04, Kapferer, Racc. pag. I-2585, punto 20, e 29 giugno 2010, causa C-526/08, Commissione/Lussemburgo, Racc. pag. I-6151, punto 26) e, dall'altro, che l'autorità di cosa giudicata riguarda unicamente i punti di fatto e di diritto effettivamente o necessariamente decisi dalla pronuncia giudiziale di cui trattasi (sentenza Commissione/Lussemburgo, cit. supra, punto 27, nonché la giurisprudenza ivi citata).

124 Nella specie, si deve rilevare che, al punto 62 della citata sentenza Krupp Thyssen Stainless e Acciai speciali Terni/Commissione, il Tribunale ha affermato quanto segue:

«Si deve sottolineare che non è contestato che, tenuto conto della dichiarazione fatta dalla [ricorrente] il 23 luglio 1997, la Commissione aveva certamente titolo per imputare a quest'ultima la responsabilità del comportamento produttivo dell'infrazione rimproverato alla Thyssen Stahl tra il mese di dicembre 1993 e il 1° gennaio 1995. Si deve infatti considerare che una siffatta dichiarazione, la quale risponde, in particolare, a considerazioni di carattere economico tipiche delle operazioni di concentrazione tra imprese, implica che la persona giuridica sotto la cui responsabilità sono state poste le attività di un'altra persona giuridica, successivamente alla data dell'infrazione derivante dalle dette attività, sia tenuta a risponderne, anche se, in linea di principio, spetta risponderne alla persona fisica o giuridica che dirigeva l'impresa di cui trattasi al momento in cui è stata consumata l'infrazione».

125 Ne consegue che, al punto 62 della menzionata sentenza Krupp Thyssen Stainless e Acciai speciali Terni/Commissione, il Tribunale si è pronunciato sulla legittimità del trasferimento di responsabilità, effettuato con la dichiarazione 23 luglio 1997, per l'operato illegittimo di cui trattasi.

126 Ai punti 139 e 140 della sentenza impugnata, il Tribunale ha affermato che, conseguentemente, tale punto di diritto riveste autorità di cosa giudicata, essendo stato effettivamente oggetto di pronuncia da parte del giudice dell'Unione.

127 Tuttavia, come emerge dal punto 115 supra, la ricorrente deduce che, nelle cause sfociate nelle citate sentenze Krupp Thyssen Stainless e Acciai speciali Terni/Commissione nonché ThyssenKrupp/Commissione, essa si era limitata a dedurre la violazione dei diritti della difesa e che, conseguentemente, l'interpretazione del principio dell'autorità di cosa giudicata accolto dal Tribunale nella sentenza impugnata la priva della possibilità di dedurre motivi da essa non ancora fatti valere.

128 A tal riguardo si deve rilevare che, al punto 51 della citata sentenza Krupp Thyssen Stainless e Acciai speciali Terni/Commissione, il Tribunale stesso aveva rilevato che la

ricorrente si era limitata a sostenere che non era stato «rispettato il suo diritto di essere sentita in merito ai comportamenti ascritti alla Thyssen Stahl» e che essa aveva «accettato di assumere, in quanto acquirente, la responsabilità delle infrazioni eventualmente commesse dalla [Thyssen Stahl]». Al successivo punto 62 della sentenza medesima, il Tribunale ha sottolineato che il trasferimento, per mezzo della dichiarazione 23 luglio 1997, della responsabilità della Thyssen Stahl alla ricorrente non era contestato.

129 Ciò premesso, si deve necessariamente rilevare che la legittimità del trasferimento della responsabilità operato con la dichiarazione 23 luglio 1997 non costituiva oggetto della controversia da cui è scaturita la citata sentenza Krupp Thyssen Stainless e Acciai speciali Terni/Commissione.

130 Infatti, alla luce degli argomenti dedotti dinanzi al Tribunale in tale causa, il compito di quest'ultimo si limitava a valutare se la ricorrente avesse o meno rinunciato, con la dichiarazione 23 luglio 1997, al proprio diritto ad essere sentita specificamente in merito all'illegittimo comportamento della Thyssen Stahl.

131 Se è pur vero che, nell'ambito di tale valutazione, il Tribunale doveva determinare il contenuto di tale dichiarazione e poteva, quindi, rilevare che essa era volta ad operare tale trasferimento di responsabilità, non competeva peraltro al medesimo pronunciarsi sulla legittimità di tale operazione, salvo statuire, eventualmente, *ultra petita*.

132 Ne consegue che, considerato che la legittimità di tale trasferimento di responsabilità per mezzo della dichiarazione 23 luglio 1997 non è stata dedotta dinanzi al Tribunale, il rilievo effettuato al punto 62 della menzionata sentenza Krupp Thyssen Stainless e Acciai speciali Terni/Commissione costituisce un *obiter dictum* pronunciato al di là dei limiti della controversia sottoposta al Tribunale e non ha quindi risolto, né effettivamente né necessariamente, un punto di diritto. Tale rilievo non può, quindi, rivestire autorità di cosa giudicata.

133 Ai punti 96 e 102-106 *supra* è stato inoltre rilevato che né l'impugnazione della ricorrente né l'impugnazione incidentale della Commissione, da cui è scaturita la citata sentenza ThyssenKrupp/Commissione, vertevano sulla questione della legittimità del trasferimento di responsabilità operato per mezzo della dichiarazione 23 luglio 1997. Pertanto, a tutt'oggi, la Corte non si è pronunciata su tale punto di diritto.

134 Alla luce di tali considerazioni, si deve dichiarare che il Tribunale è incorso in un errore di diritto laddove ha affermato, ai punti 139-145 della sentenza impugnata, che le valutazioni dal medesimo effettuate in merito alla legittimità di detto trasferimento di responsabilità al punto 62 della citata sentenza Krupp Thyssen Stainless e Acciai speciali Terni/Commissione, rivestivano autorità di cosa giudicata.

135 Da tutte le *suesposte* considerazioni emerge che, senza necessità di esaminare gli altri argomenti dedotti dalla ricorrente, il primo argomento dedotto a sostegno del secondo capo del secondo motivo di impugnazione dev'essere accolto.

136 Si deve tuttavia rammentare che, se dalla motivazione di una sentenza del Tribunale risulta una violazione del diritto dell'Unione, ma il dispositivo della stessa appare fondato per altri motivi di diritto, l'impugnazione deve essere respinta (sentenza 13 luglio 2000, causa C-210/98 P, Salzgitter/Commissione, Racc. pag. I-5843, punto 58).

137 A tal riguardo, si deve ricordare che il Tribunale, dichiarando, al punto 62 della citata sentenza Krupp Thyssen Stainless e Acciai speciali Terni/Commissione, che la propria valutazione della legittimità del trasferimento di responsabilità di cui trattasi rivestiva autorità di cosa giudicata, ha respinto il quarto motivo dinanzi ad esso dedotto, riguardante la legittimità di tale trasferimento di responsabilità per mezzo della dichiarazione 23 luglio 1997.

138 Ciò premesso, occorre esaminare il secondo argomento dedotto a sostegno del secondo capo del secondo motivo di impugnazione che riprende, sostanzialmente, il quarto motivo fatto valere dalla ricorrente dinanzi al Tribunale.

3. Sul secondo argomento dedotto a sostegno del secondo capo del secondo motivo e sul secondo capo del terzo motivo, relativi all'assenza di trasferimento di responsabilità risultante dalla dichiarazione 23 luglio 1997 ed alla violazione del «principio di precisione»

a) Argomenti delle parti

139 Con il secondo argomento dedotto a sostegno del secondo capo del secondo motivo, la ricorrente ricorda di aver fatto valere dinanzi al Tribunale che, conformemente alla giurisprudenza, essa non poteva essere considerata responsabile quale impresa succeduta nei diritti e negli obblighi della Thyssen Stahl, atteso che quest'ultima continuava ad esistere. Laddove il Tribunale le ha ascritto tale responsabilità sulla base della dichiarazione 23 luglio 1997, la ricorrente deduce di essersi limitata a dichiarare di accollarsi la responsabilità in materia civile delle passività della Thyssen Stahl e che tale dichiarazione – ammesso che trovi sempre applicazione, il che va invece escluso – non consentirebbe di imputarle la responsabilità risultante dalla disciplina delle ammende.

140 La ricorrente precisa che la Commissione le aveva chiesto di effettuare una dichiarazione senza informarla del proprio intendimento di utilizzarla a sostegno del trasferimento della responsabilità per il pagamento dell'ammenda. Tale richiesta sarebbe intesa come riguardante unicamente la responsabilità civile. Al fine di porre termine all'erronea interpretazione di tale dichiarazione da parte della Commissione, la ricorrente avrebbe fatto trascrivere nel verbale di udienza dinanzi al Tribunale di revocare detta dichiarazione.

141 In ogni caso, tale dichiarazione di natura privata, effettuata da un'impresa, non è idonea, a parere della ricorrente, a trasferire la responsabilità di un'infrazione in materia di intese, tenuto conto che l'ammenda costituisce una sanzione inflitta dai pubblici poteri in base alla legge, ivi compresa l'individuazione del soggetto sanzionato. In base al principio *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*, né le autorità né le imprese potrebbero derogare all'obbligo legale del pagamento dell'ammenda per mezzo del trasferimento di responsabilità.

142 Infine, con il secondo capo del terzo motivo, la ricorrente sostiene che, affermando che dalla decisione controversa emergerebbe che la Commissione aveva fondato la propria responsabilità sulla dichiarazione 23 luglio 1997, il Tribunale abbia violato il «principio di precisione», considerato che nella *lex lata* non sussisterebbe alcun elemento in base al quale una dichiarazione di natura privata, effettuata da un'impresa, potrebbe determinare

un trasferimento della responsabilità per il pagamento di un'ammenda, e che non siano nemmeno definiti né la portata né i limiti di tale trasferimento.

b) Giudizio della Corte

143 Secondo costante giurisprudenza, in linea di principio incombe alla persona fisica o giuridica che dirigeva l'impresa di cui trattasi al momento in cui l'infrazione è stata commessa rispondere della medesima, pur se, alla data di adozione della decisione di accertamento dell'infrazione, la gestione dell'impresa non era più posta sotto la sua responsabilità (sentenze 16 novembre 2000, causa C-248/98 P, KNP BT/Commissione, Racc. pag. I-9641, punto 71; causa C-279/98 P, Cascades/Commissione, Racc. pag. I-9693, punto 78; causa C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags/Commissione, Racc. pag. I-9925, punto 37, e causa C-297/98 P, SCA Holding/Commissione, Racc. pag. I-10101, punto 27).

144 Per quanto attiene alla questione relativa all'individuazione delle circostanze in presenza delle quali un ente che non sia l'autore dell'infrazione possa nondimeno essere sanzionato per questa, la Corte ha già avuto modo di precisare che rientra in tale ipotesi la situazione in cui l'ente che abbia commesso un'infrazione abbia cessato di esistere giuridicamente o economicamente, atteso che una sanzione inflitta ad un'impresa che non eserciti più attività economiche rischia di essere priva di effetto dissuasivo (sentenza 11 dicembre 2007, causa C-280/06, ETI e a., Racc. pag. I-10893, punto 40).

145 Nella specie, da un lato, è pacifico che, all'epoca dei fatti, l'ente cui l'illegittimo comportamento controverso è stato ascritto faceva parte della Thyssen Stahl ed operava sotto il controllo di questa. Dall'altro, non è contestato che, alla data di adozione della decisione controversa, la Thyssen Stahl continuasse tanto ad esistere giuridicamente quanto ad esercitare attività economiche. Ne consegue che, conformemente alla giurisprudenza rammentata supra ai punti 143 e 144, la Commissione era tenuta, in linea di principio, ad infliggere l'ammenda de qua alla Thyssen Stahl.

146 A tal riguardo, dal fascicolo emerge che i procedimenti avviati dalla Commissione in considerazione dell'illegittimo comportamento di cui trattasi riguardavano inizialmente la Thyssen Stahl e che, anche a seguito del trasferimento dell'ente interessato alla ricorrente, la Commissione ha continuato a perseguire, per tale operato, la Thyssen Stahl.

147 La Commissione ha precisato che, a seguito del trasferimento alla ricorrente di tale ente, sia la ricorrente sia la Thyssen Stahl avevano insistito nei suoi confronti affinché il procedimento fosse diretto unicamente contro la ricorrente. Orbene, la Commissione avrebbe ritenuto possibile un'archiviazione dei procedimenti avviati nei confronti della Thyssen Stahl solo nel caso in cui la ricorrente si fosse accollata la responsabilità dell'infrazione per iscritto.

148 Come risulta dal tenore stesso della dichiarazione 23 luglio 1997, menzionata supra al punto 15, la ricorrente ha effettuato tale dichiarazione in risposta alla richiesta di accollo, per iscritto, della responsabilità dell'illegittimo comportamento contestato alla Thyssen Stahl. Infatti, tale dichiarazione, come risulta dal suo stesso tenore, da un lato, è stata effettuata, al tempo stesso, riguardo al procedimento relativo alle azioni avviate contro l'intesa de qua e su richiesta della Commissione e, dall'altro, riguardava la responsabilità

della ricorrente a seguito del trasferimento del settore di attività di cui trattasi, in considerazione degli atti compiuti dalla Thyssen Stahl.

149 In considerazione di tale tenore, le affermazioni della ricorrente, secondo cui la Commissione le avrebbe richiesto di effettuare una dichiarazione senza informarla della sua intenzione di utilizzare la dichiarazione stessa a sostegno del trasferimento della responsabilità del pagamento dell'ammenda, ragion per cui tale richiesta sarebbe stata intesa nel senso che avrebbe riguardato unicamente la responsabilità civile, devono essere respinte. Si deve infatti necessariamente rilevare che, con tale dichiarazione, la ricorrente aveva espressamente confermato di voler assumere, in quanto impresa che proseguiva le attività economiche oggetto dell'intesa, la responsabilità del comportamento illegittimo ai fini dell'ammenda che la Commissione poteva infliggere nell'ambito dei procedimenti avviati contro l'intesa medesima.

150 A tale riguardo, si deve sottolineare che, ciò premesso, la conseguenza giuridica del trasferimento di responsabilità che la ricorrente si è accollata con la dichiarazione 23 luglio 1997 era, contrariamente a quanto essa pretende, del tutto precisa e prevedibile.

151 Dagli atti emerge inoltre, da un lato, che la Commissione si è basata su tale dichiarazione per infliggere alla ricorrente l'ammenda di cui, in linea di principio, la Thyssen Stahl era passibile e, dall'altro, che, nel proprio ricorso avverso la decisione iniziale, la ricorrente non ha né contestato tale operazione giuridica della Commissione né messo in discussione, nell'impugnazione diretta contro la menzionata sentenza Krupp Thyssen Stainless e Acciai speciali Terni/Commissione, l'accertamento effettuato dal Tribunale al punto 62 di detta sentenza, secondo cui, alla luce di tale dichiarazione, la Commissione era eccezionalmente legittimata ad ascriverle la responsabilità dell'illegittimo comportamento della Thyssen Stahl.

152 Infatti, come dedotto dalla Commissione, risulta che la ricorrente ha sostenuto di non aver assunto, con la dichiarazione 23 luglio 1997, la responsabilità dell'illegittimo comportamento della Thyssen Stahl, per la prima volta nella risposta alla comunicazione degli addebiti effettuata nell'ambito del procedimento sfociato nella decisione controversa e, dunque, in una fase in cui la prescrizione delle azioni relative al comportamento illegittimo era maturata nei confronti della Thyssen Stahl. Inoltre, la ricorrente ha dichiarato di voler revocare tale dichiarazione per la prima volta all'udienza dinanzi al Tribunale nel procedimento sfociato nella sentenza impugnata.

153 Alla luce di tali particolari e specifiche circostanze della specie, vale a dire, in primo luogo, la cessione alla ricorrente dell'ente appartenente alla Thyssen Stahl operante sul mercato dei prodotti piatti in acciaio inossidabile, in secondo luogo, la dichiarazione 23 luglio 1997, con cui la ricorrente ha espressamente confermato alla Commissione di volersi accollare, in quanto acquirente di tale ente, la responsabilità del comportamento illegittimo ai fini dell'ammenda che la Commissione poteva infliggere e, in terzo luogo, la circostanza che la ricorrente non si è opposta, benché ne abbia avuto modo in varie occasioni, all'interpretazione di tale dichiarazione accolta dalla Commissione prima che, nei confronti della Thyssen Stahl, maturasse la prescrizione delle azioni per l'illecito comportamento tenuto, si deve ritenere che la Commissione poteva imputare alla

ricorrente la responsabilità del comportamento contestato alla Thyssen Stahl ed infliggerle l'ammenda de qua.

154 Si deve peraltro rilevare che, contrariamente a quanto sostiene la ricorrente, la revoca della dichiarazione 23 luglio 1997 non era più possibile in sede di udienza dinanzi al Tribunale. Infatti, il contenuto di tale dichiarazione, diretto a consentire alla Commissione di infliggere l'ammenda alla ricorrente piuttosto che alla Thyssen Stahl, escludeva tale possibilità in un momento in cui la Commissione, sulla base di tale dichiarazione, aveva effettivamente irrogato, con l'adozione della decisione controversa, un'ammenda alla ricorrente.

155 A tal riguardo, si deve precisare che la conseguente irrevocabilità della dichiarazione 23 luglio 1997 non impedisce alla ricorrente di contestare, mediante ricorso dinanzi ai giudici dell'Unione, l'interpretazione del contenuto di tale dichiarazione, come emerge dai punti 64-66 della citata sentenza Krupp Thyssen Stainless e Acciai speciali Terni/Commissione, o il riconoscimento esplicito o implicito di elementi di fatto o di diritto durante il procedimento amministrativo dinanzi alla Commissione, non potendo questo limitare l'esercizio stesso del diritto di proporre ricorso dinanzi al Tribunale, diritto attribuito alle persone fisiche o giuridiche dall'art. 230, quarto comma, CE (sentenza 1° luglio 2010, causa C-407/08 P, Knauf Gips/Commissione, Racc. pag. I-6375, punto 90).

156 Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, il secondo argomento dedotto a sostegno del secondo capo del secondo motivo di impugnazione, che riprende sostanzialmente il quarto motivo dedotto dalla ricorrente dinanzi al Tribunale, ed il secondo capo del terzo motivo devono essere respinti.

157 Ciò premesso, e tenuto conto del fatto che, qualora dalla motivazione della sentenza impugnata risulti una violazione del diritto dell'Unione, ma il dispositivo della sentenza stessa appaia fondato per altri motivi di diritto, l'impugnazione dev'essere respinta (v., in tal senso, sentenza Salzgitter/Commissione, cit., punto 58), l'errore di diritto commesso dal Tribunale e rilevato supra al punto 134 resta privo di conseguenze nell'esame della presente impugnazione.

C – Sul quarto motivo, relativo alla violazione delle disposizioni in materia di prescrizione

1. Argomenti delle parti

158 La ricorrente deduce che il Tribunale, respingendo, ai punti 193-214 della sentenza impugnata, il suo settimo motivo, ha violato l'art. 1, n. 1, della decisione della Commissione 6 aprile 1978, n. 715/78/CECA, relativa alla prescrizione in materia di azioni e di esecuzione nel campo di applicazione del Trattato che istituisce la Comunità europea del carbone e dell'acciaio (GU L 94, pag. 22).

159 La ricorrente ritiene che, atteso che tale disposizione prevede la prescrizione delle azioni cinque anni dopo la cessazione dell'infrazione e che l'infrazione de qua è cessata il 31 dicembre 1994 con il trasferimento dell'attività della Thyssen Stahl di cui essa ha beneficiato, l'infrazione si fosse prescritta nel 1999. Essa aggiunge che, se la data di tale cessazione venisse fissata alla data alla quale gli altri partecipanti hanno cessato l'infrazione, vale a dire, nel corso dell'anno 1998, la prescrizione sarebbe maturata durante il 2003. La ricorrente precisa che ciò varrebbe anche in caso di applicazione dell'art. 25 del

regolamento n. 1/2003 o del regolamento (CEE) del Consiglio 26 novembre 1974, n. 2988, relativo alla prescrizione in materia di azioni e di esecuzione nel settore del diritto dei trasporti e della concorrenza della Comunità economica europea (GU L 319, pag. 1).

160 La ricorrente sostiene che nei confronti della Thyssen Stahl non è intervenuto alcun atto di interruzione della prescrizione previsto dall'art. 2 della decisione n. 715/78. Inoltre, la prescrizione non sarebbe stata sospesa per effetto dell'art. 3 di tale decisione, considerato che la Thyssen Stahl non ha proposto ricorso avverso la decisione iniziale e che il ricorso proposto dalla ricorrente non comportava una sospensione della prescrizione nei confronti della Thyssen Stahl, atteso che la sospensione produrrebbe effetti solamente inter partes.

161 Laddove il Tribunale avrebbe ritenuto che la sospensione della prescrizione dovesse essere valutata in relazione alla ricorrente, atteso che quest'ultima avrebbe dovuto essere considerata, alla luce della dichiarazione 23 luglio 1997, autrice stessa dell'infrazione di cui trattasi, la ricorrente medesima rammenta che, a suo parere, la responsabilità ascrittale non è una responsabilità del genere di quella incorsa da un'impresa che sia succeduta ad un'altra impresa ma, tutt'al più, una responsabilità di carattere sostitutivo. Orbene, l'infrazione commessa dalla Thyssen Stahl costituirebbe un'infrazione distinta la cui responsabilità sarebbe stata successivamente trasferita alla ricorrente.

162 A tal riguardo, la ricorrente osserva che il Tribunale stesso ha rilevato che l'accollo della responsabilità da parte della Thyssen Stahl per effetto della dichiarazione 23 luglio 1997 non consentiva di considerare le due infrazioni, quella commessa dalla ricorrente medesima e quella commessa dalla Thyssen Stahl, quale infrazione unica. Essa ne trae la conclusione che, per quanto attiene alla prescrizione, non può nemmeno ritenersi che le due infrazioni costituiscano un'infrazione unica i cui effetti giuridici dipenderebbero unicamente dagli atti procedurali da essa compiuti.

163 Il riferimento operato dal Tribunale alla sentenza 16 novembre 2000, causa C-294/98 P, Metsä-Serla e a./Commissione (Racc. pag. I-10065) è peraltro, a parere della ricorrente, inoperante, in quanto, nella causa sfociata in detta sentenza, la Corte doveva pronunciarsi sulla possibilità di imporre in solido un'ammenda a due imprese in considerazione dell'esistenza tra di esse di un'unica entità economica. Orbene, tali circostanze non presenterebbero alcun nesso con quelle della specie, riguardanti l'imputazione della responsabilità per effetto della sola dichiarazione 23 luglio 1997.

164 Infine, anche ammesso che si potesse considerare la ricorrente stessa autrice dell'infrazione de qua, tale circostanza resterebbe priva di effetti riguardo alla prescrizione. Dalla giurisprudenza emergerebbe che, in materia di intese, il trasferimento della responsabilità presuppone che ad un soggetto venga attribuita la responsabilità per il comportamento anticoncorrenziale tenuto da un altro soggetto. La ricorrente ne trae la conclusione che, ancorché l'obbligo di versare l'ammenda sia stato trasferito, le conseguenze giuridiche derivanti da tale responsabilità per il comportamento altrui continuano a dipendere dagli atti procedurali dell'autore iniziale dell'infrazione.

165 La ricorrente precisa che proprio per effetto di tale circostanza gli atti dell'autore iniziale dell'infrazione che consentono di escludere o ridurre la sua responsabilità, quali le

domande di clemenza, vincolano e producono effetti sui terzi cui la responsabilità sia stata trasferita. Parimenti, se l'infrazione commessa da detto autore iniziale è prescritta nei suoi confronti, tale conseguenza giuridica non potrebbe essere esclusa in considerazione del trasferimento di responsabilità ad un terzo.

2. Giudizio della Corte

166 Si deve rammentare, da un lato, che tanto l'art. 1, n. 1, della decisione n. 715/78 quanto l'art. 25, n. 1, del regolamento n. 1/2003 assoggettano il potere della Commissione di infliggere ammende per infrazioni alle disposizioni in materia di concorrenza ad un termine di prescrizione di cinque anni che decorre, ai sensi dell'art. 1, n. 2, della decisione n. 715/78 e dell'art. 25, n. 2, del regolamento n. 1/2003, dal giorno in cui l'infrazione è stata commessa o sia cessata e che, per effetto degli artt. 2 e 3 della decisione n. 715/78 e dell'art. 25, nn. 3-6, del regolamento n. 1/2003, può essere interrotto e sospeso.

167 Si deve rilevare, dall'altro, che la decisione controversa ha inflitto un'ammenda unicamente alla ricorrente. Ciò premesso, la prescrizione può essere valutata unicamente riguardo alla ricorrente stessa.

168 In particolare, se è pur vero che correttamente la ricorrente rileva che taluni atti della Thyssen Stahl possono continuare a produrre effetti nei suoi confronti e che una prescrizione maturata nei confronti di tale impresa non può essere esclusa da un trasferimento di responsabilità, non ne consegue che la prescrizione debba essere valutata riguardo all'impresa medesima.

169 Ne consegue che dev'essere respinto l'argomento della ricorrente, secondo cui il Tribunale avrebbe dovuto pronunciarsi sulla prescrizione in relazione alla Thyssen Stahl.

170 Conseguentemente, considerato che la ricorrente non contesta il fatto che la Commissione abbia adottato la decisione iniziale nei suoi confronti entro il termine di prescrizione quinquennale e che essa non abbia dedotto alcun argomento riguardante errori in cui il Tribunale sarebbe incorso nella valutazione dei periodi di interruzione e di sospensione della prescrizione nei suoi confronti, il quarto motivo dev'essere respinto.

D – Sul quinto motivo, relativo alla violazione dei principi che disciplinano il calcolo dell'importo dell'ammenda

1. Argomenti delle parti

171 La ricorrente sostiene che il Tribunale, respingendo, ai punti 295-315 della sentenza impugnata, il decimo motivo, è incorso in una violazione della comunicazione sulla cooperazione. A suo parere, la sua totale cooperazione nel corso del procedimento avrebbe dovuto condurre ad un'ulteriore riduzione dell'ammenda, superiore a quella del 20% accolta in base al punto D della comunicazione medesima, in considerazione della sua cooperazione nell'ambito del procedimento sfociato nell'adozione della decisione iniziale. A tal riguardo, la ricorrente sottolinea di aver riconosciuto la materialità dei fatti e la violazione dell'art. 65, n. 1, CA.

172 L'argomento della ricorrente non potrebbe essere inficiato da alcuna delle considerazioni sulla base delle quali il Tribunale è giunto alla conclusione che il comportamento della ricorrente stessa non dimostrava un vero spirito di cooperazione.

173 Quanto all'argomento secondo cui l'omessa contestazione dei fatti materiali non riguardava il periodo 1993/1994 e non presentava alcuna utilità, considerato che la ricorrente non ha riconosciuto la propria responsabilità risultante dall'infrazione commessa dalla Thyssen Stahl, da un lato, la ricorrente rileva di aver dedotto dinanzi al Tribunale che la propria mancata contestazione riguardava tale periodo. Dall'altro, essa deduce che la prova dell'infrazione di cui trattasi doveva essere fornita nell'ambito del secondo procedimento e che tale omessa contestazione ha, pertanto, facilitato il lavoro della Commissione, per quanto attiene alla prova dei fatti.

174 Quanto alla considerazione secondo cui la ricorrente ha contestato il potere della Commissione di infliggere, successivamente al 23 luglio 2002, una sanzione ex art. 65, n. 1, CA, la ricorrente sottolinea che tale questione riguarda non la prova dei fatti, bensì una valutazione di natura giuridica e, pertanto, una questione di diritto. Orbene, considerato che la Commissione doveva, in ogni caso, effettuare una corretta valutazione giuridica dei fatti accertati, la contestazione o meno di tale valutazione da parte dei soggetti interessati non potrebbe presentare né svantaggi né utilità.

175 Quanto alla circostanza secondo cui la ricorrente avrebbe negato per la prima volta dall'avvio del procedimento iniziale la validità della dichiarazione 23 luglio 1997, da un lato, la ricorrente rileva di non aver contestato l'esistenza di tale dichiarazione bensì di essersi limitata a difendere la valutazione giuridica, secondo cui tale dichiarazione non consentirebbe di imputarle la responsabilità per l'infrazione commessa dalla Thyssen Stahl. Dall'altro, essa afferma di aver sostenuto dinanzi al Tribunale, sin dal procedimento sfociato nella decisione iniziale, di aver fatto presente che tale dichiarazione non poteva essere interpretata nel senso di giustificare un trasferimento della responsabilità per il pagamento dell'ammenda.

2. Giudizio della Corte

176 Dalla giurisprudenza emerge che una riduzione dell'importo dell'ammenda sulla base della comunicazione sulla cooperazione è giustificabile solo ove le informazioni fornite e il comportamento dell'impresa interessata possano essere considerati una prova di un'effettiva cooperazione da parte sua (sentenza 28 giugno 2005, cause riunite C-189/02 P, C-202/02 P, da C-205/02 P a C-208/02 P e C-213/02 P, Dansk Rørindustri e a./Commissione, Racc. pag. I-5425, punto 395).

177 Si deve peraltro ricordare che, a norma degli artt. 229 CE e 31 del regolamento n. 1/2003, il Tribunale può eliminare, ridurre o aumentare l'ammenda o le penalità inflitte, atteso che statuisce con competenza anche nel merito sui ricorsi proposti avverso le decisioni con cui la Commissione ha fissato ammende o penalità.

178 Pertanto, laddove il Tribunale ha affermato, ai punti 305-314 della sentenza impugnata, che la Commissione aveva correttamente ritenuto che la ricorrente non dovesse beneficiare di una riduzione supplementare dell'ammenda superiore al 20% già concesso, esso ha compiuto, nell'esercizio della propria competenza anche di merito, una valutazione in punto di fatto. Correttamente, quindi, la Commissione deduce che, con il motivo in esame, la ricorrente mette in discussione accertamenti di fatto e valutazioni di prove effettuate dal Tribunale.

179 A tale riguardo, si deve rammentare che dagli artt. 225 CE e 58, primo comma, dello Statuto della Corte di giustizia risulta che il Tribunale è il solo competente, da un lato, ad accertare i fatti, salvo il caso in cui l'inesattezza materiale dei suoi accertamenti risulti dagli atti di causa ad esso sottoposti, e, dall'altro, a valutare tali fatti. Una volta che il Tribunale abbia accertato o valutato i fatti, la Corte è competente, ai sensi dell'art. 225 CE, ad effettuare un controllo sulla qualificazione giuridica di tali fatti e sulle conseguenze di diritto che il Tribunale ne ha tratto (sentenza 6 aprile 2006, causa C-551/03 P, General Motors/Commissione, Racc. pag. I-3173, punto 51, nonché ordinanza 29 settembre 2010, cause riunite C-74/10 P e C-75/10 P, EREF/Commissione, punto 41).

180 La Corte ha parimenti precisato che la valutazione dei fatti, salvo il caso di snaturamento degli elementi di prova adottati dinanzi al Tribunale, non costituisce una questione di diritto, come tale soggetta al sindacato della Corte (sentenza 18 maggio 2006, causa C-397/03 P, Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients/Commissione, Racc. pag. I-4429, punto 85, nonché ordinanza EREF/Commissione, cit., punto 42).

181 Orbene, la ricorrente non ha dedotto alcun argomento idoneo a dimostrare uno snaturamento degli elementi di prova da parte del Tribunale.

182 Infatti, per quanto attiene all'argomento secondo cui il Tribunale avrebbe erroneamente ritenuto che la mancata contestazione dei fatti materiali non riguardasse il periodo 1993/1994, si deve rilevare che dai punti 306 e 307, primo periodo, della sentenza impugnata emerge che, nel secondo periodo di detto punto 307, il Tribunale non ha sostenuto che il punto 75 della risposta alla comunicazione degli addebiti non si estendesse a detto periodo, ma che tale punto 75 fosse insufficientemente specificato e chiaro per risultare utile alla Commissione.

183 Inoltre, laddove la ricorrente deduce di aver sostenuto, sin dall'inizio del procedimento sfociato nella decisione iniziale, che la dichiarazione 23 luglio 1997 non poteva essere interpretata nel senso che giustificasse un trasferimento della responsabilità del pagamento dell'ammenda de qua, è stato già rilevato al punto 152 supra che ciò non è avvenuto.

184 Ciò premesso, il quinto motivo dev'essere respinto.

185 Ne consegue che l'impugnazione dev'essere respinta in toto.

VII – Sulle spese

186 Ai sensi dell'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura, applicabile al procedimento di impugnazione in forza dell'art. 118 del medesimo regolamento, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Atteso che la Commissione ha chiesto la condanna della ricorrente e che quest'ultima è risultata soccombente, essa dev'essere condannata alle spese inerenti al giudizio di impugnazione.

PQM

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

- 1) L'impugnazione è respinta.**
- 2) La ThyssenKrupp Nirosta GmbH è condannata alle spese.**

Pubblicazione: Raccolta della Giurisprudenza 1999 pagina I-03055

1. Diritto comunitario - Diritti conferiti ai singoli - Salvaguardia da parte dei giudici nazionali - Modalità procedurali nazionali - Impugnazione per nullità di un lodo arbitrale - Valutazione da parte del giudice adito di un motivo di impugnazione fondato sulla violazione dell'art. 85 del Trattato (divenuto art. 81 CE)

2. Diritto comunitario - Diritti conferiti ai singoli - Salvaguardia da parte dei giudici nazionali - Modalità procedurali nazionali - Impugnazione per nullità di un lodo arbitrale - Esame della validità, ai sensi dell'art. 85 del Trattato (divenuto art. 81 CE), di un contratto dichiarato valido da un lodo arbitrale interlocutorio - Norme di diritto processuale nazionale sull'autorità di cosa giudicata che impediscono tale esame - Compatibilità con il diritto comunitario

1. Nei limiti in cui un giudice nazionale deve, in base alle proprie norme di diritto processuale nazionale, accogliere un'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale fondata sulla violazione delle norme nazionali di ordine pubblico, esso deve ugualmente accogliere una domanda siffatta se ritiene che tale lodo sia contrario all'art. 85 del Trattato (divenuto art. 81 CE). Infatti, da un lato, questo articolo costituisce una disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno e, dall'altro, il diritto comunitario esige che questioni relative all'interpretazione del divieto sancito da tale articolo possano essere esaminate dai giudici nazionali chiamati a pronunciarsi sulla validità di un lodo arbitrale e possano essere oggetto, all'occorrenza, di un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte.

2. Il diritto comunitario non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme di diritto processuale nazionale, ai sensi delle quali un lodo arbitrale interlocutorio avente natura di decisione definitiva che non ha fatto oggetto di un'impugnazione per nullità entro il termine di legge acquisisce l'autorità di cosa giudicata e non può più essere rimesso in discussione da un lodo arbitrale successivo, anche nel caso in cui un contratto, la cui validità giuridica è stata stabilita dal lodo arbitrale interlocutorio, sia tuttavia nullo ai sensi dell'art. 85 del Trattato (divenuto art. 81 CE), poiché il termine d'impugnazione fissato non rende eccessivamente difficile o praticamente impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario.

Fonti: Corriere giuridico 2000, 32 (nota di: ONNIBONI) - Europa e dir. priv. 2000, 663 (nota di: RIZZO) - Riv. dir. internaz. 2000, 189 - Dir. industriale 2000, 57 (nota di: FERRANTE) - Foro Amm. 2000, 322

Classificazione: COMPROMESSO E ARBITRATO - Lodo - impugnazione per nullità

Un giudice nazionale, chiamato a pronunciarsi su un'impugnazione di un lodo arbitrale, deve accoglierla se ritiene che il lodo sia effettivamente in contrasto con l'art. 81 trattato Ce, quando, ai sensi delle norme di procedura nazionali, deve accogliere un'impugnazione per nullità fondata sulla violazione di norme nazionali di ordine pubblico.

Fonti: Foro it. 1999, IV, 470 (nota di: BASTIANON)

Classificazione: COMPROMESSO E ARBITRATO - Lodo - impugnazione per nullità

Un giudice nazionale, chiamato a pronunciarsi su un'impugnazione di un lodo arbitrale che reputa in contrasto con l'art. 81 trattato Ce, deve accoglierla quando, ai sensi delle norme di procedura nazionali, deve accogliere un'impugnazione per nullità fondata sulla violazione di norme nazionali di ordine pubblico.

Nel procedimento C-126/97,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE), dallo Hoge Raad dei Paesi Bassi nella causa dinanzi ad esso pendente tra

Eco Swiss China Time Ltd

e

Benetton International NV,

domanda vertente sull'interpretazione dell'art. 85 del Trattato CE (divenuto art. 81 CE)

LA CORTE,

composta dai signori G.C. Rodríguez Iglesias, presidente, P.J.G. Kapteyn, J.-P. Puissochet, G. Hirsch e P. Jann, presidenti di sezione, G.F. Mancini, J.C. Moitinho de Almeida (relatore), C. Gulmann, J.L. Murray, D.A.O. Edward, H. Ragnemalm, L. Sevón e M. Wathelet, giudici,

avvocato generale: A. Saggio

cancelliere: H. von Holstein, cancelliere aggiunto

viste le osservazioni scritte presentate:

- per la Eco Swiss China Time Ltd, dagli avv.ti P.V.F. Bos e M.M. Slotboom, del foro di Rotterdam, e M.S.C. Conway, attorney-at-Law admitted to the District of Columbia and Illinois Bar;

- per la Benetton International NV, dagli avv.ti I. van Bael e P. L'Ecluse, del foro di Bruxelles, e H.A. Groen, del foro dell'Aia;

- per il governo olandese, dal signor M.A. Fierstra, consigliere giuridico aggiunto presso il Ministero degli Affari esteri, in qualità di agente;

- per il governo francese, dalle signore K. Rispal-Bellanger, vicedirettore per il diritto internazionale dell'economia e per il diritto comunitario presso la direzione "Affari giuridici" del Ministero degli Affari esteri, e R. Loosli-Surrans, chargé de mission presso la direzione medesima, in qualità di agenti;

- per il governo italiano, dal professor Umberto Leanza, capo del servizio del contenzioso diplomatico del Ministero degli Affari esteri, in qualità di agente, assistito dal signor I.M. Braguglia, avvocato dello Stato;

- per il governo del Regno Unito, dal signor J.E. Collins, Assistant Treasury Solicitor, in qualità di agente, assistito dal signor V.V. Veeder, QC;

- per la Commissione delle Comunità europee, dai signori C.W.A. Timmermans, direttore generale aggiunto, W. Wils e H. van Vliet, membri del servizio giuridico, in qualità di agenti, vista la relazione d'udienza,

sentite le osservazioni orali della Eco Swiss China Time Ltd, rappresentata dagli avv.ti P.V.F. Bos, L.W.H. van Dijk e M. van Empel, del foro di Bruxelles, della Benetton International NV,

rappresentata dagli avv.ti H.A. Groen e I. van Bael, del governo olandese, rappresentato dal signor M.A. Fierstra, del governo francese, rappresentato dalla signora R. Loosli-Surrans, del governo italiano, rappresentato dal signor I.M. Braguglia, del governo del Regno Unito, rappresentato dai signori S. Boyd, QC, e P. Stanley, barrister, e della Commissione, rappresentata dai signori C.W.A. Timmermans, W. Wils e H. van Vliet, all'udienza del 7 luglio 1998,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 25 febbraio 1999, ha pronunciato la seguente

Sentenza

1. Con ordinanza 21 marzo 1997, pervenuta alla Corte il 27 marzo seguente, lo Hoge Raad dei Paesi Bassi ha proposto, ai sensi dell'art. 234 CE (ex art. 177), cinque questioni pregiudiziali sull'interpretazione dell'art. 81 CE (ex art. 85).

2. Tali questioni sono state proposte nell'ambito di un ricorso presentato dalla Benetton International NV (in prosieguo: la «Benetton»), avente ad oggetto un'istanza di sospensione dell'esecuzione di un lodo arbitrale che la condannava a pagare alla Eco Swiss China Time Ltd (in prosieguo: la «Eco Swiss») danni e interessi per l'inadempimento di un contratto di licenza concluso con quest'ultima. La Benetton motivava il ricorso sostenendo che detto lodo era contrario all'ordine pubblico ai sensi dell'art. 1065, n. 1, lett. e), del Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (in prosieguo: il «codice di procedura civile») a motivo della nullità del contratto di licenza alla luce dell'art. 81 CE.

La legislazione nazionale

3. L'art. 1050, n. 1, del codice di procedura civile dispone:

«Un lodo arbitrale non può essere impugnato dinanzi ad arbitri, salva diversa previsione contrattuale delle parti».

4. L'art. 1054, n. 1, di detto codice recita:

«Il collegio arbitrale decide secondo le regole di diritto».

5. L'art. 1059 dello stesso codice prevede:

«1. Solo un lodo arbitrale definitivo che decide integralmente o parzialmente la causa può acquisire autorità di cosa giudicata. Esso acquista tale autorità dal momento in cui è stato pronunciato.

2. Tuttavia se, in base all'accordo delle parti, un lodo definitivo che decide integralmente o parzialmente la causa può essere impugnato dinanzi ad arbitri, esso acquista autorità di cosa giudicata a partire dalla data in cui è scaduto il termine per l'appello o, qualora l'appello sia stato proposto, a partire dalla data in cui è stata resa la decisione d'appello, se ed entro i limiti in cui la decisione pronunciata in primo grado è stata confermata».

6. Per quanto riguarda il controllo giurisdizionale dei lodi arbitrali, l'art. 1064 del codice di procedura civile precisa:

«1. Contro un lodo arbitrale definitivo, che decide integralmente o parzialmente la causa, non appellabile dinanzi ad arbitri, o contro un lodo arbitrale definitivo che decide integralmente o parzialmente la causa, reso in un giudizio di appello dinanzi ad arbitri, è

ammesso soltanto un ricorso giudiziario per nullità o per revocazione, secondo le disposizioni della presente sezione.

2. L'impugnazione per nullità è proposta dinanzi al Rechtbank, nella cui cancelleria deve essere depositato l'originale del lodo ai sensi dell'art. 1058, primo comma.

3. Una parte può proporre impugnazione per nullità a partire dal momento in cui il lodo ha acquistato autorità di cosa giudicata. Il diritto di agire si estingue tre mesi dopo la data di deposito del lodo nella cancelleria del Rechtbank. Tuttavia, se il lodo munito di formula esecutiva è notificato alla controparte, quest'ultima può, dopo lo spirare del termine di tre mesi di cui al numero precedente, proporre l'impugnazione per nullità entro i tre mesi successivi alla data della notifica.

4. L'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale interlocutorio può essere proposta soltanto unitamente all'impugnazione per nullità del lodo arbitrale definitivo che decide integralmente o parzialmente la causa.

(...)»

7. L'art. 1065 dello stesso codice prosegue:

«1. La nullità può essere pronunciata soltanto per uno o più dei seguenti motivi:

- a) inesistenza di un valido compromesso arbitrale;
- b) illegittima composizione del collegio arbitrale;
- c) il collegio arbitrale non si è attenuto al suo compito;
- d) il lodo non è stato sottoscritto o motivato secondo le disposizioni dell'art. 1057;
- e) il lodo o il procedimento con cui è stata pronunciato sono contrari all'ordine pubblico o al buon costume.

pubblico o al buon costume.

(...)

4. Il motivo di nullità previsto al precedente numero 1, lett. c), è inoperante se la parte che intende avvalersene ha partecipato al procedimento senza invocarlo, pur essendo consapevole del fatto che gli arbitri non si attenevano al loro compito».

8. Infine, l'art. 1066, nn. 1 e 2, del codice di procedura civile precisa che l'impugnazione per nullità non sospende l'esecuzione del lodo, ma che il giudice adito può, su domanda della parte più diligente e in presenza di validi motivi, sospendere l'esecuzione fino a che si sia pronunciato in via definitiva sull'impugnazione per nullità. La domanda di sospensione si fonda sul prevedibile annullamento del lodo arbitrale.

La causa principale

9. Il 1° luglio 1986 la Benetton, con sede ad Amsterdam, concludeva un contratto di licenza della durata di otto anni con la Eco Swiss, con sede a Kowloon (Hong Kong) e la Bulova Watch Company Inc. (in prosieguo: la «Bulova»), con sede a Woodside (New York). In base a tale contratto, la Benetton concedeva alla Eco Swiss il diritto di produrre orologi da polso e orologi in genere recanti la menzione «Benetton by Bulova», che potevano successivamente essere venduti dalla Eco Swiss e dalla Bulova.

10. Il contratto di licenza prevede, all'art. 26.A, che qualsiasi controversia o vertenza fra le parti sarà risolta mediante arbitrato secondo le regole del Nederlandse Arbitrage Instituut (Istituto olandese di arbitrato), e che gli arbitri designati applicheranno il diritto olandese.
11. Con lettera del 24 giugno 1991, la Benetton risolveva il contratto a far data dal 24 settembre 1991, in anticipo di tre anni rispetto al termine inizialmente previsto. La Benetton, la Eco Swiss e la Bulova avviavano un procedimento arbitrale relativo a tale risoluzione.
12. Nel lodo del 4 febbraio 1993, denominato «Partial Final Award» (in prosieguo: il «PFA») e depositato nella stessa data presso la cancelleria del Rechtbank dell'Aia, gli arbitri ingiungevano alla Benetton di risarcire la Eco Swiss e la Bulova del pregiudizio subito a causa della risoluzione del contratto posta in essere dalla Benetton.
13. Poiché le parti non erano state in grado di raggiungere un accordo sull'ammontare dei danni e degli interessi che la Benetton doveva risarcire alla Eco Swiss e alla Bulova, gli arbitri, con un lodo del 23 giugno 1995 denominato «Final Arbitral Award» (in prosieguo: il «FFA») e depositato il giorno 26 dello stesso mese presso la cancelleria del Rechtbank, ingiungevano alla Benetton di versare una somma di 23.750.000 USD alla Eco Swiss e di 2.800.000 USD alla Bulova, a titolo di risarcimento del danno subito dalle stesse. Il presidente del Rechtbank autorizzava l'esecuzione del FFA con ordinanza 17 luglio 1995.
14. Il 14 luglio 1995, la Benetton si rivolgeva al Rechtbank per ottenere la declaratoria di nullità del PFA e del FFA, facendo valere, in particolare, che tali lodi arbitrali erano contrari all'ordine pubblico a motivo della nullità del contratto di licenza alla luce dell'art. 81 CE, sebbene né le parti né gli arbitri avessero sollevato, nell'ambito del procedimento arbitrale, la questione di un eventuale contrasto del contratto di licenza con tale disposizione.
15. Il Rechtbank rigettava la domanda con sentenza 2 ottobre 1996. La Benetton proponeva appello contro tale sentenza avanti al Gerechtshof dell'Aia, dinanzi al quale la causa è ancora pendente.
16. Con ricorso depositato il 24 luglio 1995 presso la cancelleria del Rechtbank, la Benetton chiedeva inoltre al giudice, in via principale, di sospendere l'esecuzione del FFA, e, in via subordinata, di ordinare alla Eco Swiss di prestare una cauzione.
17. Con ordinanza del 19 settembre 1995, il Rechtbank accoglieva solamente la domanda subordinata.
18. La Benetton proponeva appello contro tale ordinanza. Con ordinanza 28 marzo 1996, il Gerechtshof accoglieva per l'essenziale la domanda principale.
19. In effetti il Gerechtshof ha considerato che l'art. 81 CE è una disposizione di ordine pubblico ai sensi dell'art. 1065, n. 1, lett. e), del codice di procedura civile, la cui violazione può provocare la nullità di un lodo arbitrale.
20. Tuttavia il Gerechtshof ha valutato che, nell'ambito dell'istanza di sospensione dell'esecuzione sottoposta al suo esame, non rientrasse nei suoi poteri verificare la conformità con l'art. 1065, n. 1, lett. e), di un lodo definitivo parziale qual è il PFA, per il motivo che la Benetton non aveva proposto, come richiesto dall'art. 1064, n. 3, del codice di procedura civile, un'impugnazione per nullità entro i tre mesi dal deposito di detto lodo presso la cancelleria del Rechtsbank.

21. Il Gerechtshof ha nondimeno considerato che rientrasse nei suoi poteri verificare la conformità del FAA con l'art. 1065, n. 1, lett. e), in particolare per ciò che riguarda l'incidenza dell'art. 81, nn. 1 e 2, CE, sulla valutazione del pregiudizio, perché, a suo parere, la concessione di un risarcimento danni destinato a compensare il pregiudizio derivante dall'inadempimento colposo del contratto di licenza finirebbe col dare esecuzione a detto contratto, mentre quest'ultimo sarebbe almeno parzialmente nullo ai sensi dell'art. 81, nn. 1 e 2, CE. In effetti tale contratto avrebbe consentito alle parti di spartirsi il mercato, dal momento che la Eco Swiss non avrebbe più potuto vendere articoli d'orologeria in Italia e analogo divieto sarebbe ricaduto sulla Bulova per le vendite negli altri Stati che all'epoca erano membri della Comunità. Ora, come riconosciuto dalla Benetton e dalla Eco Swiss, il contratto di licenza non è stato notificato alla Commissione e non è coperto da un'esenzione di categoria.

22. Ritenendo che, nell'ambito dell'impugnazione per nullità, il FAA potrebbe essere giudicato contrario all'ordine pubblico, il Gerechtshof decideva di accogliere l'istanza di sospensione dell'esecuzione nei limiti in cui questa si ricollega al FAA.

23. La Eco Swiss proponeva ricorso in cassazione davanti allo Hoge Raad contro la decisione del Gerechtshof, e la Benetton proponeva ricorso incidentale.

24. Lo Hoge Raad sottolinea che un lodo arbitrale è contrario all'ordine pubblico, ai sensi dell'art. 1065, n. 1, lett. e), del codice di procedura civile, soltanto se il suo contenuto o la sua esecuzione violano una norma imperativa di natura così fondamentale che la sua osservanza non può essere impedita da alcuna restrizione di natura procedurale. Ora, a parere dello Hoge Raad, nel diritto olandese la semplice circostanza che il contenuto o l'esecuzione di un lodo arbitrale facciano venir meno l'applicazione di un divieto sancito dal diritto della concorrenza non è, in generale, considerata contraria all'ordine pubblico.

25. Riferendosi alla sentenza 14 dicembre 1995, cause riunite C-430/93 e C-431/93, Van Schijndel e Van Veen (Racc. pag. I-4705), lo Hoge Raad si chiede tuttavia se lo stesso valga quando, come nella causa di cui è investito, viene in considerazione una disposizione comunitaria. Lo Hoge Raad deduce da quest'ultima sentenza che l'art. 81 CE non deve essere considerato come una norma di diritto imperativa di natura così fondamentale che la sua osservanza non può essere impedita da alcuna restrizione di natura procedurale.

26. Inoltre, poiché non è contestato che la questione di una eventuale nullità del contratto di licenza riguardo all'art. 81 CE non è stata sollevata nel corso del procedimento arbitrale, lo Hoge Raad considera che gli arbitri sarebbero usciti dai limiti della lite se avessero esaminato e risolto tale questione. Ora, in quest'ultimo caso, il lodo arbitrale si sarebbe potuto dichiarare nullo, ai sensi dell'art. 1065, n. 1, lett. c), del codice di procedura civile, perché gli arbitri non si sarebbero attenuti al loro compito. Secondo lo Hoge Raad, le parti in causa non potrebbero più invocare una eventuale nullità del contratto di licenza per la prima volta nell'ambito dell'impugnazione per nullità.

27. Il giudice a quo afferma che siffatte regole procedurali sono giustificate dall'interesse generale all'efficace funzionamento del procedimento arbitrale, e che esse non si applicano in maniera meno favorevole alle norme di diritto comunitario rispetto all'applicazione alle norme di diritto interno.

28. Tuttavia, lo Hoge Raad si chiede se i principi elaborati dalla Corte nella sentenza Van Schijndel e Van Veen, citata, s'impongano anche agli arbitri, in particolare per il motivo che, in conformità alla sentenza 23 marzo 1982, causa C-102/81, Nordsee (Racc. 1982, pag. 1095), un collegio arbitrale istituito in base a un contratto di diritto privato senza intervento delle autorità non può essere considerato come un giudice nazionale ai sensi dell'art. 234 CE, e dunque non può sottoporre questioni pregiudiziali in applicazione di tale disposizione.

29. Lo Hoge Raad rileva inoltre che, ai sensi del diritto processuale olandese, quando gli arbitri hanno definito una parte della controversia con un lodo interlocutorio che ha carattere di decisione definitiva, tale lodo ha autorità di cosa giudicata, e che, ove non sia stata presentata impugnazione per nullità dello stesso in tempo utile, la possibilità di proporre impugnazione per nullità di un successivo lodo arbitrale che sviluppa il lodo parziale è limitata dall'autorità di cosa giudicata. Lo Hoge Raad si domanda tuttavia se il diritto comunitario impedisca al Gerechtshof di applicare una regola procedurale del genere in una situazione nella quale, come nel caso di specie, il lodo arbitrale successivo, per la nullità del quale è stata proposta impugnazione in tempo utile, costituisca lo sviluppo di un lodo anteriore.

30. In base a tali presupposti, lo Hoge Raad ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) In quale misura i principi formulati dalla Corte di giustizia nella sua sentenza 14 dicembre 1995, cause riunite C-430/93 e C-431/93, Van Schijndel en Van Veen/Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten (Racc. pag. I-4705) si applichino per analogia qualora, in una controversia avente per oggetto un contratto di diritto privato che non è risolta da un giudice nazionale, bensì da arbitri, le parti non invochino l'art. 85 del Trattato CE, e qualora gli arbitri, in base alle norme di diritto processuale nazionale che sono tenuti ad osservare, non abbiano alcuna facoltà di applicare d'ufficio tale disposizione.

2) Se il giudice olandese, nonostante le norme di diritto processuale olandese descritte ai precedenti punti 4.2 e 4.4 (ai sensi delle quali una parte non può chiedere la declaratoria di nullità di un lodo arbitrale che per un numero limitato di motivi, tra cui rientra la contrarietà all'ordine pubblico, nella quale non è compresa, in generale, la semplice circostanza che il contenuto o l'esecuzione di un lodo arbitrale facciano venir meno l'applicazione di un divieto sancito dal diritto della concorrenza) debba accogliere una domanda volta a far dichiarare la nullità di un lodo arbitrale a causa di un contrasto di detto lodo con l'art. 85 del Trattato CE - domanda che risponde peraltro a quanto prescritto dalla legge - qualora egli consideri che l'asserito contrasto sussista effettivamente.

3) Se, nonostante le norme di diritto processuale olandese definite al precedente punto 4.5 (ai sensi delle quali gli arbitri hanno l'obbligo di non uscire dai limiti della lite e di attenersi al loro compito), il giudice sia tenuto a disporre in tal senso anche qualora nel procedimento arbitrale la questione dell'applicabilità dell'art. 85 del

Trattato CE sia rimasta al di fuori dei limiti della controversia e gli arbitri non abbiano emesso quindi una decisione su tale questione.

4) Se in base al diritto comunitario si debba disapplicare la norma di diritto processuale olandese descritta al precedente punto 5.3 (per cui un lodo arbitrale interlocutorio che ha natura di decisione definitiva acquisisce l'autorità di cosa giudicata e non può, in linea di principio, costituire oggetto di impugnazione per nullità trascorso il termine di tre mesi dal deposito di detto lodo presso la cancelleria del Rechtsbank), qualora ciò sia necessario per poter esaminare, nell'ambito dell'impugnazione per nullità diretta contro un successivo lodo arbitrale, se un contratto, la cui validità giuridica è stata stabilita dal lodo interlocutorio rivestito di autorità di cosa giudicata, sia tuttavia nullo poiché in contrasto con l'art. 85 del Trattato CE.

5) Oppure se, in un caso come quello descritto nella questione n. 4, si debba disapplicare il principio secondo cui non si può chiedere contemporaneamente che sia dichiarato nullo il lodo interlocutorio, nella misura in cui questo presenta le caratteristiche di una decisione definitiva, e che sia dichiarato nullo il lodo arbitrale successivo».

Sulla seconda questione

31. Nella seconda questione, che occorre esaminare per prima, il giudice a quo chiede in sostanza se un giudice nazionale, al quale è sottoposta l'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale, debba accogliere tale ricorso qualora ritenga che tale decisione sia effettivamente contraria all'art. 81 CE, anche se, in base alle regole di procedura interne, non dovrebbe accogliere tale ricorso che per un numero limitato di motivi, tra i quali figura la contrarietà all'ordine pubblico, concetto nel quale non rientra, in linea generale, secondo il diritto nazionale applicabile, la semplice circostanza che il contenuto o l'esecuzione di un lodo arbitrale facciano venir meno l'applicazione di un divieto sancito dal diritto della concorrenza.

32. Innanzi tutto si deve richiamare l'attenzione sul fatto che, se un arbitrato convenzionale solleva questioni di diritto comunitario, il giudice ordinario può esaminarle, in particolare nell'ambito del controllo del lodo arbitrale, più o meno ampio a seconda dei casi, che spetta ad esso in caso di appello, di opposizione, di exequatur, o di qualsiasi altra impugnazione o altra forma di controllo contemplata dalla normativa nazionale applicabile (v. sentenza Nordsee, citata, punto 14).

33. La Corte ha aggiunto, al punto 15 della sentenza Nordsee, citata, che spetta ai detti giudici nazionali controllare se si debba rinviare alla Corte ai sensi dell'art. 234 CE, per ottenere l'interpretazione o la valutazione della validità delle disposizioni di diritto comunitario che essi debbano applicare in sede di controllo giurisdizionale di un lodo arbitrale.

34. A tale riguardo, la Corte ha considerato, ai punti da 10 a 12 della stessa sentenza, che un collegio arbitrale convenzionale non costituisce una «giurisdizione nazionale di uno Stato membro» ai sensi dell'art. 234 CE, perché per le parti contraenti non vi è alcun obbligo, né di diritto né di fatto, di affidare la soluzione delle proprie liti a un arbitrato, e perché le autorità pubbliche dello Stato membro interessato non sono implicate nella scelta della via dell'arbitrato né sono chiamate a intervenire d'ufficio nello svolgimento del procedimento dinanzi all'arbitro.

35. Occorre osservare poi che le esigenze di efficacia del procedimento arbitrale giustificano il fatto che il controllo dei lodi arbitrali rivesta un carattere limitato, e che un lodo arbitrale possa essere dichiarato nullo o vedersi negare il riconoscimento solo in casi eccezionali.

36. Tuttavia, l'art. 81 CE costituisce, ai sensi dell'art. 3, lett. g), del Trattato CE [divenuto, in seguito a modifica, art. 3, n. 1, lett. g), CE] una disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno. L'importanza di una disposizione siffatta ha indotto gli autori del Trattato a prevedere espressamente, al n. 2 dell'art. 81 CE, che gli accordi e le decisioni vietati in virtù di tale articolo sono nulli di pieno diritto.

37. Ne consegue che, nei limiti in cui un giudice nazionale debba, in base alle proprie regole di procedura interne, accogliere un'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale fondata sulla violazione delle norme nazionali di ordine pubblico, esso deve ugualmente accogliere una domanda fondata sulla violazione del divieto sancito dall'art. 81, n. 1, CE.

38. Questa conclusione non viene rimessa in discussione dal fatto che la Convenzione di New York 10 giugno 1958, sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri, ratificata da tutti gli Stati membri, prevede che soltanto determinati vizi possono giustificare un rifiuto di riconoscimento e di esecuzione di un lodo arbitrale, vale a dire il mancato rispetto o il superamento, da parte del lodo, dei termini della clausola compromissoria, il carattere non vincolante della decisione per le parti o la contrarietà del riconoscimento o dell'esecuzione della stessa con l'ordine pubblico del paese nel quale tale riconoscimento o tale esecuzione sono richiesti [art. 5, n. 1, lett. c) ed e), e 2, lett. b), della Convenzione di New York].

39. In effetti, per la ragioni menzionate al punto 36 di questa sentenza, l'art. 81 CE può essere considerato una disposizione di ordine pubblico ai sensi di detta convenzione.

40. Infine è importante ricordare che, come è stato rilevato al punto 34 di questa sentenza, gli arbitri, diversamente da un giudice nazionale, non possono chiedere alla Corte di pronunciarsi in via pregiudiziale su questioni relative all'interpretazione del diritto comunitario. Ora, l'ordinamento giuridico comunitario ha manifestamente interesse, per evitare future divergenze di interpretazione, a far

sì che sia garantita un'interpretazione uniforme di tutte le norme di diritto comunitario, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate (sentenza 25 giugno 1992, causa C-88/91, Federconsorzi, Racc. pag. I-4035, punto 7). Ne consegue che, nella situazione oggetto della presente causa e diversamente dalla sentenza Van Schijndel e Van Veen, citata, il diritto comunitario esige che questioni relative all'interpretazione del divieto sancito dall'art. 81, n. 1, CE, possano essere esaminate dai giudici nazionali chiamati a pronunciarsi sulla validità di un lodo arbitrale e possano essere oggetto, all'occorrenza, di un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte.

41. Si deve pertanto risolvere la seconda questione nel senso che un giudice nazionale, chiamato a pronunciarsi su un'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale, deve accogliere tale domanda se ritiene che la decisione sia effettivamente in contrasto con l'art.

81 CE, quando, ai sensi delle norme di procedura nazionali, deve accogliere un'impugnazione per nullità fondata sulla violazione di norme nazionali di ordine pubblico.

Sulla prima e la terza questione

42. In considerazione della soluzione indicata per la seconda questione, non è necessario risolvere la prima e la terza questione.

Sulla quarta e la quinta questione

43. Nella quarta e nella quinta questione, che occorre esaminare insieme, il giudice di rinvio chiede, in sostanza, se in base al diritto comunitario vadano disapplicate le norme di diritto processuale nazionale, ai sensi delle quali un lodo arbitrale interlocutorio avente natura di decisione definitiva che non ha fatto oggetto di un'impugnazione per nullità entro il termine di legge acquisisce l'autorità della cosa giudicata e non può più essere rimesso in discussione da un lodo arbitrale successivo, anche se ciò è necessario per poter esaminare, nell'ambito dell'impugnazione per nullità diretta contro il lodo arbitrale successivo, se un contratto, la cui validità giuridica è stata stabilita dalla decisione arbitrale interlocutoria, sia tuttavia nullo poiché in contrasto con l'art. 81 CE.

44. Occorre ricordare che, ai sensi delle norme di procedura nazionali applicabili alla causa a qua, l'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale interlocutorio avente natura di decisione definitiva può essere proposta nel termine di tre mesi che decorre dal deposito di tale lodo presso la cancelleria del giudice competente.

45. Un termine siffatto, che non sembra troppo breve in rapporto a quelli fissati negli ordinamenti giuridici degli altri Stati membri, non è tale da rendere eccessivamente difficile o praticamente impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario.

46. Inoltre si deve sottolineare che, allo spirare di tale termine, norme di procedura nazionali che limitano la possibilità di impugnare per nullità un lodo arbitrale successivo che sviluppa un lodo arbitrale interlocutorio avente natura di decisione definitiva, per il motivo che quest'ultimo è rivestito dell'autorità di cosa giudicata, si giustificano in virtù dei principi che stanno alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali il principio della certezza del diritto e quello del rispetto della cosa giudicata che ne costituisce l'espressione.

47. In tali condizioni, il diritto comunitario non impone a un giudice nazionale di disapplicare siffatte norme, anche se ciò è necessario per poter esaminare, nell'ambito del procedimento d'impugnazione per nullità diretto contro il lodo arbitrale successivo, se un contratto, la cui validità giuridica è stata stabilita dal lodo arbitrale interlocutorio, sia tuttavia nullo poiché in contrasto con l'art. 81 CE.

48. Si deve pertanto risolvere la quarta e la quinta questione nel senso che in base al diritto comunitario non si devono disapplicare le norme di diritto processuale nazionale, ai sensi delle quali un lodo arbitrale interlocutorio avente natura di decisione definitiva che non ha fatto oggetto di un'impugnazione per nullità entro il termine di legge acquisisce l'autorità della cosa giudicata e non può più essere rimesso in discussione da un lodo

arbitrale successivo, anche se ciò è necessario per poter esaminare, nell'ambito del procedimento d'impugnazione per nullità diretto contro il lodo arbitrale successivo, se un contratto, la cui validità giuridica è stata stabilita dal lodo arbitrale interlocutorio, sia tuttavia nullo poiché in contrasto con l'art. 81 CE.

Sulle spese

49 Le spese sostenute dai governi olandese, francese, italiano e del Regno Unito, nonché dalla Commissione delle Comunità europee, che hanno presentato osservazioni alla Corte, non possono dar luogo a rifusione. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese.

PQM

Per questi motivi,

LA CORTE

pronunciandosi sulle questioni sottopostele dallo Hoge Raad dei Paesi Bassi, con ordinanza 21 marzo 1997, dichiara:

1) Un giudice nazionale, chiamato a pronunciarsi su un'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale, deve accoglierla se ritiene che il lodo sia effettivamente in contrasto con l'art. 81 CE, quando, ai sensi delle norme

di procedura nazionali, deve accogliere un'impugnazione per nullità fondata sulla violazione di norme nazionali di ordine pubblico.

2) In base al diritto comunitario non si devono disapplicare le norme di diritto processuale nazionale, ai sensi delle quali un lodo arbitrale interlocutorio avente natura di decisione definitiva che non ha fatto oggetto di un'impugnazione per nullità entro il termine di legge acquisisce l'autorità della cosa giudicata e non può più essere rimesso in discussione da un lodo arbitrale successivo, anche se ciò è necessario per poter esaminare, nell'ambito del procedimento d'impugnazione per nullità diretto contro il lodo arbitrale successivo, se un contratto, la cui validità giuridica è stata stabilita dal lodo arbitrale interlocutorio, sia tuttavia nullo poiché in contrasto con l'art. 81 CE.

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 1° giugno 1999.

Pubblicazione: Raccolta della Giurisprudenza 2009 pagina I-09579

Ravvicinamento delle legislazioni — Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori — Direttiva 93/13

La direttiva 93/13, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretata nel senso che un giudice nazionale investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale che ha acquisito autorità di cosa giudicata, emesso in assenza del consumatore, è tenuto, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, a valutare d'ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, qualora, secondo le norme procedurali nazionali, egli possa procedere a tale valutazione nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna. In tal caso, incombe a detto giudice di trarre tutte le conseguenze che ne derivano secondo il diritto nazionale affinché il consumatore di cui trattasi non sia vincolato da detta clausola.

Riguardo a detta valutazione, occorre precisare che, data la natura e l'importanza dell'interesse pubblico sul quale si fonda la tutela che la direttiva 93/13 garantisce ai consumatori, l'art. 6 di tale direttiva deve essere considerato come una norma equivalente alle disposizioni nazionali che occupano, nell'ambito dell'ordinamento giuridico interno, il rango di norme di ordine pubblico.

(v. punti 52, 59 e dispositivo)

Fonti: Rass. dir. civ. 2010, 4, 1227 (nota di: Prisco)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Ce - - protezione dei consumatori

Il rispetto del principio di effettività non può giungere al punto di esigere che un giudice nazionale debba non solo compensare un'omissione procedurale di un consumatore ignaro dei propri diritti, ma anche supplire integralmente alla completa passività del consumatore interessato che, come la convenuta nella causa principale, non ha partecipato al procedimento arbitrale e neppure proposto un'azione d'annullamento contro il lodo arbitrale divenuto per tale fatto definitivo. In forza del principio di equivalenza, tuttavia, un giudice nazionale investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale che ha acquisito autorità di cosa emessa in assenza del consumatore, è tenuto, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, a valutare d'ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, qualora, secondo le norme procedurali nazionali, egli possa procedere a tale valutazione nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna.

Nel procedimento C-40/08,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Juzgado de Primera Instancia n. 4 de Bilbao (Spagna), con decisione 29 gennaio 2008, pervenuta in cancelleria il 5 febbraio 2008, nella causa

Asturcom Telecomunicaciones SL

contro

Cristina Rodríguez Nogueira,

LA CORTE (Prima Sezione),

composta dal sig. P. Jann, presidente di sezione, dai sigg. M. Ilešić, A. Tizzano (relatore), E. Levits e J.-J. Kasel, giudici,

avvocato generale: sig.ra V. Trstenjak

cancelliere: sig. R. Grass

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Asturcom Telecomunicaciones SL, dagli avv.ti P. Calderón Plaza e P. García Ibaceta, abogados;

- per il governo spagnolo, dal sig. J. López-Medel Bascones, in qualità di agente;

- per il governo ungherese, dalle sig.re K. Veres e R. Somssich, nonché dal sig. M. Fehér, in qualità di agenti;

- per la Commissione delle Comunità europee, dai sigg. W. Wils e R. Vidal Puig, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 14 maggio 2009, ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione della direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (GU L 95, pag. 29).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di un ricorso per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale divenuto definitivo che vede opposte la società Asturcom Telecomunicaciones SL (in prosieguo: la «Asturcom») e la sig.ra Rodríguez Nogueira relativamente al pagamento di somme dovute in esecuzione di un contratto d'abbonamento alla telefonia mobile che tale società aveva stipulato con la sig.ra Rodríguez Nogueira.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

3 L'art. 6, n. 1, della direttiva 93/13 così recita:

«Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive».

4 L'art. 7, n. 1, della medesima direttiva è del seguente tenore:

«Gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori».

5 L'allegato alla stessa direttiva contiene un elenco indicativo delle clausole che possono essere dichiarate abusive. Tra di esse, il punto 1, lett. q), dell'allegato, annovera le clausole che hanno per oggetto o per effetto di «sopprimere o limitare l'esercizio di azioni legali o vie di ricorso del consumatore, in particolare obbligando il consumatore a rivolgersi esclusivamente a una giurisdizione di arbitrato non disciplinata da disposizioni giuridiche, limitando indebitamente i mezzi di prova a disposizione del consumatore o imponendogli un onere della prova che, ai sensi della legislazione applicabile, incomberebbe a un'altra parte del contratto».

La normativa nazionale

6 Nel diritto spagnolo la tutela dei consumatori contro le clausole abusive è stata garantita inizialmente dalla legge generale n. 26/1984, relativa alla tutela dei consumatori e degli utenti (Ley General 26/1984 para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) del 19 luglio 1984 (BOE n. 176, del 24 luglio 1984; in prosieguo: la «legge 26/1984»).

7 La legge 26/1984 è stata modificata dalla legge n. 7/1998, relativa alle condizioni generali dei contratti (Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación) del 13 aprile 1998 (BOE n. 89, del 14 aprile 1998; in prosieguo: la «legge 7/1998»), che ha recepito la direttiva 93/13 nel diritto interno.

8 La legge 7/1998 ha aggiunto alla legge 26/1984, inter alia, un art. 10 bis il cui n. 1 è del seguente tenore: «[s]i considerano clausole abusive tutte quelle disposizioni contrattuali che non hanno costituito oggetto di negoziato individuale le quali, malgrado il requisito della buona fede, determinano a danno del consumatore uno squilibrio significativo dei diritti e degli obblighi contrattuali delle parti. In ogni caso, si considerano clausole abusive le disposizioni contrattuali elencate nella prima disposizione aggiuntiva della presente legge. (...)».

9 L'art. 8 della legge 7/1998 così prevede:

«1. Sono nulle le condizioni generali pregiudizievoli per l'aderente e in contrasto con le disposizioni della presente legge o di qualsiasi altra norma imperativa o proibitiva, a meno che queste ultime non sanzionino diversamente la loro violazione.

2. In particolare, sono nulle le condizioni generali abusive inserite nei contratti conclusi con i consumatori quali definite, in ogni caso, dall'art. 10 bis e dalla prima disposizione aggiuntiva della legge generale 26/1984 (...)».

10 All'epoca dei fatti di cui alla causa principale la procedura arbitrale era disciplinata dalla legge n. 60/2003, relativa all'arbitrato (Ley de Arbitraje) del 23 dicembre 2003 (BOE n. 309, del 26 dicembre 2003; in prosieguo: la «legge 60/2003»).

11 L'art. 8, nn. 4 e 5, della legge 60/2003 stabiliva quanto segue:

«4. Il tribunale di primo grado del luogo in cui è stato pronunciato il lodo è competente per decidere sulla sua esecuzione forzata ai sensi dell'art. 545, n. 2, del codice di procedura civile (...).

5. Il ricorso per annullamento del lodo arbitrale è proposto dinanzi all'Audiencia Provincial del luogo in cui esso è stato pronunciato».

12 L'art. 22, nn. 1 e 2, della legge 60/2003 così disponeva:

«1. Gli arbitri possono decidere in ordine alla propria competenza, incluse le eccezioni relative all'esistenza o alla validità della clausola compromissoria ed ogni altra eccezione il cui accoglimento impedisca di esaminare il merito della controversia. A tali effetti, una clausola compromissoria contenuta in un contratto è considerata indipendente dalle altre clausole contrattuali. Una decisione arbitrale che dichiari nullo il contratto non comporta di per sé la nullità della clausola compromissoria.

2. Le eccezioni di cui al precedente paragrafo devono essere sollevate al più tardi nell'atto di risposta, senza che il fatto di aver designato o concorso a designare l'arbitro costituisca un impedimento. L'eccezione relativa all'usurpazione di competenza da parte degli arbitri dev'essere proposta non appena l'arbitro tratti la materia assertivamente estranea al suo ambito di competenza.

Gli arbitri possono ammettere le eccezioni sollevate successivamente solo se il ritardo sia giustificato».

13 L'art. 40 della legge 60/2003 così recitava:

«È possibile chiedere l'annullamento di un lodo ai sensi delle disposizioni del presente titolo».

14 L'art. 41, n. 1, della legge 60/2003 conteneva le seguenti disposizioni:

«Un lodo può essere annullato solo qualora la parte ricorrente deduca e dimostri quanto segue:

(...)

f) che il lodo è contrario all'ordine pubblico.

(...)».

15 Ai sensi dell'art. 41, n. 4, della medesima legge, il ricorso d'annullamento doveva essere presentato entro i due mesi successivi alla notifica del lodo arbitrale.

16 L'art. 43 della stessa legge così recitava:

«Il lodo definitivo produce fra le parti effetti di cosa giudicata. Contro di esso può essere chiesta solo la revocazione conformemente alle disposizioni del codice di procedura civile applicabili alle decisioni definitive».

17 Ai sensi dell'art. 44 della stessa legge:

«L'esecuzione forzata dei lodi arbitrali è disciplinata dalle disposizioni del codice di procedura civile e del presente titolo».

18 Ai sensi dell'art. 517, n. 2, punto 2, della legge n. 1/2000, sulla procedura civile (Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil) del 7 gennaio 2000 (BOE n. 7, dell'8 gennaio 2000; in prosieguo: la «legge 1/2000»), i lodi ovvero le decisioni arbitrali sono suscettibili di esecuzione forzata.

19 L'art. 559, n. 1, della legge 1/2000 è formulato nei termini seguenti:

«L'esecutato può altresì opporsi all'esecuzione per i seguenti vizi procedurali:

1. mancanza o difetto di legittimazione passiva dell'esecutato o del suo rappresentante;
2. mancanza o difetto di legittimazione attiva dell'esecutante o del suo rappresentante o omessa giustificazione di tale legittimazione;
3. nullità assoluta del decreto di esecuzione per mancanza di disposizioni di condanna nella sentenza o nel lodo arbitrale, perché il documento presentato non soddisfa i requisiti

di legge per essere dotato di esecutorietà o perché, in sede di esecuzione, sono state violate le disposizioni dell'art. 520 della presente legge;

4. difetto di autenticità del titolo esecutivo, ove si tratti di lodo arbitrale non autenticato da notaio».

Causa principale e questione pregiudiziale

20 Il 24 maggio 2004 veniva stipulato un contratto di abbonamento per la telefonia mobile tra la Asturcom e la sig.ra Rodríguez Nogueira. Tale contratto conteneva una clausola compromissoria la quale sottoponeva ogni controversia concernente l'esecuzione del contratto stesso all'arbitrato dell'Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (Associazione europea per l'arbitrato secondo diritto e secondo equità; in prosieguo: l'«AEADE»). La sede di tale ente arbitrale, che non è indicata nel contratto, si trova a Bilbao.

21 Poiché la sig.ra Rodríguez Nogueira non saldava alcune fatture e recedeva dal contratto prima dello scadere della durata minima dell'abbonamento convenuta, la Asturcom avviava nei suoi confronti un procedimento arbitrale dinanzi alla AEADE.

22 Il lodo arbitrale emesso il 14 aprile 2005 condannava la sig.ra Rodríguez Nogueira a pagare una somma pari a EUR 669,60.

23 Poiché la sig.ra Rodríguez Nogueira non proponeva alcuna azione di annullamento contro tale lodo arbitrale, quest'ultimo diventava definitivo.

24 Il 29 ottobre 2007 l'Asturcom ha adito il Juzgado de Primera Instancia n. 4 de Bilbao una domanda di esecuzione forzata del suddetto lodo arbitrale.

25 Nell'ordinanza di rinvio, tale giudice constata che la clausola compromissoria contenuta nel contratto d'abbonamento ha carattere abusivo, tenuto conto, in particolare, del fatto che, anzitutto, le spese che il consumatore avrebbe dovuto sostenere per recarsi alla sede dell'ente arbitrale erano superiori all'importo della somma oggetto della controversia principale. Secondo tale giudice, inoltre, tale sede è situata ad una considerevole distanza dal domicilio del consumatore e non è indicata nel contratto. Infine, l'ente arbitrale elabora esso stesso i contratti di telefonia che sono poi utilizzati dalle imprese di telecomunicazioni.

26 Tuttavia, il giudice del rinvio osserva anche che, da un lato, la legge 60/2003 non consente agli arbitri di rilevare d'ufficio la nullità delle clausole compromissorie abusive e, d'altro lato, che la legge 1/2000 non prevede alcuna disposizione relativa alla valutazione del carattere abusivo delle clausole compromissorie ad opera del giudice competente a statuire su un ricorso per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale divenuto definitivo.

27 In tali circostanze, nutrendo dubbi riguardo alla compatibilità della normativa nazionale con il diritto comunitario, in particolare per quanto riguarda le norme procedurali interne, il Juzgado de Primera Instancia n. 4 de Bilbao ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se la tutela dei consumatori garantita dalla [direttiva 93/13] implichi che il giudice chiamato a pronunciarsi su una domanda di esecuzione forzata di un lodo arbitrale definitivo, emesso in assenza del consumatore, rilevi d'ufficio la nullità della convenzione

d'arbitrato e, di conseguenza, annulli il lodo, in quanto la detta convenzione arbitrale contiene una clausola abusiva pregiudizievole per il consumatore».

Sulla questione pregiudiziale

28 Con la sua questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la direttiva 93/13 debba essere interpretata nel senso che un giudice nazionale investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale che ha acquisito autorità di cosa giudicata, emesso in assenza del consumatore, sia tenuto a rilevare d'ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta in un contratto concluso tra un professionista e detto consumatore, nonché ad annullare tale lodo.

29 Per rispondere alla questione posta, va ricordato anzitutto che il sistema di tutela istituito dalla direttiva 93/13 è fondato sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative che il grado di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista senza poter incidere sul contenuto delle stesse (sentenze 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/98 a C-244/98, Océano Grupo Editorial e Salvat Editores, Racc. pag. I-4941, punto 25, e 26 ottobre 2006, causa C-168/05, Mostaza Claro, Racc. pag. I-10421, punto 25).

30 In considerazione di siffatta situazione di inferiorità, l'art. 6, n. 1, della stessa direttiva prevede che le clausole abusive non vincolano il consumatore. Come risulta dalla giurisprudenza, si tratta di una norma imperativa che mira a sostituire all'equilibrio formale che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza delle parti stesse (sentenze Mostaza Claro, cit., punto 36, e 4 giugno 2009, causa C-243/08, Pannon GSM, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 25).

31 Per garantire la tutela voluta dalla direttiva 93/13, la Corte ha altresì più volte sottolineato che la disuguaglianza tra il consumatore e il professionista può essere riequilibrata solo grazie a un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale (sentenze citate Océano Grupo Editorial e Salvat Editores, punto 27, e Mostaza Claro, punto 26).

32 È sulla base di tali principi che la Corte ha così statuito che il giudice nazionale è tenuto ad esaminare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale (sentenza Mostaza Claro, cit., punto 38).

33 La causa in esame si distingue tuttavia da quella che ha dato luogo alla citata sentenza Mostaza Claro per il fatto che la sig.ra Rodríguez Nogueira è rimasta completamente passiva nel corso dei diversi procedimenti relativi alla controversia che la oppone alla Asturcom e, in particolare, non ha proposto un'azione diretta ad ottenere l'annullamento del lodo arbitrale emesso dalla AEADE invocando il carattere abusivo della clausola compromissoria, cosicché tale lodo ha ormai acquisito autorità di cosa giudicata.

34 Va pertanto stabilito se l'esigenza di sostituire all'equilibrio formale che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza delle parti stesse, imponga al giudice dell'esecuzione di garantire una tutela

assoluta del consumatore, anche in assenza di qualsiasi azione giudiziaria proposta da quest'ultimo per far valere i propri diritti e nonostante le norme procedurali nazionali che attuano il principio dell'autorità della cosa giudicata.

35 A tal proposito è necessario anzitutto rammentare l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico comunitario sia negli ordinamenti giuridici nazionali.

36 La Corte, infatti, ha già avuto occasione di precisare che, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione (sentenze 30 settembre 2003, causa C-224/01, Köbler, Racc. pag. I-10239, punto 38; 16 marzo 2006, causa C-234/04, Kapferer, Racc. pag. I-2585, punto 20, e 3 settembre 2009, causa C-2/08, Fallimento Olimpiclub, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 22).

37 Di conseguenza, secondo la giurisprudenza della Corte, il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione di una disposizione, di qualsiasi natura essa sia, del diritto comunitario da parte di tale decisione (v., in particolare, sentenze 1° giugno 1999, causa C-126/97, Eco Swiss, Racc. pag. I-3055, punti 47 e 48; Kapferer, cit., punto 21, e Fallimento Olimpiclub, cit., punto 23).

38 In assenza di una normativa comunitaria in materia, le modalità di attuazione del principio dell'autorità di cosa giudicata rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi. Esse non devono tuttavia essere meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) né essere strutturate in modo da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v., in particolare, citate sentenze Kapferer, punto 22, e Fallimento Olimpiclub, punto 24).

39 Per quanto riguarda, in primo luogo, il principio di effettività, occorre ricordare che la Corte ha già affermato che ciascun caso in cui si pone la questione se una norma procedurale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario dev'essere esaminato tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali. Sotto tale profilo si devono considerare, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento (sentenze 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck, Racc. pag. I-4599, punto 14, e Fallimento Olimpiclub, cit., punto 27).

40 Nella fattispecie, il lodo arbitrale di cui trattasi nella causa principale è divenuto definitivo per il fatto che il consumatore interessato non ha proposto ricorso d'annullamento avverso detto lodo entro il termine all'uopo previsto.

41 In proposito, si deve rilevare che, secondo una giurisprudenza costante, è compatibile con il diritto comunitario la fissazione di termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza nell'interesse della certezza del diritto (v., in tal senso, sentenze 16 dicembre 1976, causa 33/76, Rewe-Zentralfinanz e Rewe-Zentral, Racc. pag. 1989, punto 5; 10 luglio 1997, causa C-261/95, Palmisani, Racc. pag. I-4025, punto 28, e 12 febbraio 2008, causa C-2/06, Kempster, Racc. pag. I-411, punto 58). Infatti, termini del genere non sono tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico comunitario (v., in tal senso, sentenza 24 settembre 2002, causa C-255/00, Grundig Italiana, Racc. pag. I-8003, punto 34).

42 Si deve pertanto verificare la ragionevolezza di un termine di due mesi, quale quello previsto all'art. 41, n. 4, della legge 60/2003, scaduto il quale, in assenza di ricorso d'annullamento, un lodo arbitrale diviene definitivo e acquisisce quindi autorità di cosa giudicata.

43 Nella fattispecie, si deve constatare, da un lato, che, come la Corte ha già rilevato, un termine di ricorso di 60 giorni non è di per sé censurabile (v., in tal senso, sentenza Peterbroeck, cit., punto 16).

44 In effetti, siffatto termine di decadenza appare ragionevole nel senso che permette tanto di valutare se sussistano motivi per contestare un lodo arbitrale quanto, eventualmente, di preparare il ricorso d'annullamento contro detto lodo. A tal proposito, è necessario rilevare che, nella presente causa, non è stato in alcun modo sostenuto che le norme procedurali nazionali che disciplinano la proposizione del ricorso d'annullamento di un lodo arbitrale, e in particolare il termine di due mesi a tal fine previsto, siano irragionevoli.

45 D'altro canto, si deve precisare che, ai termini dell'art. 41, n. 4, della legge 60/2003, il termine inizia a decorrere dalla notifica della sentenza arbitrale. Nella causa principale, quindi, il consumatore non può trovarsi in una situazione in cui il termine di prescrizione inizi a decorrere, o addirittura sia scaduto, senza che egli abbia neppure avuto conoscenza degli effetti della clausola compromissoria abusiva nei suoi confronti.

46 In tali circostanze, siffatto termine di ricorso risulta conforme al principio di effettività, in quanto non è idoneo, di per sé, a rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti che i consumatori traggono dalla direttiva 93/13 (v., in tal senso, sentenza 27 febbraio 2003, causa C-327/00, Santex, Racc. pag. I-1877, punto 55).

47 In ogni caso, il rispetto del principio di effettività non può, in circostanze come quelle della causa principale, giungere al punto di esigere che un giudice nazionale debba non solo compensare un'omissione procedurale di un consumatore ignaro dei propri diritti, come nella causa che ha dato luogo alla citata sentenza Mostaza Claro, ma anche supplire integralmente alla completa passività del consumatore interessato che, come la convenuta nella causa principale, non ha partecipato al procedimento arbitrale e neppure proposto un'azione d'annullamento contro il lodo arbitrale divenuto per tale fatto definitivo.

48 Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve constatare che le norme procedurali stabilite dal sistema spagnolo di tutela dei consumatori contro le clausole

contrattuali abusive non rendono impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti ai consumatori dalla direttiva 93/13.

49 Per quanto riguarda, in secondo luogo, il principio di equivalenza, quest'ultimo esige che le condizioni imposte dal diritto nazionale per applicare d'ufficio una norma di diritto comunitario non siano meno favorevoli di quelle che disciplinano l'applicazione d'ufficio delle norme di pari rango del diritto nazionale (v., in questo senso, in particolare, sentenza 14 dicembre 1995, cause riunite C-430/93 e C-431/93, van Schijndel e van Veen, Racc. pag. I- 4705, punti 13 e 17, e la giurisprudenza citata).

50 Al fine di verificare se detto principio sia rispettato nella causa di cui è investito il giudice nazionale, spetta a quest'ultimo, il solo a disporre della conoscenza diretta delle modalità procedurali dei ricorsi nell'ambito dell'ordinamento nazionale, esaminare tanto l'oggetto quanto gli elementi essenziali dei ricorsi di natura interna con i quali si asserisce che sussista un'analogia (v., in particolare, sentenza 16 maggio 2000, causa C-78/98, Preston e a., Racc. pag. I-3201, punti 49 e 56). Tuttavia, ai fini della valutazione che il giudice nazionale dovrà compiere, la Corte può fornirgli taluni elementi relativi all'interpretazione del diritto comunitario (v. sentenza Preston, cit., punto 50).

51 Orbene, com'è stato ricordato al punto 30 della presente sentenza, occorre precisare che l'art. 6, n. 1, della direttiva 93/13 è una norma imperativa. Si deve, inoltre, rilevare che, secondo la giurisprudenza della Corte, tale direttiva, nella sua integralità, ai sensi dell'art. 3, n. 1, lett. t), CE, costituisce un provvedimento indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità europea e, in particolare, per l'innalzamento del livello e della qualità della vita al suo interno (sentenza Mostaza Claro, cit., punto 37).

52 Così, date la natura e l'importanza dell'interesse pubblico sul quale si fonda la tutela che la direttiva 93/13 garantisce ai consumatori, si deve constatare che il suo art. 6 deve essere considerato come una norma equivalente alle disposizioni nazionali che occupano, nell'ambito dell'ordinamento giuridico interno, il rango di norme di ordine pubblico.

53 Ne consegue che, qualora un giudice nazionale investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale definitivo debba, secondo le norme procedurali interne, valutare d'ufficio la contrarietà di una clausola compromissoria con le norme nazionali d'ordine pubblico, egli è parimenti tenuto a valutare d'ufficio il carattere abusivo di detta clausola alla luce dell'art. 6 della direttiva 93/13, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine (v., in tal senso, sentenza Pannon GSM, cit., punto 32).

54 Siffatto obbligo incombe del pari al giudice nazionale quando, nell'ambito del sistema giurisdizionale interno, dispone di una mera facoltà di valutare d'ufficio la contrarietà di una clausola del genere con le norme nazionali d'ordine pubblico (v., in tal senso, citate sentenze van Schijndel e van Veen, punti 13, 14 e 22, nonché Kempster, punto 45).

55 Orbene, per quel che riguarda la causa principale, secondo il governo spagnolo, il giudice dell'esecuzione di un lodo arbitrale divenuto definitivo è competente a valutare d'ufficio la nullità di una clausola compromissoria, contenuta in un contratto stipulato tra un consumatore e un professionista, per essere tale clausola contraria alle norme nazionali

di ordine pubblico. Siffatta competenza sarebbe stata peraltro ammessa in numerose sentenze recenti dell'Audiencia Provincial de Madrid, nonché dell'Audiencia Nacional.

56 Spetta pertanto al giudice del rinvio verificare se ciò sia così nella controversia di cui è investito.

57 Infine, per quanto riguarda le conseguenze della constatazione da parte del giudice dell'esecuzione dell'esistenza di una clausola compromissoria abusiva in un contratto stipulato da un professionista con un consumatore, si deve ricordare che l'art. 6, n. 1, della direttiva 93/13 esige che gli Stati membri prevedano che le clausole abusive non vincolano i consumatori, «alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali».

58 Pertanto, come suggerito dal governo ungherese nelle sue osservazioni scritte, spetta al giudice del rinvio trarre, conformemente al diritto nazionale, tutte le conseguenze che comporta, per il lodo arbitrale, l'esistenza di una clausola compromissoria, purché tale clausola non sia in grado di vincolare il consumatore.

59 Alla luce di quanto precede, la questione posta va risolta dichiarando che la direttiva 93/13 deve essere interpretata nel senso che un giudice nazionale investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale che ha acquisito autorità di cosa giudicata, emesso in assenza del consumatore, è tenuto, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, a valutare d'ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, qualora, secondo le norme procedurali nazionali, egli possa procedere a tale valutazione nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna. In tal caso, incombe a detto giudice di trarre tutte le conseguenze che ne derivano secondo il diritto nazionale affinché il consumatore di cui trattasi non sia vincolato da detta clausola.

Sulle spese

60 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

PQM

Per questi motivi, la Corte (Prima Sezione) dichiara:

La direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretata nel senso che un giudice nazionale investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale che ha acquisito autorità di cosa giudicata, emesso in assenza del consumatore, è tenuto, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, a valutare d'ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, qualora, secondo le norme procedurali nazionali, egli possa procedere a tale valutazione nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna. In tal caso, incombe a detto giudice di trarre tutte le

conseguenze che ne derivano secondo il diritto nazionale affinché il consumatore di cui trattasi non sia vincolato da detta clausola.

Fonti: Rivista di Diritto Tributario 2011, 5, IV, 95 (nota di: Fontana)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Concorrenza - - aiuti di Stato

Aiuto di Stato - Rimessione di un debito fiscale - Decisione di recupero - Mancata esecuzione.

Il carattere definitivo di una pronuncia giurisdizionale nazionale, che approva un concordato comportante la parziale rinuncia ad un credito pubblico, anteriore alla decisione 2007/254/Ce, con cui la Commissione ha qualificato detta misura come aiuto di Stato, non osta al recupero di tale aiuto, se lo Stato membro disponeva di strumenti di diritto nazionale che, se utilizzati diligentemente, avrebbero consentito il menzionato recupero.

Pubblicazione: Raccolta della Giurisprudenza 2010

1. Ricorso per inadempimento — Inosservanza dell’obbligo di recuperare gli aiuti illegittimi — Mezzi difensivi

2. Aiuti concessi dagli Stati — Decisione della Commissione che constata l’incompatibilità di un aiuto con il mercato comune e ne dispone la restituzione — Obblighi degli Stati membri

3. Aiuti concessi dagli Stati — Recupero di un aiuto illegale — Applicazione del diritto nazionale — Presupposti e limiti

1. L’unico mezzo difensivo che uno Stato membro può opporre ad un ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione ai sensi dell’art. 88, n. 2, CE è quello dell’impossibilità assoluta di dare correttamente esecuzione alla decisione di recupero.

Qualora sopravvengano difficoltà d’esecuzione, la Commissione e lo Stato membro devono collaborare in buona fede, in forza della regola che impone agli Stati membri e alle istituzioni dell’Unione europea doveri reciproci di leale collaborazione, regola che informa soprattutto l’art. 4, n. 3, TUE, onde superare tali difficoltà nel pieno rispetto delle norme del Trattato FUE e, soprattutto, di quelle relative agli aiuti di Stato.

(v. punti 43, 44)

2. È inammissibile un’interpretazione letterale di una decisione della Commissione di incompatibilità di un aiuto di Stato con il mercato comune, di cui lo Stato membro interessato si avvalga per giustificare la sua omessa esecuzione e secondo cui detta decisione impone il «recupero» al posto della «riscossione», il che, ad avviso di detto Stato, comporterebbe unicamente l’obbligo di intraprendere talune azioni finalizzate a recuperare l’aiuto illegittimo, e non quello di riscuoterlo effettivamente.

Invero, nel contesto della normativa dell’Unione e, in particolare, alla luce del tredicesimo ‘considerando’ e dell’art. 14, n. 3, del regolamento n. 659/1999, relativo all’applicazione dell’art. 88, CE, la finalità di una siffatta decisione della Commissione consiste nel ripristino di una concorrenza effettiva, sicché tale decisione obbliga lo Stato membro destinatario ad ottenere effettivamente e senza indugio la restituzione dell’aiuto di Stato illegittimo.

(v. punti 5, 46-48)

3. Uno Stato membro che, sulla base di una decisione della Commissione che accerta l'esistenza di un aiuto di Stato incompatibile con il mercato comune, sia obbligato a recuperare aiuti illegittimi, è libero di scegliere i mezzi con cui adempierà tale obbligo, a condizione che le misure scelte non pregiudichino la portata e l'efficacia del diritto dell'Unione. Il diritto dell'Unione, quindi, impone l'obbligo di adottare tutte le misure idonee a garantire l'esecuzione delle decisioni della Commissione che impongono il recupero di un aiuto illegittimo, fermo restando il rispetto delle peculiarità delle diverse procedure previste dagli Stati membri in tale materia.

In particolare, relativamente alla questione se il carattere definitivo di una pronuncia giurisdizionale nazionale che, nel contesto di un procedimento di amministrazione controllata, approva un concordato comportante la parziale rinuncia ad un credito pubblico – rinuncia successivamente qualificata dalla Commissione come aiuto di Stato – possa ostare al recupero di tale aiuto, il diritto dell'Unione non impone sempre ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono forza di giudicato ad una pronuncia giurisdizionale, anche quando ciò permetterebbe di rimediare ad una violazione del diritto dell'Unione da parte di tale pronuncia. Tuttavia, quando le autorità dello Stato membro in questione dispongono di strumenti del diritto nazionale che, se utilizzati in modo diligente, avrebbero potuto offrire a tale Stato la possibilità di recuperare l'aiuto in oggetto e detto Stato non produce elementi sufficienti che facciano ritenere che esso abbia intrapreso, entro il termine impartito, tutte le azioni in suo potere per ottenere il rimborso dell'aiuto illegittimo, detto Stato deve essere considerato inadempiente nei confronti degli obblighi ad esso incombenti in forza dell'art. 249, quarto comma, CE e della decisione della Commissione.

(v. punti 51, 52, 55, 60, 61, 64, 65)

Nella causa C-507/08,

avente ad oggetto il ricorso per inadempimento, ai sensi dell'art. 88, n. 2, CE, proposto il 21 novembre 2008,

Commissione europea, rappresentata dai sigg. C. Giolito e J. Javorský nonché dalla sig.ra K. Walkerová, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo,
ricorrente,

contro

Repubblica slovacca, rappresentata dalla sig.ra B. Ricziová, in qualità di agente,
convenuta,

LA CORTE (Quarta Sezione),

composta dal sig. J.-C. Bonichot, presidente di sezione, dai sigg. K. Schiemann (relatore), L. Bay Larsen, dalla sig.ra C. Toader e dal sig. M. Safjan, giudici,

avvocato generale: sig. P. Cruz Villalón

cancelliere: sig. K. Malacek, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 3 giugno 2010,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 9 settembre 2010,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Con il suo ricorso, la Commissione delle Comunità europee chiede alla Corte di dichiarare che, non avendo dato esecuzione alla decisione della Commissione 7 giugno 2006, 2007/254/CE, relativa all'aiuto di Stato C 25/2005 (ex NN 21/2005) concesso dalla Repubblica slovacca a favore di Frucona Košice, a.s. (GU L 112, pag. 14), la Repubblica slovacca è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'art. 249, quarto comma, CE e dell'art. 2 di detta decisione.

Contesto normativo

2 Il tredicesimo 'considerando' del regolamento (CE) del Consiglio 22 marzo 1999, n. 659, recante modalità di applicazione dell'articolo 93 del Trattato CE (GU L 83, pag. 1), è così redatto:

«considerando che in caso di aiuti illegali non compatibili con il mercato comune occorrerebbe ripristinare la concorrenza effettiva; che a tal fine è necessario che l'aiuto, compresi gli interessi, venga recuperato senza indugio; che è opportuno che il recupero avvenga nel rispetto delle procedure di legge nazionali; che l'applicazione di queste procedure non dovrebbe impedire, facendo ostacolo ad un'esecuzione immediata ed effettiva della decisione della Commissione, il ripristino della concorrenza effettiva; che, per ottenere detto risultato, gli Stati membri dovrebbero adottare tutte le misure necessarie per garantire l'efficacia della decisione della Commissione».

3 L'art. 14, n. 3, del regolamento n. 659/1999 stabilisce quanto segue:

«Fatta salva un'eventuale ordinanza della Corte di giustizia delle Comunità europee emanata ai sensi dell'articolo [242 CE], il recupero va effettuato senza indugio secondo le procedure previste dalla legge dello Stato membro interessato, a condizione che esse consentano l'esecuzione immediata ed effettiva della decisione della Commissione. A tal fine e in caso di procedimento dinanzi ai tribunali nazionali, gli Stati membri interessati adottano tutte le misure necessarie disponibili nei rispettivi ordinamenti giuridici, comprese le misure provvisorie, fatto salvo il diritto comunitario».

4 Ai sensi dell'art. 23, n. 1, dello stesso regolamento:

«Qualora lo Stato membro interessato non si conformi ad una decisione condizionale o negativa, in particolare nei casi di cui all'articolo 14, la Commissione può adire direttamente la Corte di giustizia delle Comunità europee ai sensi dell'articolo [88, n. 2, CE]».

Fase precontenziosa del procedimento

5 Con la decisione 2007/254 la Commissione ha dichiarato che le misure adottate dalla Repubblica slovacca a favore della Frucona Košice, a.s. (in prosieguo: la «Frucona») costituivano un aiuto di Stato e che tale aiuto non era compatibile con il mercato comune.

6 Dalla citata decisione emerge che, all'epoca dei fatti, la Frucona operava nel settore della produzione di alcolici e di liquori, di bevande analcoliche, di conserve di frutta e

verdura, nonché di aceto. La misura di Stato in questione consisteva nella cancellazione da parte dell'ufficio delle imposte di Košice IV (in prosieguo: l'«ufficio delle imposte») di un debito fiscale nell'ambito di un concordato, conformemente alla procedura stabilita dalla legge n. 328/91, relativa ai fallimenti e ai concordati. Da tale normativa risulta che, alla pari del procedimento fallimentare, il concordato è diretto a regolare la situazione finanziaria di una società indebitata, ma che esso è finalizzato a giungere ad un accordo con i creditori in base al quale la società medesima si impegna a rimborsare parzialmente i propri debiti in cambio della cancellazione del debito rimanente. L'accordo in parola deve in ogni caso essere approvato dall'organo giurisdizionale di controllo del procedimento.

7 L'8 marzo 2004 la Frucona ha presentato al competente tribunale regionale una proposta di concordato: tra i suoi debiti era compreso anche un debito fiscale a titolo di accise sugli alcolici. Una volta ottenuto l'assenso dei creditori, l'accordo è stato confermato da detto tribunale regionale il 14 luglio 2004. Dopo la scadenza dei termini per l'impugnazione, la decisione di quest'ultimo ha assunto forza di giudicato.

8 In base al concordato, la Frucona doveva rimborsare il 35% del debito entro il termine di un mese, mentre i creditori avrebbero rinunciato al restante 65%.

9 L'importo complessivo del debito nei confronti dell'ufficio delle imposte ammontava a SKK 640 793 831 (ossia EUR 16,86 milioni). In virtù di detto concordato, tale ufficio ha potuto recuperare la somma di SKK 224 277 841 (ossia EUR 5,86 milioni), sicché la rinuncia al debito fiscale ha riguardato un importo pari a SKK 416 515 990 (ossia EUR 11 milioni).

10 Al termine del procedimento di esame sullo sconto fiscale in oggetto ex art. 88, n. 2, primo comma, CE, la Commissione ha constatato che, con tale sconto, la Repubblica slovacca aveva concesso illegittimamente un aiuto alla Frucona. In particolare, nella decisione 2007/254 la Commissione ha dichiarato quanto segue:

«Articolo 1

L'aiuto di Stato che la Repubblica slovacca ha concesso a favore della [Frucona] per un importo di 416 515 990 SKK non è compatibile con il mercato comune.

Articolo 2

1. La Repubblica slovacca prende tutti i provvedimenti necessari per recuperare dal beneficiario l'aiuto di cui all'articolo 1, già posto illegalmente a sua disposizione.

2. Il recupero è effettuato senza indugio conformemente alle procedure del diritto nazionale purché permettano l'esecuzione immediata e effettiva della presente decisione.

3. L'aiuto da recuperare comprende gli interessi, che decorrono dalla data in cui l'aiuto è divenuto disponibile per [la Frucona] fino alla data [dell'effettivo recupero] .

(...)

Articolo 3

Entro due mesi dalla notifica della presente decisione la Repubblica slovacca informa la Commissione dei provvedimenti adottati per conformarvisi (...)

(...).

11 Il 12 gennaio 2007 la Frucona ha proposto un ricorso dinanzi al Tribunale di primo grado delle Comunità europee (causa T-11/07, Frucona Košice) chiedendo l'annullamento di tale decisione, ma senza domandarne la sospensione a titolo di provvedimento

provvisorio. La Repubblica slovacca non ha proposto ricorso contro detta decisione, notificata il 12 giugno 2006.

12 In ottemperanza a tale decisione, in data 4 luglio 2006 l'ufficio delle imposte ha ingiunto alla Frucona di restituire entro otto giorni l'importo dell'aiuto illegittimo, maggiorato degli interessi. Poiché quest'ultima non ha assolto tale obbligo, il 21 luglio 2006 l'ufficio delle imposte ha proposto un ricorso dinanzi al Tribunale distrettuale di Košice II.

13 Con sentenza 11 giugno 2007, quest'ultimo ha respinto la domanda, statuendo che la Frucona non era tenuta a rimborsare detto aiuto. Tale decisione è stata confermata dalla sentenza del Tribunale regionale di Košice 21 aprile 2008 tra l'altro in quanto non era possibile modificare la decisione relativa al concordato, dato che questa è passata in giudicato.

14 Con lettera del 2 luglio 2008 l'ufficio delle imposte ha sollecitato presso il Procuratore generale della Repubblica l'introduzione di un ricorso straordinario contro quest'ultima decisione. La Repubblica slovacca non ha precisato con chiarezza il seguito riservato a tale domanda.

15 Per tutta la durata del procedimento di recupero dell'aiuto illegittimo, la Commissione ha insistito sull'esecuzione immediata ed effettiva della decisione 2007/254, censurando le autorità slovacche per il fatto che, invece di dare direttamente esecuzione a tale decisione in forza del diritto nazionale, avevano considerato necessaria la presentazione di un'azione in giudizio diretta al recupero del debito dinanzi al Tribunale distrettuale.

16 A tale riguardo, le autorità slovacche hanno fatto valere, in sostanza, due argomenti principali:

- il procedimento giurisdizionale sarebbe stato inevitabile al fine di recuperare l'importo dell'aiuto e degli interessi, in quanto il diritto tributario slovacco non offre un fondamento normativo per recuperare un credito dell'amministrazione tributaria che sia stato oggetto di condono in virtù di un concordato. Pertanto, sarebbe stato indispensabile ottenere un titolo esecutivo. In altre parole, secondo il diritto slovacco, una decisione amministrativa dell'ufficio delle imposte non può «annullare» la decisione del giudice competente a controllare l'accordo tra la Frucona e i suoi creditori che ha approvato l'accordo tra di essi concluso, decisione che ha acquisito forza di giudicato;
- la decisione 2007/254 non vincolerebbe direttamente la Frucona, ma, piuttosto, obbligherebbe la Repubblica slovacca ad adottare tutte le misure necessarie per recuperare l'aiuto concesso illegittimamente. Pertanto, la decisione della Commissione, in quanto decisione amministrativa «straniera», non comporterebbe un obbligo in capo alla Frucona di rimborsare tale aiuto. Di conseguenza, non sarebbe possibile procedere, sul piano nazionale, all'esecuzione di detta decisione.

17 Dopo una serie di scambi di corrispondenza e di richiami successivi alla scadenza del termine di due mesi previsto dall'art. 3 della decisione 2007/254 per la comunicazione delle misure adottate e previste per la sua esecuzione, la Commissione, ritenendo che la Repubblica slovacca non avesse ancora proceduto a detta esecuzione in modo efficace, ha deciso di proporre il presente ricorso.

Sul ricorso

Argomenti delle parti

18 La Commissione sostiene che la soppressione, mediante recupero, di un aiuto illegittimamente concesso costituisce la logica conseguenza dell'accertamento della sua illegittimità, e in proposito fa riferimento alle sentenze 21 marzo 1990, causa C-142/87, Belgio/Commissione (Racc. pag. I-959, punto 66), e 21 marzo 1991, causa C-305/89, Italia/Commissione (Racc. pag. I-1603, punto 41). Lo Stato membro destinatario di una decisione che gli impone di recuperare gli aiuti illegittimi è tenuto, ai sensi dell'art. 249 CE, a adottare ogni misura idonea ad assicurare l'esecuzione di tale decisione, in conformità alla sentenza 26 giugno 2003, causa C-404/00, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-6695, punto 21).

19 Orbene, la Commissione constata che, in questa fattispecie, dopo più di 29 mesi dalla notifica della decisione 2007/254, l'aiuto concesso alla Frucona non era ancora stato recuperato. Pertanto, essa sostiene che la Repubblica slovacca è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza della decisione 2007/254 e dell'art. 14, n. 3, del regolamento n. 659/1999.

20 A dire della Commissione, la circostanza che l'amministrazione tributaria abbia presentato in giudizio un'azione di recupero dell'importo dell'aiuto illegittimo, nonché la lentezza del procedimento giudiziario ed il tenore della decisione del Tribunale distrettuale di Košice II prima, e del Tribunale regionale di Košice poi, hanno impedito l'esecuzione immediata ed effettiva della decisione 2007/254, e ciò nonostante il fatto che l'autorità incaricata del recupero abbia agito nel rispetto del diritto nazionale. La Commissione ritiene che le autorità slovacche abbiano violato il principio dell'effetto diretto delle disposizioni del diritto comunitario in caso di conflitto con una disposizione di legge di uno Stato membro.

21 Quanto al fatto che la decisione del giudice che ha approvato l'accordo concluso nel contesto della procedura di concordato abbia acquisito forza di giudicato, circostanza che, a parere della Repubblica slovacca, osterebbe al recupero dell'aiuto concesso, la Commissione invoca la sentenza 18 luglio 2007, causa C-119/05, Lucchini (Racc. pag. I-6199, punto 63), in cui la Corte ha statuito che il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale volta a sancire il principio dell'autorità di giudicato, 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.

22 Secondo la Commissione, la soluzione scelta dai giudici slovacchi in questa fattispecie finisce inoltre per violare gli obiettivi perseguiti dalle norme comunitarie in materia di aiuti di Stato, con la conseguenza di impedire l'effettiva esecuzione della decisione 2007/254 e il ripristino immediato della situazione antecedente, e di prorogare l'indebito vantaggio

concorrenziale derivante dall'aiuto controverso, come risulterebbe dalla sentenza 5 ottobre 2006, causa C-232/05, Commissione/Francia (Racc. pag. I-10071, punto 52).

23 La Commissione censura inoltre il comportamento delle autorità slovacche alla luce del principio di equivalenza, principio che, alla pari del principio di effettività, deve essere tenuto in considerazione nel contesto della valutazione dell'autonomia procedurale riconosciuta agli Stati membri nell'esecuzione del diritto comunitario. A suo parere, detto principio di equivalenza sarebbe stato violato in quanto la decisione 2007/254 è stata privata dell'esecutività di cui disporrebbero, ad esempio, gli avvisi di riscossione emessi dall'ufficio delle imposte.

24 Nell'ambito del suo controricorso, la Repubblica slovacca asserisce che dall'interpretazione letterale dell'art. 2, nn. 1 e 2, della decisione 2007/254, in particolare essendo stato utilizzato il termine slovacco «vymáhanie» («recupero») invece del termine slovacco «vymoženie» («riscossione»), contrariamente all'interpretazione operata dalla Commissione, non si evince un obbligo a carico della Repubblica slovacca di recuperare effettivamente l'aiuto entro il termine impartito. L'unico obbligo che ne risulterebbe sarebbe quello di adottare, entro il termine fissato, tutte le misure necessarie per recuperare l'importo dell'aiuto in oggetto.

25 La Repubblica slovacca afferma di avere effettivamente compiuto diversi atti volti a recuperare rapidamente ed efficacemente l'aiuto, in particolare ingiungendo alla Frucona di rimborsare l'aiuto e, successivamente, cercando di obbligarla a provvedervi in via giudiziaria. Nelle sue osservazioni essa sottolinea peraltro che la decisione 2007/254 non era ancora definitiva, dato che era stata impugnata dinanzi al Tribunale.

26 La Repubblica slovacca reputa dunque di essersi conformata alla decisione 2007/254 e alle condizioni fissate dall'art. 14 del regolamento n. 659/1999.

27 Essa insiste inoltre sul fatto che l'erogazione dell'aiuto di Stato alla Frucona nel contesto del concordato è stata autorizzata da una decisione del giudice competente per il controllo di tale concordato, decisione che, dopo aver acquisito forza di giudicato, non può essere annullata dall'ufficio delle imposte, che è un organo amministrativo. Sostiene che il diritto comunitario non richiede che siffatto organo sia tenuto ad annullare decisioni giudiziarie nazionali che abbiano acquisito forza di giudicato.

28 La Repubblica slovacca ritiene poi che in questa fattispecie la citata sentenza Lucchini non sia pertinente. Diversamente dalla decisione del giudice italiano oggetto della causa che ha originato tale sentenza, infatti, la decisione del Tribunale regionale 14 luglio 2004 ha acquisito forza di giudicato, in virtù della scadenza dei termini di legge per l'impugnazione ai sensi delle norme processuali interne, ben prima dell'adozione della decisione 2007/254. Oltretutto, detta sentenza è stata pronunciata dopo che la Repubblica slovacca aveva intrapreso i passi necessari per recuperare in via giudiziaria l'importo dell'aiuto qui controverso.

29 La presentazione di un'azione in giudizio contro la Frucona dinanzi ad un giudice nazionale, diretta al recupero dell'importo dell'aiuto, avrebbe pertanto rappresentato il mezzo adeguato per procedere a tale recupero, nel rispetto dei requisiti di immediatezza ed efficacia.

30 Quanto alla censura della Commissione, secondo cui la Repubblica slovacca ha violato il principio di equivalenza, quest'ultima asserisce che, poiché la decisione 2007/254 non costituisce un titolo direttamente esecutivo, essa non sarebbe stata tenuta a riconoscere la sua applicazione diretta, salvo negare l'autonomia procedurale di cui dispongono gli Stati membri nel contesto dell'esecuzione di una decisione adottata ex art. 88, n. 2, CE.

31 Per di più, il principio di equivalenza sarebbe stato sviluppato nell'ambito della tutela dei diritti dei singoli, e non in quello unicamente relativo agli obblighi degli Stati membri nei confronti della Comunità europea, in cui rientrano le decisioni della Commissione ai sensi dell'art. 88, n. 2, CE.

32 Nella replica la Commissione contesta l'interpretazione letterale della decisione 2007/254 suggerita dalla Repubblica slovacca. Secondo la Commissione, tale decisione comporta l'obbligo in capo a questo Stato membro di ottenere concretamente la restituzione dell'aiuto di Stato illegittimo, e quindi non solo l'obbligo di avviare il processo per il recupero entro il termine di due mesi stabilito dal suo art. 3, il che rifletterebbe il principio secondo cui i procedimenti di diritto nazionale avviati da uno Stato membro per dare esecuzione alle decisioni devono consentire l'esecuzione immediata ed effettiva di queste.

33 L'unica eccezione all'obbligo di eseguire una decisione della Commissione sarebbe costituita dalla presenza di circostanze eccezionali, tali da rendere assolutamente impossibile per lo Stato membro dare una corretta esecuzione a detta decisione. Orbene, in questa fattispecie la Repubblica slovacca non avrebbe mai sollevato simili circostanze.

34 Peraltro la Commissione, facendo riferimento alla sentenza 27 giugno 2000, causa C-404/97, Commissione/Portogallo (Racc. pag. I-4897, punto 55), sostiene che, dato che il diritto comunitario non determina il procedimento che lo Stato membro interessato deve seguire per dare esecuzione ad una decisione che ingiunge il recupero di un aiuto illegittimo ai sensi dell'art. 14, n. 3, del regolamento n. 659/1999, tale recupero deve effettuarsi, in linea di principio, in conformità alle pertinenti disposizioni del diritto nazionale, fermo restando che queste ultime vanno applicate in modo tale da non rendere praticamente impossibile il recupero prescritto dal diritto comunitario e tenendo ben presente l'interesse della Comunità.

35 A questo riguardo la Commissione puntualizza che, pur non avendo alcuna intenzione di imporre alla Repubblica slovacca la maniera in cui recuperare l'aiuto di Stato in oggetto, il modo di procedere scelto da quest'ultima non soddisfa i requisiti di un recupero immediato ed effettivo dell'aiuto illegittimo poiché, 29 mesi dopo la notifica della decisione 2007/254, tale recupero non ha ancora avuto luogo.

36 Inoltre, contrariamente a quanto sostiene la Repubblica slovacca, la Commissione non avrebbe preteso che l'ufficio delle imposte annullasse una decisione giurisdizionale definitiva, ma avrebbe unicamente proposto come uno dei possibili modi di procedere per l'esecuzione della decisione 2007/254 la revoca della decisione di concessione dell'aiuto illegittimo, condotta che sarebbe conforme alla giurisprudenza della Corte. Essa avrebbe inoltre affermato che tale giurisprudenza obbliga il giudice nazionale competente a non applicare le disposizioni di diritto nazionale contrarie al diritto comunitario.

37 La Commissione ricorda che tale principio del primato del diritto comunitario implica che quest'ultimo prevalga su qualsiasi atto interno, che si tratti di un atto amministrativo, legislativo o addirittura di una sentenza definitiva, come risulterebbe dalla citata sentenza Lucchini. La circostanza che tale sentenza sia stata pronunciata dopo la decisione del giudice che ha approvato l'aiuto di Stato erogato alla Frucona non sarebbe dirimente, poiché detta sentenza si limita ad interpretare il diritto vigente così come deve essere applicato.

38 Infine, la Commissione contesta l'affermazione della Repubblica slovacca secondo cui il principio di equivalenza non si applica nel contesto dell'esecuzione di una decisione della Commissione in materia di aiuti di Stato e afferma che l'autonomia procedurale dello Stato membro è limitata dal principio generale di effettività. Se così non fosse, l'obbligo di recupero perderebbe qualsiasi significato e risulterebbe impossibile garantire un'applicazione uniforme del diritto comunitario.

39 La Repubblica slovacca, da parte sua, contesta l'asserzione della Commissione secondo cui le competenti autorità slovacche non dovevano semplicemente limitarsi a adottare tutti i provvedimenti necessari per recuperare l'aiuto, ma dovevano invece effettivamente recuperarlo. Essa ritiene di essersi pienamente conformata agli obblighi discendenti dalla versione slovacca della decisione 2007/254, che è l'unica versione autentica.

40 Peraltro, la Repubblica slovacca continua a sostenere che le autorità tributarie non potevano annullare una decisione giurisdizionale e ritiene che esse si siano avvalse dell'unico possibile strumento per recuperare l'aiuto in oggetto.

Giudizio della Corte

41 Prima di procedere all'esame dell'inadempimento imputato alla Repubblica slovacca relativamente al suo obbligo di dare esecuzione alla decisione 2007/254, occorre rammentare taluni principi derivanti dalla costante giurisprudenza della Corte in questa materia.

42 La soppressione di un aiuto illegittimo mediante recupero è la logica conseguenza dell'accertamento della sua illegittimità e tale conseguenza non può dipendere dalla forma in cui l'aiuto è stato concesso (v., in particolare, sentenze 10 giugno 1993, causa C-183/91, Commissione/Grecia, Racc. pag. I-3131, punto 16, e Commissione/Portogallo, cit., punto 38).

43 In caso di decisione che dichiari l'illegittimità di un aiuto, il recupero di quest'ultimo, disposto dalla Commissione, avviene nel rispetto delle condizioni stabilite dall'art. 14, n. 3, del regolamento n. 659/1999. L'unico mezzo difensivo che uno Stato membro può opporre ad un ricorso per inadempimento proposto dalla Commissione ai sensi dell'art. 88, n. 2, CE è quello dell'impossibilità assoluta di dare correttamente esecuzione alla decisione di recupero (v., in particolare, sentenza 13 novembre 2008, causa C-214/07, Commissione/Francia, Racc. pag. I-8357, punti 43 e 44 nonché giurisprudenza citata).

44 Qualora sopravvengano difficoltà d'esecuzione, la Commissione e lo Stato membro devono collaborare in buona fede, in forza della regola che impone agli Stati membri e alle istituzioni dell'Unione europea doveri reciproci di leale collaborazione, regola che informa

soprattutto l'art. 4, n. 3, TUE, onde superare tali difficoltà nel pieno rispetto delle norme del Trattato FUE e, soprattutto, di quelle relative agli aiuti di Stato (v. sentenza 13 novembre 2008, Commissione/Francia, cit., punto 45 e giurisprudenza ivi citata).

45 Nella causa in esame occorre anzitutto constatare che, al momento della presentazione di questo ricorso da parte della Commissione, ossia 29 mesi dopo la notifica della decisione 2007/254, presso la Frucona non era stata recuperata alcuna somma. La Repubblica slovacca non contesta questo punto e, inoltre, non adduce alcuna impossibilità assoluta di dare esecuzione alla decisione della Commissione.

46 Quanto alle circostanze addotte dalla Repubblica slovacca per giustificare l'omessa esecuzione della decisione 2007/254 e, pertanto, il mancato recupero dell'aiuto illegittimo erogato alla Frucona, i suoi argomenti si articolano sostanzialmente in due parti.

47 In primo luogo, nelle sue osservazioni scritte essa ha proposto un'interpretazione letterale dell'art. 2, nn. 1 e 2, della decisione 2007/254, basandosi in proposito sull'utilizzo, nella sua versione slovacca, del termine «recupero [vymáhanie]» al posto del termine «riscossione [vymoženie]», il che, a suo avviso, comporterebbe unicamente l'obbligo di intraprendere talune azioni finalizzate a recuperare l'aiuto illegittimo, e non quello di riscuoterlo effettivamente.

48 Occorre rilevare che una simile interpretazione dei termini della decisione 2007/254 ne lede palesemente la reale portata. Nel contesto della normativa dell'Unione e, in particolare, alla luce del tredicesimo 'considerando' e dell'art. 14, n. 3, del regolamento n. 659/1999, risulta chiaro che, come asserisce la Commissione, la finalità della decisione 2007/254 consiste nel ripristino di una concorrenza effettiva, sicché tale decisione obbliga lo Stato membro destinatario ad ottenere effettivamente e senza indugio la restituzione dell'aiuto di Stato illegittimo. Pertanto, l'interpretazione letterale dei termini di detta decisione svolta dalla Repubblica slovacca non può essere condivisa.

49 In secondo luogo, la posizione della Repubblica slovacca si fonda sull'argomento che il procedimento giurisdizionale avviato dall'ufficio delle imposte dinanzi al Tribunale distrettuale di Košice II e successivamente dinanzi al Tribunale regionale di Košice per recuperare l'aiuto di Stato erogato alla Frucona era inevitabile, poiché l'accordo sul concordato, essendo stato autorizzato da una decisione del giudice competente avente forza di giudicato, non avrebbe potuto essere annullato dall'ufficio delle imposte, che è un organo amministrativo.

50 A questo riguardo occorre anzitutto ricordare che, ai sensi dell'art. 14, n. 3, del regolamento n. 659/99, il recupero di un aiuto illegittimo imposto da una decisione della Commissione va effettuato senza indugio secondo le procedure previste dalla legge dello Stato membro interessato, a condizione che esse consentano l'esecuzione immediata ed effettiva di detta decisione.

51 Così, uno Stato membro che, sulla base di una siffatta decisione della Commissione, sia obbligato a recuperare aiuti illegittimi, è libero di scegliere i mezzi con cui adempierà tale obbligo, a condizione che le misure scelte non pregiudichino l'efficacia del diritto dell'Unione (v. sentenze 12 dicembre 2002, causa C-209/00, Commissione/Germania,

Racc. pag. I-11695, punto 34, e 20 maggio 2010, causa C-210/09, Scott e Kimberly Clark, Racc. pag. I-4613, punto 21).

52 Il diritto dell'Unione, quindi, impone l'obbligo di adottare tutte le misure idonee a garantire l'esecuzione delle decisioni della Commissione che impongono il recupero di un aiuto illegittimo, fermo restando il rispetto delle peculiarità delle diverse procedure previste dagli Stati membri in tale materia. Occorre sottolineare che è proprio in conformità a tale diritto che, nel contesto di questo ricorso, la Commissione ha affermato di non avere alcuna intenzione di imporre alle competenti autorità della Repubblica slovacca le modalità precise in base alle quali doveva essere recuperato l'aiuto illegittimo erogato alla Frucona, pur considerando però, al contempo, che il *modus procedendi* a tal fine seguito non rispetta i canoni di un recupero immediato ed effettivo di tale aiuto.

53 Di conseguenza, la circostanza che, in seguito alla decisione 2007/254, l'ufficio delle imposte si sia attivato al fine di recuperare l'aiuto di Stato illegittimo per via giudiziaria non è censurabile, dato che uno Stato membro, come osservato sopra, è libero di scegliere le modalità di esecuzione dell'obbligo di recupero che gli è stato imposto.

54 Tuttavia, nella causa in esame, le misure adottate dalle competenti autorità slovacche non hanno condotto al recupero dell'aiuto illegittimo e, pertanto, non sono state ripristinate le normali condizioni di concorrenza. Il principale ostacolo a tale recupero è stato il rigetto opposto, prima dal Tribunale distrettuale di Košice II e poi dal Tribunale regionale di Košice, all'azione di recupero presentata dall'ufficio delle imposte, con la motivazione che la decisione di convalida dell'accordo di concordato emanata dal giudice competente il 14 luglio 2004 aveva acquisito forza di giudicato.

55 La causa in esame richiede quindi che si chiarisca se il carattere definitivo di una pronuncia giurisdizionale nazionale che, nel contesto di un procedimento di amministrazione controllata, approva un concordato comportante la parziale rinuncia ad un credito pubblico – rinuncia successivamente qualificata dalla Commissione come aiuto di Stato – possa ostare al recupero di tale aiuto.

56 In proposito occorre sottolineare, in primo luogo, che la situazione qui in esame si distingue dalla causa sfociata nella citata sentenza Lucchini, adottata dalla Commissione, nella quale la Corte ha statuito che il diritto dell'Unione osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale volta a sancire il principio dell'autorità del giudicato, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto dell'Unione e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva (v. punto 63 di detta sentenza Lucchini).

57 Nella causa in esame, infatti, la pronuncia giurisdizionale dotata di forza di giudicato di cui si avvale la Repubblica slovacca è anteriore alla decisione con cui la Commissione ha imposto il recupero dell'aiuto controverso.

58 Di conseguenza, come sostiene la Repubblica slovacca, la citata sentenza Lucchini non può essere direttamente rilevante nella presente causa.

59 In secondo luogo, si deve rammentare l'importanza del principio dell'autorità del giudicato vuoi nell'ordinamento giuridico dell'Unione vuoi negli ordinamenti giuridici

nazionali. Infatti, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione (sentenze 30 settembre 2003, causa C-224/01, Köbler, Racc. pag. I-10239, punto 38; 16 marzo 2006, causa C-234/04, Kapferer, Racc. pag. I-2585, punto 20, e 3 settembre 2009, causa C-2/08, Fallimento Olimpclub, Racc. pag. I-7501, punto 22).

60 Pertanto, il diritto dell'Unione non impone sempre ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono forza di giudicato ad una pronuncia giurisdizionale, anche quando ciò permetterebbe di rimediare ad una violazione del diritto dell'Unione da parte di tale pronuncia (v., in tal senso, citate sentenze Kapferer, punto 21, e Fallimento Olimpclub, punto 23).

61 Come sottolineato dall'avvocato generale nelle conclusioni, sia dal fascicolo sia dalle osservazioni formulate in sede di udienza dalla Repubblica slovacca emerge che le autorità nazionali di tale Stato membro disponevano di strumenti del diritto nazionale che, se utilizzati in modo diligente, avrebbero potuto offrire a tale Stato la possibilità di recuperare l'aiuto in oggetto.

62 Tuttavia, la Repubblica slovacca non ha fornito elementi precisi in merito alle condizioni in cui dette autorità si sarebbero avvalse degli strumenti messi a loro disposizione.

63 In particolare, come rilevato al punto 14 di questa sentenza, tale Stato membro non ha precisato con chiarezza che seguito abbia avuto la domanda dell'ufficio delle imposte relativa alla presentazione del ricorso straordinario contro la sentenza del Tribunale regionale di Košice 21 aprile 2008.

64 Pertanto, la Corte non può far altro che constatare come, a fronte delle circostanziate censure sollevate dalla Commissione, la Repubblica slovacca non produca elementi sufficienti per ritenere che essa abbia intrapreso, entro il termine impartito, tutte le azioni in suo potere per ottenere il rimborso dell'aiuto in esame.

65 Alla luce di quanto precede, si deve dichiarare che la Repubblica slovacca, non avendo adottato entro il termine stabilito tutte le misure necessarie per recuperare presso il suo beneficiario l'aiuto illegittimo di cui alla decisione 2007/254, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'art. 249, quarto comma, CE nonché dell'art. 2 di detta decisione.

Sulle spese

66 Conformemente a quanto previsto dall'art. 69, n. 2, del regolamento di procedura della Corte, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Poiché la Commissione ne ha fatto domanda, la Repubblica slovacca, rimasta soccombente, dev'essere condannata alle spese.

PQM

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

- 1) La Repubblica slovacca, non avendo adottato entro il termine stabilito tutte le misure necessarie per recuperare presso il suo beneficiario l'aiuto illegittimo di cui alla decisione della Commissione 7 giugno 2006, 2007/254/CE, relativa all'aiuto di Stato C 25/2005 (ex NN 21/2005) concesso dalla Repubblica slovacca a favore di Frucona Košice, a.s, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'art. 249, quarto comma, CE nonché dell'art. 2 di detta decisione.**
- 2) La Repubblica slovacca è condannata alle spese.**

Fonti: Giur. it. 2004, 1495

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Fonti - regole di interpretazione e di applicazione del diritto comunitario

Il principio di cooperazione derivante dall'art. 10 Ce impone ad un organo amministrativo, investito in una richiesta in tal senso, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte qualora disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione; la decisione amministrativa in questione sia diventata definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita a titolo pregiudiziale alle condizioni previste dall'art. 234 n. 3, Ce, e l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della summenzionata giurisprudenza.

Fonti: Foro amm. CDS 2004, 1

Classificazione: UNIONE EUROPEA - In genere

Unione europea - Restituzioni all'esportazione - Decisione amministrativa definitiva - Effetti di una sentenza pronunciata in via pregiudiziale dalla Corte successivamente a tale decisione - Certezza del diritto - Primato del diritto comunitario - Principio di cooperazione - Art. 10, Tr. Ce.

In presenza di determinate condizioni, il principio di cooperazione (art. 10 trattato Ce) impone all'amministrazione il riesame in autotutela di un provvedimento adottato sulla base di una interpretazione del diritto comunitario successivamente smentita dalla Corte di giustizia. In particolare, tale dovere sussiste allorquando l'atto amministrativo sia divenuto "definitivo" in seguito ad una sentenza nazionale che risulti adottata sulla base di un'interpretazione errata del diritto comunitario e senza ricorso al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ce.

Fonti: Giust. civ. 2004, I, 865 (nota di: BARATTA)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Fonti - regole di interpretazione e di applicazione del diritto comunitario

In virtù dell'art. 10 del trattato Ce, l'autorità amministrativa è tenuta a riesaminare una decisione, fondata sulla erronea interpretazione di una norma comunitaria e divenuta definitiva con provvedimento giudiziale che abbia statuito in ultima istanza, qualora una successiva pronuncia della Corte di giustizia abbia determinato il corretto contenuto della medesima norma. Il riesame della decisione non può tuttavia ledere gli interessi dei terzi ed è subordinato alle condizioni che il diritto nazionale attribuisca all'autorità amministrativa il potere di riesame, che la Corte di giustizia avrebbe dovuto essere adita in via pregiudiziale e che l'interessato si sia tempestivamente rivolto all'autorità stessa dopo aver appreso la conoscenza della pronuncia della Corte.

Pubblicazione: Raccolta della Giurisprudenza 2004 pagina I-00837

Stati membri — Obblighi — Obbligo di cooperazione — Obbligo per un organo amministrativo di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte — Presupposti — (Artt. 10 CE e 234, terzo comma, CE)

Il principio di cooperazione derivante dall' art. 10 CE impone ad un organo amministrativo, investito di una richiesta in tal senso, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte qualora:

- disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione;
- la decisione in questione sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza;
- tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un' interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita a titolo pregiudiziale alle condizioni previste all' art. 234, n. 3, CE, e
- l'interessato si sia rivolto all' organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza.

(v. punto 28 e dispositivo)

Nel procedimento C-453/00,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell'art. 234 CE, dal College van Beroep voor het bedrijfsleven (Paesi Bassi) nella causa dinanzi ad esso pendente tra

{Kühne & Heitz} NV

e

Productschap voor Pluimvee en Eieren,

domanda vertente sull'interpretazione del diritto comunitario e, in particolare, del principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE,

LA CORTE,

composta dal sig. V. Skouris, presidente, dai sigg. P. Jann, C.W.A. Timmermans, C. Gulmann e J.N. Cunha Rodrigues, presidenti di sezione, dai sigg. A. La Pergola, J.-P. Puissochet e R. Schintgen, dalle sig.re F. Macken e N. Colneric (relatore), e dal sig. S. von Bahr, giudici, avvocato generale: sig. P. Léger

cancelliere: sig.ra L. Hewlett, amministratore principale

viste le osservazioni scritte presentate:

- per la {Kühne & Heitz} NV, dal sig. A.J. Braakman, advocaat;
- per il Productschap voor Pluimvee en Eieren, dal sig. C.M. den Hoed, segretario generale aggiunto;
- per il governo dei Paesi Bassi, dalla sig.ra H.G. Sevenster, in qualità di agente;
- per il governo francese, dal sig. G. de Bergues e dalla sig.ra C. Vasak, in qualità di agenti;

- per la Commissione delle Comunità europee, dal sig. T. van Rijn, in qualità di agente;
- per l'Autorità di sorveglianza AELS, dalla sig.ra B. Eiríksdóttir, in qualità di agente,
vista la relazione d'udienza,
sentite le osservazioni orali della {Kühne & Heitz} NV, rappresentata dall'avv. A.J. Braakman, del governo dei Paesi Bassi, rappresentato dalla sig.ra H.G. Sevenster e dal sig. J.G.M. van Bakel, in qualità di agente, del governo francese, rappresentato dal sig. R. Abraham e dalla sig.ra C. Isidoro, in qualità di agenti, della Commissione, rappresentata dal sig. T. van Rijn, e dell'Autorità di sorveglianza AELS, rappresentata dalla sig.ra B. Eiríksdóttir, all'udienza del 9 ottobre 1992,
sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 17 giugno 2003,
ha pronunciato la seguente

Sentenza

1.

Con sentenza 1° novembre 2000, pervenuta alla Corte l'11 dicembre seguente, il College van Beroep voor het bedrijfsleven ha proposto, in forza dell'art. 234 CE, una questione pregiudiziale sull'interpretazione del diritto comunitario e, in particolare, del principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE.

2.

Tale questione è stata sollevata nell'ambito di una controversia che oppone la Kühne & Heitz NV (in prosieguo: la «Kühne & Heitz NV») al Productschap voor Pluimvee en Eieren (in prosieguo: il «Productschap») in merito al pagamento di restituzioni all'esportazione.

Contesto normativo

3.

L'art. 10 CE così recita:

«Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti.

Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente trattato».

4.

Per quanto riguarda il diritto olandese, gli artt. 4:6 e 8:88 dell'Algemene wet bestuursrecht (legge generale in materia amministrativa) 4 giugno 1992 (Stbl. 1992, pag. 315), modificata da ultimo il 12 dicembre 2001 (Stbl. 2001, pag. 664), prevedono quanto segue:

«Art. 4:6

1. Quando una domanda è stata, in tutto o in parte, oggetto di una decisione di rigetto, una nuova domanda può essere proposta solo se il ricorrente adduce fatti nuovi o un mutamento delle circostanze.

2. Se non viene invocato alcun fatto nuovo o mutamento delle circostanze, l'organo amministrativo, può, senza applicare l'art. 4:5, respingere la domanda riferendosi alla sua decisione precedente di rigetto.

(...)

Art. 8:88

1. Il giudice può, a richiesta di parte, pronunciarsi in sede di riesame di una sentenza divenuta definitiva, tenendo conto di fatti o circostanze che:

- a) si sono verificati prima della sentenza;
- b) non erano noti al ricorrente, e non potevano ragionevolmente esserlo, prima della pronunzia della sentenza, e
- c) avrebbero potuto, se il giudice ne fosse stato a conoscenza, indurlo a pronunciare una sentenza diversa.

2. Il capitolo 6 e i titoli 8.2 e 8.3 si applicano *mutatis mutandis*, laddove ciò sia necessario».

La causa principale

5.

Durante il periodo compreso tra il mese di dicembre 1986 e quello di dicembre 1987, la Kühne & Heitz esportava alcune quantità di pezzi di pollame verso paesi terzi. Nelle dichiarazioni presentate alle autorità doganali olandesi, essa designava questa merce come rientrante nella sottovoce tariffaria 02.02 B II e) 3 («cosce e pezzi di cosce di altri volatili») della tariffa doganale comune. Sulla base di tali dichiarazioni, il Productschap concedeva le restituzioni all'esportazione corrispondenti a tale sottovoce e versava i relativi importi.

6.

In seguito ad una verifica, il Productschap riclassificava la merce summenzionata nella sottovoce tariffaria 02.02 B II ex g («altri»). Sulla base di tale riclassificazione, il Productschap chiedeva il rimborso di una somma di NLG 970 950,98.

7.

Poiché il reclamo presentato dalla Kühne & Heitz contro detta richiesta di rimborso veniva respinto, essa proponeva appello contro tale decisione di rigetto dinanzi al College van Beroep voor het bedrijfsleven. Quest'ultimo, con sentenza 22 novembre 1991 (in prosieguo: la «sentenza 22 novembre 1991»), respingeva l'appello in quanto la merce in questione non rientrava nella nozione di «cosce» ai sensi della sottovoce tariffaria 02.02 B II e) 3. In tale procedimento la Kühne & Heitz non aveva chiesto che una questione pregiudiziale fosse sollevata dinanzi alla Corte.

8.

Successivamente, nella sentenza 5 ottobre 1994, causa C-151/93, Voogd Vleesimport en -export (Racc. pag. I-4915), la Corte stabiliva quanto segue:

«20 Una coscia alla quale rimanga attaccato un pezzo di dorso deve quindi essere considerata come coscia, ai sensi delle voci 02.02 B II e) 3 della precedente nomenclatura e 0207 41 51 000 della nuova, se detto pezzo di dorso non è sufficientemente grande da conferire al prodotto il suo carattere essenziale.

21 Per accertare se tale sia il caso in mancanza, a quell'epoca, di norme comunitarie, spetta al giudice nazionale tener conto delle abitudini del commercio nazionale e dei metodi tradizionali di taglio».

9.

In seguito alla citata sentenza Voogd Vleesimport en -export, la Kühne & Heitz presentava al Productschap una richiesta di pagamento delle restituzioni di cui quest'ultimo le aveva chiesto, a suo giudizio erroneamente, il rimborso e sollecitava il versamento di una somma corrispondente all'importo più elevato che essa avrebbe percepito a titolo di restituzione se le cosce di pollo, esportate dopo il mese di dicembre 1987, fossero state classificate conformemente alla summenzionata sentenza.

10.

Il Productschap respingeva tali domande e, pronunciandosi sul reclamo che era stato sottoposto al suo esame, confermava, con decisione 21 luglio 1997, la sua precedente decisione di rigetto. La Kühne & Heitz allora proponeva contro quest'ultima decisione un ricorso che costituisce l'oggetto della causa principale.

La sentenza di rinvio e la questione pregiudiziale

11.

Nella sua sentenza di rinvio il College van Beroep voor het bedrijfsleven ha respinto la seconda domanda che la Kühne & Heitz gli aveva presentato, relativa al pagamento di una somma corrispondente all'importo più elevato a cui tale società ritiene di avere diritto per quanto riguarda le esportazioni da essa effettuate dopo il mese di dicembre 1987.

12.

A proposito della prima domanda presentata dalla Kühne & Heitz, relativa al pagamento delle restituzioni di cui le era stato richiesto erroneamente il rimborso, il College van Beroep voor het bedrijfsleven precisa che, in linea di principio, in diritto olandese, un organo amministrativo ha sempre il potere di ritornare su una decisione definitiva. L'esistenza di un siffatto potere potrebbe, secondo le circostanze, implicare l'obbligo di revocare tale decisione.

13.

Il College van Beroep voor het bedrijfsleven ritiene che il Productschap non abbia tenuto conto di tali considerazioni quando ha affermato che la Kühne & Heitz disponeva solo di un ricorso di revocazione della sentenza 22 novembre 1991 dinanzi a questo stesso organo giurisdizionale. Il Productschap si sarebbe pertanto fondato su un'interpretazione errata del diritto.

14.

Tale giudice considera tuttavia che, nonostante sia possibile, in linea di principio, annullare la decisione 21 luglio 1997 per tale motivo, un simile annullamento sarebbe utile e sensato solo se fosse certo che il Productschap ha non solo il potere di ritornare sulla sua decisione precedente, ma anche l'obbligo di riesaminare se esisteva, per ogni merce esportata, un diritto alla restituzione e, in caso affermativo, di determinare l'importo di tale restituzione.

15.

Per quanto riguarda tale obbligo di riesame, il College van Beroep voor het bedrijfsleven osserva che occorre partire dal principio secondo cui una giurisprudenza successiva ad una decisione amministrativa definitiva non può di per sé incidere sul carattere definitivo di quest'ultima. Lo stesso varrebbe per decisioni rese a titolo pregiudiziale dalla Corte di giustizia, per cui il diritto avrebbe dovuto essere applicato conformemente all'interpretazione fornita da quest'ultima dal momento dell'entrata in vigore della norma interpretata, a meno che la Corte non avesse già deciso in altro senso. Il giudice del rinvio afferma che l'impostazione che stabilisce la regola secondo cui decisioni divenute definitive devono essere modificate per conformarsi ad una giurisprudenza successiva - nel caso specifico comunitaria - creerebbe una situazione di confusione amministrativa, comprometterebbe gravemente la certezza del diritto e non sarebbe quindi accettabile.

16.

Tuttavia, il College van Beroep voor het bedrijfsleven rileva che il diritto olandese ammette, in talune ipotesi, che una giurisprudenza successiva possa avere conseguenze sulle cause in cui i rimedi giurisdizionali sono esauriti. A tale riguardo, richiama la giurisprudenza dello Hoge Raad der Nederlanden (Paesi Bassi) riguardante gli effetti delle sentenze pronunciate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sui procedimenti penali. Così, lo Hoge Raad avrebbe giudicato, in una sentenza del 1° febbraio 1991 (Nederlandse Jurisprudentie - NJ - 1991, pag. 413), che la scoperta successiva di una violazione di un diritto fondamentale, stabilito dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, è un motivo determinante idoneo ad ostacolare l'esecuzione di una decisione non suscettibile di ricorso resa in materia penale.

17.

Il College van Beroep voor het bedrijfsleven si interroga sulla questione se non sarebbe opportuno derogare al carattere definitivo della decisione amministrativa in un caso come quello di cui è investito in cui, in primo luogo, la Kühne & Heitz ha esaurito i mezzi di tutela giurisdizionale di cui disponeva, in secondo luogo, l'interpretazione del diritto comunitario che aveva seguito si è rivelata contraria ad una sentenza pronunciata successivamente dalla Corte e, in terzo luogo, l'interessata si è indirizzata all'organo amministrativo subito dopo essere stata informata di tale sentenza della Corte.

18.

Tale questione sarebbe giustificata in considerazione, segnatamente, dell'art. 234 CE, secondo cui un giudice le cui decisioni non sono impugnabili ha l'obbligo di effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte. Nel 1991, il College van Beroep voor het bedrijfsleven si sarebbe erroneamente ritenuto dispensato da tale obbligo, in quanto, conformemente alla sentenza 6 ottobre 1982, causa 283/81, Cilfit e a. (Racc. pag. 3415), aveva ritenuto che l'interpretazione delle sottovoci tariffarie in discussione non desse adito ad alcun dubbio. Pertanto, il giudice del rinvio si interroga sulla questione di sapere se l'attuazione effettiva e completa del diritto comunitario richieda che, in una causa come quella sottoposta al suo esame, la regola del carattere definitivo di una decisione amministrativa sia resa meno rigida.

19.

Alla luce di tali considerazioni il College van Beroep voor het bedrijfsleven ha deciso di sospendere la decisione e di porre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se il diritto comunitario, nel quale in particolare si deve prendere in considerazione il principio dell'affidamento comunitario di cui all'art. 10 CE, in circostanze quali quelle descritte nella motivazione della presente ordinanza, comporti che un organo amministrativo sia tenuto a rivedere una decisione che è divenuta definitiva, al fine di assicurare la completa efficacia del diritto comunitario, così come quest'ultimo dev'essere interpretato in base a quanto risulta dalla soluzione data ad una successiva domanda di pronuncia pregiudiziale».

Sulla questione pregiudiziale

20.

Come la Corte ha in precedenza giudicato, spetta a tutte le autorità degli Stati membri garantire il rispetto delle norme di diritto comunitario nell'ambito delle loro competenze (v. sentenza 12 giugno 1990, causa C-8/88, Germania/Commissione, Racc. pag. I-2321, punto 13).

21.

L'interpretazione di una norma di diritto comunitario data dalla Corte di giustizia nell'esercizio della competenza attribuitale dall'art. 234 CE chiarisce e precisa, quando ve ne sia bisogno, il significato e la portata di detta norma, quale deve o avrebbe dovuto essere intesa e applicata dal momento della sua entrata in vigore (v., in particolare, sentenze 27 marzo 1980, causa 61/79, Denkvit italiana, Racc. pag. 1205, punto 16, e 10 febbraio 2000, causa C-50/96, Deutsche Telekom, Racc. pag. I-743, punto 43).

22.

Ne consegue che una norma di diritto comunitario così interpretata dev'essere applicata da un organo amministrativo nell'ambito delle sue competenze anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima del momento in cui è sopravvenuta la sentenza in cui la Corte si pronuncia sulla richiesta di interpretazione.

23.

La causa principale solleva la questione di sapere se il rispetto di quest'obbligo si imponga a dispetto del carattere definitivo di una decisione amministrativa acquisito prima che ne sia richiesto il riesame per tener conto di una sentenza della Corte che statuisce su una questione pregiudiziale interpretativa.

24.

Occorre ricordare che la certezza del diritto è inclusa tra i principi generali riconosciuti nel diritto comunitario. Il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza e da ciò deriva che il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo.

25.

Tuttavia il giudice del rinvio ha precisato che, in diritto olandese, un organo amministrativo ha sempre il potere di ritornare su una decisione amministrativa definitiva, purché non siano lesi gli interessi di terzi, e che, secondo le circostanze, l'esistenza di siffatto potere può implicare l'obbligo di revocare una simile decisione, anche se tale diritto non esige che l'organo competente ritorni sistematicamente su decisioni amministrative definitive per conformarsi ad una giurisprudenza successiva ad essa. La questione di tale giudice è diretta a stabilire se, in circostanze analoghe a quelle della causa principale, un obbligo di ritornare su una decisione amministrativa definitiva derivi dal diritto comunitario.

26.

Come risulta dal fascicolo, tali circostanze sono le seguenti. In primo luogo, il diritto nazionale riconosce all'organo amministrativo la possibilità di ritornare sulla decisione in discussione nella causa principale, divenuta definitiva. In secondo luogo, tale decisione ha acquisito il suo carattere definitivo solo in seguito alla sentenza di un giudice nazionale le cui decisioni non sono suscettibili di un ricorso giurisdizionale. In terzo luogo, tale sentenza era fondata su un'interpretazione del diritto comunitario che, alla luce di una sentenza successiva della Corte, si rivelava errata ed era stata adottata senza che la Corte stessa fosse adita in via pregiudiziale, alle condizioni previste all'art. 234, n. 3, CE. In quarto luogo, l'interessata si è rivolta all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stata informata di tale sentenza della Corte.

27.

In tali circostanze, l'organo amministrativo interessato è tenuto, in applicazione del principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE, a riesaminare tale decisione al fine di tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente di diritto comunitario nel frattempo accolta dalla Corte. Il detto organo dovrà stabilire in funzione dei risultati di tale esame se sia tenuto a ritornare, senza ledere gli interessi di terzi, sulla decisione in questione.

28.

Tenuto conto delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla questione sollevata che il principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE impone ad un organo amministrativo, investito di una richiesta in tal senso, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte qualora

- disponga secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione;
- la decisione in questione sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza;
- tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita in via pregiudiziale alle condizioni previste all'art. 234, n. 3, CE, e
- l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza.

Sulle spese

29.

Le spese sostenute dai governi del Regno dei Paesi Bassi e francese, nonché dalla Commissione e dall'Autorità di sorveglianza AELS, che hanno presentato osservazioni alla Corte, non possono dar luogo a rifusione. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese.

PQM

Per questi motivi,

LA CORTE,

pronunciandosi sulla questione sottoposta dal College van Beroep voor het bedrijfsleven con sentenza 1° novembre 2000, dichiara:

Il principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE impone ad un organo amministrativo, investito in una richiesta in tal senso, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte qualora

- **disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione;**
- **la decisione in questione sia diventata definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza;**
- **tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita a titolo pregiudiziale alle condizioni previste all'art. 234, n. 3, CE, e**
- **l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza.**

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 13 gennaio 2004.

Fonti: Foro amm. CDS 2008, 2, I, 328 (s.m) - Riv. giur. edilizia 2008, 3, I, 687

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Accordi stipulati in ambito comunitario - - ambiente
Unione europea - Ce - Ambiente - Direttiva 85/337/Cee - Modifiche apportate ad un aeroporto esistente - Valutazione dell'impatto ambientale di taluni progetti - Necessità.

Le disposizioni del punto 12 dell'allegato II, in combinato disposto con quelle del punto 7 dell'allegato I della direttiva 85/337, riguardano anche i lavori di modifica apportati ad un aeroporto esistente senza prolungamento della pista di decollo e di atterraggio, qualora essi possano essere considerati, segnatamente alla luce della loro natura, della loro entità e delle loro caratteristiche, una modifica dell'aeroporto stesso. Lo stesso vale, in particolare, per i lavori destinati ad aumentare significativamente l'attività dell'aeroporto ed il traffico aereo. Spetta al giudice del rinvio assicurarsi che le autorità competenti abbiano correttamente valutato se i lavori di cui trattasi nella causa principale dovessero essere sottoposti ad una valutazione del loro impatto ambientale.

Fonti: Riv. dir. internaz. 2008, 2, 525

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Sistema giurisdizionale - - rinvio pregiudiziale

Trattato Ce, art. 10 e 234 - Decisione amministrativa definitiva - Effetti di una sentenza pronunciata in via pregiudiziale dalla Corte successivamente a tale decisione - Norme procedurali nazionali - Riesame della decisione amministrativa - Limiti temporali - Certezza del diritto.

Poiché gli effetti delle pronunce a titolo pregiudiziale retroagiscono alla data di entrata in vigore della norma interpretata, un organo amministrativo nazionale deve applicare la norma comunitaria nell'interpretazione datane in una sentenza della Corte di giustizia anche a rapporti giuridici sorti prima del momento in cui tale sentenza è stata resa. Il principio della certezza del diritto comporta, tuttavia, che un organo amministrativo non è, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito carattere definitivo.

Pubblicazione: Raccolta della Giurisprudenza 2008 pagina I-00411

1. Stati membri — Obblighi — Obbligo di cooperazione — Obbligo per un organo amministrativo di riesaminare una decisione amministrativa definitiva al fine di tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente accolta nel frattempo dalla Corte

2. Stati membri — Obblighi — Obbligo di cooperazione — Obbligo per un organo amministrativo di riesaminare una decisione amministrativa definitiva al fine di tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente accolta nel frattempo dalla Corte

1. Nell'ambito di un procedimento dinanzi ad un organo amministrativo diretto al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva in virtù di una sentenza pronunciata da un giudice di ultima istanza, la quale, alla luce di una giurisprudenza successiva della Corte, risulta basata su un'interpretazione erronea del diritto comunitario, tale diritto non richiede che il ricorrente nella causa principale abbia invocato il diritto comunitario nell'ambito del ricorso giurisdizionale di diritto interno da esso proposto contro tale

decisione. Infatti, sebbene il diritto comunitario non esiga che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo, in circostanze particolari un organo amministrativo nazionale può nondimeno essere tenuto, in applicazione del principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE, a riesaminare una decisione amministrativa divenuta definitiva, al fine di tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente di diritto comunitario nel frattempo accolta dalla Corte. Tra le condizioni che possono fondare un tale obbligo di riesame, il fatto che la sentenza del giudice di ultima istanza, in virtù della quale la decisione amministrativa contestata è divenuta definitiva, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva, risultasse fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse stata adita in via pregiudiziale, non può essere interpretato in modo da imporre alle parti l'obbligo di sollevare dinanzi al giudice nazionale la questione di diritto comunitario di cui trattasi. A tal proposito è sufficiente che detta questione di diritto comunitario, la cui interpretazione si è rivelata erronea alla luce di una sentenza successiva della Corte, sia stata esaminata dal giudice nazionale che ha statuito in ultima istanza, oppure che avesse potuto essere sollevata d'ufficio da quest'ultimo. Infatti, sebbene il diritto comunitario non imponga ai giudici nazionali di sollevare d'ufficio un motivo vertente sulla violazione di disposizioni comunitarie se l'esame di tale motivo li obbligherebbe ad esorbitare dai limiti della controversia come è stata circoscritta dalle parti, tali giudici sono tenuti a sollevare d'ufficio i motivi di diritto relativi ad una norma comunitaria vincolante quando, in virtù del diritto nazionale, essi hanno l'obbligo o la facoltà di farlo con riferimento ad una norma interna di natura vincolante.

(v. punti 37-39, 44-46, dispositivo 1)

2. Il diritto comunitario non impone alcun limite temporale per presentare una domanda diretta al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva. Gli Stati membri rimangono tuttavia liberi di fissare termini di ricorso ragionevoli, conformemente ai principi comunitari di effettività e di equivalenza.

(v. punto 60, dispositivo 2)

Nel procedimento C-2/06,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE, dal Finanzgericht Hamburg (Germania) con decisione 21 novembre 2005, pervenuta in cancelleria il 4 gennaio 2006, nella causa tra

Willy Kempter KG

e

Hauptzollamt Hamburg-Jonas,

LA CORTE (Grande Sezione),

composta dal sig. V. Skouris, presidente, dai sigg. P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas, K.

Lenaerts e A. Tizzano (relatore), presidenti di sezione, dai sigg. J.N. Cunha Rodrigues, A.

Borg Barthet, M. Ilel-, dalla sig.ra P. Lindh e dal sig. J.-C. Bonichot, giudici,

avvocato generale: sig. Y. Bot

cancelliere: sig. J. Swedenborg, amministratore

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

- per la Willy Kempter KG, dal sig. K. Makowe, Rechtsanwalt;
- per la Repubblica ceca, dal sig. T. Bo-ek, in qualità di agente;
- per la Repubblica di Finlandia, dalla sig.ra E. Bygglin, in qualità di agente;
- per la Commissione delle Comunità europee, dai sigg. F. Erlbacher e T. van Rijn, in qualità di agenti,

sentite le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza del 24 aprile 2007, ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione del principio di cooperazione risultante dall'art. 10 CE, letto alla luce della sentenza 13 gennaio 2004, causa C-453/00, Kühne & Heitz (Racc. pag. I-837).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la Willy Kempter KG (in prosieguo: la «Kempter») e lo Hauptzollamt Hamburg-Jonas (dogana centrale, in prosieguo: lo «Hauptzollamt») a proposito dell'applicazione degli artt. 48 e 51 della legge sul procedimento amministrativo (Verwaltungsverfahrensgesetz) del 25 maggio 1976 (BGBl. 1976 I, pag. 1253; in prosieguo: il «VwVfG»).

Contesto normativo

La normativa comunitaria

3 L'art. 4, n. 1, del regolamento (CEE) della Commissione 27 novembre 1987, n. 3665, recante modalità comuni di applicazione del regime delle restituzioni all'esportazione per i prodotti agricoli (GU L 351, pag. 1), è così redatto:

«Fatto salvo il disposto degli articoli 5 e 16, il pagamento della restituzione è subordinato alla presentazione della prova che i prodotti per i quali è stata accettata la dichiarazione di esportazione hanno, nel termine massimo di 60 giorni da tale accettazione, lasciato come tale il territorio doganale della Comunità».

4 L'art. 5, n. 1, del regolamento n. 3665/87 così dispone:

«Il versamento della restituzione, sia essa differenziata o meno, è subordinato, oltre alla condizione che il prodotto abbia lasciato il territorio doganale della Comunità, alla condizione che esso – salvo deperimento durante il trasporto per un caso di forza maggiore – sia stato importato in un paese terzo ed eventualmente in un paese terzo determinato, entro 12 mesi dalla data di accettazione della dichiarazione d'esportazione:

- a) allorché sussistano seri dubbi circa la destinazione effettiva del prodotto (...)
- (...)

La normativa nazionale

5 L'art. 48, n. 1, prima frase, del VwVfG prevede che un atto amministrativo illegittimo, anche dopo esser divenuto inoppugnabile, possa essere ritirato in tutto o in parte con effetto per il futuro o con effetto retroattivo.

6 L'art. 51 del VwVfG riguarda la riapertura di procedimenti chiusi con un atto amministrativo divenuto definitivo. Il suo n. 1 prevede che l'autorità deve decidere, su istanza dell'interessato, circa l'annullamento o la modifica di un atto amministrativo inoppugnabile se:

- dopo l'adozione dell'atto, gli elementi di fatto o di diritto sui quali si basa l'atto sono mutati a favore dell'interessato;
- vi sono nuovi elementi di prova che avrebbero creato i presupposti di una decisione più favorevole all'interessato, e
- vi sono motivi di riaprire il caso ai sensi dell'art. 580 del codice di procedura civile (Zivilprozessordnung).

7 Il n. 3 di tale articolo precisa che siffatta domanda deve essere presentata entro un termine di tre mesi a decorrere dal giorno in cui l'interessato è venuto a conoscenza delle circostanze che consentono la riapertura del procedimento.

Fatti all'origine della controversia principale e questioni pregiudiziali

8 Dall'ordinanza di rinvio emerge che durante gli anni 1990-1992, la Kempter ha esportato bovini in diversi paesi arabi e nell'ex Jugoslavia. A tale titolo, conformemente al regolamento n. 3665/87, in vigore all'epoca, essa ha chiesto e ottenuto restituzioni all'esportazione dallo Hauptzollamt.

9 Nel corso di un'indagine, la Betriebsprüfungsstelle Zoll (servizio di controllo delle dogane) dell'Oberfinanzdirektion (direzione regionale delle finanze) di Friburgo ha accertato che, prima della loro importazione nei detti paesi terzi, alcuni animali erano morti o erano stati abbattuti d'urgenza durante il trasporto o nel periodo di quarantena nei paesi di destinazione.

10 Con decisione 10 agosto 1995, lo Hauptzollamt ha pertanto preteso dalla Kempter il rimborso delle restituzioni all'esportazione che le erano state corrisposte.

11 La Kempter ha proposto un ricorso contro tale decisione, senza invocare, tuttavia, violazioni del diritto comunitario. Con sentenza 16 giugno 1999, il Finanzgericht Hamburg ha respinto tale ricorso in quanto la ricorrente non aveva fornito la prova che gli animali fossero stati importati in un paese terzo entro dodici mesi dall'accettazione della dichiarazione d'esportazione, come richiesto dall'art. 5, n. 1, lett. a), del regolamento n. 3665/87, per il versamento delle restituzioni. Con ordinanza 11 maggio 2000, il Bundesfinanzhof ha respinto in ultima istanza l'appello proposto contro tale sentenza dalla Kempter.

12 La decisione di recupero dello Hauptzollamt 10 agosto 1995 è quindi divenuta definitiva.

13 Con la sua sentenza 14 dicembre 2000, causa C-110/99, Emsland-Stärke (Racc. pag. I-11569, punto 48), la Corte ha affermato che la condizione secondo cui le merci devono essere state importate in un paese terzo affinché vengano concesse le restituzioni

all'esportazione previste da un regolamento comunitario può essere opposta al beneficiario delle restituzioni solamente prima della concessione delle stesse.

14 In una causa diversa, del 21 marzo 2002, il Bundesfinanzhof ha pronunciato una sentenza con la quale ha applicato siffatta interpretazione della Corte. La Kempter fa valere di essere venuta a conoscenza di quest'ultima sentenza il 1° luglio 2002.

15 Avvalendosi di tale sentenza del Bundesfinanzhof, il 16 settembre 2002, vale a dire circa ventuno mesi dopo la pronuncia della sentenza Emsland-Stärke, citata, la Kempter ha chiesto allo Hauptzollamt, in base all'art. 51, n. 1, del VwVfG, il riesame e la rettifica della decisione di recupero di cui trattasi.

16 Con decisione 5 novembre 2002, lo Hauptzollamt ha respinto la richiesta della Kempter, sottolineando che la modifica della giurisprudenza intervenuta nella fattispecie non comportava un cambiamento della situazione giuridica che, di per sé, giustificasse la riapertura del procedimento ai sensi dell'art. 51, n. 1, primo trattino, del VwVfG. Un ricorso amministrativo contro tale decisione è stato parimenti respinto il 25 marzo 2003.

17 La Kempter ha dunque adito nuovamente il Finanzgericht Hamburg, sostenendo in particolare che, nella fattispecie, le condizioni che consentono il riesame di una decisione amministrativa definitiva, enunciate dalla Corte nella sentenza Kühne & Heitz, citata, erano soddisfatte e che, pertanto, la decisione di recupero dello Hauptzollamt 10 agosto 1995 doveva essere ritirata.

18 Nella sua ordinanza di rinvio il Finanzgericht Hamburg constata innanzi tutto che, alla luce della sentenza Emsland-Stärke, citata, nonché della sentenza del Bundesfinanzhof 21 marzo 2002, la decisione di recupero dello Hauptzollamt 10 agosto 1995 è illegittima. Esso si chiede poi se, per tale motivo, lo Hauptzollamt sia tenuto a riesaminare tale decisione, che, nel frattempo, è divenuta definitiva, anche se la ricorrente non aveva invocato, né dinanzi al Finanzgericht Hamburg né dinanzi al Bundesfinanzhof, un'interpretazione erranea del diritto comunitario, vale a dire dell'art. 5, n. 1, del regolamento n. 3665/87.

19 Il giudice del rinvio ricorda che, nella sua sentenza Kühne & Heitz, citata, la Corte ha affermato che:

«Il principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE impone ad un organo amministrativo, investito di una richiesta in tal senso, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte qualora

- disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione;
- la decisione in questione sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza;
- tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita in via pregiudiziale alle condizioni previste all'art. 234, [terzo comma], CE, e
- l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza».

20 Quanto alle prime due condizioni elencate al punto precedente, il Finanzgericht Hamburg ritiene che esse siano soddisfatte nella fattispecie, tenuto conto del fatto che, da una parte, lo Hauptzollamt dispone, in virtù dell'art. 48, n. 1, prima frase, del VwVfG, del potere di ritirare la sua decisione di recupero 10 agosto 1995 e che, dall'altra, questa decisione è effettivamente divenuta definitiva in virtù dell'ordinanza 11 maggio 2000 del Bundesfinanzhof che ha statuito in ultima istanza.

21 Quanto alla terza condizione menzionata nella sentenza Kühne & Heitz, citata, il Finanzgericht Hamburg si chiede se essa debba essere interpretata nel senso che, da una parte, l'interessato debba aver impugnato l'atto amministrativo in sede giurisdizionale basandosi sul diritto comunitario e, dall'altra, il giudice nazionale debba aver respinto il ricorso senza adire la Corte in via pregiudiziale. In tal caso, questa condizione non potrebbe essere considerata soddisfatta nella fattispecie e, di conseguenza, il ricorso della ricorrente nella causa principale dovrebbe essere respinto, dato che la Kempter non ha invocato un'interpretazione erronea del diritto comunitario né dinanzi al Finanzgericht Hamburg né dinanzi al Bundesfinanzhof.

22 Il Finanzgericht Hamburg ritiene di poter tuttavia dedurre dalla sentenza Kühne & Heitz, citata, che nemmeno nella causa che ha dato luogo a tale sentenza la ricorrente aveva chiesto che venisse sottoposta alla Corte una questione pregiudiziale.

23 Nell'ambito della motivazione della sua decisione di rinvio, il Finanzgericht Hamburg suggerisce peraltro che, quando agli stessi giudici nazionali sia sfuggita l'importanza di una questione di interpretazione del diritto comunitario, ciò non dovrebbe essere fatto pesare sul singolo leso.

24 Per quanto riguarda la quarta condizione a cui si riferisce la sentenza Kühne & Heitz, citata, il Finanzgericht Hamburg ritiene che essa venga soddisfatta qualora il singolo leso dalla decisione amministrativa incompatibile con il diritto comunitario chieda «immediatamente» o «senza ritardo colposo» all'amministrazione di riesaminare tale decisione, non appena abbia avuto «conoscenza effettiva» della giurisprudenza pertinente della Corte.

25 Nelle circostanze della causa principale, benché sia stata introdotta ventuno mesi dopo la pronuncia della sentenza Emsland-Stärke, citata, la domanda di riesame presentata dalla Kempter dinanzi allo Hauptzollamt non potrebbe essere considerata tardiva, in considerazione del fatto che essa è stata depositata solo il 16 dicembre 2002, vale a dire entro un termine inferiore a tre mesi a decorrere dal momento in cui la Kempter ha sostenuto di essere venuta a conoscenza della sentenza con cui il Bundesfinanzhof ha applicato la detta sentenza Emsland-Stärke, citata.

26 Dato che l'amministrazione deve applicare l'interpretazione di una disposizione di diritto comunitario, fornita dalla Corte in una sentenza pronunciata in via pregiudiziale, ai rapporti giuridici sorti prima di tale sentenza, il giudice del rinvio si chiede se la possibilità di chiedere il riesame e la rettifica di una decisione amministrativa avente carattere definitivo e che viola il diritto comunitario possa essere illimitata nel tempo o se, invece, essa debba essere corredata da un limite temporale giustificato da ragioni di certezza del diritto.

27 In tali condizioni, il Finanzgericht Hamburg ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte di giustizia le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se il riesame e la rettifica di una decisione amministrativa definitiva, per tener conto dell'interpretazione del diritto comunitario pertinente data nel frattempo dalla Corte di giustizia, presuppongano che l'interessato abbia impugnato tale decisione dinanzi al giudice nazionale invocando il diritto comunitario.

2) Se, oltre alle condizioni stabilite nella sentenza [Kühne & Heitz, citata], la possibilità di domandare il riesame e la rettifica di una decisione amministrativa definitiva contrastante con il diritto comunitario sia limitata nel tempo per motivi superiori di diritto comunitario».

Sulle questioni pregiudiziali

Sulla prima questione

28 Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la sentenza Kühne & Heitz, citata, imponga il riesame e la rettifica di una decisione amministrativa divenuta definitiva in virtù di una sentenza di un giudice di ultima istanza, solo se il ricorrente nella causa principale abbia invocato il diritto comunitario nell'ambito del ricorso giurisdizionale di diritto interno che esso ha proposto nei confronti di tale decisione.

Osservazioni presentate alla Corte

29 La Kempter, il governo finlandese e la Commissione delle Comunità europee ritengono che occorra risolvere in senso negativo la prima questione.

30 Innanzi tutto, la Kempter rileva che dall'art. 234, terzo comma, CE non emerge che le parti nella controversia principale debbano avere invocato dinanzi al giudice nazionale un'interpretazione erronea del diritto comunitario, affinché questo sia tenuto ad effettuare un rinvio pregiudiziale. La Commissione aggiunge che una tale condizione non emerge nemmeno dalla motivazione né dal dispositivo della sentenza Kühne & Heitz, citata.

31 La Kempter e la Commissione osservano, poi, che l'obbligo di rinvio pregiudiziale incombente ai giudici nazionali che statuiscono in ultima istanza, conformemente all'art. 234, terzo comma, CE, non può nemmeno dipendere dalla circostanza che le parti chiedano un tale rinvio ai detti giudici.

32 Infine, il governo finlandese considera che, da un lato, la necessità che le parti nella causa principale abbiano invocato dinanzi al giudice nazionale un'erronea interpretazione del diritto comunitario potrebbe rendere in pratica impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario ed essere dunque in contrasto con il principio di effettività. Dall'altro lato, non dovrebbe essere fatta pesare sul cittadino leso la circostanza che ad un giudice nazionale sia sfuggita l'importanza di una questione di diritto comunitario.

33 Il governo ceco, da parte sua, sostiene che il riesame e la rettifica di una decisione definitiva dell'amministrazione possono essere subordinati al fatto che l'interessato abbia impugnato tale decisione dinanzi ai giudici nazionali invocando il diritto comunitario solo nel caso in cui questi stessi giudici non abbiano, in virtù del diritto nazionale, né la facoltà né l'obbligo di applicare d'ufficio il diritto comunitario e che tale circostanza non costituisca un ostacolo al rispetto dei principi di equivalenza e di effettività.

Soluzione della Corte

34 Per risolvere la prima questione occorre innanzi tutto ricordare che, secondo una giurisprudenza consolidata, spetta a tutte le autorità degli Stati membri garantire il rispetto delle norme di diritto comunitario nell'ambito delle loro competenze (v. sentenze 12 giugno 1990, causa C-8/88, Germania/Commissione, Racc. pag. I-2321, punto 13, e Kühne & Heitz, citata, punto 20).

35 Occorre anche ricordare che l'interpretazione di una norma di diritto comunitario data dalla Corte nell'esercizio della competenza attribuitale dall'art. 234 CE chiarisce e precisa, quando ve ne sia bisogno, il significato e la portata di detta norma, quale deve o avrebbe dovuto essere intesa e applicata dal momento della sua entrata in vigore (v., in particolare, sentenze 27 marzo 1980, causa 61/79, Denkavit italiana, Racc. pag. 1205, punto 16; 10 febbraio 2000, causa C-50/96, Deutsche Telekom, Racc. pag. I-743, punto 43, e Kühne & Heitz, citata, punto 21). In altri termini, una sentenza pregiudiziale ha valore non costitutivo bensì puramente dichiarativo, con la conseguenza che i suoi effetti risalgono alla data di entrata in vigore della norma interpretata (v., in tal senso, sentenza 19 ottobre 1995, causa C-137/94, Richardson, Racc. pag. I-3407, punto 33).

36 Ne consegue che, in una causa come quella principale, una norma di diritto comunitario così interpretata dev'essere applicata da un organo amministrativo nell'ambito delle sue competenze anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima del momento in cui è sopravvenuta la sentenza in cui la Corte si pronuncia sulla richiesta di interpretazione (sentenza Kühne & Heitz, citata, punto 22, e, in tal senso, sentenze 3 ottobre 2002, causa C-347/00, Barreira Pérez, Racc. pag. I-8191, punto 44; 17 febbraio 2005, cause riunite C-453/02 e C-462/02, Linneweber e Akritidis, Racc. pag. I-1131, punto 41, e 6 marzo 2007, causa C-292/04, Meilicke e a., Racc. pag. I-1835, punto 34).

37 Tuttavia, come ha ricordato la Corte, questa giurisprudenza deve essere letta alla luce del principio della certezza del diritto, che figura tra i principi generali riconosciuti nel diritto comunitario. A tal riguardo occorre constatare che il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o, come nella causa principale, in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza e da ciò deriva che il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo (sentenza Kühne & Heitz, citata, punto 24).

38 La Corte ha tuttavia affermato che, in circostanze particolari, un organo amministrativo nazionale può essere tenuto, in applicazione del principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE, a riesaminare una decisione amministrativa divenuta definitiva in seguito all'esaurimento dei rimedi giurisdizionali interni, al fine di tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente di diritto comunitario nel frattempo accolta dalla Corte (v., in tal senso, sentenze Kühne & Heitz, citata, punto 27, e 19 settembre 2006, cause riunite C-392/04 e C-422/04, i-21 Germany e Arcor, Racc. pag. I-8559, punto 52).

39 Come ricorda il giudice del rinvio, alla luce dei punti 26 e 28 della citata sentenza Kühne & Heitz, tra le condizioni che possono fondare un tale obbligo di riesame la Corte ha preso in considerazione, in particolare, il fatto che la sentenza del giudice di ultima istanza, in virtù della quale la decisione amministrativa contestata è divenuta definitiva, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima risultasse fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse stata adita in via pregiudiziale alle condizioni previste all'art. 234, terzo comma, CE.

40 Orbene, la presente questione pregiudiziale è diretta unicamente a chiarire se una tale condizione sia soddisfatta solo se il ricorrente nella causa principale abbia invocato il diritto comunitario nell'ambito del suo ricorso giurisdizionale proposto contro la decisione amministrativa di cui trattasi.

41 A tal riguardo occorre sottolineare che il sistema introdotto dall'art. 234 CE per assicurare l'unità dell'interpretazione del diritto comunitario negli Stati membri istituisce una cooperazione diretta tra la Corte e i giudici nazionali attraverso un procedimento estraneo ad ogni iniziativa delle parti (v., in tal senso, sentenze 27 marzo 1963, cause riunite 28/62-30/62, Da Costa e a., Racc. pag. 59, in particolare pag. 76; 1° marzo 1973, causa 62/72, Bollmann, Racc. pag. 269, punto 4, e 10 luglio 1997, causa C-261/95, Palmisani, Racc. pag. I-4025, punto 31).

42 Infatti, come precisa l'avvocato generale ai paragrafi 100-104 delle sue conclusioni, il rinvio pregiudiziale si basa su un dialogo tra giudici, la cui proposizione si basa interamente sulla valutazione della pertinenza e della necessità del detto rinvio compiuta dal giudice nazionale (v., in tal senso, sentenza 16 giugno 1981, causa 126/80, Salonia, Racc. pag. 1563, punto 7).

43 Del resto, come rilevato dalla Commissione e dall'avvocato generale ai paragrafi 93-95 delle sue conclusioni, la formulazione stessa della sentenza Kühne & Heitz, citata, non indica affatto che il ricorrente sia tenuto a sollevare, nell'ambito del suo ricorso giurisdizionale di diritto interno, la questione di diritto comunitario successivamente oggetto della sentenza pregiudiziale della Corte.

44 Non si può dunque dedurre dalla sentenza Kühne & Heitz, citata, che, ai fini della terza condizione in essa delineata, le parti debbano aver sollevato dinanzi al giudice nazionale la questione di diritto comunitario di cui trattasi. Infatti, affinché tale condizione sia soddisfatta, basterebbe o che detta questione di diritto comunitario, la cui interpretazione si è rivelata erronea alla luce di una sentenza successiva della Corte, sia stata esaminata dal giudice nazionale che statuisce in ultima istanza, oppure che essa avesse potuto essere sollevata d'ufficio da quest'ultimo.

45 A tal riguardo occorre ricordare che, sebbene il diritto comunitario non imponga ai giudici nazionali di sollevare d'ufficio un motivo vertente sulla violazione di disposizioni comunitarie se l'esame di tale motivo li obbligherebbe ad esorbitare dai limiti della controversia come è stata circoscritta dalle parti, tali giudici sono tenuti a sollevare d'ufficio i motivi di diritto relativi ad una norma comunitaria vincolante quando, in virtù del diritto nazionale, essi hanno l'obbligo o la facoltà di farlo con riferimento ad una norma interna di natura vincolante (v., in tal senso, sentenze 14 dicembre 1995, cause riunite C-430/93 e C-

431/93, van Schijndel e van Veen, Racc. pag. I-4705, punti 13, 14 e 22, e 24 ottobre 1996, causa C-72/95, Kraaijeveld e a., Racc. pag. I-5403, punti 57, 58 e 60).

46 Di conseguenza, occorre risolvere la prima questione proposta nel senso che, nell'ambito di un procedimento dinanzi ad un organo amministrativo diretto al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva in virtù di una sentenza pronunciata da un giudice di ultima istanza, la quale, alla luce di una giurisprudenza successiva della Corte, risulta basata su un'interpretazione erronea del diritto comunitario, tale diritto non richiede che il ricorrente nella causa principale abbia invocato il diritto comunitario nell'ambito del ricorso giurisdizionale di diritto interno da esso proposto contro tale decisione.

Sulla seconda questione

47 Con la sua seconda questione, il giudice del rinvio chiede, sostanzialmente, se il diritto comunitario imponga un limite temporale per proporre una domanda diretta al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva.

Osservazioni presentate alla Corte

48 La Kempter sottolinea, innanzi tutto, che il diritto comunitario non contiene alcuna disposizione specifica relativa al termine di decadenza o di prescrizione di una domanda di riesame. Essa aggiunge poi che, conformemente alla sentenza Kühne & Heitz, citata, l'interessato può far valere il suo diritto al riesame della decisione amministrativa divenuta definitiva solo se una disposizione nazionale lo consente. Per decidere se tale diritto sia limitato nel tempo oppure no, occorrerebbe dunque prendere in considerazione le disposizioni nazionali in materia di prescrizione.

49 La Kempter fa inoltre valere che, nel caso in cui venissero applicate, per analogia, disposizioni comunitarie disciplinanti i termini di decadenza o di prescrizione, la sua domanda non dovrebbe essere tuttavia considerata tardiva, tenuto conto del fatto che essa era stata depositata meno di tre mesi dopo le conclusioni dell'avvocato generale nella causa che ha dato luogo alla sentenza Emsland-Stärke, citata, vale a dire nel momento a partire dal quale avrebbe potuto essere prevista una modifica della giurisprudenza consolidata dei giudici tedeschi.

50 Quanto alla quarta condizione delineata dalla Corte nella sentenza Kühne & Heitz, citata, i governi ceco e finlandese condividono l'opinione espressa dal giudice del rinvio secondo cui il termine così creato dalla Corte per chiedere la revisione di una decisione amministrativa divenuta definitiva dovrebbe essere vincolato all'effettiva conoscenza della sua giurisprudenza da parte dell'interessato.

51 Inoltre essi ritengono che il diritto comunitario non osti a che il diritto di chiedere il riesame di una decisione amministrativa illegittima sia limitato nel tempo. Le norme di procedura nazionali potrebbero dunque validamente prevedere che tale tipo di domanda debba essere presentato entro termini specifici, purché siano rispettati i principi di equivalenza e di effettività.

52 Ad avviso della Commissione, la seconda questione pregiudiziale riguarda solo l'intervallo tra la pronuncia della sentenza della Corte da cui deriva l'illegittimità della

decisione amministrativa e la domanda di riesame e di rettifica della detta decisione presentata dalla Kempter.

53 Peraltro, la Commissione osserva che il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri osta alla fissazione di un termine a livello comunitario. Essa propone, per motivi di certezza del diritto, di completare la quarta condizione tratta dalla sentenza Kühne & Heitz, citata, prevedendo che questa richiede che l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere venuto a conoscenza della sentenza pregiudiziale della Corte da cui deriva l'illegittimità della decisione amministrativa divenuta definitiva, entro un lasso di tempo, a decorrere dalla pronuncia della detta sentenza, che appaia ragionevole con riferimento ai principi del diritto nazionale e conforme ai principi di equivalenza e di effettività.

Soluzione della Corte

54 Per quanto riguarda la questione dei limiti temporali per la presentazione di una domanda di riesame, occorre innanzi tutto ricordare che, nella causa che ha dato luogo alla sentenza Kühne & Heitz, citata, l'impresa ricorrente aveva chiesto il riesame e la rettifica della decisione amministrativa entro un termine inferiore ai tre mesi dal momento in cui essa era venuta a conoscenza della sentenza Voogd Vleesimport en-export (sentenza 5 ottobre 1994, causa C-151/93, Racc. pag. I-4915), da cui derivava l'illegittimità della decisione amministrativa.

55 È vero che la Corte, nella sua valutazione delle circostanze di fatto della causa che ha dato luogo alla sentenza Kühne & Heitz, citata, aveva affermato che la durata del periodo entro cui era stata introdotta la domanda di riesame doveva essere presa in considerazione e giustificava, unitamente alle altre condizioni indicate dal giudice del rinvio, il riesame della decisione amministrativa contestata. Tuttavia, la Corte non aveva richiesto che una domanda di riesame fosse necessariamente presentata non appena il richiedente fosse venuto a conoscenza della giurisprudenza della Corte su cui la domanda si fondava.

56 Orbene, è giocoforza constatare che, come rileva l'avvocato generale ai paragrafi 132 e 134 delle sue conclusioni, il diritto comunitario non impone alcun termine preciso per la presentazione di una domanda di riesame. Di conseguenza, la quarta condizione menzionata dalla Corte nella sua sentenza Kühne & Heitz, citata, non può essere interpretata come un obbligo di presentare la domanda di riesame di cui trattasi entro un certo e preciso lasso di tempo dopo che il richiedente sia venuto a conoscenza della giurisprudenza della Corte su cui la domanda stessa si fondava.

57 Occorre tuttavia precisare che, secondo una costante giurisprudenza, in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario, purché tali modalità, da un lato, non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né, dall'altro, rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v., in particolare, sentenze

13 marzo 2007, causa C-432/05, Unibet, Racc. pag. I-2271, punto 43, nonché 7 giugno 2007, cause riunite da C-222/05 a C-225/05, van der Weerd e a., Racc. pag. I-4233, punto 28 e la giurisprudenza ivi citata).

58 La Corte ha così riconosciuto compatibile con il diritto comunitario la fissazione di termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza, nell'interesse della certezza del diritto (v., in tal senso, sentenze 16 dicembre 1976, causa 33/76, Rewe-Zentralfinanzamt e Rewe-Zentral, Racc. pag. 1989, punto 5, nonché causa 45/76, Comet, Racc. pag. 2043, punti 17 e 18; Denkavit italiana, citata, punto 23; 25 luglio 1991, causa C-208/90, Emmott, Racc. pag. I-4269, punto 16; Palmisani, citata, punto 28; 17 luglio 1997, causa C-90/94, Haahr Petroleum, Racc. pag. I-4085, punto 48, e 24 settembre 2002, causa C-255/00, Grundig Italiana, Racc. pag. I-8003, punto 34). Infatti, termini del genere non sono tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento giuridico comunitario (sentenza Grundig Italiana, citata, punto 34).

59 Da questa giurisprudenza costante deriva che gli Stati membri possono richiedere, in nome del principio della certezza del diritto, che una domanda di riesame e di rettifica di una decisione amministrativa divenuta definitiva e contraria al diritto comunitario così come interpretato successivamente dalla Corte venga presentata all'amministrazione competente entro un termine ragionevole.

60 Occorre, di conseguenza, risolvere la seconda questione proposta nel senso che il diritto comunitario non impone alcun limite temporale per presentare una domanda diretta al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva. Gli Stati membri rimangono tuttavia liberi di fissare termini di ricorso ragionevoli, conformemente ai principi comunitari di effettività e di equivalenza.

Sulle spese

61 Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

PQM

Per questi motivi, la Corte (Grande Sezione) dichiara:

1) Nell'ambito di un procedimento dinanzi ad un organo amministrativo diretto al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva in virtù di una sentenza pronunciata da un giudice di ultima istanza, la quale, alla luce di una giurisprudenza successiva della Corte, risulta basata su un'interpretazione erronea del diritto comunitario, tale diritto non richiede che il ricorrente nella causa principale abbia invocato il diritto comunitario nell'ambito del ricorso giurisdizionale di diritto interno da esso proposto contro tale decisione.

2) Il diritto comunitario non impone alcun limite temporale per presentare una domanda diretta al riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva. Gli Stati

membri rimangono tuttavia liberi di fissare termini di ricorso ragionevoli, conformemente ai principi comunitari di effettività e di equivalenza.

Fonti: Rivista di Diritto Internazionale 2008, 1, 197

Classificazione: CORTE COSTITUZIONALE - Costituzionalità (questione di) - in genere **Norme internazionali e norme interne - Convenzione europea dei diritti umani - Effetti nell'ordinamento interno - Art. 10, comma 1, Cost. - Ambito di applicazione - Art. 117, comma 1, Cost. - Rispetto degli obblighi internazionali - Parametro di legittimità costituzionale - Rispetto degli obblighi posti dalla Convenzione europea dei diritti umani - Funzione interpretativa della Corte europea dei diritti umani - Esigenza di conformità del parametro con le norme costituzionali - Espropriazione di beni - D.l. 11 luglio 1992 n. 333, convertito con l. 8 agosto 1992 n. 359 - Primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti umani, art. 1 - Indennizzo del bene espropriato.**

Nell'ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con una norma costituzionale, la Corte costituzionale ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano.

Fonti: Rivista di Diritto Internazionale 2008, 1, 197

Classificazione: COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA - Trattati internazionali **Norme internazionali e norme interne - Convenzione europea dei diritti umani - Effetti nell'ordinamento interno - Art. 10, comma 1, Cost. - Ambito di applicazione - Art. 117, comma 1, Cost. - Rispetto degli obblighi internazionali - Parametro di legittimità costituzionale - Rispetto degli obblighi posti dalla Convenzione europea dei diritti umani - Funzione interpretativa della Corte europea dei diritti umani - Esigenza di conformità del parametro con le norme costituzionali - Espropriazione di beni - D.l. 11 luglio 1992 n. 333, convertito con l. 8 agosto 1992 n. 359 - Primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti umani, art. 1 - Indennizzo del bene espropriato.**

Pur rivestendo grande rilevanza, le norme della Convenzione europea dei diritti umani e dei relativi protocolli sono, pur sempre, a differenza delle norme comunitarie, norme internazionali pattizie. Esse vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto.

Fonti: Riv. it. dir. pubbl. comunit. 2008, 5, 1288 (nota di: BONATTI)

Classificazione: COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA - Trattati internazionali

Fonti - Norme internazionali - Obbligo dell'ordinamento interno di adeguarsi ad esse - Ex art. 117, comma 1, Cost. - Sussiste.

Le disposizioni contenute nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (Cedu), firmata a Roma il 4 novembre 1950, pur non assurgendo a rango di norma costituzionale e pur rimanendo ad un livello sub-costituzionale, pur tuttavia integrano il parametro costituzionale. Esse possono fungere da parametro di verifica della

compatibilità costituzionale delle leggi ordinarie, previa però verifica della loro conformità a Costituzione.

Fonti: Giustizia Civile 2008, 6, I, 1365 - Giustizia Civile 2008, 1, I, 51 (nota di: DUNI; STELLA RICHTER)

Classificazione: CORTE EUROPEA DIRITTI DELL'UOMO (Strasburgo) - In genere

Corte europea dei diritti dell'uomo (Strasburgo) - Norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo - Norme pattizie - Adeguamento automatico dell'ordinamento italiano alle «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute» - Esclusione - Applicabilità soltanto in relazione alle norme consuetudinarie.

Le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ancorché generali, in quanto norme pattizie, essendo contenute in un trattato internazionale, esulano dall'ambito di operatività dell'art. 10, comma 1, cost., che dispone l'adattamento automatico dell'ordinamento giuridico italiano rispetto alle «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», per tali dovendo intendersi soltanto le norme consuetudinarie.

Fonti: Foro it. 2008, 1, I, 40 (nota di: CAPPUCCIO; GHERA)

Classificazione: ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICO INTERESSE (o PUBBLICA UTILITÀ) - Indennità - in genere

È incostituzionale, in applicazione dell'art. 27 l. 11 marzo 1953 n. 87, l'art. 37, commi 1 e 2, d.P.R. 8 giugno 2001 n. 327, nella parte in cui stabilisce un criterio di calcolo dell'indennità di esproprio che non è in "ragionevole legame" con il valore di mercato dell'immobile espropriato.

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

- Franco BILE Presidente
- Giovanni Maria FLICK Giudice
- Francesco AMIRANTE "
- Ugo DE SIERVO "
- Paolo MADDALENA "
- Alfio FINOCCHIARO "
- Alfonso QUARANTA "
- Franco GALLO "
- Luigi MAZZELLA "
- Gaetano SILVESTRI"
- Sabino CASSESE "
- Maria Rita SAULLE "
- Giuseppe TESAURO "
- Paolo Maria NAPOLITANO "

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 5-bis del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica), convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359, promossi con ordinanze del 29 maggio e del 19 ottobre 2006 (nn. 2 ordd.) dalla Corte di cassazione, rispettivamente iscritte ai nn. 402 e 681 del registro ordinanze 2006 ed al n. 2 del registro ordinanze 2007 e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 42, prima serie speciale, dell'anno 2006 e nn. 6 e 7, prima serie speciale, dell'anno 2007.

Visti gli atti di costituzione di R.A., di A.C., di M.T.G., nonché gli atti di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nell'udienza pubblica del 3 luglio 2007 il Giudice relatore Gaetano Silvestri;

uditi gli avvocati Felice Cacace e Francesco Manzo per R.A., Nicolò Paoletti per A.C., Nicolò Paoletti e Alessandra Mari per M.T.G. e l'avvocato dello Stato Gabriella Palmieri per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto in fatto

1. – Con ordinanza depositata il 29 maggio 2006 (r.o. n. 402 del 2006), la Corte di cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 5-bis del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica), convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359, per violazione dell'art. 111, primo e secondo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) firmata a Roma il 4 novembre 1950, cui è stata data esecuzione con la legge 4 agosto 1955, n. 848 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952), nonché dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione al citato art. 6 CEDU ed all'art. 1 del primo Protocollo della Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952, cui è stata data esecuzione con la medesima legge n. 848 del 1955.

La norma è oggetto di censura nella parte in cui, ai fini della determinazione dell'indennità di espropriazione dei suoli edificabili, prevede il criterio di calcolo fondato sulla media tra il valore dei beni e il reddito dominicale rivalutato, disponendone altresì l'applicazione ai giudizi in corso alla data dell'entrata in vigore della legge n. 359 del 1992.

1.1. – La Corte rimettente riferisce che nel giudizio principale la parte privata R.A., già proprietaria di suoli espropriati per l'attuazione di un programma di edilizia economica e popolare nel Comune di Torre Annunziata, e firmataria di un atto di cessione volontaria in data 2 aprile 1982, ha proposto ricorso avverso la sentenza della Corte d'appello di Napoli del 6 dicembre 2001 per censurare la liquidazione dell'indennità ivi effettuata, in quanto non adeguata al valore dei beni, anche con riferimento alla mancata rivalutazione della somma liquidata.

Nel giudizio di legittimità si sono costituiti il Comune di Torre Annunziata, il quale ha proposto ricorso incidentale, e l'Istituto autonomo case popolari della Provincia di Napoli. Con memoria illustrativa la ricorrente R.A. ha eccepito l'illegittimità costituzionale dell'art. 5-bis del decreto-legge n. 333 del 1992, norma applicata ai fini della quantificazione dell'indennità, per contrasto con gli artt. 42, terzo comma, 24 e 102 Cost., in quanto il criterio ivi previsto non garantirebbe un serio ristoro ai proprietari dei suoli espropriati e la sua applicazione ai giudizi in corso costituirebbe una «indebita ingerenza del potere legislativo sull'esito del processo». A questo proposito si ricorda come la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia costantemente rilevato il contrasto del menzionato art. 5-bis con l'art. 1 del primo Protocollo della Convenzione europea.

La censura della parte ricorrente è estesa all'art. 37 del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità), in quanto si tratta della disposizione, oggi vigente, che ha perpetuato il criterio di calcolo censurato.

1.2. – Il rimettente esclude la rilevanza della questione avente ad oggetto la norma citata da ultimo, in quanto applicabile solo ai procedimenti espropriativi iniziati a partire dal 1° luglio 2003, secondo la previsione contenuta nell'art. 57 del medesimo d.P.R. n. 327 del 2001. Nel caso di specie, invece, il giudizio è iniziato nel 1988.

Al contempo, la Corte di cassazione ritiene rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della norma di cui all'art. 5-bis del decreto-legge n. 333 del 1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359 del 1992.

1.3 – In merito alla rilevanza della questione sollevata, il rimettente sottolinea come nella specie si tratti «indiscutibilmente» di suoli edificabili, ai quali è applicabile il citato art. 5-bis, commi 1 e 2. In particolare, si evidenzia come l'oggetto del contendere sia costituito dal «prezzo della cessione volontaria», rectius, «dal conguaglio dovuto rispetto a quanto a suo tempo convenuto, in applicazione della legge n. 385 del 1980». Il giudice a quo ricorda, in proposito, che il prezzo della cessione volontaria deve essere commisurato alla misura dell'indennità di espropriazione; da ciò consegue che nel giudizio principale è ancora in contestazione la determinazione dell'indennizzo espropriativo e che l'eventuale *ius superveniens*, costituito da un nuovo criterio di determinazione dell'indennità di espropriazione dei suoli edificabili, troverebbe senz'altro applicazione.

1.4. – Quanto alla non manifesta infondatezza, la Corte di cassazione ritiene di dover riformulare i termini della questione prospettata dalla parte privata ricorrente, individuando i parametri costituzionali di riferimento negli artt. 111 e 117 Cost. Il ragionamento è condotto alla luce dell'esame parallelo della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e di quella costituzionale in materia di indennizzo espropriativo.

In relazione alla prima, sono richiamate in particolare le sentenze del 29 luglio 2004 e del 29 marzo 2006, entrambe emesse nella causa Scordino contro Italia, con le quali lo Stato italiano è stato condannato per violazione delle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Nella pronuncia del 2004, la Corte europea ha censurato l'applicazione, operata dai giudici nazionali, dell'art. 5-bis ai giudizi in corso, stigmatizzando la portata

retroattiva della norma in parola, come tale lesiva della certezza e della trasparenza nella sistemazione normativa degli istituti ablatori, oltre che del diritto della persona al rispetto dei propri beni. Infatti, l'applicazione di tale criterio ai giudizi in corso ha violato l'affidamento dei soggetti espropriati, i quali avevano agito in giudizio per essere indennizzati secondo il criterio del valore venale dei beni, previsto dall'art. 39 della legge 25 giugno 1865, n. 2359 (Espropriazioni per pubblica utilità), ripristinato a seguito della dichiarazione di incostituzionalità delle norme che commisuravano in generale l'indennizzo al valore agricolo dei terreni (sentenze n. 5 del 1980 e n. 223 del 1983).

Con la sentenza del 2006, invece, la Corte di Strasburgo ha rilevato la strutturale e sistematica violazione, da parte del legislatore italiano, dell'art. 1 del primo Protocollo della Convenzione europea, osservando che la quantificazione dell'indennità in modo irragionevole rispetto al valore del bene ha determinato, appunto, una situazione strutturale di violazione dei diritti dell'uomo. Nell'occasione la Corte di Strasburgo ha sottolineato come, ai sensi dell'art. 46 della Convenzione, lo Stato italiano abbia il dovere di porre fine a siffatti problemi strutturali attraverso l'adozione di appropriate misure legali, amministrative e finanziarie.

Sul fronte interno, il giudice rimettente evidenzia come la norma oggetto di censura sia stata più volte scrutinata dalla Corte costituzionale, che l'ha ritenuta conforme all'art. 42, terzo comma, Cost., perché introduttiva di un criterio mediato che assicura un ristoro «non irrisorio» ai soggetti espropriati, nel rispetto della funzione sociale della proprietà (sentenze n. 283, n. 414 e n. 442 del 1993). Anche sotto il profilo dell'applicazione ai giudizi in corso, la Corte costituzionale ha respinto le censure affermando, in particolare nella sentenza n. 283 del 1993, che l'irretroattività delle leggi, pur costituendo un principio generale dell'ordinamento, non è elevato – fuori dalla materia penale – al rango di norma costituzionale. Nel caso di specie, attesa la situazione di carenza normativa che caratterizzava al tempo la materia (dopo gli interventi caducatori della stessa Corte, con le sentenze n. 5 del 1980 e n. 223 del 1983) e la conseguente applicazione in via suppletiva del criterio del valore venale, la retroattività dell'intervento legislativo non poteva dirsi confliggente con il canone della ragionevolezza.

In esito alla disamina risulterebbe evidente, a parere del giudice a quo, che la questione debba essere posta oggi in riferimento ai diversi parametri individuati negli artt. 111 e 117 Cost., secondo una prospettiva inedita che è quella del sopravvenuto contrasto della norma censurata con i principi del giusto processo e del rispetto degli obblighi internazionali assunti dallo Stato, attraverso il richiamo delle norme convenzionali contenute nell'art. 6 CEDU e nell'art. 1 del primo Protocollo, in funzione di parametri interposti.

1.5. – La Corte di cassazione svolge poi una serie di considerazioni per giustificare il ricorso all'incidente di costituzionalità, sottolineando come spetti al legislatore la predisposizione dei mezzi necessari per evitare la violazione strutturale e sistematica dei diritti dell'uomo, denunciata dalla Corte europea nella sentenza Scordino del 29 marzo 2006, richiamata poco sopra.

In particolare, la stessa Corte rimettente esclude che il giudice nazionale possa disapplicare l'art. 5-bis, sostituendolo con un criterio frutto del proprio apprezzamento o facendo rivivere la disciplina previgente.

L'impossibilità di disapplicare la norma interna in contrasto con quella della Convenzione deriverebbe, a dire della Corte, anche da altre considerazioni. In primo luogo, va escluso che, in riferimento alle norme CEDU, sia ravvisabile un meccanismo idoneo a stabilire la sottordinazione della fonte del diritto nazionale rispetto a quella internazionale, assimilabile alle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost., derivanti dalle fonti normative dell'ordinamento comunitario. Non sembra infatti sostenibile la tesi dell'avvenuta «comunitarizzazione» della CEDU, ai sensi del par. 2 dell'art. 6 del Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, in quanto il rispetto dei diritti fondamentali, riconosciuti dalla Convenzione, costituisce una direttiva per le istituzioni comunitarie e «non una norma comunitaria rivolta agli Stati membri». A conferma di tale ricostruzione, il rimettente richiama il parere negativo espresso dalla Corte di giustizia allorché fu prospettata l'adesione della Comunità europea alla CEDU (parere 28 marzo 1996, n. 2/94). Il parere era fondato sul rilievo che l'adesione avrebbe comportato l'inserimento della Comunità in un sistema istituzionale distinto, nonché l'integrazione del complesso delle disposizioni della CEDU nell'ordinamento comunitario. Nella stessa direzione, la Corte del Lussemburgo ha dichiarato la propria incompetenza a fornire elementi interpretativi per la valutazione da parte del giudice nazionale della conformità della normativa interna ai diritti fondamentali, quali risultano dalla CEDU, e ciò «in quanto tale normativa riguarda una situazione che non rientra nel campo di applicazione del diritto comunitario» (Corte giustizia, 29 maggio 1998, causa C-299/95).

Il giudice a quo richiama altresì il principio della soggezione dei giudici alla legge, sancito dall'art. 101 Cost., che impedirebbe di ritenere ammissibile un potere (a fortiori, un obbligo) di disapplicazione della normativa interna, atteso che ciò significherebbe attribuire al potere giudiziario una funzione di revisione legislativa del tutto estranea al nostro sistema costituzionale, nel quale l'abrogazione della legge statale rimane «legata alle ipotesi contemplate dagli artt. 15 disp. prel. cod. civ. e 136 Cost.», mentre il mancato rispetto della regola di conformazione si traduce nel vizio di violazione di legge, denunciabile dinanzi alla Corte di cassazione (è richiamata Cass., 26 gennaio 2004, n. 1340), anche se non mancano opinioni che attenuano ulteriormente l'efficacia vincolante delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo (Cass., 26 aprile 2005, n. 8600, e 15 settembre 2005, n. 18249).

A tutto concedere, secondo la Corte rimettente, un vincolo all'interpretazione del giudice nazionale sarebbe ravvisabile ove la norma interna costituisca, come nella disciplina dell'equa riparazione per irragionevole durata del processo, la riproduzione di norme convenzionali, per le quali i precedenti della Corte di Strasburgo costituiscono riferimento obbligato, ovvero quando la norma convenzionale sia immediatamente precettiva, e comunque di chiara interpretazione, e non emerga un conflitto interpretativo tra il giudice nazionale e quello europeo (è richiamata Cass., 19 luglio 2002, n. 10542). Diversamente, in caso di disapplicazione dell'art. 5-bis, si porrebbe il problema della sostituzione del criterio

ivi indicato con quello previsto dalla normativa previgente, ovvero con un criterio rimesso all'apprezzamento del giudice.

Al riguardo, il giudice a quo esprime perplessità circa l'incidenza, in ipotesi di disapplicazione dell'art. 5-bis, della norma suppletiva costituita dall'art. 39 della legge n. 2359 del 1865, che fa riferimento al valore venale dei beni e che è richiamata dalla sentenza 29 luglio 2004 della Corte di Strasburgo come criterio sul quale poggiava l'affidamento delle parti ricorrenti al momento dell'instaurazione del giudizio. Detta norma, infatti, non costituisce «regola tendenziale dell'ordinamento», in quanto non essenziale per la funzione sociale riconosciuta alla proprietà dalla Carta fondamentale, secondo l'affermazione costante della giurisprudenza costituzionale (sono richiamate le sentenze n. 61 del 1957, n. 231 del 1984, n. 173 del 1991, n. 138 del 1993 e n. 283 del 1993), mentre l'art. 5-bis, come già evidenziato, è stato ritenuto conforme a Costituzione anche sotto il profilo della efficacia retroattiva. In definitiva, in caso di disapplicazione della norma censurata, il giudice sarebbe chiamato ad individuare un criterio di determinazione dell'indennizzo che, pur non essendo coincidente con il valore di mercato dei beni ablati, attesa la funzionalizzazione del diritto dominicale alla pubblica utilità, sia comunque idoneo ad assicurare un *quid pluris* rispetto al criterio contenuto nell'art. 5-bis, così compiendo un'operazione «palesamente ammantata da margini di discrezionalità che competono solo al legislatore», anche per la necessità di reperire i mezzi finanziari per farvi fronte.

Il rimettente evidenzia come la stessa giurisprudenza CEDU non sia univoca con riferimento alla identificazione del valore venale dei beni quale unico criterio indennitario ammissibile alla luce dell'art. 1 del primo Protocollo. Infatti, mentre nella citata pronuncia del 29 marzo 2006 la Corte europea ha affermato che solo un indennizzo pari al valore del bene può essere ragionevolmente rapportato al sacrificio imposto, fatti salvi i casi riconducibili a situazioni eccezionali di mutamento del sistema costituzionale (è richiamata la sentenza 28 novembre 2002, *ex re* di Grecia e altro contro Grecia), la stessa Corte «di solito ha ammesso che il giusto equilibrio tra le esigenze di carattere generale e gli imperativi di salvaguardia dei diritti dell'individuo non comporta che l'indennizzo debba corrispondere al valore di mercato del bene espropriato» (sono richiamate le pronunce rese in causa *James e altri* contro Regno Unito, del 21 febbraio 1986; *Les saint monasteres* contro Grecia, del 9 dicembre 1994; la già citata sentenza *Scordino* del 29 luglio 2004).

Quanto rilevato con riferimento all'art. 11 Cost., per negare la «comunitarizzazione» della CEDU e, quindi, la praticabilità della disapplicazione della norma interna, varrebbe altresì ad escludere l'utilizzo del predetto parametro ai fini dello scrutinio.

Secondo il rimettente, il recupero del dictum della Corte europea non potrebbe avvenire neppure attraverso il richiamo all'obbligo di conformazione del diritto interno alle norme internazionali che, ai sensi dell'art. 10 Cost., impegna l'intero ordinamento; infatti, per un verso il parametro citato non ha per oggetto il diritto pattizio e, per altro verso, la commisurazione dell'indennizzo espropriativo al valore di mercato del bene non costituisce principio generalmente riconosciuto dagli Stati.

L'intervento giudiziale, infine, secondo la Corte rimettente, non potrebbe trovare giustificazione nella finalità di supplire all'inerzia del legislatore, giacché quest'ultimo ha di

recente reiterato il regime indennitario introdotto con l'art. 5-bis, avendolo trasfuso nell'attuale art. 37 del d.P.R. n. 327 del 2001. A questo proposito, il giudice a quo rammenta come, già nel 1993, la Corte costituzionale (con la sentenza n. 283) avesse invitato il legislatore ad elaborare una legge atta ad assicurare un serio ristoro, ritenendo l'art. 5-bis compatibile con la Costituzione in ragione del suo carattere urgente e provvisorio, desumibile anche dall'incipit della disposizione che recita: «fino all'emanazione di un'organica disciplina per tutte le espropriazioni».

Dunque, l'«inadeguatezza in abstracto» del criterio indennitario contenuto nell'art. 5-bis a compensare la perdita della proprietà dei suoli edificabili per motivi di interesse pubblico, definitivamente sancita dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, unitamente alla acquisita definitività della disciplina, riproposta dal legislatore nel 2001, all'art. 37 del d.P.R. n. 327, renderebbe necessario un nuovo scrutinio di costituzionalità.

Le argomentazioni che dimostrano l'impercorribilità della strada della disapplicazione da parte del giudice nazionale varrebbero, al tempo stesso, ad escludere che il contrasto possa essere composto in via interpretativa.

1.6. – Su questa premessa, il giudice a quo passa ad illustrare i motivi di contrasto della norma impugnata rispetto ai parametri costituzionali evocati. In particolare, richiamate ancora le pronunce della Corte costituzionale sul menzionato art. 5-bis, precisa che, per un verso, quest'ultimo non è stato scrutinato rispetto al parametro di cui all'art. 111 Cost., nel testo modificato dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 (Inserimento dei principi del giusto processo nell'art. 111 della Costituzione), e che, per altro verso, i contenuti della disposizione costituzionale in esame, avuto riguardo agli aspetti programmatici (primo e secondo comma), sarebbero in gran parte ancora da esplorare, così come sarebbe da chiarire il rapporto «di discendenza della nuova formulazione della norma costituzionale dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

Seppure, come è noto, l'originario intento di “costituzionalizzare” l'art. 6 della Convenzione abbia subito modifiche nel corso dei lavori parlamentari, non di meno, a parere della Corte rimettente, andrebbe avallata la tesi secondo cui la ricostruzione dei nuovi precetti costituzionali debba essere condotta proprio alla luce della giurisprudenza della Corte europea. Pertanto, nel ricercare il significato precettivo del riformulato art. 111 Cost. si potrebbe utilmente fare ricorso all'interpretazione resa dalla Corte di Strasburgo dell'analoga disposizione contenuta nell'art. 6 della Convenzione. A questo proposito, le pronunce rese nella causa Scordino contro Italia, in materia di indennizzo espropriativo, hanno affermato che il principio della parità delle parti dinanzi al giudice implica l'impossibilità per il potere legislativo di intromettersi nell'amministrazione della giustizia, allo scopo di influire sulla risoluzione della singola causa o di una circoscritta e determinata categoria di controversie.

Il giudice a quo evidenzia come la vicenda giudiziaria che ha dato luogo alle citate sentenze della Corte europea e quella che ha originato la presente questione di legittimità costituzionale risultino del tutto assimilabili: in entrambi i casi, infatti, i soggetti espropriati hanno agito in giudizio sul presupposto che, espunti dall'ordinamento (per effetto delle pronunce della Corte costituzionale n. 5 del 1980 e n. 223 del 1983) i penalizzanti criteri di

quantificazione dell'indennizzo previsti dalla legge 29 luglio 1980, n. 385 (Norme provvisorie sulla indennità di espropriazione di aree edificabili nonché modificazioni di termini previsti dalle leggi 28 gennaio 1977, n. 10, 5 agosto 1978, n. 457, e 15 febbraio 1980, n. 25), si fosse determinata la reviviscenza del criterio del valore venale, con la conseguente nullità dell'atto di cessione volontaria per indeterminatezza dell'oggetto e con l'insorgenza del diritto all'indennità commisurata al predetto valore.

Il giudice di merito, invece, dovendo stabilire il «prezzo della cessione» da commisurare all'indennità di esproprio, ha dovuto fare applicazione del sopravvenuto art. 5-bis del decreto-legge n. 333 del 1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359 del 1992, ed ha di conseguenza condannato il Comune espropriante al pagamento della differenza, a titolo di conguaglio della somma in precedenza corrisposta.

Il risultato è stato che le proprietarie espropriate, «a giudizio iniziato», si sono viste ridurre del 50 per cento la somma per il conseguimento della quale si erano determinate ad agire.

Per le ragioni suesposte la Corte di cassazione ritiene che la norma censurata sia in contrasto con l'art. 111, primo e secondo comma, Cost., anche alla luce dell'art. 6 CEDU, nella parte in cui, disponendo l'applicabilità ai giudizi in corso delle regole di determinazione dell'indennità di espropriazione in esso contenute, viola i principi del giusto processo, in particolare le condizioni di parità delle parti davanti al giudice.

1.7. – La Corte rimettente assume che il censurato art. 5-bis si ponga in contrasto anche con l'art. 117, primo comma, Cost., alla luce delle norme della Convenzione europea, come interpretate dalla Corte di Strasburgo.

Infatti la nuova formulazione della norma costituzionale, introdotta dalla legge di riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione, avrebbe colmato «una lacuna dell'ordinamento». In tal senso, a detta della rimettente, la *sedes materiae* non risulterebbe decisiva per «ridimensionare» l'effetto innovativo dell'art. 117, primo comma, Cost., circoscrivendolo al solo riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni. Al contrario, nella norma in esame «sembra doversi ravvisare il criterio ispiratore di tutta la funzione legislativa, anche di quella contemplata dal secondo comma, riguardante le competenze esclusive dello Stato, cui è riconducibile la normativa in tema di indennità di espropriazione».

Dunque, secondo il giudice a quo, le norme della Convenzione europea, e specialmente l'art. 6 CEDU e l'art. 1 del primo Protocollo, diverrebbero, «attraverso l'autorevole interpretazione che ne ha reso la Corte di Strasburgo», norme interposte nel presente giudizio di costituzionalità. In particolare, la sopravvenuta incompatibilità dell'art. 5-bis con le norme CEDU e quindi con l'art. 117, primo comma, Cost., riguarderebbe i profili evidenziati dalla Corte europea, ovvero la «contrarietà ai principi del giusto processo» e l'«incongruità della misura indennitaria, nel rispetto che è dovuto al diritto di proprietà».

2. – È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che le questioni di legittimità costituzionale siano dichiarate infondate.

2.1. – La difesa erariale individua il *thema decidendum* nei seguenti punti: a) «se, in caso di contrasto tra la giurisprudenza europea e la legge nazionale, prevalga la prima, e dunque

quale sia il destino della seconda»; b) «se, in caso di risposta affermativa al primo quesito, la soluzione valga anche con riguardo alle norme costituzionali».

Prima di rispondere ai quesiti indicati, a parere dell'Avvocatura generale, occorre stabilire se davvero la giurisprudenza della Corte europea possa, in via interpretativa, imporre agli Stati aderenti di considerare ridotte o espanse le norme convenzionali «in una sorta di diritto di esclusiva che farebbe premio sia sui procedimenti di formazione dei patti internazionali sia sulla diretta interpretazione del giudice nazionale, il quale pur si trova ad applicare le stesse norme [CEDU] in quanto recepite dalla legge nazionale 4 agosto 1955 n. 848».

La difesa erariale contesta che tale potere, per quanto rivendicato dalla Corte europea, sia previsto da norme convenzionali. L'art. 32 del Protocollo n. 11 della Convenzione EDU, reso esecutivo in Italia con la legge 28 agosto 1997, n. 296 (Ratifica ed esecuzione del protocollo n. 11 alla convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, recante ristrutturazione del meccanismo di controllo stabilito dalla convenzione, fatto a Strasburgo l'11 maggio 1994), circoscrive la competenza della predetta Corte «a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli». Ad avviso dell'Avvocatura generale, si tratterebbe di una norma posta a garanzia dell'indipendenza dei giudici di Strasburgo, che «non può trasformarsi in una fonte di produzione normativa vincolante oltre il processo e, addirittura, limitativa dei poteri istituzionali dei Parlamenti nazionali o della nostra Corte di cassazione o perfino della Corte costituzionale».

La pretesa della Corte di Strasburgo di produrre norme convenzionali vincolanti non sarebbe compatibile con l'ordinamento internazionale generale e ancor più con il sistema della Convenzione di Vienna, cui è stata data esecuzione con la legge 12 febbraio 1974, n. 112 (Ratifica ed esecuzione della convenzione sul diritto dei trattati, con annesso, adottata a Vienna il 23 maggio 1969), secondo cui l'interpretazione di qualunque trattato deve essere testuale ed oggettiva.

Pertanto, la difesa dello Stato evidenzia come le questioni odierne abbiano ragione d'essere soltanto se si riconosce alle norme di origine giurisprudenziale della Corte europea il valore di parametro interposto. Diversamente, non vi sarebbe motivo di dubitare che, ai sensi degli artt. 25 e 42 Cost., il legislatore nazionale possa introdurre norme di carattere retroattivo, operanti anche nei processi in corso, e conformare sistemi indennitari che contemperino il diritto dei singoli con le esigenze della collettività, così evitando che gli indennizzi degli espropri coincidano con il prezzo di mercato degli immobili.

2.2. – La difesa dello Stato contesta l'impostazione del ragionamento della Corte rimettente anche con riferimento ai parametri evocati.

Secondo l'Avvocatura generale, l'art. 111 Cost., una volta depurato «da ogni suggestione di prevalenza degli “insegnamenti” CEDU sulla legislazione ordinaria e costituzionale o sulla giurisprudenza della Corte di cassazione e della stessa Corte costituzionale», non stabilisce affatto quello che il giudice a quo crede di leggersi. Il «giusto processo» non riguarda le prerogative del legislatore, in particolare non gli impedisce di intervenire sulla disciplina sostanziale con norme di carattere retroattivo, che il giudice è tenuto ad applicare in

ossequio al disposto dell'art. 101 Cost. Del resto, osserva la difesa erariale, neppure l'art. 6 CEDU, che ha ispirato la novella dell'art. 111 Cost., contiene riferimenti al divieto di leggi retroattive in materia extrapenale; tale divieto esiste, quindi, soltanto nella giurisprudenza della Corte europea, la quale, peraltro, secondo gli argomenti già esposti, sarebbe priva di potere creativo di norme convenzionali.

Discorso parzialmente analogo varrebbe per l'art. 117, primo comma, Cost., il quale impone il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, là dove, per l'appunto, le predette norme configurino limitazioni all'esercizio della potestà legislativa.

La difesa erariale richiama in proposito l'art. 1 della legge 5 giugno 2003, n. 131 (Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3), il quale stabilisce che costituiscono vincoli alla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni «quelli derivanti [...] da accordi di reciproca limitazione della sovranità, di cui all'art. 11 della Costituzione, dall'ordinamento comunitario e dai trattati internazionali». Nulla di tutto ciò, secondo l'Avvocatura generale, è presente nella CEDU, sia con riferimento alla previsione di leggi retroattive di immediata applicazione ai processi in corso, e per le quali opera quindi la sola disciplina delle fonti di produzione nazionali, sia con riguardo ai diritti del proprietario espropriato. A tale proposito, l'interveniente rileva che l'art. 1 del primo Protocollo, diversamente da quanto ritenuto dalla Corte di Strasburgo, si limita ad affermare il principio per cui il sacrificio della proprietà privata è ammissibile solo per cause di pubblica utilità e alle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. La norma convenzionale richiamata non imporrebbe in alcun modo, quindi, che l'indennizzo dovuto al proprietario espropriato debba corrispondere al valore venale del bene.

2.3. – In conclusione, la difesa erariale evidenzia come il valore venale del terreno urbano non esista in rerum natura, ma sia direttamente collegato agli strumenti urbanistici e perciò determinato in funzione della utilizzabilità dell'area, con la conseguenza che un sistema indennitario che imponga una drastica riduzione del valore del bene non è così distante dalla realtà degli scambi economici.

3. – Si è costituita in giudizio R.A., ricorrente in via principale nel giudizio a quo, richiamando genericamente tutte le censure, eccezioni e deduzioni svolte nei diversi gradi del procedimento, ed in particolare l'eccezione di illegittimità costituzionale formulata nel giudizio di cassazione, con riserva di depositare successive memorie.

4. – In data 19 giugno 2007 la stessa parte privata ha depositato una memoria illustrativa con la quale insiste affinché la questione sia dichiarata fondata.

4.1. – In particolare, dopo aver riassunto l'intera vicenda giudiziaria dalla quale è originato il giudizio a quo, la difesa della parte rileva che la misura dell'indennizzo espropriativo prevista nella norma censurata, non presentando le caratteristiche del «serio ristoro», sarebbe tutt'ora censurabile sotto il profilo del contrasto con l'art. 42, terzo comma, Cost., nonostante l'esito dei precedenti scrutini (sentenze n. 283 e n. 442 del 1993). Infatti, nelle pronunzie richiamate, la Corte costituzionale aveva fatto salva la norma censurata solo perché caratterizzata da «provvisorietà ed eccezionalità».

4.2. – Con riferimento al profilo afferente l'applicazione della norma censurata ai giudizi in corso, la parte privata ritiene violati gli artt. 24 e 102 Cost. L'avvenuta modifica della norma sostanziale in corso di causa e la conseguente variazione della «dimensione qualitativa e quantitativa» del diritto azionato costituirebbero un'indebita ingerenza del potere legislativo sull'esito del processo, in violazione della riserva contenuta nell'art. 102 Cost. Non si tratterebbe, nel caso di specie, di mera retroattività, ma di vera e propria interferenza nell'esercizio della funzione giudiziaria da parte del legislatore, «allo scopo dichiarato di limitare l'onere (legittimo) a carico della pubblica amministrazione».

Inoltre, la censura prospettata in riferimento all'art. 42, terzo comma, Cost. andrebbe estesa all'art. 37 del d.P.R. n. 327 del 2001, nel quale è contenuto un criterio di calcolo dell'indennizzo espropriativo che conduce ad una riduzione di circa il 50 per cento rispetto al valore reale del bene. Tale norma, peraltro, non presenta i caratteri di provvisorietà e urgenza che avevano connotato l'art. 5-bis, trattandosi, con ogni evidenza, di disciplina definitiva.

Da ultimo, sul rilievo che gli argomenti svolti dal giudice a quo per escludere la violazione degli ulteriori parametri indicati nell'eccezione di parte non assumono valore preclusivo, la parte auspica che la Corte costituzionale estenda il proprio scrutinio anche a tali parametri.

5. – Con ordinanza depositata il 19 ottobre 2006 (r.o. n. 681 del 2006), la Corte di cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 5-bis del decreto-legge n. 333 del 1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359 del 1992, per violazione dell'art. 111, primo e secondo comma, Cost., in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ed all'art. 1 del primo Protocollo della Convenzione stessa, nonché dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione al citato art. 1 del primo Protocollo.

La norma è oggetto di censura nella parte in cui, ai fini della determinazione dell'indennità di espropriazione dei suoli edificabili, prevede il criterio di calcolo fondato sulla media tra il valore dei beni e il reddito dominicale rivalutato, disponendone altresì l'applicazione ai giudizi in corso alla data dell'entrata in vigore della legge n. 359 del 1992.

5.1. – La Corte rimettente riferisce che nel giudizio principale il Comune di Montello ha proposto ricorso avverso la sentenza della Corte d'appello di Brescia, la quale – dopo aver accertato che l'area di proprietà di A.C., occupata sin dal 21 maggio 1991 ed espropriata in data 8 maggio 1996, doveva considerarsi terreno edificabile da privati – aveva liquidato l'indennità di espropriazione ai sensi dell'art. 5-bis del decreto-legge n. 333 del 1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359 del 1992.

Il Comune ricorrente lamenta l'erronea qualificazione dell'area espropriata come edificabile, e in subordine, la mancata applicazione della riduzione del 40 per cento, nonché l'insufficiente motivazione a sostegno del computo del valore dei manufatti preesistenti. La parte privata si è costituita ed ha proposto, a sua volta, ricorso incidentale nel quale censura la quantificazione dell'indennità di esproprio, nonché il mancato riconoscimento della rivalutazione monetaria degli importi liquidati; chiede altresì la disapplicazione dell'art. 5-bis, in quanto contrastante con l'art. 1 del primo Protocollo (che sarebbe stato “comunitarizzato” dall'art. 6 del Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992),

ed invoca un mutamento dell'orientamento giurisprudenziale in virtù del quale «l'indennità viene corrisposta come debito pecuniario di valuta, con la conseguenza che nulla compete per la rivalutazione all'espropriato». Con successiva memoria, la ricorrente incidentale ha formulato, subordinatamente al mancato accoglimento della richiesta di disapplicazione, eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 5-bis, per violazione degli artt. 2, 10, 11, 42, 97, 111 e 117 Cost., in relazione all'art. 1 del primo Protocollo ed all'art. 6 CEDU.

5.2. – Preliminarmente, la Corte di cassazione richiama le argomentazioni sviluppate riguardo all'analoga questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto il menzionato art. 5-bis, sollevata dalla medesima Corte con ordinanza del 29 maggio 2006 (r.o. n. 402 del 2006), riservandosi soltanto di integrarne il contenuto «in rapporto al contrasto della norma interna con le citate norme della Convenzione europea».

Il giudice a quo procede, quindi, all'esame della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, citata anche dalla parte ricorrente a sostegno sia della richiesta di disapplicazione della norma interna, sia dell'eccezione di illegittimità costituzionale. L'esame è condotto a partire dal contenuto della pronuncia resa il 28 luglio 2004, in causa Scordino contro Italia, alla quale è seguita, nella medesima controversia, la pronuncia definitiva resa dalla Grande chambre il 29 marzo 2006, sul ricorso proposto dal Governo italiano.

Tanto premesso, la rimettente evidenzia l'analogia intercorrente tra la fattispecie oggetto del giudizio principale e quella che ha dato luogo alla richiamata pronuncia della Grande chambre: anche nel presente giudizio, infatti, il profilo della utilità pubblica risulterebbe di modesta rilevanza, essendo le aree espropriate destinate alla costruzione di un parcheggio e alla realizzazione di “verde attrezzato”.

5.3. – La Corte di cassazione procede, di seguito, a valutare il profilo riguardante la disapplicazione dell'art. 5-bis, espressamente richiesta dalla ricorrente incidentale, essendo tale delibazione presupposto di ammissibilità della presente questione di legittimità costituzionale.

Il giudice a quo dà atto che la stessa Corte di cassazione, con la già citata ordinanza n. 12810 del 2006 (r.o. n. 402 del 2006) e con l'ordinanza del 20 maggio 2006, n. 11887 (r.o. n. 401 del 2006), che ha rimesso analoga questione per la parte riguardante l'entità del risarcimento danni da occupazione acquisitiva illecita (art. 5-bis, comma 7-bis), ha negato che, in mancanza di una disciplina specifica e precettiva in sede sopranazionale dei criteri di liquidazione, il giudice nazionale possa disapplicare la legge interna.

Tale conclusione è condivisa dall'attuale rimettente, la quale rammenta che la sentenza della Corte europea del 29 marzo 2006, in causa Scordino contro Italia, ha rimesso allo Stato italiano l'adozione delle misure «legislative, amministrative e finanziarie» necessarie all'adeguamento del sistema interno alle norme sopranazionali (par. 237), così implicitamente chiarendo che la propria pronuncia non ha «effetti abrogativi».

Quanto al carattere precettivo delle norme contenute nella Convenzione, il giudice a quo ritiene debbano essere distinti i diritti da essa protetti, «riconosciuti» dagli Stati contraenti come «fondamentali» anche nel diritto interno (art. 1), dai mezzi e dalle modalità di tutela di tali diritti, rimessi ai singoli Stati aderenti. In caso di violazione, anche da parte di soggetti che agiscono nell'esercizio di funzioni pubbliche, l'art. 13 della Convenzione prevede il

ricorso alla magistratura interna di ciascuno Stato, salvo l'intervento sussidiario della Corte di Strasburgo sui ricorsi individuali ai sensi dell'art. 34 della stessa Convenzione, e la conseguente condanna dello Stato inadempiente all'equa riparazione di cui all'art. 41. Nello stesso senso deporrebbe la previsione contenuta nell'art. 46 della Convenzione, a mente del quale «le Alte Parti contraenti s'impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie nelle quali sono parti», escludendosi così ogni effetto immediatamente abrogativo di norme interne.

La Corte rimettente evidenzia, inoltre, che la legge 9 gennaio 2006, n. 12 (Disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo), ha individuato nel Governo e nel Parlamento gli organi ai quali devono essere trasmesse le sentenze della Corte europea, in quanto unici legittimati a dare esecuzione agli obblighi che da esse discendono. Sottolinea, infine, che il disposto dell'art. 56 della Convenzione ammette la possibilità che l'applicazione della stessa possa non essere uniforme in tutto il territorio degli Stati aderenti, a fronte di «necessità locali», con la conseguenza che nel sistema della Convenzione, pur essendo precettivo il riconoscimento dei diritti garantiti nell'accordo per tutti gli Stati aderenti, le modalità di tutela e di applicazione di quei principi nei territori dei singoli Stati sono rimesse alla legislazione interna di ciascuno.

Risulterebbe chiara, pertanto, l'esclusione del potere di disapplicazione in capo ai singoli giudici; tanto più che nelle fattispecie riguardanti l'indennizzo espropriativo si porrebbe l'esigenza di assicurare copertura finanziaria alla modifica di sistema, conseguente alla scelta di un diverso criterio indennitario, stante la previsione dell'art. 81 Cost.

Il giudice a quo ribadisce, riprendendo le precedenti ordinanze della stessa Corte di cassazione, la ritenuta impossibilità di assimilare le norme della Convenzione EDU ai regolamenti comunitari ai fini di applicazione immediata nell'ordinamento interno (sull'argomento è richiamata Cass. 19 luglio 2002, n. 10542). È condiviso anche l'assunto che il richiamo contenuto nell'art. 6, par. 2, del Trattato di Maastricht, al rispetto dei «diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea [...] e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario», non esclude la diversità tra l'organo giurisdizionale preposto alla tutela di tali diritti (Corte di Strasburgo) e quello cui è invece demandata l'interpretazione delle norme comunitarie, cioè la Corte di giustizia del Lussemburgo, che ha negato la propria competenza in materia di diritti fondamentali (Corte di Giustizia, 29 maggio 1997, C. 199-95, Kremzow).

Del resto, aggiunge il rimettente, la stessa Corte costituzionale, prima delle modifiche degli artt. 46 e 56 della CEDU, apportate con il Protocollo n. 11, reso esecutivo in Italia con la legge n. 296 del 1997, sembrava aver assunto orientamenti non incompatibili con la diretta applicabilità delle norme della Convenzione (sono richiamate le sentenze n. 373 del 1992 e n. 235 del 1993). Solo successivamente, anche a seguito della novella degli artt. 111 e 117 Cost., il giudice delle leggi si sarebbe orientato «a dare rilievo indiretto alle norme convenzionali, come fonti di obblighi cui l'Italia è da tali norme vincolata» (sono richiamate la sentenza n. 445 del 2002 e l'ordinanza n. 139 del 2005).

In definitiva, il riconoscimento con carattere precettivo dei diritti tutelati dall'accordo sopranazionale non rilevarebbe ai fini dell'abrogazione di norme interne contrastanti, fino a quando il legislatore interno non abbia specificato i rimedi a garanzia di detti diritti (è richiamata Cass. 12 gennaio 1999, n. 254). Nondimeno, prosegue il giudice a quo, i diritti tutelati dalla Convenzione EDU esistono sin dal momento della ratifica, o anche prima, se già garantiti dal diritto interno, sicché i successori degli originari titolari potranno chiederne la tutela al giudice nazionale una volta che sia stata modificata la disciplina interna.

La Corte rimettente osserva infine che, se pure il giudice italiano disapplicasse l'art. 5-bis, non potrebbe imporre come giusto indennizzo quello corrispondente al valore venale del bene espropriato, e questo perché, mentre in sede sopranazionale tale criterio è stato più volte considerato «l'unico di regola applicabile», nell'ambito interno la Corte costituzionale ha ritenuto che la nozione di «serio ristoro» sia compatibile con una riduzione del prezzo pieno del bene ablato, come sacrificio individuale dovuto alla pubblica utilità.

5.4. – Esclusa la possibilità di disapplicare l'art. 5-bis, la Corte di cassazione procede alla delibazione delle questioni preliminari riguardanti la qualificazione delle aree espropriate come edificabili, discendendo da tale qualificazione la rilevanza della norma censurata per la fattispecie in esame.

Riaffermata l'edificabilità delle aree espropriate, il giudice a quo ritiene «certamente rilevante» la questione di legittimità sollevata, dato che, nella espropriazione oggetto di causa, l'indennità è stata liquidata con i criteri di determinazione di cui all'art. 5-bis.

La Corte di cassazione evidenzia come la parte privata si dolga del fatto che, pure in assenza della riduzione del 40 per cento, l'indennità riconosciuta in base alla norma censurata non costituisce un serio ristoro della perdita subita. All'opposto, il ricorrente Comune di Montello lamenta che la Corte di merito ha computato il valore del soprassuolo ai fini della determinazione dell'indennità. Ciò dimostra, ad avviso della rimettente, che il giudizio principale non può essere definito prescindendo dall'applicazione dell'art. 5-bis.

5.5. – Con riferimento alla non manifesta infondatezza della questione, il giudice a quo procede all'esame delle pronunce con le quali la Corte costituzionale ha definito i giudizi aventi ad oggetto il menzionato art. 5-bis del decreto-legge n. 333 del 1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359 del 1992. Sono richiamate, in particolare, le sentenze n. 283 e n. 442 del 1993, nelle quali è stata esclusa l'illegittimità dei criteri di determinazione dell'indennità di esproprio dei suoli edificabili, sulla base del loro «carattere dichiaratamente temporaneo, in attesa di un'organica disciplina dell'espropriazione per pubblica utilità» e giustificandoli per «la particolare urgenza e valenza degli “scopi” che [...] il legislatore si propone di perseguire» nella congiuntura economica in cui versava il Paese (sentenza n. 283 del 1993). Come noto, il contenuto della norma è stato trasposto nell'art. 37 del d.P.R. n. 327 del 2001, che ha reso “definitivi” quei criteri di liquidazione dell'indennizzo, sicché la “provvisorietà” degli stessi, che aveva sorretto il giudizio di non fondatezza, può dirsi venuta meno.

Nella citata pronuncia n. 283 del 1993, la Corte costituzionale ha riconosciuto, a differenza della Corte europea, il carattere di principi e norme fondamentali di riforma economico-sociale alla disciplina dettata dal legislatore con l'art. 5-bis, e difatti ha ritenuto illegittima la

norma in esame, per contrasto con gli artt. 3 e 42 Cost., soltanto nella parte in cui, per i procedimenti in corso, non prevedeva una «nuova offerta di indennità», la cui accettazione da parte dell'espropriato escludesse l'applicazione della riduzione del 40 per cento. Quanto alla applicazione retroattiva dell'art. 5-bis, il giudice delle leggi ha affermato che il principio dell'irretroattività delle leggi, contenuto nell'art. 11 disp. prel. cod. civ., non è recepito nella Costituzione, escludendo nel contempo il contrasto della norma censurata con l'art. 3 Cost. Diversamente oggi, a parere della rimettente, il principio del giusto processo, sancito dal novellato art. 111 Cost., garantirebbe anche la condizione di parità tra le parti, sicché appare necessario sottoporre la norma, anche per tale aspetto, ad un nuovo scrutinio di costituzionalità.

Assume il giudice a quo che la norma censurata, incidendo sulla liquidazione delle indennità nei procedimenti in corso, «anteriormente alla futura opposizione alla stima ancora non proponibile per ragioni imputabili all'espropriante» (è richiamata la sentenza n. 67 del 1990 della Corte costituzionale), ha determinato una ingerenza del legislatore nel processo a sfavore dell'espropriato. Questi, infatti, in assenza della predetta norma, avrebbe potuto pretendere e ottenere una maggiore somma, se i procedimenti amministrativi o giurisdizionali in corso fossero stati conclusi prima della relativa entrata in vigore.

Il rimettente richiama, in proposito, l'affermazione contenuta nella sentenza Scordino del 29 marzo 2006, secondo cui l'ingerenza del legislatore nei procedimenti in corso viola l'art. 6 della Convenzione, in rapporto all'art. 1 del primo Protocollo, poiché la previsione della perdita di una parte dell'indennità con efficacia retroattiva non risulta giustificata da una rilevante causa di pubblica utilità.

Quanto al merito del criterio di calcolo dell'indennità, contenuto nella norma censurata, il rimettente osserva come la Corte europea abbia ormai definitivamente affermato, con numerose pronunce, il contrasto con l'art. 1 del primo Protocollo dei ristori indennitari e risarcitori previsti per le acquisizioni lecite e illecite connesse a procedimenti espropriativi, con o senza causa di pubblica utilità. Ritiene la Corte rimettente, quindi, che la norma censurata debba essere nuovamente scrutinata alla luce del testo vigente del primo comma dell'art. 117 Cost., sul rilievo che l'intera normativa ordinaria, e dunque anche le norme previgenti alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), possa essere esaminata ed eventualmente dichiarata incostituzionale per contrasto “sopravvenuto” con i nuovi principi inseriti nella Carta fondamentale (è richiamata la sentenza n. 425 del 2004).

6. – È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, il quale ha concluso per la non fondatezza delle questioni, svolgendo considerazioni del tutto coincidenti con quelle sviluppate nel giudizio promosso con l'ordinanza del 29 maggio 2006 della Corte di cassazione (r.o. n. 402 del 2006). Pertanto, si richiama integralmente quanto sopra riportato al punto 2.

7. – Si è costituita in giudizio A.C., controricorrente e ricorrente in via incidentale nel giudizio a quo, la quale ha concluso per la declaratoria di inammissibilità delle questioni – dovendosi ritenere che spetti ai giudici nazionali disapplicare le norme interne in contrasto

con quelle della Convenzione europea – ed in subordine per l'accoglimento delle questioni medesime.

7.1. – La parte privata ritiene che il contrasto tra norma interna e norma CEDU debba esser risolto con la disapplicazione della prima. In proposito è richiamato il Protocollo n. 11 della Convenzione, il quale ha riformulato il meccanismo di controllo istituito dalla stessa, stabilendo che i singoli cittadini degli Stati contraenti possano adire direttamente la Corte europea (art. 34 della Convenzione, come modificato dal Protocollo n. 11) e che «1. Le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie nelle quali sono parti. 2. La sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei ministri che ne sorveglia l'esecuzione» (art. 46 della Convenzione, come modificato dal Protocollo n. 11).

La medesima parte privata ricorda come l'intero meccanismo di controllo si fonda sul principio di sussidiarietà, in virtù del quale la Corte europea «non può essere adita se non dopo l'esaurimento delle vie di ricorso interne» (art. 35 della Convenzione). Pertanto, i giudici nazionali sono tenuti ad applicare il diritto interno in modo conforme alla Convenzione, «spettando alla Corte europea, invece, in via sussidiaria e a seguito dell'esaurimento dei rimedi interni, verificare se il modo in cui il diritto interno è interpretato ed applicato produce effetti conformi ai principi della Convenzione».

A questo proposito, la parte privata sottolinea come la Risoluzione 1226 (2000) dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa abbia affermato che gli Stati contraenti sono tenuti ad assicurare, tra l'altro, «l'applicazione diretta, da parte dei Giudici nazionali, della Convenzione e delle sentenze della Corte Europea che la interpretano e la applicano». Nella stessa direzione si muovono anche la Risoluzione Res(2004)3 del 12 maggio 2004 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, relativa alle sentenze che accertano un problema strutturale sottostante alla violazione, la Raccomandazione Rec(2004)5, di pari data, del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, relativa alla verifica di conformità dei progetti di legge, delle leggi vigenti e della prassi amministrativa agli standard stabiliti dalla Convenzione, nonché la Raccomandazione Rec(2004)6, di pari data, con cui il Comitato dei ministri ha ribadito che gli Stati contraenti, a seguito delle sentenze della Corte che individuano carenze di carattere strutturale o generale dell'ordinamento normativo o delle prassi nazionali applicative, sono tenuti a rivedere l'efficacia dei rimedi interni esistenti e, se necessario, ad instaurare validi rimedi, al fine di evitare che la Corte venga adita per casi ripetitivi.

La parte privata richiama, inoltre, il contenuto della sentenza 29 marzo 2006 della Corte di Strasburgo in causa Scordino contro Italia, in riferimento sia alla inadeguatezza del criterio generale di cui all'art. 5-bis, applicato indipendentemente dalla tipologia dell'opera che deve essere realizzata, sia all'effetto di interferenza del potere legislativo sul potere giudiziario, che si è determinato con l'applicazione della predetta norma ai giudizi in corso. Secondo la Corte europea tale effetto non può trovare giustificazione nelle ragioni di natura finanziaria che il Governo italiano ha prospettato nel ricorso alla Grande chambre. È inoltre richiamato il passaggio della menzionata pronunzia, ove sono citate le sentenze n. 223 del 1983, n. 283 e n. 442 del 1993, con le quali la Corte costituzionale ha invitato il

legislatore ad adottare una disciplina normativa che assicuri «un serio ristoro» al privato, ed ha escluso l'esistenza di un contrasto tra l'art. 5-bis e la Costituzione «in considerazione della sua natura urgente e temporanea». Peraltro, osserva l'interveniente, poiché il criterio contenuto nella norma citata è stato trasfuso nel testo unico in materia di espropriazioni (d.P.R. n. 327 del 2001), la Corte di Strasburgo non ha mancato di rilevare come sia agevolmente prefigurabile la proposizione di numerosi e fondati ricorsi.

Tutto ciò premesso, se la conformità dell'ordinamento ai principi affermati nella sentenza citata deve essere assicurata dai giudici nazionali, come rilevato dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa nella richiamata Raccomandazione Rec(2004)5, e se la Corte europea ha accertato, con sentenza che costituisce «cosa giudicata interpretata», ai sensi dell'art. 46 della Convenzione, che la norma interna rilevante è causa di violazione strutturale di una o più norme della Convenzione medesima, allora tale norma, a parere della parte privata, deve essere «disapplicata» dal giudice nazionale. La disapplicazione della norma interna contrastante sarebbe conseguenza diretta ed immediata del principio di sussidiarietà dell'art. 46 della stessa Convenzione, sicché, in definitiva, con riferimento al sistema CEDU si deve giungere all'affermazione di principi analoghi a quelli che la Corte costituzionale ha enucleato in relazione al diritto comunitario nella sentenza n. 170 del 1984.

La diversa conclusione cui è giunta la Corte rimettente contrasterebbe, tra l'altro, con l'assunto, affermato dalla medesima Corte, della vincolatività delle norme della Convenzione e della giurisprudenza della Corte europea.

Sulla base delle considerazioni sopra svolte, la difesa di A.C. conclude sollecitando una dichiarazione di inammissibilità della questione di legittimità costituzionale.

7.2. – In via subordinata, la parte privata insiste per la declaratoria di incostituzionalità della norma censurata per contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., sviluppando argomentazioni analoghe a quelle contenute nell'ordinanza di rimessione.

8. – In data 20 giugno 2007 la parte privata A.C. ha depositato una memoria illustrativa con la quale insiste nelle conclusioni già formulate nell'atto di costituzione.

8.1. – In particolare, nella memoria si evidenzia come la posizione assunta dalla Presidenza del Consiglio dei ministri nel presente giudizio si ponga in contrasto con il «preciso obbligo dello Stato italiano di eseguire la sentenza Scordino [del 29 marzo 2006] adottando misure di carattere generale suscettibili di eliminare la violazione strutturale accertata dalla Corte europea, nonché, più in generale, con il solenne obbligo internazionale a suo tempo assunto dallo Stato italiano di cooperare efficacemente e lealmente con il Consiglio d'Europa per assicurare il funzionamento del meccanismo di tutela dei diritti umani che fa perno sulla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e sulla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo».

Al riguardo, la parte privata sottolinea come l'art. 1 della legge n. 12 del 2006, introducendo la lettera a-bis), nel comma 3 dell'art. 5 della legge 23 agosto 1988, n. 400 (Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri), abbia individuato proprio nella Presidenza del Consiglio dei ministri l'organo deputato non solo a promuovere «gli adempimenti di competenza governativa conseguenti

alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo emanate nei confronti dello Stato italiano», ma anche a comunicare «tempestivamente alle Camere le medesime pronunce ai fini dell'esame da parte delle competenti Commissioni parlamentari permanenti» ed a presentare «annualmente al Parlamento una relazione sullo stato di esecuzione delle suddette pronunce».

Per le ragioni anzidette la parte privata reputa necessaria una pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 5-bis, «che consenta all'Italia di assolvere i propri obblighi internazionali, di non uscire dalla legalità internazionale e di far recuperare unità all'ordinamento».

8.2. – In merito all'esistenza di un presunto contrasto tra la giurisprudenza della Corte europea e quella della Corte costituzionale, la difesa privata ritiene che si tratti di una divergenza soltanto apparente, determinata dalla diversità dei parametri di giudizio finora adottati dalle due Corti. Si tratterebbe, pertanto, di «interpretare (ed applicare) le norme rilevanti nel presente giudizio di costituzionalità con lo stesso parametro di tutela dei diritti umani utilizzato dalla Corte europea»; infatti – osserva la parte costituita – se il giudizio è condotto sulla base del parametro sopra indicato, l'esito non può non essere identico.

Peraltro, le divergenze interpretative tra le Corti costituzionali degli Stati membri e la Corte di Strasburgo «non sono affatto inusuali, ma sono piuttosto connaturate allo stesso meccanismo di tutela dei diritti umani previsto dalla Convenzione ed ai principi di sussidiarietà e solidarietà sul quale è basata».

8.3. – La difesa della parte privata passa, poi, in rassegna la più recente giurisprudenza della Corte europea in tema di «violazioni strutturali», evidenziando le condizioni in presenza delle quali ricorre un «problema strutturale» e non una mera violazione «episodica» della Convenzione europea.

In particolare, si rileva come finora siano state «per lo più proprio le Corti costituzionali degli Stati contraenti – in applicazione dei principi di sussidiarietà e solidarietà – a rimediare ai problemi strutturali evidenziati nelle sentenze della Corte europea». A questo proposito, sono richiamate numerose pronunzie della Corte europea, cui hanno fatto seguito svariate decisioni delle Corti costituzionali degli Stati contraenti, tendenti a far fronte ai problemi strutturali evidenziati dai giudici di Strasburgo.

In alcuni casi, poi, l'accertamento dell'esistenza di una violazione strutturale della CEDU ha spinto lo Stato interessato a modificare la propria Carta costituzionale.

Con specifico riferimento all'Italia, sono richiamati il caso Sejdovic (sentenza della Grande chambre del 1° marzo 2006), a seguito del quale si è resa necessaria la modifica dell'art. 175 del codice di procedura penale a seguito dell'accertamento di violazione strutturale ai sensi dell'art. 46 CEDU, la modifica dell'art. 111 Cost., attuata in relazione alle sentenze della Corte europea che avevano rilevato violazioni delle garanzie dell'equo processo, e infine le sentenze n. 152 e n. 371 del 1996 della Corte costituzionale, che hanno fatto seguito, rispettivamente, alle sentenze CEDU Cantafio contro Italia del 20 novembre 1995 e Ferrantelli/Santangelo contro Italia del 7 agosto 1996.

8.4. – In merito all'odierna questione, la difesa della parte privata osserva che la tutela del diritto di proprietà prevista nell'art. 1 del primo Protocollo non differisce nel contenuto

dalla tutela apprestata dall'art. 42 Cost., posto che entrambe le norme richiedono un giusto bilanciamento tra interessi del singolo e interesse della comunità.

Secondo la parte costituita, la necessità di un «giusto equilibrio» porta alla conclusione per cui «ogni volta che venga sacrificato il diritto e l'interesse di un singolo per la realizzazione di una singola opera pubblica e/o di pubblica utilità, l'indennizzo deve essere pari al valore venale integrale del bene, mentre è soltanto nei casi eccezionali, in cui la privazione della proprietà riguardi una serie indeterminata di soggetti e sia volta ad attuare fondamentali riforme politiche, economiche e/o sociali, che l'indennizzo potrebbe, se del caso, essere inferiore all'integrale valore venale del bene, fermo restando che, anche in questi casi, l'indennizzo deve sempre e comunque essere in ragionevole collegamento con detto valore».

Dunque, a parere della parte privata, l'integrale compensazione della perdita subita dal proprietario sarebbe perfettamente compatibile con il principio contenuto nell'art. 42 Cost., come dimostrerebbe la circostanza che il criterio seguito fino al 1992 è stato quello previsto dall'art. 39 della legge n. 2359 del 1865, che fa riferimento al valore di mercato, con l'unica eccezione costituita dalla legge 15 gennaio 1885, n. 2892 (Risanamento della città di Napoli). Peraltro, si sarebbe trattato di un'eccezione solo apparente, poiché la legge n. 2892 del 1885 riguardava essenzialmente l'espropriazione di edifici, sicché l'indennità era determinata «sulla media del valore venale e dei fitti coacervati dell'ultimo decennio, purché essi abbiano data certa corrispondente al rispettivo anno di locazione», ed era assistita da una logica legata alla contingente situazione della città di Napoli (fabbricati di scarso valore perché degradati, che però producevano un reddito alto per la condizione di sovraffollamento e di canoni elevati). Il criterio ivi previsto non conduceva, pertanto, a risultati penalizzanti per gli espropriati, i quali, se si fosse applicato il criterio generale del valore venale, avrebbero percepito un'indennità minore.

Il criterio previsto nel censurato art. 5-bis, invece, non attuerebbe «il necessario ed imprescindibile giusto equilibrio tra il diritto umano del singolo e l'interesse della collettività», assumendo, pertanto, un «carattere sostanzialmente “punitivo”».

9. – Con ordinanza depositata il 19 ottobre 2006 (r.o. n. 2 del 2007), la Corte di cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 5-bis del decreto-legge n. 333 del 1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359 del 1992, per violazione dell'art. 111, primo e secondo comma, Cost., in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ed all'art. 1 del primo Protocollo della Convenzione stessa, nonché dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione al citato art. 1 del primo Protocollo.

La norma è oggetto di censura nella parte in cui, ai fini della determinazione dell'indennità di espropriazione dei suoli edificabili, prevede il criterio di calcolo fondato sulla media tra il valore dei beni e il reddito dominicale rivalutato, disponendone altresì l'applicazione ai giudizi in corso alla data dell'entrata in vigore della legge n. 359 del 1992.

9.1. – Nel giudizio a quo, la parte privata M.T.G., già proprietaria di terreni siti nel comune di Ceprano, occupati nel 1980 ed espropriati nel 1984, ha proposto ricorso avverso la sentenza definitiva della Corte d'appello di Roma del 22 novembre-18 dicembre 2000,

censurando la quantificazione dell'indennità di espropriazione, determinata ai sensi dell'art. 5-bis, nonché il rigetto della domanda di liquidazione degli interessi legali e della rivalutazione monetaria. La ricorrente chiede la disapplicazione del citato art. 5-bis, per contrasto con gli artt. 1 del primo Protocollo e 6 CEDU, oltre ad invocare il mutamento dell'orientamento giurisprudenziale nel senso della qualificazione dell'indennità di espropriazione come credito di valore anziché di valuta. Avverso la medesima sentenza ha proposto ricorso incidentale il Comune di Ceprano, il quale lamenta, in via principale ed assorbente, che la Corte di merito ha rideterminato l'indennità di espropriazione, in senso favorevole alla parte ricorrente, dopo che la stessa Corte, con la sentenza non definitiva del 28 gennaio 1991, aveva respinto la domanda di risarcimento danni per l'occupazione dei suoli e su tale rigetto si era formato il giudicato. Il ricorso incidentale censura altresì la mancata applicazione dell'art. 16 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 504 (Riordino della finanza degli enti territoriali, a norma dell'articolo 4 della legge 23 ottobre 1992, n. 421), in luogo dell'art. 5-bis, ai fini della determinazione dell'indennità di espropriazione.

Con successiva memoria, la parte ricorrente in via principale ha formulato, subordinatamente al mancato accoglimento della richiesta di disapplicazione, eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 5-bis, per violazione degli artt. 2, 10, 11, 42, 97, 111 e 117 Cost., in relazione all'art. 1 del primo Protocollo e all'art. 6 CEDU.

9.2. – Il giudice a quo procede preliminarmente alla delibazione del motivo di ricorso incidentale relativo all'inammissibilità della opposizione alla indennità, e ciò in quanto l'eventuale suo accoglimento comporterebbe l'inapplicabilità dell'art. 5-bis nel giudizio in corso. Superato il profilo preliminare, nel senso della infondatezza del motivo di impugnazione, è esaminata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5-bis, come eccepita dalla parte ricorrente.

Il percorso argomentativo, in esito al quale la Cassazione solleva la questione nei termini indicati in premessa, è peraltro in tutto identico a quello sviluppato nell'ordinanza r.o. n. 681 del 2006, e dunque può rinviarsi a quanto esposto nel paragrafo 5.

9.3. – Avuto riguardo alla rilevanza della questione, il giudice a quo precisa che, essendo incontestata la natura edificabile delle aree espropriate, nel giudizio principale trova applicazione, *ratione temporis*, la norma contenuta nell'art. 5-bis, e non l'art. 37 del d.P.R. n. 327 del 2001, pure richiamato dalla parte ricorrente, il quale risulta applicabile ai soli giudizi iniziati dopo il 1° luglio 2003. Il giudizio di opposizione alla stima è stato introdotto nel 1987, in esito al procedimento espropriativo iniziato nel 1980. Il riferimento temporale risulta decisivo, a parere della Corte rimettente, ai fini della rilevanza del denunciato contrasto dell'art. 5-bis con l'art. 111 Cost, in relazione all'art. 6 CEDU. L'applicazione retroattiva del relativo criterio di determinazione dell'indennità avrebbe comportato, nel caso di specie, l'alterazione della condizione di parità delle parti nel processo, a favore dell'espropriante, e dunque la lesione dell'affidamento della parte privata, la quale si era risolta a proporre il giudizio confidando nell'applicazione delle più favorevoli regole allora vigenti.

10. – È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, il quale ha concluso per la non fondatezza delle

questioni, svolgendo considerazioni del tutto coincidenti con quelle sviluppate nei giudizi promossi con le ordinanze del 29 maggio 2006 (r.o. n. 402 del 2006) e del 19 ottobre 2006 (r.o. n. 681 del 2006) della Corte di cassazione. Si rinvia, pertanto, a quanto esposto nel paragrafo 2.

11. – Con memoria depositata il 25 gennaio 2007 si è costituita M.T.G., ricorrente principale nel giudizio a quo, la quale ha concluso per la declaratoria di inammissibilità delle questioni ed in subordine per l'accoglimento delle stesse, con conseguente declaratoria di illegittimità costituzionale della norma censurata.

La memoria della parte privata è in tutto coincidente con quella depositata nel giudizio di cui al r.o. n. 681 del 2006, e pertanto si rinvia a quanto esposto nel paragrafo 7.

12. – In data 20 giugno 2007 la stessa M.T.G. ha depositato una memoria integrativa, con allegata documentazione.

Nella memoria si contestano il contenuto dell'atto di costituzione della Presidenza del Consiglio dei ministri e le conclusioni ivi raggiunte, nel senso della infondatezza delle questioni poste dalla Corte rimettente, e sono svolti ulteriori argomenti a sostegno delle conclusioni già rassegnate nel proprio atto di costituzione.

La memoria propone, in maniera pressoché identica, le argomentazioni svolte nell'omologo atto depositato dalla parte privata A.C. nel giudizio di cui al r.o. n. 681 del 2006, e pertanto si rinvia a quanto esposto nel paragrafo 8.

Viene segnalata, inoltre, la sproporzione ancor più grave che si produrrebbe, a carico dei proprietari espropriati, per effetto dell'applicazione nel caso di specie del criterio indennitario contenuto nell'art. 5-bis, trattandosi di suoli espropriati per essere destinati a fini di edilizia residenziale pubblica. In virtù della legge 17 febbraio 1992, n. 179 (Norme per l'edilizia residenziale pubblica), antecedente all'introduzione dell'art. 5-bis, gli assegnatari di alloggi di edilizia residenziale pubblica possono liberamente cedere tali alloggi a terzi, a qualunque prezzo, dopo che siano trascorsi cinque anni dall'assegnazione. Ciò fa sì che il depauperamento subito dal proprietario del suolo oggetto di espropriazione vada a beneficio di altri privati, rientrando gli immobili ivi edificati nel mercato delle libere contrattazioni dopo cinque anni dall'assegnazione, con la conseguenza di rendere ancor più inaccettabile, perché ingiustificato, il criterio indennitario previsto dalla norma censurata.

Considerato in diritto

1. – Con tre distinte ordinanze la Corte di cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 5-bis del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica), convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359, per violazione dell'art. 111, primo e secondo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, cui è stata data esecuzione con la legge 4 agosto 1955, n. 848 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952), ed all'art. 1 del primo Protocollo della Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952, nonché

dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione ai citati artt. 6 CEDU e 1 del primo Protocollo.

La norma è oggetto di censura nella parte in cui, ai fini della determinazione dell'indennità di espropriazione dei suoli edificabili, prevede il criterio di calcolo fondato sulla media tra il valore dei beni e il reddito dominicale rivalutato, disponendone altresì l'applicazione ai giudizi in corso alla data dell'entrata in vigore della legge n. 359 del 1992.

2. – I giudizi, per l'identità dell'oggetto e dei parametri costituzionali evocati, possono essere riuniti e decisi con la medesima sentenza.

3. – Preliminarmente, occorre valutare la ricostruzione, prospettata dalla parte privata A.C., dei rapporti tra sistema CEDU, obblighi derivanti dalle asserite violazioni strutturali accertate con sentenze definitive della Corte europea e giudici nazionali.

3.1. – Secondo la suddetta parte privata, il contrasto, ove accertato, tra norme interne e sistema CEDU dovrebbe essere risolto con la disapplicazione delle prime da parte del giudice comune. Viene richiamato, in proposito, il Protocollo n. 11 della Convenzione EDU, reso esecutivo in Italia con la legge 28 agosto 1997, n. 296 (Ratifica ed esecuzione del protocollo n. 11 alla convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, recante ristrutturazione del meccanismo di controllo stabilito dalla convenzione, fatto a Strasburgo l'11 maggio 1994). L'art. 34 di tale Protocollo prevede la possibilità di ricorsi individuali diretti alla Corte europea da parte dei cittadini degli Stati contraenti, mentre, con l'art. 46, gli stessi Stati si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie delle quali sono parti.

Sono parimenti invocate la Risoluzione 1226 (2000) dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa, con la quale le Alte Parti contraenti sono invitate ad adottare le misure necessarie per dare esecuzione alle sentenze definitive della Corte di Strasburgo, la Risoluzione Res(2004)3 del 12 maggio 2004 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, relativa alle sentenze che accertano un problema strutturale sottostante alla violazione, la Raccomandazione Rec(2004)5, di pari data, del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, relativa alla verifica di conformità dei progetti di legge, delle leggi vigenti e della prassi amministrativa agli standard stabiliti dalla Convenzione, nonché la Raccomandazione Rec(2004)6, di pari data, con cui il Comitato dei ministri ha ribadito che gli Stati contraenti, a seguito delle sentenze della Corte che individuano carenze di carattere strutturale o generale dell'ordinamento normativo o delle prassi nazionali applicative, sono tenuti a rivedere l'efficacia dei rimedi interni esistenti e, se necessario, ad instaurare validi rimedi, al fine di evitare che la Corte venga adita per casi ripetitivi.

3.2. – La prospettata ricostruzione funge da premessa alla richiesta, avanzata dalla predetta parte privata, che la questione sia dichiarata inammissibile, posto che i giudici comuni avrebbero il dovere di disapplicare le norme interne che la Corte europea abbia ritenuto essere causa di violazione strutturale della Convenzione.

3.3. – L'eccezione di inammissibilità non può essere accolta.

Questa Corte ha chiarito come le norme comunitarie «debbano avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di ricezione e adattamento, come atti aventi forza e valore di legge in ogni Paese della

Comunità, sì da entrare ovunque contemporaneamente in vigore e conseguire applicazione eguale ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari» (sentenze n. 183 del 1973 e n. 170 del 1984). Il fondamento costituzionale di tale efficacia diretta è stato individuato nell'art. 11 Cost., nella parte in cui consente le limitazioni della sovranità nazionale necessarie per promuovere e favorire le organizzazioni internazionali rivolte ad assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni.

Il riferito indirizzo giurisprudenziale non riguarda le norme CEDU, giacché questa Corte aveva escluso, già prima di sancire la diretta applicabilità delle norme comunitarie nell'ordinamento interno, che potesse venire in considerazione, a proposito delle prime, l'art. 11 Cost. «non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme pattizie in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale» (sentenza n. 188 del 1980). La distinzione tra le norme CEDU e le norme comunitarie deve essere ribadita nel presente procedimento nei termini stabiliti dalla pregressa giurisprudenza di questa Corte, nel senso che le prime, pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto.

L'art. 117, primo comma, Cost., nel testo introdotto nel 2001 con la riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione, ha confermato il precitato orientamento giurisprudenziale di questa Corte. La disposizione costituzionale ora richiamata distingue infatti, in modo significativo, i vincoli derivanti dall'«ordinamento comunitario» da quelli riconducibili agli «obblighi internazionali».

Si tratta di una differenza non soltanto terminologica, ma anche sostanziale.

Con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un «ordinamento» più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità, anche in riferimento al potere legislativo, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi, con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione.

La Convenzione EDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale – pur con le caratteristiche peculiari che saranno esaminate più avanti – da cui derivano «obblighi» per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema più vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, omisso medio, per tutte le autorità interne degli Stati membri.

Correttamente il giudice a quo ha escluso di poter risolvere il dedotto contrasto della norma censurata con una norma CEDU, come interpretata dalla Corte di Strasburgo, procedendo egli stesso a disapplicare la norma interna asseritamente non compatibile con la seconda. Le Risoluzioni e Raccomandazioni citate dalla parte interveniente si indirizzano agli Stati contraenti e non possono né vincolare questa Corte, né dare fondamento alla tesi della diretta applicabilità delle norme CEDU ai rapporti giuridici interni.

3.4. – Si condivide anche l'esclusione – argomentata nelle ordinanze di rimessione – delle norme CEDU, in quanto norme pattizie, dall'ambito di operatività dell'art. 10, primo comma, Cost., in conformità alla costante giurisprudenza di questa Corte sul punto. La citata disposizione costituzionale, con l'espressione «norme del diritto internazionale generalmente riconosciute», si riferisce soltanto alle norme consuetudinarie e dispone l'adattamento automatico, rispetto alle stesse, dell'ordinamento giuridico italiano. Le norme pattizie, ancorché generali, contenute in trattati internazionali bilaterali o multilaterali, esulano pertanto dalla portata normativa del suddetto art. 10. Di questa categoria fa parte la CEDU, con la conseguente «impossibilità di assumere le relative norme quali parametri del giudizio di legittimità costituzionale, di per sé sole (sentenza n. 188 del 1980), ovvero come norme interposte ex art. 10 della Costituzione» (ordinanza n. 143 del 1993; conformi, ex plurimis, sentenze n. 153 del 1987, n. 168 del 1994, n. 288 del 1997, n. 32 del 1999, ed ordinanza n. 464 del 2005).

4. – La questione di legittimità costituzionale dell'art. 5-bis del decreto-legge n. 333 del 1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359 del 1992, sollevata in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., è fondata.

4.1. – La questione, così come proposta dal giudice rimettente, si incentra sul presunto contrasto tra la norma censurata e l'art. 1 del primo Protocollo della CEDU, quale interpretato dalla Corte europea per i diritti dell'uomo, in quanto i criteri di calcolo per determinare l'indennizzo dovuto ai proprietari di aree edificabili espropriate per motivi di pubblico interesse condurrebbero alla corresponsione di somme non congruamente proporzionate al valore dei beni oggetto di ablazione.

Il parametro evocato negli atti introduttivi del presente giudizio è l'art. 117, primo comma, Cost., nel testo introdotto dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione). Il giudice rimettente ricorda infatti che la stessa norma ora censurata è già stata oggetto di scrutinio di costituzionalità da parte di questa Corte, che ha rigettato la questione di legittimità costituzionale, allora proposta in relazione agli artt. 3, 24, 42, 53, 71, 72, 113 e 117 Cost. (sentenza n. 283 del 1993). La sentenza citata è stata successivamente confermata da altre pronunce di questa Corte del medesimo tenore. Il rimettente non chiede oggi alla Corte costituzionale di modificare la propria consolidata giurisprudenza nella materia de qua, ma mette in rilievo che il testo riformato dell'art. 117, primo comma, Cost., renderebbe necessaria una nuova valutazione della norma censurata in relazione a questo parametro, non esistente nel periodo in cui la pregressa giurisprudenza costituzionale si è formata.

4.2. – Impostata in tal modo la questione da parte del rimettente, è in primo luogo necessario riconsiderare la posizione e il ruolo delle norme della CEDU, allo scopo di verificare, alla luce della nuova disposizione costituzionale, la loro incidenza sull'ordinamento giuridico italiano.

L'art. 117, primo comma, Cost. condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni al rispetto degli obblighi internazionali, tra i quali indubbiamente rientrano quelli derivanti dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo. Prima della sua introduzione, l'inserimento delle norme internazionali pattizie nel sistema delle fonti del

diritto italiano era tradizionalmente affidato, dalla dottrina prevalente e dalla stessa Corte costituzionale, alla legge di adattamento, avente normalmente rango di legge ordinaria e quindi potenzialmente modificabile da altre leggi ordinarie successive. Da tale collocazione derivava, come naturale corollario, che le stesse norme non potevano essere assunte quali parametri del giudizio di legittimità costituzionale (ex plurimis, sentenze n. 188 del 1980, n. 315 del 1990, n. 388 del 1999).

4.3. – Rimanevano notevoli margini di incertezza, dovuti alla difficile individuazione del rango delle norme CEDU, che da una parte si muovevano nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali delle persone, e quindi integravano l'attuazione di valori e principi fondamentali protetti dalla stessa Costituzione italiana, ma dall'altra mantenevano la veste formale di semplici fonti di grado primario. Anche a voler escludere che il legislatore potesse modificarle o abrogarle a piacimento, in quanto fonti atipiche (secondo quanto affermato nella sentenza n. 10 del 1993 di questa Corte, non seguita tuttavia da altre pronunce dello stesso tenore), restava il problema degli effetti giuridici di una possibile disparità di contenuto tra le stesse ed una norma legislativa posteriore.

Tale situazione di incertezza ha spinto alcuni giudici comuni a disapplicare direttamente le norme legislative in contrasto con quelle CEDU, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo. S'è fatta strada in talune pronunce dei giudici di merito, ma anche in parte della giurisprudenza di legittimità (Cass., sez. I, sentenza n. 6672 del 1998; Cass., sezioni unite, sentenza n. 28507 del 2005), l'idea che la specifica antinomia possa essere eliminata con i normali criteri di composizione in sistema delle fonti del diritto. In altre parole, si è creduto di poter trarre da un asserito carattere sovraordinato della fonte CEDU la conseguenza che la norma interna successiva, modificativa o abrogativa di una norma prodotta da tale fonte, fosse inefficace, per la maggior forza passiva della stessa fonte CEDU, e che tale inefficacia potesse essere la base giustificativa della sua non applicazione da parte del giudice comune.

Oggi questa Corte è chiamata a fare chiarezza su tale problematica normativa e istituzionale, avente rilevanti risvolti pratici nella prassi quotidiana degli operatori del diritto. Oltre alle considerazioni che sono state svolte nel paragrafo 3.3 (per più ampi svolgimenti si rinvia alla sentenza n. 349 del 2007), si deve aggiungere che il nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost, se da una parte rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive, dall'altra attrae le stesse nella sfera di competenza di questa Corte, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale. Il giudice comune non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma CEDU, poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi.

Ogni argomentazione atta ad introdurre nella pratica, anche in modo indiretto, una sorta di "adattamento automatico", sul modello dell'art. 10, primo comma, Cost., si pone comunque in contrasto con il sistema delineato dalla Costituzione italiana – di cui s'è detto

al paragrafo 3.4 – e più volte ribadito da questa Corte, secondo cui l'effetto previsto nella citata norma costituzionale non riguarda le norme pattizie (ex plurimis, sentenze n. 32 del 1960, n. 323 del 1989, n. 15 del 1996).

4.4. – Escluso che l'art. 117, primo comma, Cost., nel nuovo testo, possa essere ritenuto una mera riproduzione in altra forma di norme costituzionali preesistenti (in particolare gli artt. 10 e 11), si deve pure escludere che lo stesso sia da considerarsi operante soltanto nell'ambito dei rapporti tra lo Stato e le Regioni. L'utilizzazione del criterio interpretativo sistematico, isolato dagli altri e soprattutto in contrasto con lo stesso enunciato normativo, non è sufficiente a circoscrivere l'effetto condizionante degli obblighi internazionali, rispetto alla legislazione statale, soltanto al sistema dei rapporti con la potestà legislativa regionale. Il dovere di rispettare gli obblighi internazionali incide globalmente e univocamente sul contenuto della legge statale; la validità di quest'ultima non può mutare a seconda che la si consideri ai fini della delimitazione delle sfere di competenza legislativa di Stato e Regioni o che invece la si prenda in esame nella sua potenzialità normativa generale. La legge – e le norme in essa contenute – è sempre la stessa e deve ricevere un'interpretazione uniforme, nei limiti in cui gli strumenti istituzionali predisposti per l'applicazione del diritto consentono di raggiungere tale obiettivo.

Del resto, anche se si restringesse la portata normativa dell'art. 117, primo comma, Cost. esclusivamente all'interno del sistema dei rapporti tra potestà legislativa statale e regionale configurato dal titolo V della parte seconda della Costituzione, non si potrebbe negare che esso vale comunque a vincolare la potestà legislativa dello Stato sia nelle materie indicate dal secondo comma del medesimo articolo, di competenza esclusiva statale, sia in quelle indicate dal terzo comma, di competenza concorrente. Poiché, dopo la riforma del titolo V, lo Stato possiede competenza legislativa esclusiva o concorrente soltanto nelle materie elencate dal secondo e dal terzo comma, rimanendo ricomprese tutte le altre nella competenza residuale delle Regioni, l'operatività del primo comma dell'art. 117, anche se considerata solo all'interno del titolo V, si estenderebbe ad ogni tipo di potestà legislativa, statale o regionale che sia, indipendentemente dalla sua collocazione.

4.5. – La struttura della norma costituzionale, rispetto alla quale è stata sollevata la presente questione, si presenta simile a quella di altre norme costituzionali, che sviluppano la loro concreta operatività solo se poste in stretto collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, destinate a dare contenuti ad un parametro che si limita ad enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere. Le norme necessarie a tale scopo sono di rango subordinato alla Costituzione, ma intermedio tra questa e la legge ordinaria. A prescindere dall'utilizzazione, per indicare tale tipo di norme, dell'espressione “fonti interposte”, ricorrente in dottrina ed in una nutrita serie di pronunce di questa Corte (ex plurimis, sentenze n. 101 del 1989, n. 85 del 1990, n. 4 del 2000, n. 533 del 2002, n. 108 del 2005, n. 12 del 2006, n. 269 del 2007), ma di cui viene talvolta contestata l'idoneità a designare una categoria unitaria, si deve riconoscere che il parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost. diventa concretamente operativo solo se vengono determinati quali siano gli “obblighi internazionali” che vincolano la potestà legislativa dello Stato e delle Regioni. Nel caso specifico sottoposto alla valutazione

di questa Corte, il parametro viene integrato e reso operativo dalle norme della CEDU, la cui funzione è quindi di concretizzare nella fattispecie la consistenza degli obblighi internazionali dello Stato.

4.6. – La CEDU presenta, rispetto agli altri trattati internazionali, la caratteristica peculiare di aver previsto la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, cui è affidata la funzione di interpretare le norme della Convenzione stessa. Difatti l'art. 32, paragrafo 1, stabilisce: «La competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa alle condizioni previste negli articoli 33, 34 e 47».

Poiché le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo, la naturale conseguenza che deriva dall'art. 32, paragrafo 1, della Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione. Non si può parlare quindi di una competenza giurisdizionale che si sovrappone a quella degli organi giudiziari dello Stato italiano, ma di una funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea, contribuendo con ciò a precisare i loro obblighi internazionali nella specifica materia.

4.7. – Quanto detto sinora non significa che le norme della CEDU, quali interpretate dalla Corte di Strasburgo, acquistano la forza delle norme costituzionali e sono perciò immuni dal controllo di legittimità costituzionale di questa Corte. Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione. La particolare natura delle stesse norme, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali (ex plurimis, sentenze n. 183 del 1973, n. 170 del 1984, n. 168 del 1991, n. 73 del 2001, n. 454 del 2006) o dei principi supremi (ex plurimis, sentenze n. 30 e n. 31 del 1971, n. 12 e n. 195 del 1972, n. 175 del 1973, n. 1 del 1977, n. 16 del 1978, n. 16 e n. 18 del 1982, n. 203 del 1989), ma debba estendersi ad ogni profilo di contrasto tra le “norme interposte” e quelle costituzionali.

L'esigenza che le norme che integrano il parametro di costituzionalità siano esse stesse conformi alla Costituzione è assoluta e inderogabile, per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione. In occasione di ogni questione nascente da pretesi contrasti tra norme interposte e norme legislative interne, occorre verificare congiuntamente la conformità a Costituzione di entrambe e precisamente la compatibilità della norma interposta con la Costituzione e la legittimità della norma censurata rispetto alla stessa norma interposta.

Nell'ipotesi di una norma interposta che risulti in contrasto con una norma costituzionale, questa Corte ha il dovere di dichiarare l'inidoneità della stessa ad integrare il parametro, provvedendo, nei modi rituali, ad espungerla dall'ordinamento giuridico italiano.

Poiché, come chiarito sopra, le norme della CEDU vivono nell'interpretazione che delle stesse viene data dalla Corte europea, la verifica di compatibilità costituzionale deve riguardare la norma come prodotto dell'interpretazione, non la disposizione in sé e per sé considerata. Si deve peraltro escludere che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali. Tale controllo deve sempre ispirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali, quale imposto dall'art. 117, primo comma, Cost., e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti contenuta in altri articoli della Costituzione.

In sintesi, la completa operatività delle norme interposte deve superare il vaglio della loro compatibilità con l'ordinamento costituzionale italiano, che non può essere modificato da fonti esterne, specie se queste non derivano da organizzazioni internazionali rispetto alle quali siano state accettate limitazioni di sovranità come quelle previste dall'art. 11 della Costituzione.

5. – Alla luce dei principi metodologici illustrati sino a questo punto, lo scrutinio di legittimità costituzionale chiesto dalla Corte rimettente deve essere condotto in modo da verificare: a) se effettivamente vi sia contrasto non risolvibile in via interpretativa tra la norma censurata e le norme della CEDU, come interpretate dalla Corte europea ed assunte come fonti integratrici del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, primo comma, Cost.; b) se le norme della CEDU invocate come integrazione del parametro, nell'interpretazione ad esse data dalla medesima Corte, siano compatibili con l'ordinamento costituzionale italiano.

5.1. – L'art. 5-bis del decreto-legge n. 333 del 1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359 del 1992, prescrive, al primo comma, i criteri di calcolo dell'indennità di espropriazione per pubblica utilità delle aree edificabili, che consistono nell'applicazione dell'art. 13, terzo comma, della legge 15 gennaio 1885, n. 2892 (Risanamento della città di Napoli), «sostituendo in ogni caso ai fitti coacervati dell'ultimo decennio il reddito dominicale rivalutato di cui agli articoli 24 e seguenti del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917». L'importo così determinato è ridotto del 40 per cento. Il secondo comma aggiunge che, in caso di cessione volontaria del bene da parte dell'espropriato, non si applica la riduzione di cui sopra.

La norma censurata è stata oggetto di questione di legittimità costituzionale, definita con la sentenza n. 283 del 1993.

Nel dichiarare non fondata la questione, questa Corte ha richiamato la sua pregressa giurisprudenza, consolidatasi negli anni, sul concetto di «serio ristoro», particolarmente illustrato nella sentenza n. 5 del 1980. Quest'ultima pronuncia ha stabilito che «l'indennizzo assicurato all'espropriato dall'art. 42, comma terzo, Cost., se non deve costituire una integrale riparazione della perdita subita – in quanto occorre coordinare il diritto del privato con l'interesse generale che l'espropriazione mira a realizzare – non può essere, tuttavia, fissato in una misura irrisoria o meramente simbolica ma deve rappresentare un serio ristoro. Perché ciò possa realizzarsi, occorre far riferimento, per la determinazione dell'indennizzo, al valore del bene in relazione alle sue caratteristiche essenziali, fatte palesi dalla potenziale utilizzazione economica di esso, secondo legge. Solo in tal modo può

assicurarsi la congruità del ristoro spettante all'espropriato ed evitare che esso sia meramente apparente o irrisorio rispetto al valore del bene».

Il principio del serio ristoro è violato, secondo tale pronuncia, quando, «per la determinazione dell'indennità, non si considerino le caratteristiche del bene da espropriare ma si adotti un diverso criterio che prescindano dal valore di esso».

5.2. – L'effetto della sentenza da ultimo richiamata (e della successiva n. 223 del 1983) è stato quello di rendere nuovamente applicabile il criterio del valore venale, quale previsto dall'art. 39 della legge 25 giugno 1865, n. 2359 (Espropriazioni per causa di utilità pubblica) sino all'introduzione, nel 1992, della norma censurata.

A proposito di quest'ultima, la Corte, con la già ricordata sentenza n. 283 del 1993, ha confermato il principio del serio ristoro, precisando che, da una parte, l'art. 42 Cost. «non garantisce all'espropriato il diritto ad un'indennità esattamente commisurata al valore venale del bene e, dall'altra, l'indennità stessa non può essere (in negativo) meramente simbolica od irrisoria, ma deve essere (in positivo) congrua, seria, adeguata».

Posto che, in conformità all'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, deve essere esclusa «una valutazione del tutto astratta in quanto sganciata dalle caratteristiche essenziali del bene abitato», questa Corte ha ritenuto ammissibili criteri «mediati», lasciando alla discrezionalità del legislatore l'individuazione dei parametri concorrenti con quello del valore venale. La Corte stessa ha tenuto a precisare che la «mediazione tra l'interesse generale sotteso all'espropriazione e l'interesse privato, espresso dalla proprietà privata, non può fissarsi in un indefettibile e rigido criterio quantitativo, ma risente sia del contesto complessivo in cui storicamente si colloca, sia dello specifico che connota il procedimento espropriativo, non essendo il legislatore vincolato ad individuare un unico criterio di determinazione dell'indennità, valido in ogni fattispecie espropriativa».

Come emerge chiaramente dalla citata pronuncia, questa Corte, accanto al criterio del serio ristoro – che esclude la pura e semplice identificazione dell'indennità espropriativa con il valore venale del bene – ha pure riconosciuto la relatività sincronica e diacronica dei criteri di determinazione adottabili dal legislatore. In altri termini, l'adeguatezza dei criteri di calcolo deve essere valutata nel contesto storico, istituzionale e giuridico esistente al momento del giudizio. Né il criterio del valore venale (pur rimasto in vigore dal 1983 al 1992), né alcuno dei criteri «mediati» prescelti dal legislatore possono avere i caratteri dell'assolutezza e della definitività. La loro collocazione nel sistema e la loro compatibilità con i parametri costituzionali subiscono variazioni legate al decorso del tempo o al mutamento del contesto istituzionale e normativo, che non possono restare senza conseguenze nello scrutinio di costituzionalità della norma che li contiene.

La Corte ha concluso affermando: «anche un contesto complessivo che risulti caratterizzato da una sfavorevole congiuntura economica – che il legislatore mira a contrastare con un'ampia manovra economico-finanziaria – può conferire un diverso peso ai confliggenti interessi oggetto del bilanciamento legislativo. Questa essenziale relatività dei valori in giuoco impone una verifica settoriale e legata al contesto di riferimento nel momento in cui si pone il raffronto tra il risultato del bilanciamento operato dal legislatore con la scelta di

un determinato criterio “mediato” ed il canone di adeguatezza dell'indennità ex art. 42, comma 3, della Costituzione».

5.3. – La Corte rimettente ha posto in evidenza proprio la relatività delle valutazioni, che richiede di verificare nel tempo e nello spazio normativo il punto di equilibrio tra i contrastanti interessi costituzionalmente protetti. Si impongono pertanto due distinti approfondimenti: a) l'incidenza del mutato quadro normativo sulla compatibilità della norma censurata con la tutela del diritto di proprietà; b) il legame tra la contingente situazione storica (economica e finanziaria) esistente al momento della sentenza n. 283 del 1993 e l'esito del giudizio di legittimità costituzionale sulla stessa norma.

5.4. – Sul primo punto, si deve rilevare che l'art. 1 del primo Protocollo della CEDU è stato oggetto di una progressiva focalizzazione interpretativa da parte della Corte di Strasburgo, che ha attribuito alla disposizione un contenuto ed una portata ritenuti dalla stessa Corte incompatibili con la disciplina italiana dell'indennità di espropriazione.

In esito ad una lunga evoluzione giurisprudenziale, la Grande Chambre, con la decisione del 29 marzo 2006, nella causa Scordino contro Italia, ha fissato alcuni principi generali: a) un atto della autorità pubblica, che incide sul diritto di proprietà, deve realizzare un giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali degli individui (punto 93); b) nel controllare il rispetto di questo equilibrio, la Corte riconosce allo Stato «un ampio margine di apprezzamento», tanto per scegliere le modalità di attuazione, quanto per giudicare se le loro conseguenze trovano legittimazione, nell'interesse generale, dalla necessità di raggiungere l'obiettivo della legge che sta alla base dell'espropriazione (punto 94); c) l'indennizzo non è legittimo, se non consiste in una somma che si ponga «in rapporto ragionevole con il valore del bene»; se da una parte la mancanza totale di indennizzo è giustificabile solo in circostanze eccezionali, dall'altra non è sempre garantita dalla CEDU una riparazione integrale (punto 95); d) in caso di «espropriazione isolata», pur se a fini di pubblica utilità, solo una riparazione integrale può essere considerata in rapporto ragionevole con il valore del bene (punto 96); e) «obiettivi legittimi di utilità pubblica, come quelli perseguiti da misure di riforma economica o di giustizia sociale possono giustificare un indennizzo inferiore al valore di mercato effettivo» (punto 97).

Poiché i criteri di calcolo dell'indennità di espropriazione previsti dalla legge italiana porterebbero alla corresponsione, in tutti i casi, di una somma largamente inferiore al valore di mercato (o venale), la Corte europea ha dichiarato che l'Italia ha il dovere di porre fine ad una violazione sistematica e strutturale dell'art. 1 del primo Protocollo della CEDU, anche allo scopo di evitare ulteriori condanne dello Stato italiano in un numero rilevante di controversie seriali pendenti davanti alla Corte medesima.

5.5. – Per stabilire se e in quale misura la suddetta pronuncia della Corte europea incide nell'ordinamento giuridico italiano, occorre esaminare analiticamente il criterio di calcolo dell'indennità di espropriazione previsto dalla norma censurata.

L'indennità dovuta al proprietario espropriato, secondo la citata norma, è pari alla media del valore venale del bene e del reddito dominicale rivalutato riferito all'ultimo decennio, con un'ulteriore sottrazione del 40 per cento dalla cifra così ottenuta.

Si deve, in primo luogo, osservare che è stato modificato l'originario criterio previsto dalla legge n. 2892 del 1885, che, essendo mirata al risanamento di una grande città, prevedeva coerentemente il ricorso, ai fini della media, alla somma risultante dai «fitti coacervati» dell'ultimo decennio. C'era l'evidente e dichiarata finalità di indennizzare i proprietari di fabbricati ricadenti nell'area urbana, tenendo conto che gli stessi erano per lo più degradati, ma densamente abitati da inquilini che pagavano alti canoni di locazione. Si intendeva, in tal modo, indennizzare i proprietari per il venir meno di un reddito concreto costituito dai fitti che gli stessi percepivano. L'indennizzo così calcolato poteva essere anche più alto del valore venale del bene in sé e per sé considerato.

La sostituzione dei fitti coacervati con il reddito dominicale ha spostato verso il basso l'indennità rispetto a quella prevista dalla legge per il risanamento di Napoli, con il risultato pratico che, nella generalità dei casi, la somma ottenuta in base alla media prevista dalla legge è di circa il 50 per cento del valore venale del bene. A ciò si aggiunge l'ulteriore decurtazione del 40 per cento, evitabile solo con la cessione volontaria del bene.

5.6. – Sia la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana sia quella della Corte europea concordano nel ritenere che il punto di riferimento per determinare l'indennità di espropriazione deve essere il valore di mercato (o venale) del bene abitato. V'è pure concordanza di principio – al di là delle diverse espressioni linguistiche impiegate – sulla non coincidenza necessaria tra valore di mercato e indennità espropriativa, alla luce del sacrificio che può essere imposto ai proprietari di aree edificabili in vista del raggiungimento di fini di pubblica utilità.

Rispetto alla pregressa giurisprudenza di questa Corte, si deve rilevare un apparente contrasto tra le sentenze di rigetto (principalmente la n. 283 del 1993) sulle questioni riguardanti la norma oggi nuovamente censurata e la netta presa di posizione della Corte di Strasburgo circa l'incompatibilità dei criteri di computo previsti in tale norma e l'art. 1 del primo Protocollo della CEDU.

In realtà, come rilevato, questa Corte – nel dichiarare non fondata la questione relativa all'art. 5-bis del decreto-legge n. 333 del 1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359 del 1992 – ha posto in rilievo il carattere transitorio di tale disciplina, giustificata dalla grave congiuntura economica che il Paese stava attraversando ed ha precisato – come s'è ricordato al paragrafo 5.2 – che la valutazione sull'adeguatezza dell'indennità deve essere condotta in termini relativi, avendo riguardo al quadro storico-economico ed al contesto istituzionale.

Sotto il primo profilo, si deve notare che il criterio dichiaratamente provvisorio previsto dalla norma censurata è divenuto oggi definitivo, ad opera dell'art. 37 del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità) – non censurato *ratione temporis* dal giudice rimettente –, che contiene una norma identica, conformemente, del resto, alla sua natura di atto normativo compilativo. È venuta meno, in tal modo, una delle condizioni che avevano indotto questa Corte a ritenere la norma censurata non incompatibile con la Costituzione. Né si può ritenere che una «sfavorevole congiuntura economica» possa andare avanti all'infinito, conferendo *sine die* alla legislazione una condizione di

eccezionalità che, se troppo prolungata nel tempo, perde tale natura ed entra in contraddizione con la sua stessa premessa. Se problemi rilevanti di equilibrio della finanza pubblica permangono anche al giorno d'oggi – e non si prevede che potranno essere definitivamente risolti nel breve periodo – essi non hanno il carattere straordinario ed acuto della situazione dei conti pubblici verificatasi nel 1992, che indusse Parlamento e Governo ad adottare misure di salvataggio drastiche e successivamente non replicate.

Un'indennità «congrua, seria ed adeguata» (come precisato dalla sentenza n. 283 del 1993) non può adottare il valore di mercato del bene come mero punto di partenza per calcoli successivi che si avvalgono di elementi del tutto sganciati da tale dato, concepiti in modo tale da lasciare alle spalle la valutazione iniziale, per attingere risultati marcatamente lontani da essa. Mentre il reddito dominicale mantiene un sia pur flebile legame con il valore di mercato (con il risultato pratico però di dimezzare, il più delle volte, l'indennità), l'ulteriore detrazione del 40 per cento è priva di qualsiasi riferimento, non puramente aritmetico, al valore del bene. D'altronde tale decurtazione viene esclusa in caso di cessione volontaria e quindi risulta essere non un criterio, per quanto “mediato”, di valutazione del bene, ma l'effetto di un comportamento dell'espropriato.

5.7. – Da quanto sinora detto si deve trarre la conclusione che la norma censurata – la quale prevede un'indennità oscillante, nella pratica, tra il 50 ed il 30 per cento del valore di mercato del bene – non supera il controllo di costituzionalità in rapporto al «ragionevole legame» con il valore venale, prescritto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e coerente, del resto, con il «serio ristoro» richiesto dalla giurisprudenza consolidata di questa Corte. La suddetta indennità è inferiore alla soglia minima accettabile di riparazione dovuta ai proprietari espropriati, anche in considerazione del fatto che la pur ridotta somma spettante ai proprietari viene ulteriormente falciata dall'imposizione fiscale, la quale – come rileva il rimettente – si attesta su valori di circa il 20 per cento. Il legittimo sacrificio che può essere imposto in nome dell'interesse pubblico non può giungere sino alla pratica vanificazione dell'oggetto del diritto di proprietà.

Non emergono, sulla base delle considerazioni fin qui svolte, profili di incompatibilità tra l'art. 1 del primo Protocollo della CEDU, quale interpretato dalla Corte di Strasburgo, e l'ordinamento costituzionale italiano, con particolare riferimento all'art. 42 Cost.

Si deve tuttavia riaffermare che il legislatore non ha il dovere di commisurare integralmente l'indennità di espropriazione al valore di mercato del bene ablato. L'art. 42 Cost. prescrive alla legge di riconoscere e garantire il diritto di proprietà, ma ne mette in risalto la «funzione sociale». Quest'ultima deve essere posta dal legislatore e dagli interpreti in stretta relazione all'art. 2 Cost., che richiede a tutti i cittadini l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale. Livelli troppo elevati di spesa per l'espropriazione di aree edificabili destinate ad essere utilizzate per fini di pubblico interesse potrebbero pregiudicare la tutela effettiva di diritti fondamentali previsti dalla Costituzione (salute, istruzione, casa, tra gli altri) e potrebbero essere di freno eccessivo alla realizzazione delle infrastrutture necessarie per un più efficiente esercizio dell'iniziativa economica privata.

Valuterà il legislatore se l'equilibrio tra l'interesse individuale dei proprietari e la funzione sociale della proprietà debba essere fisso e uniforme, oppure, in conformità all'orientamento della Corte europea, debba essere realizzato in modo differenziato, in rapporto alla qualità dei fini di utilità pubblica perseguiti. Certamente non sono assimilabili singoli espropri per finalità limitate a piani di esproprio volti a rendere possibili interventi programmati di riforma economica o migliori condizioni di giustizia sociale. Infatti, l'eccessivo livello della spesa per espropriazioni renderebbe impossibili o troppo onerose iniziative di questo tipo; tale effetto non deriverebbe invece da una riparazione, ancorché più consistente, per gli «espropri isolati», di cui parla la Corte di Strasburgo.

Esiste la possibilità di arrivare ad un giusto mezzo, che possa rientrare in quel «margine di apprezzamento», all'interno del quale è legittimo, secondo la costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che il singolo Stato si discosti dagli standard previsti in via generale dalle norme CEDU, così come interpretate dalle decisioni della stessa Corte. Ciò è conforme peraltro a quella «relatività dei valori» affermata, come ricordato sopra, dalla Corte costituzionale italiana. Criteri di calcolo fissi e indifferenziati rischiano di trattare allo stesso modo situazioni diverse, rispetto alle quali il bilanciamento deve essere operato dal legislatore avuto riguardo alla portata sociale delle finalità pubbliche che si vogliono perseguire, pur sempre definite e classificate dalla legge in via generale.

È inoltre evidente che i criteri per la determinazione dell'indennità di espropriazione riguardante aree edificabili devono fondarsi sulla base di calcolo rappresentata dal valore del bene, quale emerge dal suo potenziale sfruttamento non in astratto, ma secondo le norme ed i vincoli degli strumenti urbanistici vigenti nei diversi territori.

6. – La dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma censurata in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., rende superflua ogni valutazione sul dedotto contrasto con l'art. 111 Cost., in rapporto all'applicabilità della stessa norma ai giudizi in corso al momento della sua entrata in vigore, poiché, ai sensi dell'art. 30, terzo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, essa non potrà avere più applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione delle presente sentenza.

7. – Ai sensi dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, deve essere dichiarata l'illegittimità costituzionale, in via consequenziale, dei commi 1 e 2 dell'art. 37 del d.P.R. n. 327 del 2001, che contengono norme identiche a quelle dichiarate in contrasto con la Costituzione dalla presente sentenza.

PQM

Per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 5-bis, commi 1 e 2, del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica), convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359;

dichiara, ai sensi dell'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, l'illegittimità costituzionale, in via consequenziale, dell'art. 37, commi 1 e 2, del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (Testo

unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità).

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 22 ottobre 2007.

Depositata in Cancelleria il 24 ottobre 2007.

Fonti: Rivista di Diritto Internazionale 2008, 1, 229

Classificazione: CORTE EUROPEA DIRITTI DELL'UOMO (Strasburgo) - In genere

Norme internazionali e norme interne - Art. 10, commi 1 e 2, e 11 Cost. - Ambito di applicazione - Convenzione europea dei diritti umani - Effetti nell'ordinamento italiano - Art. 117, comma 1, Cost. - Rispetto degli obblighi internazionali - Parametro di legittimità costituzionale - Obblighi posti dalla Convenzione europea - Funzione interpretativa della Corte europea dei diritti umani - Esigenza di compatibilità del parametro con le norme costituzionali - Espropriazione illegittima di beni - D.l. 11 luglio 1992 n. 333, convertito con l. 8 agosto 1992 n. 339 e modificato dalla l. 23 dicembre 1996 n. 662 - Primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea dei diritti umani, art. 1 - Risarcimento dei danni.

L'uniformità di applicazione della Convenzione europea è garantita dall'interpretazione centralizzata attribuita alla Corte europea dei diritti umani. Spetta alla Corte costituzionale verificare la compatibilità della norma della Convenzione europea, nell'interpretazione data dalla Corte europea, con le pertinenti norme della Costituzione.

Fonti: Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario 2008, 5, 1269 (nota di: Bonatti)

Classificazione: ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICO INTERESSE (o PUBBLICA UTILITÀ) - Occupazione illegittima - - effetti

Espropriazione per p.u. - Occupazione acquisitiva - Risarcimento del danno - Criteri per la determinazione - Art. 5 bis, comma 7 bis d.l. 11 luglio 199 n. 333, convertito con modificazioni dalla l. 8 agosto 1992 n. 359 - Illegittimità costituzionale - Violazione art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 1 Protocollo n. 1 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu).

Va dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 bis, comma 7 bis d.l. 11 luglio 1992 n. 333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica), conv., con modificazioni, dalla l. 8 agosto 1992 n. 359, introdotto dall'art. 3, comma 65, l. 23 dicembre 1996 n. 662 (Misure di razionalizzazione della finanza pubblica), per contrasto con l'art. 117, comma 1, cost., laddove prevede che, in caso di occupazioni illegittime di suoli per causa di pubblica utilità, intervenute anteriormente al 30 settembre 1996, si applicano, per la liquidazione del danno, gli stessi criteri di determinazione dell'indennità di esproprio, con esclusione della riduzione del 40 per cento e con aumento del 10 per cento. Tale norma è in contrasto con gli obblighi internazionali sanciti dall'art. 1 del Protocollo addizionale alla convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 (Cedu) in quanto norma interposta.

Fonti: Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario 2008, 5, 1269 (nota di: Bonatti)

Classificazione: COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA - Trattati internazionali

Fonti - Norme internazionali - Obbligo dell'ordinamento interno di adeguarsi ad esse - Ex art. 117, comma 1, Cost. - Sussiste.

L'art. 117, comma 1, cost. comporta il dovere per il legislatore ordinario di non violare le previsioni contenute in accordi internazionali. Tale previsione costituisce un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro comunemente qualificato «norma interposta». Tale norma è soggetta, a sua volta, ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione.

Fonti: Foro it. 2008, 1, I, 39 (nota di: CAPPUCCIO; GHERA)

Classificazione: CORTE COSTITUZIONALE - Competenza - - legittimità costituzionale delle leggi e degli atti aventi forza di legge

L'art. 117, comma 1, cost. condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle regioni al rispetto degli obblighi internazionali, fra i quali rientrano quelli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, le cui norme pertanto, così come interpretate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, costituiscono fonte integratrice del parametro di costituzionalità introdotto dall'art. 117, comma 1, cost., e la loro violazione da parte di una legge statale o regionale comporta che tale legge deve essere dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale, sempre che la norma della convenzione non risulti a sua volta in contrasto con una norma costituzionale.

Fonti: Foro Amministrativo - C.d.S. (II) 2007, 10, 2728 (s.m) - Giurisprudenza Costituzionale 2007, 5, 3535 (nota di: CARTABIA, GUAZZAROTTI, SCIARABBA)

Classificazione: CORTE COSTITUZIONALE - Procedimento - - parti

Corte costituzionale - Procedimento - Parti - Intervento di soggetti che rivestono la qualità parte in giudizio nel quale deve essere applicata la disposizione censurata - Inammissibilità.

Nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 5 bis comma 7 bis d.l. 11 luglio 1992 n. 333, conv., con modificazioni, in l. 8 agosto 1992 n. 359 - comma aggiunto dall'art. 3 comma 65, l. 23 dicembre 1996 n. 662 -, è inammissibile l'intervento di un soggetto che abbia in corso un giudizio nel quale debba farsi applicazione della norma censurata, in attesa della pronuncia della Corte costituzionale, in quanto la contraria soluzione si risolverebbe nella sostanziale soppressione del carattere incidentale del giudizio di legittimità costituzionale.

Fonti: Giurisprudenza Costituzionale 2007, 5, 3535 (nota di: CARTABIA, GUAZZAROTTI, SCIARABBA) - Foro Amministrativo - C.d.S. (II) 2007, 10, 2728 (s.m)

Classificazione: ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICO INTERESSE (o PUBBLICA UTILITÀ) - Occupazione illegittima - - in genere

Espropriazione per pubblico interesse (o pubblica utilità) - Occupazione illegittima - Occupazioni appropriative intervenute anteriormente al 30 settembre 1996 - Criteri di liquidazione del danno in misura ridotta rispetto al valore venale degli immobili - Applicabilità ai procedimenti in corso - Intervenuta pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo di accertamento della violazione dell'art. 1 del primo protocollo Cedu - Violazione degli obblighi internazionali derivanti dalla Cedu, non incompatibili con

l'ordinamento costituzionale - Necessità che il danno in caso di occupazione appropriativa coincida con il valore di mercato del bene occupato - Criterio vigente non rispondente a tale necessità - Illegittimità costituzionale - Assorbimento di ulteriori censure.

È costituzionalmente illegittimo l'art. 5 bis comma 7 bis d.l. 11 luglio 1992 n. 333, conv., con modificazioni, in l. 8 agosto 1992 n. 359, introdotto dall'art. 3 comma 65 l. 23 dicembre 1996 n. 662. Premesso che non è posto il problema della compatibilità dell'istituto dell'occupazione acquisitiva in quanto tale con l'art. 1 del Protocollo addizionale della Cedu, nell'interpretazione offerta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, ma solo la ricaduta patrimoniale derivante dall'applicazione della norma censurata e premesso altresì che nella giurisprudenza della Corte europea è ormai costante l'affermazione che il risarcimento del danno deve essere integrale e comprensivo di rivalutazione monetaria a far tempo dal provvedimento illegittimo e che la liquidazione del danno per l'occupazione acquisitiva stabilita in misura superiore a quella prevista per l'indennità di espropriazione, ma in una percentuale non apprezzabilmente significativa, non permette di escludere la violazione del diritto di proprietà, così come è garantito dalla norma convenzionale, la norma censurata, la quale dispone che "In caso di occupazioni illegittime di suoli per causa di pubblica utilità, intervenute anteriormente al 30 settembre 1996, si applicano, per la liquidazione del danno, i criteri di determinazione dell'indennità di cui al comma 1, con esclusione della riduzione del 40 per cento. In tal caso l'importo del risarcimento è altresì aumentato del 10 per cento. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche ai procedimenti in corso non definiti con sentenza passata in giudicato", non prevedendo un ristoro integrale del danno subito per effetto dell'occupazione acquisitiva da parte della p.a., corrispondente al valore di mercato del bene occupato, si pone in contrasto con gli obblighi internazionali sanciti dall'art. 1 del Protocollo addizionale alla Cedu e per ciò stesso viola l'art. 117 comma 1 cost.

Fonti: Foro Amministrativo - C.d.S. (II) 2007, 10, 2728 (s.m) - Giurisprudenza Costituzionale 2007, 5, 3535 (nota di: CARTABIA, GUAZZAROTTI, SCIARABBA)

Classificazione: CORTE COSTITUZIONALE - Procedimento - - parti

Corte costituzionale - Procedimento - Parti - Intervento di soggetti che non rivestono la qualità parte nei giudizi a quibus - Insussistenza di un interesse qualificato - Inammissibilità degli interventi.

Poiché al giudizio di legittimità costituzionale (oltre al Presidente del Consiglio dei ministri e, nel caso di legge regionale, al Presidente della giunta regionale) possono partecipare solo le parti del giudizio principale e la deroga è consentita solo "a favore di soggetti titolari di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio", nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 5 bis comma 7 bis d.l. 11 luglio 1992 n. 333, conv., con modif., in l. 8 agosto 1992 n. 359 - comma aggiunto dall'art. 3 comma 65, l. 23 dicembre 1996 n. 662 -, è inammissibile l'intervento di un soggetto che non essendo parte nel giudizio principale, non sia neanche titolare di un interesse

giuridicamente qualificato suscettibile di essere pregiudicato immediatamente ed irrimediabilmente dall'eventuale pronuncia di accoglimento della Corte costituzionale.

Fonti: Foro Amministrativo - C.d.S. (II) 2007, 10, 2728 (s.m) - Giurisprudenza Costituzionale 2007, 5, 3535 (nota di: CARTABIA, GUAZZAROTTI, SCIARABBA)

Classificazione: COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA - Leggi - - in genere

Costituzione della Repubblica italiana - Leggi - Limite del rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali (art. 117 comma 1, cost.) - Obblighi derivanti dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo (Cedu) - Obbligo di adeguamento dell'ordinamento interno alle norme della Convenzione nell'interpretazione ad essa data dalla Corte europea per i diritti dell'uomo - Sussistenza - Limite dell'accertamento della conformità a Costituzione delle norme pattizie integrative del parametro costituzionale - Fondamento.

In base all'art. 117 comma 1, cost., come modificato dall'art. 2 l. cost. 18 ottobre 2001 n. 3, non può attribuirsi rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, derivando dallo stesso l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare le norme poste dai trattati e dalle convenzioni internazionali - e tra queste la convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu), alla quale deve riconoscersi una peculiare rilevanza in considerazione del suo contenuto -, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della Cedu e dunque con gli "obblighi internazionali" di cui all'art. 117 comma 1, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale, il quale realizza un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, che dà così vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro. Peraltro, posto che la Cedu presenta, rispetto alla generalità degli accordi internazionali, la peculiarità consistente in ciò che la definitiva uniformità della sua applicazione è garantita dall'interpretazione centralizzata attribuita alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, il giudice comune deve interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme e, qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale "interposta", deve proporre la relativa q.l.c. rispetto al parametro dell'art. 117 comma 1, cost. In tal caso, la Corte costituzionale, deve accertare la sussistenza del denunciato contrasto e, in caso affermativo, verificare se le stesse norme Cedu, nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana, verificando la compatibilità della norma Cedu, nell'interpretazione del giudice cui tale compito è stato espressamente attribuito dagli Stati membri, con le pertinenti norme della Costituzione, così risultando realizzato un corretto bilanciamento tra l'esigenza di garantire il rispetto degli obblighi internazionali voluto dalla Costituzione e quella di evitare che ciò possa comportare per altro verso un vulnus alla Costituzione stessa.

Fonti: Foro Amministrativo - C.d.S. (II) 2007, 10, 2728 (s.m) - Giurisprudenza Costituzionale 2007, 5, 3535 (nota di: CARTABIA, GUAZZAROTTI, SCIARABBA)

Classificazione: TRATTATI E CONVENZIONI INTERNAZIONALI - In genere

Trattati e convenzioni internazionali - Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu) - Qualificazione dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della Cedu come principi generali dell'ordinamento comunitario - Rilevanza ai fini della diretta applicabilità di dette disposizioni nell'ordinamento interno - Esclusione - Fondamento.

L'applicabilità delle disposizioni della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu) nell'ordinamento interno non può trovare fondamento neanche in via indiretta nell'art. 11 cost., per effetto della qualificazione, da parte della Corte di giustizia della Comunità europea, dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della Cedu come principi generali del diritto comunitario, e ciò in quanto: a) il Consiglio d'Europa, cui afferiscono il sistema di tutela dei diritti dell'uomo disciplinato dalla Cedu e l'attività interpretativa di quest'ultima da parte della Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo, è una realtà giuridica, funzionale e istituzionale, distinta dalla comunità europea creata con i Trattati di Roma del 1957 e dall'Unione europea oggetto del trattato di Maastricht del 1992; b) se è vero che i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui il giudice comunitario assicura il rispetto, ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri ed in particolare alla convenzione di Roma, tuttavia tali principi rilevano esclusivamente rispetto a fattispecie alle quali tale diritto sia applicabile; c) il rapporto tra la Cedu e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri è un rapporto variamente ma saldamente disciplinato da ciascun ordinamento nazionale. Né l'eventuale incompatibilità della norma interna con la norma della Cedu può trovare rimedio nella semplice non applicazione da parte del giudice comune, in quanto, allo stato, nessun elemento relativo alla struttura e agli obiettivi della Cedu ovvero ai caratteri di determinate norme consente di ritenere che la posizione giuridica dei singoli possa esserne direttamente e immediatamente tributaria, indipendentemente dal diaframma normativo dei rispettivi Stati di appartenenza, fino al punto da consentire al giudice la non applicazione della norma interna configgente, dovendosi anzi rilevare che le stesse sentenze della Corte di Strasburgo, anche quando è il singolo ad attivare il controllo giurisdizionale nei confronti del proprio Stato di appartenenza, si rivolgono allo Stato membro legislatore e da questo pretendono un determinato comportamento.

Fonti: Foro Amministrativo - C.d.S. (II) 2007, 10, 2728 (s.m) - Giurisprudenza Costituzionale 2007, 5, 3535 (nota di: CARTABIA, GUAZZAROTTI, SCIARABBA)

Classificazione: CORTE COSTITUZIONALE - Costituzionalità (questione di) - - in genere

Corte costituzionale - Costituzionalità (questione di) - Oggetto - Thema decidendum - Identificazione in base alla sola ordinanza di rimessione - Impossibilità di prendere in considerazione le censure svolte dalle parti del giudizio principale.

Le q.l.c. dell'art. 5 bis comma 7 bis d.l. 11 luglio 1992 n. 333, conv., con modificazioni, in l. 8 agosto 1992 n. 359 - comma aggiunto dall'art. 3 comma 65, l. 23 dicembre 1996 n. 662 -, vanno esaminate entro i limiti del "thema decidendum" individuato dalle ordinanze di rimessione, non potendo essere prese in considerazione le censure svolte dalle parti del giudizio principale, con riferimento a parametri costituzionali ed a profili non evocati dal giudice "a quo".

Fonti: Foro Amministrativo - C.d.S. (II) 2007, 10, 2728 (s.m) - Giurisprudenza Costituzionale 2007, 5, 3535 (nota di: CARTABIA, GUAZZAROTTI, SCIARABBA)

Classificazione: CORTE COSTITUZIONALE - Procedimento - - costituzione in giudizio

Corte costituzionale - Procedimento - Costituzione in giudizio - Costituzione delle parti del giudizio a quo effettuata tardivamente - Inammissibilità.

Nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 5 bis comma 7 bis d.l. 11 luglio 1992 n. 333, conv., con modificazioni, in l. 8 agosto 1992 n. 359 - comma aggiunto dall'art. 3 comma 65 l. 23 dicembre 1996 n. 662 -, è inammissibile la costituzione delle parti avvenuta oltre il termine stabilito dall'art. 25, l. 11 marzo 1953 n. 87, computato secondo quanto previsto dagli art. 3 e 4 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, da ritenersi perentorio.

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

- Franco BILE Presidente
- Giovanni Maria FLICK Giudice
- Francesco AMIRANTE "
- Ugo DE SIERVO "
- Paolo MADDALENA "
- Alfio FINOCCHIARO "
- Alfonso QUARANTA "
- Franco GALLO "
- Luigi MAZZELLA "
- Gaetano SILVESTRI "
- Sabino CASSESE "
- Maria Rita SAULLE "
- Giuseppe TESAURO "
- Paolo Maria NAPOLITANO "

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 5-bis, comma 7-bis, del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica), convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359, introdotto dall'art. 3, comma 65, della legge 23 dicembre 1996, n. 662 (Misure di razionalizzazione della finanza pubblica),

promossi con ordinanza del 20 maggio 2006 dalla Corte di cassazione nei procedimenti civili riuniti vertenti tra il Comune di Avellino ed altri ed E. P. in proprio e n. q. di procuratore di G. P. e di D. P. ed altri e con ordinanza del 29 giugno 2006 dalla Corte d'appello di Palermo nel procedimento civile vertente tra A. G. ed altre e il Comune di Leonforte ed altro, iscritte ai nn. 401 e 557 del registro ordinanze 2006 e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica nn. 42 e 49, prima serie speciale, dell'anno 2006.

Visti gli atti di costituzione di G. C. n. q. di erede di E. P. e di G. P. ed altri n. q. di eredi di D. P., di A. G. ed altre, fuori termine, nonché gli atti di intervento di A. C. fu G. s.r.l., della Consulta per la giustizia europea dei diritti dell'uomo CO.G.E.D.U. e del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nell'udienza pubblica del 3 luglio 2007 e nella camera di consiglio del 4 luglio 2007 il Giudice relatore Giuseppe Tesaurò;

uditi gli avvocati Maurizio de Stefano e Anton Giulio Lana per la Consulta per la giustizia europea dei diritti dell'uomo CO.G.E.D.U., Antonio Barra per G. C. n. q. di erede di E. P. e per G. P. ed altri n. q. di eredi di D. P. e l'avvocato dello Stato Gabriella Palmieri per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto in fatto

1. – La Corte di cassazione e la Corte d'appello di Palermo, con ordinanze del 20 maggio e del 29 giugno 2006, hanno sollevato, in riferimento all'art. 111, primo e secondo comma, della Costituzione, ed in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 (di seguito, CEDU), ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952), nonché all'art. 117, primo comma, della Costituzione, ed in relazione all'art. 6 della CEDU ed all'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952 (*infra*, Protocollo), questione di legittimità costituzionale dell'art. 5-*bis*, comma 7-*bis*, del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica) – convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359 – comma aggiunto dall'art. 3, comma 65, della legge 23 dicembre 1996, n. 662 (Misure di razionalizzazione della finanza pubblica).

2. – La Corte di cassazione premette che il giudizio principale ha ad oggetto una domanda proposta da alcuni privati nei confronti del Comune di Avellino e dell'Istituto autonomo case popolari (IACP) della stessa città, al fine di ottenerne la condanna al risarcimento del danno subito a causa della occupazione acquisitiva di alcuni terreni di loro proprietà, sui quali sono stati realizzati alloggi popolari ed opere di edilizia sociale, nonché al pagamento dell'indennità per l'occupazione temporanea degli stessi immobili.

La stessa Corte, con sentenza del 14 gennaio 1998, n. 457, accogliendo il ricorso proposto dagli enti pubblici, aveva cassato con rinvio la pronuncia d'appello, ritenendo applicabile la norma censurata, la quale ha introdotto un criterio riduttivo per il computo del risarcimento del danno da occupazione acquisitiva.

Riassunto il giudizio, il giudice del rinvio ha, quindi, liquidato l'indennità in base alla disposizione censurata; la pronuncia è stata impugnata dalle parti private, che, tra l'altro, hanno eccepito l'illegittimità costituzionale del citato art. 5-*bis*, comma 7-*bis*.

2.1. – La rimettente, dopo avere esposto le argomentazioni che inducono ad escludere l'abrogazione della norma denunciata ad opera dell'art. 111 Cost. – come modificato dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 (Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione) – ovvero dalla legge 24 marzo 2001, n. 89 (Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile), sintetizza le pronunce di questa Corte che hanno già scrutinato la norma censurata, in riferimento agli artt. 3, 28, 42, 53, 97 e 113 Cost.

L'ordinanza esamina, quindi, l'orientamento della Corte europea dei diritti dell'uomo in ordine all'interpretazione dell'art. 1 del Protocollo, evolutosi nel senso di garantire una più intensa tutela del diritto di proprietà. In particolare, ricorda che la previsione di un'indennità *equitable* è stata limitata al caso della espropriazione legittima e che il carattere illecito dell'occupazione è stato ritenuto rilevante al fine della quantificazione dell'indennità, sicché, qualora non sia possibile la restituzione in natura del bene, all'espropriato è dovuta una somma corrispondente al valore venale.

Secondo il rimettente, la Corte europea, in alcune sentenze, puntualmente indicate, ha ritenuto che l'occupazione acquisitiva si pone in contrasto con le citate norme convenzionali, tra l'altro, nella parte in cui non garantisce il diritto degli espropriati al risarcimento del danno in misura corrispondente al valore venale del bene, affermando analogo criterio di computo per il calcolo dell'indennità nel caso di espropriazione legittima. Infatti, detta indennità può non essere commisurata al «valore pieno ed intero dei beni» nei soli casi di espropriazioni dirette a conseguire legittimi obiettivi di pubblica utilità e, tuttavia, questi ultimi sono stati individuati in quelli coincidenti con misure di riforme economiche o di giustizia sociale, ovvero strumentali a provocare cambiamenti del sistema costituzionale.

In seguito, la medesima Corte, con le sentenze indicate nell'ordinanza di rimessione, ha applicato questi principi anche in riferimento al criterio stabilito dal censurato art. 5-*bis* e, ritenuta irrilevante la circostanza che questa norma era parte di una complessa manovra finanziaria, ha condannato lo Stato italiano al risarcimento commisurato alla differenza tra l'indennità percepita ed il valore venale del bene, reputando che l'espropriato, a causa del tempo trascorso, aveva visto lesa il proprio affidamento ad un indennizzo calcolato in base a quest'ultimo parametro. In virtù delle sentenze di questa Corte n. 5 del 1980 e n. 223 del 1983, il criterio di liquidazione per l'espropriazione delle aree edificabili avrebbe infatti dovuto essere quello del giusto prezzo in una libera contrattazione di compravendita (art. 39 della legge 25 giugno 1865, n. 2359, recante «Espropriazioni per causa di utilità pubblica»); quindi, l'applicabilità del sopravvenuto art. 5-*bis* avrebbe lesa il diritto della persona al rispetto dei propri beni, anche perché la disciplina fiscale incide ulteriormente sulla somma concretamente percepita.

Pertanto, secondo la Corte di Strasburgo, l'espropriazione indiretta o occupazione acquisitiva – riconosciuta dalla legislazione (art. 43 del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, recante «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità») e dalla giurisprudenza italiana – sarebbe incompatibile con l'art. 1 del Protocollo e la norma censurata violerebbe la regola della riparazione integrale del pregiudizio, realizzando una lesione aggravata dalla retroattività della disposizione e dalla sua applicabilità ai giudizi in corso.

In definitiva, la norma censurata è stata giudicata in contrasto con l'art. 1 del Protocollo sotto i seguenti profili: in primo luogo, poiché al solo scopo di sopperire ad esigenze di bilancio, al di fuori di un contesto di riforme economiche o sociali, viola la regola della corresponsione di un valore pari al valore venale del bene; in secondo luogo, in quanto stabilisce un criterio riduttivo, fondato su di un parametro irragionevole anche nel caso di espropriazione legittima; in terzo luogo, poiché dispone l'applicabilità del criterio ai giudizi in corso, in violazione dell'art. 6 della CEDU; in quarto luogo, poiché viola il principio di legalità ed il diritto ad un processo equo, dato che la disposizione ha inciso sull'esito di giudizi in corso, nei quali erano parti amministrazioni pubbliche, obbligando il giudice ad adottare una decisione fondata su presupposti diversi rispetto a quelli sui quali la parte aveva legittimamente fatto affidamento all'atto dell'instaurazione della lite.

2.2. – Secondo la rimettente, benché la disposizione censurata si ponga in contrasto con le citate norme convenzionali, come interpretate dalla Corte europea, non sarebbe tuttavia ammissibile la sua “non applicazione”, mentre la Corte di cassazione talora ha affermato che il giudice nazionale è tenuto ad interpretare ed applicare il diritto interno, per quanto possibile, in modo conforme alla CEDU ed all'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo, talaltra ha attenuato l'efficacia vincolante delle sentenze della Corte europea.

A suo avviso, nella specie non sarebbe configurabile il potere del giudice comune di “non applicare” la norma interna, in quanto sussistente soltanto nel caso di contrasto con norme comunitarie e fondato sull'art. 11 Cost. Il paragrafo 2 dell'art. 6 del Trattato di Maastricht neppure permetterebbe di ritenere la avvenuta «comunitarizzazione» della CEDU, con la conseguenza che l'interpretazione della Convenzione non spetta alla Corte di giustizia delle Comunità europee, dichiaratasi incompetente a fornire elementi interpretativi per la valutazione da parte del giudice nazionale della conformità delle norme di diritto interno ai diritti fondamentali di cui essa garantisce l'osservanza (nel contesto comunitario), quali risultano dalla CEDU, quando «tale normativa riguarda una situazione che non rientra nel campo di applicazione del diritto comunitario» (sentenza 29 maggio 1997, causa C-299/1995).

Peraltro, la teoria dei “controlimiti” potrebbe far ipotizzare un contrasto tra la regola che commisura l'indennità di espropriazione al valore venale del bene ed il principio costituzionale in virtù del quale il diritto di proprietà sarebbe recessivo rispetto all'interesse primario dell'utilità sociale. In ogni caso, siffatta regola non è suscettibile di diretta applicazione ai sensi dell'art. 10 Cost., sia in quanto tale norma costituzionale non concerne il diritto pattizio, sia in quanto essa neppure esprime un valore generalmente riconosciuto dagli Stati e, comunque, in quanto il giudice nazionale, se pure potesse direttamente

recepire l'interpretazione della Corte europea, non avrebbe il potere di stabilire una disciplina indennitaria sostitutiva di quella prevista dalla norma denunciata.

In conclusione, secondo la rimettente, il contrasto della norma interna con le norme convenzionali non può essere evitato attraverso un'interpretazione *secundum constitutionem* della prima e, d'altro canto, il giudice nazionale non potrebbe disapplicare la norma interna, provvedendo, in luogo del legislatore, a coordinare le fonti e ad affermare la prevalenza della fonte convenzionale sulla fonte interna.

2.3. – L'ordinanza di rimessione osserva che questa Corte, benché abbia ritenuto non irragionevole la retroattività della norma censurata (sentenza n. 148 del 1999), non ha scrutinato tale norma in riferimento all'art. 111 Cost.

Ad avviso del giudice *a quo*, il contenuto precettivo del parametro costituzionale evocato non sarebbe stato compiutamente approfondito e, sebbene l'intento del legislatore, di costituzionalizzare la disposizione convenzionale, sia stato accantonato nel corso dei lavori preparatori, ciò non esclude che la giurisprudenza della Corte europea possa contribuire alla sua corretta interpretazione, anche tenendo conto della circostanza che la collocazione della CEDU nella gerarchia delle fonti non è stata ancora chiarita. Pertanto, nella specie rileverebbe il fatto che la Corte di Strasburgo ha ritenuto la norma censurata in contrasto con l'art. 6 della CEDU, in quanto il principio della parità delle parti davanti al giudice vieta al legislatore di intervenire nella risoluzione di una singola causa, o di una determinata categoria di controversie. Le fattispecie decise dal giudice europeo sarebbero omologhe a quella oggetto del giudizio principale, nella quale i proprietari, espropriati nell'anno 1985 in forza della occupazione acquisitiva, hanno agito in giudizio per ottenere l'indennizzo di natura risarcitoria loro spettante in virtù dei principi enunciati dalla Corte regolatrice – fondati sull'art. 39 della legge n. 2359 del 1865 e sull'art. 3 della legge 27 ottobre 1988, n. 458 (Concorso dello Stato nella spesa degli enti locali in relazione ai progressi maggiori oneri delle indennità di esproprio) – corrispondente al valore venale dei beni; il giudice di merito aveva accolto la domanda, applicando detto criterio; nel corso del giudizio innanzi alla Corte di cassazione è sopravvenuta la norma impugnata che ha diversamente commisurato l'indennizzo, disponendo l'applicabilità del nuovo criterio ai giudizi in corso non definiti con sentenza passata in giudicato, con il risultato di ridurre, a giudizio iniziato, l'indennizzo a poco meno del 50 per cento rispetto a quello in vista del quale i proprietari avevano instaurato il giudizio.

2.4. – Secondo la Corte di cassazione, la norma denunciata si porrebbe, inoltre, in contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., che, nel testo novellato a seguito della riforma del titolo V della Costituzione, mira ad eliminare una lacuna del nostro ordinamento, determinata dal contenuto dell'art. 10 Cost., stabilendo una regola vincolante anche per il legislatore statale.

La disposizione censurata violerebbe il principio del giusto processo ed il diritto di proprietà, quali risultano dagli artt. 6 della CEDU ed 1 del Protocollo, come interpretati dalla Corte europea, e, conseguentemente, il citato art. 5-bis, comma 7-bis, sarebbe costituzionalmente illegittimo, in quanto in contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost.

3. – La Corte d'appello di Palermo espone di essere stata adita in sede di giudizio di rinvio avente ad oggetto le domande restitutorie e risarcitorie proposte da alcuni privati, i quali hanno dedotto che un suolo edificabile di loro proprietà ha costituito oggetto di un procedimento di espropriazione per la costruzione di alloggi di edilizia popolare ed è stato irreversibilmente trasformato, in difetto della adozione di regolare provvedimento di espropriazione; gli enti pubblici si sono costituiti nel giudizio contestando la fondatezza della domanda e chiedendo che siano applicate le norme recate dal d.P.R. n. 327 del 2001; è stata inoltre accertata l'irreversibile trasformazione del fondo.

Secondo il giudice *a quo*, il principio di diritto enunciato nella sentenza di rinvio comporta che il decreto di espropriazione dell'immobile, in quanto adottato dopo la scadenza dei termini di cui all'art. 13 della legge n. 2359 del 1865, è illegittimo e deve essere disapplicato. La fattispecie oggetto del giudizio va qualificata come occupazione acquisitiva, poiché la trasformazione del bene è stata realizzata in pendenza di una valida dichiarazione di pubblica utilità, quindi, alla data di scadenza dei termini di cui all'art. 13 della legge n. 2359 del 1865, il bene è stato acquistato dagli enti pubblici, a titolo originario, e gli attori sono titolari del diritto ad ottenere il risarcimento del danno. Nella specie sarebbe applicabile il citato art. 5-*bis*, comma 7-*bis*, mentre, ad avviso del rimettente, alla data di instaurazione del giudizio di primo grado (12 aprile 1984), le parti private, in virtù dei principi enunciati dalla sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione n. 1464 del 1983 e di quanto previsto dall'art. 39 della legge n. 2359 del 1865, potevano fare affidamento sulla spettanza di un risarcimento del danno pari al valore venale del fondo, che invece la norma censurata ha dimezzato.

La Corte d'appello di Palermo censura, quindi, la norma in esame in riferimento agli stessi parametri costituzionali indicati dalla Corte di cassazione e con argomentazioni sostanzialmente coincidenti con quelle svolte nella relativa ordinanza di rimessione, sopra sintetizzate.

4. – Nel giudizio promosso dalla Corte di cassazione è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato che, anche nella memoria depositata in prossimità dell'udienza pubblica, ha chiesto che la questione sia dichiarata infondata.

Secondo la difesa erariale, l'ordinanza di rimessione richiede di accertare: *a)* se, nel caso di contrasto di una norma interna con la giurisprudenza della Corte europea, prevalga la seconda; *b)* se l'eventuale prevalenza della giurisprudenza di detta Corte concerna anche le norme costituzionali.

A suo avviso, deve anzitutto escludersi che la Corte di Strasburgo, in via interpretativa, possa ridurre o estendere il contenuto delle norme convenzionali; l'art. 32 del Protocollo n. 11 alla Convenzione, fatto a Strasburgo l'11 maggio 1994, ratificato e reso esecutivo con la legge 28 agosto 1997, n. 296 (Ratifica ed esecuzione del protocollo n. 11 alla convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, recante ristrutturazione del meccanismo di controllo stabilito dalla convenzione, fatto a Strasburgo l'11 maggio 1994), stabilisce che la competenza di detta Corte concerne tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli, senza affatto

prevedere un potere creativo di norme convenzionali vincolanti, inesistente nel sistema della Convenzione di Vienna ratificata con la legge 12 febbraio 1974, n. 112 (Ratifica ed esecuzione della convenzione sul diritto dei trattati, con annesso, adottata a Vienna il 23 maggio 1969), «che vuole testuale ed oggettiva l'interpretazione di qualunque trattato».

Pertanto, se la Corte europea non ha titolo per dubitare della legittimità, nel diritto nazionale, della norma retroattiva e del sistema italiano di calcolo dell'indennizzo, non potrebbe essere censurata una disposizione conforme agli artt. 25 e 42 Cost.; inoltre, l'art. 111 Cost., contrariamente a quanto sostiene la rimettente, non concerne la disciplina sostanziale e, comunque, l'art. 6 della CEDU non stabilisce il divieto di retroattività della legge in materia diversa da quella penale.

Secondo la difesa erariale, l'art. 117, primo comma, Cost., fa riferimento ai «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali» che, come chiarisce l'art. 1 della legge 5 giugno 2003, n. 131 (Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3), sono quelli derivanti da «accordi di reciproca limitazione della sovranità di cui all'art. 11 della Costituzione, dall'ordinamento comunitario e dai trattati internazionali» e «nulla di tutto ciò è nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo a proposito delle leggi retroattive di immediata applicazione ai processi in corso, per le quali opera, tutta e sola, la disciplina delle fonti di produzione nazionale». Analogamente, l'art. 1 del Protocollo non disporrebbe, come invece ritiene la Corte EDU, che l'indennizzo per l'espropriazione debba coincidere con il valore venale del bene.

Infine, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sarebbe inesatta anche perchè il valore venale del bene è dato dall'utilizzabilità dell'area per edificare, ma nessuno strumento urbanistico lascia la dimensione del terreno al lordo delle esigenze derivanti dalla pianificazione. Secondo l'interveniente, l'esperienza insegna «che su un terreno di X mq l'area edificabile al netto degli spazi che servono per le opere di urbanizzazione e per l'assetto del territorio, è pari ad $X/2$ » e, quindi, non è irragionevole che la legge disponga in detti casi una drastica riduzione del valore per metro quadro.

4.1. – Nel giudizio di costituzionalità si sono costituiti, con separati atti, le parti del giudizio principale, chiedendo l'accoglimento della questione, anche sulla scorta di argomentazioni in larga misura coincidenti con quelle svolte nell'ordinanza di rimessione.

Dopo avere esposto considerazioni storico-filosofiche a conforto del principio secondo il quale il diritto non può porsi in contrasto con il senso comune del giusto, le parti sostengono che non solo la norma censurata, ma anche l'art. 3 della legge n. 458 del 1988 e le sentenze di questa Corte n. 384 del 1990 e n. 486 del 1991, nonché alcune sentenze della Corte di cassazione, laddove negano il diritto di quanti hanno subito un'occupazione acquisitiva di conservare la proprietà del bene e di ottenere un risarcimento pari al valore venale del bene, si porrebbero in contrasto con l'art. 1 del Protocollo.

La retroattività della norma denunciata è censurata anche attraverso richiami alla Costituzione francese del 1791, alla Costituzione degli Stati Uniti d'America e ad un ampio *excursus* storico, svolti per evidenziare il contrasto di detta norma con l'art. 1 del Protocollo, violato altresì dal riconoscimento dell'istituto dell'accessione invertita e dalla

legittimazione di un'attività illecita quale fonte di acquisto del diritto di proprietà da parte della pubblica amministrazione.

Pertanto, secondo le parti, la norma in esame, configurando un fatto illecito come fonte di estinzione del diritto di proprietà del privato, violerebbe l'art. 10, primo comma, Cost., in relazione all'art. 1, secondo comma, del Protocollo, nonché l'art. 53 Cost..

Infine, la disposizione si porrebbe in contrasto con l'art. 10, primo comma, e con l'art. 111, secondo comma, Cost., anche in relazione all'art. 6, n. 1, della legge n. 848 del 1955, fermo restando l'obbligo di risarcire il danno conseguente dalla violazione del termine di durata ragionevole del processo (art. 2 della legge 24 marzo 2001, n. 89).

4.2. – Nel giudizio è intervenuta una società a r.l., chiedendo l'accoglimento della questione e deducendo di essere titolare di un interesse che ne legittimerebbe l'intervento, in quanto parte di un altro processo avente anch'esso ad oggetto il risarcimento del danno da occupazione acquisitiva, sospeso sino all'esito del presente giudizio.

4.3. – Infine, ha spiegato intervento nel giudizio la Consulta per la Giustizia Europea dei Diritti dell'Uomo (CO.GE.DU.), in persona del legale rappresentante, la quale, anche nella memoria depositata in prossimità dell'udienza pubblica, espone che non è parte del processo principale «e non sarebbe direttamente toccata dalla legislazione oggetto del giudizio presupposto», poiché non ha alcun interesse particolare che possa riguardare l'espropriazione per pubblica utilità. Tuttavia, la legittimazione all'intervento si fonderebbe sulla circostanza che l'esito del giudizio inciderebbe sul conseguimento dei suoi scopi statutari e sul suo interesse ad una pronuncia che riconosca alle norme della CEDU rango costituzionale.

5. – Nel giudizio promosso dalla Corte d'appello di Palermo è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, svolgendo, nell'atto di intervento e nella memoria depositata in prossimità della camera di consiglio, deduzioni identiche a quelle contenute nell'atto di intervento concernente il giudizio promosso dalla Corte di cassazione e chiedendo che la Corte dichiari infondate le questioni.

5.1. – Nel giudizio promosso dalla Corte d'appello di Palermo si sono altresì costituite, con atto depositato fuori termine, le parti private del processo principale.

Considerato in diritto

1. – Le questioni sollevate dalla Corte di cassazione e dalla Corte d'appello di Palermo investono l'art. 5-bis, comma 7-bis, del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica) – convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359 –, comma aggiunto dall'art. 3, comma 65, della legge 23 dicembre 1996, n. 662 (Misure di razionalizzazione della finanza pubblica), il quale stabilisce: «In caso di occupazioni illegittime di suoli per causa di pubblica utilità, intervenute anteriormente al 30 settembre 1996, si applicano, per la liquidazione del danno, i criteri di determinazione dell'indennità di cui al comma 1, con esclusione della riduzione del 40 per cento. In tal caso l'importo del risarcimento è altresì aumentato del 10 per cento. Le disposizioni di cui al

presente comma si applicano anche ai procedimenti in corso non definiti con sentenza passata in giudicato».

Secondo le ordinanze di rimessione, la norma si porrebbe in contrasto con l'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 (*infra*, CEDU), ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952), ed all'art. 1 del Protocollo addizionale, in quanto, disponendo l'applicabilità ai giudizi in corso della disciplina dalla stessa stabilita in tema di risarcimento del danno da occupazione illegittima e quantificando in misura incongrua il relativo indennizzo, violerebbe il principio del giusto processo ed il diritto di proprietà di cui rispettivamente ai citati artt. 6 ed 1, come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, quindi violerebbe i corrispondenti obblighi internazionali assunti dallo Stato.

Inoltre, detta disposizione si porrebbe in contrasto anche con l'art. 111, primo e secondo comma, Cost., in relazione all'art. 6 della CEDU, poiché la previsione della sua applicabilità ai giudizi in corso violerebbe il principio del giusto processo, in particolare sotto il profilo della parità delle parti, da ritenersi leso da un intervento del legislatore diretto ad imporre una determinata soluzione ad una circoscritta e specifica categoria di controversie.

2. – I giudizi, avendo ad oggetto la stessa norma, censurata in riferimento agli stessi parametri costituzionali, per profili e con argomentazioni sostanzialmente coincidenti, devono essere riuniti e decisi con un'unica sentenza.

3. – Preliminarmente, deve essere ribadita l'inammissibilità degli interventi della Consulta per la Giustizia Europea dei Diritti dell'Uomo (CO.GE.DU.) e di A. C. fu G. s.r.l., dichiarata con ordinanza della quale è stata data lettura in udienza, allegata alla presente sentenza.

Inoltre, va dichiarata l'inammissibilità della costituzione delle parti del giudizio pendente dinanzi alla Corte d'appello di Palermo, poiché avvenuta oltre il termine stabilito dall'art. 25 della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), computato secondo quanto previsto dagli artt. 3 e 4 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale, da ritenersi perentorio (per tutte, sentenza n. 190 del 2006).

4. – Le due ordinanze di rimessione hanno motivato non implausibilmente in ordine alle ragioni dell'applicabilità, in entrambi i giudizi, della norma censurata, anche a seguito della emanazione del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità), nonché sulla circostanza che gli stessi hanno ad oggetto una fattispecie di occupazione acquisitiva, disciplinata appunto da detta norma.

Inoltre, in virtù di un principio che va confermato, la questione di legittimità costituzionale può avere ad oggetto anche l'interpretazione risultante dal «principio di diritto» enunciato dalla Corte di cassazione (che vincola questa stessa nel giudizio di impugnazione della sentenza pronunciata in sede di rinvio), in quanto il regime delle preclusioni proprio del

giudizio di rinvio non impedisce di censurare la norma dalla quale detto principio è stato tratto (sentenze n. 78 del 2007, n. 58 del 1995, n. 257 del 1994, n. 138 del 1993; ordinanza n. 501 del 2000)

Le questioni sono, quindi, ammissibili.

5. – Le questioni vanno esaminate entro i limiti del *thema decidendum* individuato dalle ordinanze di rimessione, dato che, secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, non possono essere prese in considerazione le censure svolte dalle parti del giudizio principale, con riferimento a parametri costituzionali ed a profili non evocati dal giudice *a quo* (*ex plurimis*, sentenze n. 310 e n. 234 del 2006).

6. – La questione sollevata in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., è fondata.

6.1. – In considerazione del parametro costituzionale evocato dai giudici *a quibus* e delle argomentazioni svolte in entrambe le ordinanze di rimessione, il preliminare profilo da affrontare è quello delle conseguenze del prospettato contrasto della norma interna con «i vincoli derivanti [...] dagli obblighi internazionali» e, in particolare, con gli obblighi imposti dalle evocate disposizioni della CEDU e del Protocollo addizionale.

In generale, la giurisprudenza di questa Corte, nell'interpretare le disposizioni della Costituzione che fanno riferimento a norme e ad obblighi internazionali – per quanto qui interessa, gli artt. 7, 10 ed 11 Cost. – ha costantemente affermato che l'art. 10, primo comma, Cost., il quale sancisce l'adeguamento automatico dell'ordinamento interno alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, concerne esclusivamente i principi generali e le norme di carattere consuetudinario (per tutte, sentenze n. 73 del 2001, n. 15 del 1996, n. 168 del 1994), mentre non comprende le norme contenute in accordi internazionali che non riproducano principi o norme consuetudinarie del diritto internazionale. Per converso, l'art. 10, secondo comma, e l'art. 7 Cost. fanno riferimento a ben identificati accordi, concernenti rispettivamente la condizione giuridica dello straniero e i rapporti tra lo Stato e la Chiesa cattolica e pertanto non possono essere riferiti a norme convenzionali diverse da quelle espressamente menzionate.

L'art. 11 Cost., il quale stabilisce, tra l'altro, che l'Italia «consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni», è invece la disposizione che ha permesso di riconoscere alle norme comunitarie efficacia obbligatoria nel nostro ordinamento (sentenze n. 284 del 2007; n. 170 del 1984).

Con riguardo alle disposizioni della CEDU, questa Corte ha più volte affermato che, in mancanza di una specifica previsione costituzionale, le medesime, rese esecutive nell'ordinamento interno con legge ordinaria, ne acquistano il rango e quindi non si collocano a livello costituzionale (tra le molte, per la continuità dell'orientamento, sentenze n. 388 del 1999, n. 315 del 1990, n. 188 del 1980; ordinanza n. 464 del 2005). Ed ha altresì ribadito l'esclusione delle norme meramente convenzionali dall'ambito di operatività dell'art. 10, primo comma, Cost. (oltre alle pronunce sopra richiamate, si vedano le sentenze n. 224 del 2005, n. 288 del 1997, n. 168 del 1994).

L'inconferenza, in relazione alle norme della CEDU, e per quanto qui interessa, del parametro dell'art. 10, secondo comma, Cost., è resa chiara dal preciso contenuto di tale

disposizione. Né depongono in senso diverso i precedenti di questa Corte in cui si è fatto riferimento anche a quel parametro, dato che ciò è accaduto essenzialmente in considerazione della coincidenza delle disposizioni della CEDU con le fonti convenzionali relative al trattamento dello straniero: ed è appunto questa la circostanza della quale le pronunce in questione si sono limitate a dare atto (sentenze n. 125 del 1977, n. 120 del 1967).

In riferimento alla CEDU, questa Corte ha, inoltre, ritenuto che l'art. 11 Cost. «neppure può venire in considerazione non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme convenzionali in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale» (sentenza n. 188 del 1980), conclusione che si intende in questa sede ribadire. Va inoltre sottolineato che i diritti fondamentali non possono considerarsi una “materia” in relazione alla quale sia allo stato ipotizzabile, oltre che un'attribuzione di competenza limitata all'interpretazione della Convenzione, anche una cessione di sovranità.

Né la rilevanza del parametro dell'art. 11 può farsi valere in maniera indiretta, per effetto della qualificazione, da parte della Corte di giustizia della Comunità europea, dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU come principi generali del diritto comunitario.

È vero, infatti, che una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, anche a seguito di prese di posizione delle Corti costituzionali di alcuni Paesi membri, ha fin dagli anni settanta affermato che i diritti fondamentali, in particolare quali risultano dalla CEDU, fanno parte dei principi generali di cui essa garantisce l'osservanza. È anche vero che tale giurisprudenza è stata recepita nell'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea e, estensivamente, nella Carta dei diritti fondamentali proclamata a Nizza da altre tre istituzioni comunitarie, atto formalmente ancora privo di valore giuridico ma di riconosciuto rilievo interpretativo (sentenza n. 393 del 2006). In primo luogo, tuttavia, il Consiglio d'Europa, cui afferiscono il sistema di tutela dei diritti dell'uomo disciplinato dalla CEDU e l'attività interpretativa di quest'ultima da parte della Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo, è una realtà giuridica, funzionale e istituzionale, distinta dalla Comunità europea creata con i Trattati di Roma del 1957 e dall'Unione europea oggetto del Trattato di Maastricht del 1992.

In secondo luogo, la giurisprudenza è sì nel senso che i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui il giudice comunitario assicura il rispetto, ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri ed in particolare alla Convenzione di Roma (da ultimo, su rinvio pregiudiziale della Corte Costituzionale belga, sentenza 26 giugno 2007, causa C-305/05, Ordini avvocati c. Consiglio, punto 29). Tuttavia, tali principi rilevano esclusivamente rispetto a fattispecie alle quali tale diritto sia applicabile: *in primis* gli atti comunitari, poi gli atti nazionali di attuazione di normative comunitarie, infine le deroghe nazionali a norme comunitarie asseritamente giustificate dal rispetto dei diritti fondamentali (sentenza 18 giugno 1991, C-260/89, ERT). La Corte di giustizia ha infatti precisato che non ha tale competenza nei confronti di normative che non entrano nel campo di applicazione del diritto comunitario (sentenza 4

ottobre 1991, C-159/90, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*; sentenza 29 maggio 1998, C-299/95, *Kremzow*): ipotesi che si verifica precisamente nel caso di specie.

In terzo luogo, anche a prescindere dalla circostanza che al momento l'Unione europea non è parte della CEDU, resta comunque il dato dell'appartenenza da tempo di tutti gli Stati membri dell'Unione al Consiglio d'Europa ed al sistema di tutela dei diritti fondamentali che vi afferisce, con la conseguenza che il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, non essendovi in questa materia una competenza comune attribuita alle (né esercitata dalle) istituzioni comunitarie, è un rapporto variamente ma saldamente disciplinato da ciascun ordinamento nazionale. Né, infine, le conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Bruxelles del 21 e 22 giugno 2007 e le modifiche dei trattati ivi prefigurate e demandate alla conferenza intergovernativa sono allo stato suscettibili di alterare il quadro giuridico appena richiamato.

Altrettanto inesatto è sostenere che la incompatibilità della norma interna con la norma della CEDU possa trovare rimedio nella semplice non applicazione da parte del giudice comune. Escluso che ciò possa derivare dalla generale “comunitarizzazione” delle norme della CEDU, per le ragioni già precisate, resta da chiedersi se sia possibile attribuire a tali norme, ed in particolare all'art. 1 del Protocollo addizionale, l'effetto diretto, nel senso e con le implicazioni proprie delle norme comunitarie provviste di tale effetto, in particolare la possibilità per il giudice nazionale di applicarle direttamente in luogo delle norme interne con esse confliggenti. E la risposta è che, allo stato, nessun elemento relativo alla struttura e agli obiettivi della CEDU ovvero ai caratteri di determinate norme consente di ritenere che la posizione giuridica dei singoli possa esserne direttamente e immediatamente tributaria, indipendentemente dal tradizionale diaframma normativo dei rispettivi Stati di appartenenza, fino al punto da consentire al giudice la non applicazione della norma interna confligente. Le stesse sentenze della Corte di Strasburgo, anche quando è il singolo ad attivare il controllo giurisdizionale nei confronti del proprio Stato di appartenenza, si rivolgono allo Stato membro legislatore e da questo pretendono un determinato comportamento. Ciò è tanto più evidente quando, come nella specie, si tratti di un contrasto “strutturale” tra la conferente normativa nazionale e le norme CEDU così come interpretate dal giudice di Strasburgo e si richieda allo Stato membro di trarne le necessarie conseguenze.

6.1.1. – Nella giurisprudenza di questa Corte sono individuabili pronunce le quali hanno ribadito che le norme della CEDU non si collocano come tali a livello costituzionale, non potendosi loro attribuire un rango diverso da quello dell'atto – legge ordinaria – che ne ha autorizzato la ratifica e le ha rese esecutive nel nostro ordinamento. Le stesse pronunce, d'altra parte, hanno anche escluso che, nei casi esaminati, la disposizione interna fosse difforme dalle norme convenzionali (sentenze n. 288 del 1997 e n. 315 del 1990), sottolineando la «sostanziale coincidenza» tra i principi dalle stesse stabiliti ed i principi costituzionali (sentenze n. 388 del 1999, n. 120 del 1967, n. 7 del 1967), ciò che rendeva «superfluo prendere in esame il problema [...] del rango» delle disposizioni convenzionali (sentenza n. 123 del 1970). In altri casi, detta questione non è stata espressamente affrontata, ma, emblematicamente, è stata rimarcata la «significativa assonanza» della

disciplina esaminata con quella stabilita dall'ordinamento internazionale (sentenza n. 342 del 1999; si vedano anche le sentenze n. 445 del 2002 e n. 376 del 2000). È stato talora osservato che le norme interne assicuravano «garanzie ancora più ampie» di quelle previste dalla CEDU (sentenza n. 1 del 1961), poiché «i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione» (sentenze n. 388 del 1999, n. 399 del 1998). Così il diritto del singolo alla tutela giurisdizionale è stato ricondotto nel novero dei diritti inviolabili dell'uomo, garantiti dall'art. 2 della Costituzione, argomentando «anche dalla considerazione che se ne è fatta nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo» (sentenza n. 98 del 1965).

In linea generale, è stato anche riconosciuto valore interpretativo alla CEDU, in relazione sia ai parametri costituzionali che alle norme censurate (sentenza n. 505 del 1995; ordinanza n. 305 del 2001), richiamando, per avvalorare una determinata esegesi, le «indicazioni normative, anche di natura sovranazionale» (sentenza n. 231 del 2004). Inoltre, in taluni casi, questa Corte, nel fare riferimento a norme della CEDU, ha svolto argomentazioni espressive di un'interpretazione conforme alla Convenzione (sentenze n. 376 del 2000 e n. 310 del 1996), ovvero ha richiamato dette norme, e la *ratio* ad esse sottesa, a conforto dell'esegesi accolta (sentenze n. 299 del 2005 e n. 29 del 2003), avvalorandola anche in considerazione della sua conformità con i «valori espressi» dalla Convenzione, «secondo l'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo» (sentenze n. 299 del 2005; n. 299 del 1998), nonché sottolineando come un diritto garantito da norme costituzionali sia «protetto anche dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti [...] come applicato dalla giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo» (sentenza n. 154 del 2004).

È rimasto senza seguito il precedente secondo il quale le norme in esame deriverebbero da «una fonte riconducibile a una competenza atipica» e, come tali, sarebbero «insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria» (sentenza n. 10 del 1993).

6.1.2. – Dagli orientamenti della giurisprudenza di questa Corte è dunque possibile desumere un riconoscimento di principio della peculiare rilevanza delle norme della Convenzione, in considerazione del contenuto della medesima, tradottasi nell'intento di garantire, soprattutto mediante lo strumento interpretativo, la tendenziale coincidenza ed integrazione delle garanzie stabilite dalla CEDU e dalla Costituzione, che il legislatore ordinario è tenuto a rispettare e realizzare.

La peculiare rilevanza degli obblighi internazionali assunti con l'adesione alla Convenzione in esame è stata ben presente al legislatore ordinario. Infatti, dopo il recepimento della nuova disciplina della Corte europea dei diritti dell'uomo, dichiaratamente diretta a «ristrutturare il meccanismo di controllo stabilito dalla Convenzione per mantenere e rafforzare l'efficacia della protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali prevista dalla Convenzione» (Preambolo al Protocollo n. 11, ratificato e reso esecutivo con la legge 28 agosto 1997, n. 296), si è provveduto a migliorare i meccanismi finalizzati ad assicurare l'adempimento delle pronunce della Corte europea (art. 1 della legge 9 gennaio

2006, n. 12), anche mediante norme volte a garantire che l'intero apparato pubblico cooperi nell'evitare violazioni che possono essere sanzionate (art. 1, comma 1217, della legge 27 dicembre 2006, n. 296). Infine, anche sotto il profilo organizzativo, da ultimo è stata disciplinata l'attività attribuita alla Presidenza del Consiglio dei ministri, stabilendo che gli adempimenti conseguenti alle pronunce della Corte di Strasburgo sono curati da un Dipartimento di detta Presidenza (d.P.C.m. 1° febbraio 2007 – Misure per l'esecuzione della legge 9 gennaio 2006, n. 12, recante disposizioni in materia di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo).

6.2. – È dunque alla luce della complessiva disciplina stabilita dalla Costituzione, quale risulta anche dagli orientamenti di questa Corte, che deve essere preso in considerazione e sistematicamente interpretato l'art. 117, primo comma, Cost., in quanto parametro rispetto al quale valutare la compatibilità della norma censurata con l'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU, così come interpretato dalla Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo.

Il dato subito emergente è la lacuna esistente prima della sostituzione di detta norma da parte dell'art. 2 della legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione), per il fatto che la conformità delle leggi ordinarie alle norme di diritto internazionale convenzionale era suscettibile di controllo da parte di questa Corte soltanto entro i limiti e nei casi sopra indicati al punto 6.1. La conseguenza era che la violazione di obblighi internazionali derivanti da norme di natura convenzionale non contemplate dall'art. 10 e dall'art. 11 Cost. da parte di leggi interne comportava l'incostituzionalità delle medesime solo con riferimento alla violazione diretta di norme costituzionali (sentenza n. 223 del 1996). E ciò si verificava a dispetto di uno degli elementi caratterizzanti dell'ordinamento giuridico fondato sulla Costituzione, costituito dalla forte apertura al rispetto del diritto internazionale e più in generale delle fonti esterne, ivi comprese quelle richiamate dalle norme di diritto internazionale privato; e nonostante l'espressa rilevanza della violazione delle norme internazionali oggetto di altri e specifici parametri costituzionali. Inoltre, tale violazione di obblighi internazionali non riusciva ad essere scongiurata adeguatamente dal solo strumento interpretativo, mentre, come sopra precisato, per le norme della CEDU neppure è ammissibile il ricorso alla “non applicazione” utilizzabile per il diritto comunitario.

Non v'è dubbio, pertanto, alla luce del quadro complessivo delle norme costituzionali e degli orientamenti di questa Corte, che il nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost., ha colmato una lacuna e che, in armonia con le Costituzioni di altri Paesi europei, si collega, a prescindere dalla sua collocazione sistematica nella Carta costituzionale, al quadro dei principi che espressamente già garantivano a livello primario l'osservanza di determinati obblighi internazionali assunti dallo Stato.

Ciò non significa, beninteso, che con l'art. 117, primo comma, Cost., si possa attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, com'è il caso delle norme della CEDU. Il parametro costituzionale in esame comporta, infatti, l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare dette norme, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU e dunque

con gli “obblighi internazionali” di cui all'art. 117, primo comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale. Con l'art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata “norma interposta”; e che è soggetta a sua volta, come si dirà in seguito, ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione.

Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale 'interposta', egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma, come correttamente è stato fatto dai rimettenti in questa occasione.

In relazione alla CEDU, inoltre, occorre tenere conto della sua peculiarità rispetto alla generalità degli accordi internazionali, peculiarità che consiste nel superamento del quadro di una semplice somma di diritti ed obblighi reciproci degli Stati contraenti. Questi ultimi hanno istituito un sistema di tutela uniforme dei diritti fondamentali. L'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito beninteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri, cui compete il ruolo di giudici comuni della Convenzione. La definitiva uniformità di applicazione è invece garantita dall'interpretazione centralizzata della CEDU attribuita alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, cui spetta la parola ultima e la cui competenza «si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa nelle condizioni previste» dalla medesima (art. 32, comma 1, della CEDU). Gli stessi Stati membri, peraltro, hanno significativamente mantenuto la possibilità di esercitare il diritto di riserva relativamente a questa o quella disposizione in occasione della ratifica, così come il diritto di denuncia successiva, sì che, in difetto dell'una e dell'altra, risulta palese la totale e consapevole accettazione del sistema e delle sue implicazioni. In considerazione di questi caratteri della Convenzione, la rilevanza di quest'ultima, così come interpretata dal “suo” giudice, rispetto al diritto interno è certamente diversa rispetto a quella della generalità degli accordi internazionali, la cui interpretazione rimane in capo alle Parti contraenti, salvo, in caso di controversia, la composizione del contrasto mediante negoziato o arbitrato o comunque un meccanismo di conciliazione di tipo negoziale.

Questa Corte e la Corte di Strasburgo hanno in definitiva ruoli diversi, sia pure tesi al medesimo obiettivo di tutelare al meglio possibile i diritti fondamentali dell'uomo. L'interpretazione della Convenzione di Roma e dei Protocolli spetta alla Corte di Strasburgo, ciò che solo garantisce l'applicazione del livello uniforme di tutela all'interno dell'insieme dei Paesi membri. A questa Corte, qualora sia sollevata una questione di legittimità costituzionale di una norma nazionale rispetto all'art. 117, primo comma, Cost. per contrasto – insanabile in via interpretativa – con una o più norme della CEDU, spetta invece accertare il contrasto e, in caso affermativo, verificare se le stesse norme CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana. Non si

tratta, invero, di sindacare l'interpretazione della norma CEDU operata dalla Corte di Strasburgo, come infondatamente preteso dalla difesa erariale nel caso di specie, ma di verificare la compatibilità della norma CEDU, nell'interpretazione del giudice cui tale compito è stato espressamente attribuito dagli Stati membri, con le pertinenti norme della Costituzione. In tal modo, risulta realizzato un corretto bilanciamento tra l'esigenza di garantire il rispetto degli obblighi internazionali voluto dalla Costituzione e quella di evitare che ciò possa comportare per altro verso un *vulnus* alla Costituzione stessa.

7. – Premessa la lettura sistematica dell'art. 117, primo comma, Cost., invocato dai rimettenti, è opportuna una ricognizione dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale dell'occupazione acquisitiva, oggetto della norma denunciata.

In origine (legge 25 giugno 1865, n. 2359, recante «Espropriazioni per causa di utilità pubblica»), fu prevista l'occupazione temporanea (artt. 64 e 70), senza alcun trasferimento di proprietà; e l'occupazione d'urgenza (artt. 71 e 73), inizialmente collegata ai casi contingenti di calamità naturali, fu poi generalizzata ai casi di occupazione per l'espletamento di lavori dichiarati urgenti dal Consiglio superiore dei lavori pubblici. Nella prassi, tuttavia, l'istituto dell'occupazione d'urgenza è divenuto un passaggio normale della procedura espropriativa, fino al punto che sovente l'opera pubblica era realizzata sul fondo occupato in via di urgenza, sulla base di una previa dichiarazione di pubblica utilità, senza che poi seguisse alcun valido provvedimento espropriativo.

A tali casi si riferisce l'istituto, di origine giurisprudenziale, della c.d. «accessione invertita» o «occupazione appropriativa», consacrato dalla sentenza delle sezioni unite della Corte di cassazione n. 1464 del 1983, più volte confermata negli anni successivi. Le sezioni unite, in particolare, sulla premessa della illegittimità dell'occupazione al di fuori di un compiuto procedimento espropriativo, della realizzazione di un'opera di interesse pubblico e della impossibilità di far coesistere una proprietà del bene realizzato con una diversa proprietà del fondo, affermarono l'acquisto a titolo originario da parte della pubblica amministrazione a seguito e per effetto della trasformazione irreversibile del bene. A tale conclusione, il giudice di legittimità pervenne utilizzando quell'esigenza di bilanciamento di interessi che pure è presente nella disciplina dell'accessione (art. 934 e seguenti del codice civile) e che nell'ipotesi di specie faceva ritenere prevalenti le ragioni dell'amministrazione in quanto a soddisfazione di interessi pubblici. La ricaduta di tale pronuncia in termini patrimoniali, peraltro, è stata il diritto del proprietario non all'indennità di espropriazione, ma al risarcimento del danno da illecito, equivalente almeno al valore reale del bene, con prescrizione quinquennale dal momento della trasformazione irreversibile del bene.

L'orientamento successivo della Cassazione, pur con qualche oscillazione di minor rilievo (ad esempio sul termine di prescrizione), sostanzialmente ha confermato i punti principali della sentenza del 1983: trasferimento in capo alla pubblica amministrazione della proprietà del bene e risarcimento del danno corrispondente al suo valore di mercato. La logica di tale orientamento era focalizzata soprattutto sull'aspetto civilistico, relativo al mutamento di titolarità del bene per ragioni di certezza delle situazioni giuridiche, mentre rimaneva pacifico il principio della responsabilità aquiliana e per ciò stesso la negazione di

un'alternativa al ristoro del danno, corrispondente al valore reale del bene e con le somme accessorie di rito.

7.1 – Negli anni successivi, il legislatore ordinario non sempre ha mantenuto ferma la sopra precisata ricaduta patrimoniale dell'occupazione acquisitiva. E sono al riguardo da ricordare, ai fini che qui interessano, gli interventi di questa Corte.

Inizialmente, la legge 27 ottobre 1988, n. 458, all'art. 3, aveva dato espressa base normativa all'istituto giurisprudenziale dell'occupazione acquisitiva, sia pure con riferimento ad una specifica tipologia di opere pubbliche; e confermato il principio del risarcimento integrale del danno subito dal titolare del bene, limitandosi a disciplinare l'ipotesi che il provvedimento espropriativo fosse dichiarato illegittimo con sentenza passata in giudicato. Investita della questione di legittimità costituzionale di tale norma in riferimento all'art. 42, secondo e terzo comma, Cost., questa Corte l'ha dichiarata infondata, osservando, significativamente, che con essa il legislatore, «in una completa ed adeguata valutazione degli interessi in gioco, non si è limitato a corrispondere “l'indennizzo”, ma ha previsto l'integrale risarcimento del danno subito», con la conseguenza che «al mancato adempimento della pretesa restitutoria, imposto da preminenti ragioni di pubblico interesse, si sostituisce la tutela risarcitoria (art. 2043 cod. civ.), integralmente garantita» (sentenza n. 384 del 1990; le argomentazioni sono state ribadite dall'ordinanza n. 542 del 1990). La Corte ha poi dichiarato illegittima la stessa normativa appena evocata, nella parte in cui non si estendeva anche all'ipotesi in cui mancasse del tutto un provvedimento espropriativo, confermando il principio del risarcimento integrale del danno (sentenza 486 del 1991). La sentenza n. 188 del 1995 ha ribadito come questa disciplina fosse appunto «coerente alla connotazione illecita della vicenda», produttiva del «diritto al risarcimento e non all'indennità».

Successivamente il legislatore, con la legge 28 dicembre 1995, n. 549, art. 5-*bis*, ha stabilito la parificazione tra ristoro del danno per occupazione acquisitiva ed indennizzo espropriativo. Questa Corte, con la sentenza n. 369 del 1996, ha censurato tale parificazione in riferimento all'art. 3 Cost., sottolineando che, «mentre la misura dell'indennizzo – obbligazione *ex lege* per atto legittimo – costituisce il punto di equilibrio tra interesse pubblico alla realizzazione dell'opera e interesse del privato alla conservazione del bene, la misura del risarcimento – obbligazione *ex delicto* – deve realizzare il diverso equilibrio tra l'interesse pubblico al mantenimento dell'opera già realizzata e la reazione dell'ordinamento a tutela della legalità violata per effetto della manipolazione-distruzione illecita del bene privato». Dunque, ha rimarcato la pronuncia, «sotto il profilo della ragionevolezza intrinseca (*ex art. 3 Costituzione*), poiché nella occupazione appropriativa l'interesse pubblico è già essenzialmente soddisfatto dalla non restituibilità del bene e dalla conservazione dell'opera pubblica, la parificazione del *quantum* risarcitorio alla misura dell'indennità si prospetta come un di più che sbilancia eccessivamente il contemperamento tra i contrapposti interessi, pubblico e privato, in eccessivo favore del primo. Con le ulteriori negative incidenze, ben poste in luce dalle varie autorità rimettenti, che un tale “privilegio” a favore dell'amministrazione pubblica può comportare, anche sul piano del buon andamento e legalità dell'attività amministrativa e sul principio di

responsabilità dei pubblici dipendenti per i danni arrecati al privato». Infine, secondo detta pronuncia, la «perdita di garanzia che al diritto di proprietà deriva da una così affievolita risposta dell'ordinamento all'atto illecito compiuto in sua violazione», vulnerava anche l'art. 42, secondo comma, della Costituzione.

Il principio desumibile dalla giurisprudenza di questa Corte è, pertanto, che l'accessione invertita «realizza un modo di acquisto della proprietà [...] giustificato da un bilanciamento fra interesse pubblico (correlato alla conservazione dell'opera in tesi pubblica) e l'interesse privato (relativo alla riparazione del pregiudizio sofferto dal proprietario) la cui correttezza "costituzionale" è ulteriormente» confortata «dal suo porsi come concreta manifestazione, in definitiva, della funzione sociale della proprietà» (sentenza n. 188 del 1995, che richiama la sentenza n. 384 del 1990). E, tuttavia, essendo l'interesse pubblico già essenzialmente soddisfatto dalla non restituibilità del bene e dalla conservazione dell'opera pubblica, la misura della liquidazione del danno non può prescindere dalla adeguatezza della tutela risarcitoria che, nel quadro della conformazione datane dalla giurisprudenza di legittimità, comportava la liquidazione del danno derivante dalla perdita del diritto di proprietà, mediante il pagamento di una somma pari al valore venale del bene, con la rivalutazione per l'eventuale diminuzione del potere di acquisto della moneta fino al giorno della liquidazione.

Successivamente, l'art. 3, comma 65, della legge n. 662 del 1996 ha introdotto nell'art. 5-*bis* del decreto-legge n. 333 del 1992, il comma 7-*bis*, secondo cui in caso di occupazione illegittima di suoli per causa di pubblica utilità, intervenute anteriormente al 30 settembre 1996, si applicano, per la liquidazione del danno, i criteri di determinazione dell'indennità di cui al comma 1» (quella, cioè, prevista per l'espropriazione dei suoli edificatori: semisomma tra valore di mercato e reddito catastale rivalutato, decurtata del 40 per cento), con esclusione di tale riduzione e con la precisazione che «in tal caso l'importo del risarcimento è altresì aumentato del 10 per cento».

Il profilo della misura della liquidazione del danno, con specifico riferimento alla norma appena ricordata, è stato esaminato dalla sentenza n. 148 del 1999, che va valutata al giusto. Essa ha dichiarato l'infondatezza delle censure riferite – per quanto qui interessa – agli artt. 3 e 42 Cost., essenzialmente in considerazione della mancanza di copertura costituzionale della regola della integralità della riparazione del danno e della equivalenza della medesima al pregiudizio cagionato, della «eccezionalità del caso», giustificata «soprattutto dal carattere temporaneo della norma denunciata», nonché della esigenza di salvaguardare una ineludibile, e limitata nel tempo, manovra di risanamento della finanza pubblica.

La legittimità rispetto all'art. 42 Cost. di un ristoro inferiore (e di molto) al valore reale del bene, in definitiva, è stata ancorata dalla pronuncia del 1999 anzitutto in riferimento ad un parametro diverso da quello evocato in questa sede. Inoltre, a tale conclusione questa Corte è pervenuta essenzialmente in considerazione della temporaneità della disciplina, nonché di esigenze congiunturali di carattere finanziario. E ancora sulla temporaneità pone l'accento la sentenza n. 24 del 2000.

8. – Precisato il quadro normativo e giurisprudenziale in cui si colloca la normativa qui impugnata, va ora esaminata la censura con la quale si prospetta, per la prima volta, che la norma denunciata violerebbe l'art. 117, primo comma, Cost., in quanto si porrebbe in contrasto con le norme internazionali convenzionali e, anzitutto, con l'art. 1 del Protocollo addizionale della CEDU, nell'interpretazione offertane dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Al riguardo, occorre premettere che entrambe le ordinanze di rimessione non sollevano il problema della compatibilità dell'istituto dell'occupazione acquisitiva in quanto tale con il citato art. 1, ma censurano la norma denunciata esclusivamente nella parte in cui ne disciplina la ricaduta patrimoniale. Pertanto, oggetto del *thema decidendum* posto dalla questione di costituzionalità è solo il profilo della compatibilità di tale ricaduta patrimoniale disciplinata dalla norma censurata con la disposizione convenzionale, ciò che impone di fare riferimento alle conferenti sentenze del giudice europeo di Strasburgo.

L'art. 1 del Protocollo addizionale stabilisce: «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale».

La Corte europea ha interpretato tale norma in numerose sentenze, puntualmente e diffusamente richiamate nell'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione, dando vita ad un orientamento ormai consolidato, confermato dalla *Grande Chambre* della Corte (per tutte, *Grande Chambre*, sentenza 29 marzo 2006, Scordino, dove anche una completa ricostruzione dell'indirizzo confermato dalla pronuncia), formatosi anche in processi concernenti la disciplina ordinaria dell'indennità di espropriazione stabilita dal citato art. 5-*bis* (per più ampi svolgimenti v. sentenza n. 348 in pari data).

In sintesi, relativamente alla misura dell'indennizzo, nella giurisprudenza della Corte europea è ormai costante l'affermazione secondo la quale, in virtù della norma convenzionale, «una misura che costituisce interferenza nel diritto al rispetto dei beni deve trovare il “giusto equilibrio” tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e le esigenze imperative di salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo». Pertanto, detta norma non garantisce in tutti i casi il diritto dell'espropriato al risarcimento integrale, in quanto «obiettivi legittimi di pubblica utilità, come quelli perseguiti dalle misure di riforma economica o di giustizia sociale, possono giustificare un rimborso inferiore al valore commerciale effettivo». Per converso, proprio in riferimento alla disciplina stabilita dal richiamato art. 5-*bis* della legge qui in discussione, la Corte europea ha affermato che, quando si tratta di «esproprio isolato che non si situa in un contesto di riforma economica, sociale o politica e non è legato ad alcun'altra circostanza particolare», non sussiste «alcun obiettivo legittimo di “pubblica utilità” che possa giustificare un rimborso inferiore al valore commerciale», osservando altresì che, al fine di escludere la violazione della norma convenzionale, occorre dunque «sopprimere qualsiasi ostacolo per l'ottenimento di un indennizzo avente un rapporto ragionevole con il valore del bene espropriato» (sentenza 29 marzo 2006, Scordino).

La Corte europea, inoltre, nel considerare specificamente la disciplina dell'occupazione acquisitiva, ha anzitutto premesso e ribadito che l'ingerenza dello Stato nel caso di espropriazione deve sempre avvenire rispettando il «giusto equilibrio» tra le esigenze dell'interesse generale e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo (Sporrong e Lönnroth c. Svezia del 23 settembre 1982, punto 69). Inoltre, con riferimento allo specifico profilo della congruità della disciplina qui censurata, la Corte europea ha ritenuto che la liquidazione del danno per l'occupazione acquisitiva stabilita in misura superiore a quella stabilita per l'indennità di espropriazione, ma in una percentuale non apprezzabilmente significativa, non permette di escludere la violazione del diritto di proprietà, così come è garantito dalla norma convenzionale (tra le molte, I Sezione, sentenza 23 febbraio 2006, Immobiliare Cerro s.a.s.; IV sezione, sentenza 17 maggio 2005, Scordino; IV Sezione, sentenza 17 maggio 2006, Pasculli); e ciò dopo aver da tempo affermato espressamente che il risarcimento del danno deve essere integrale e comprensivo di rivalutazione monetaria a far tempo dal provvedimento illegittimo (sentenza 7 agosto 1996, Zubani).

Il bilanciamento svolto in passato con riferimento ad altri parametri costituzionali deve essere ora operato, pertanto, tenendo conto della sopra indicata rilevanza degli obblighi internazionali assunti dallo Stato, e cioè della regola stabilita dal citato art. 1 del Protocollo addizionale, così come attualmente interpretato dalla Corte europea. E sul punto va ancora sottolineato che, diversamente da quanto è accaduto per altre disposizioni della CEDU o dei Protocolli (ad esempio, in occasione della ratifica del Protocollo n. 4), non vi è stata alcuna riserva o denuncia da parte dell'Italia relativamente alla disposizione in questione e alla competenza della Corte di Strasburgo.

In definitiva, essendosi consolidata l'affermazione della illegittimità nella fattispecie in esame di un ristoro economico che non corrisponda al valore reale del bene, la disciplina della liquidazione del danno stabilita dalla norma nazionale censurata si pone in contrasto, insanabile in via interpretativa, con l'art. 1 del Protocollo addizionale, nell'interpretazione datane dalla Corte europea; e per ciò stesso viola l'art. 117, primo comma, della Costituzione.

D'altra parte, la norma internazionale convenzionale così come interpretata dalla Corte europea, non è in contrasto con le conferenti norme della nostra Costituzione.

La temporaneità del criterio di computo stabilito dalla norma censurata, le congiunturali esigenze finanziarie che la sorreggono e l'astratta ammissibilità di una regola risarcitoria non ispirata al principio della integralità della riparazione del danno non costituiscono elementi sufficienti a far ritenere che, nel quadro dei principi costituzionali, la disposizione censurata realizzi un ragionevole componimento degli interessi a confronto, tale da contrastare utilmente la rilevanza della normativa CEDU. Questa è coerente con l'esigenza di garantire la legalità dell'azione amministrativa ed il principio di responsabilità dei pubblici dipendenti per i danni arrecati al privato. Per converso, alla luce delle conferenti norme costituzionali, principalmente dell'art. 42, non si può fare a meno di concludere che il giusto equilibrio tra interesse pubblico ed interesse privato non può ritenersi soddisfatto da una disciplina che permette alla pubblica amministrazione di acquisire un bene in

difformità dallo 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.

In conclusione, l'art. 5-*bis*, comma 7-*bis*, del decreto-legge n. 333 del 1992, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 359 del 1992, introdotto dall'art. 3, comma 65, della legge n. 662 del 1996, non prevedendo un ristoro integrale del danno subito per effetto dell'occupazione acquisitiva da parte della pubblica amministrazione, corrispondente al valore di mercato del bene occupato, è in contrasto con gli obblighi internazionali sanciti dall'art. 1 del Protocollo addizionale alla CEDU e per ciò stesso viola l'art. 117, primo comma, della Costituzione.

9. – Restano assorbite le censure incentrate sugli ulteriori profili e parametri costituzionali invocati dai rimettenti.

PQM

Per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 5-*bis*, comma 7-*bis*, del decreto-legge 11 luglio 1992, n. 333 (Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica), convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1992, n. 359, introdotto dall'art. 3, comma 65, della legge 23 dicembre 1996, n. 662 (Misure di razionalizzazione della finanza pubblica).

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 22 ottobre 2007.

Depositata in Cancelleria il 24 ottobre 2007.

Allegato:

ordinanza letta all'udienza del 3 luglio 2007

ORDINANZA

Rilevato che nel presente giudizio di legittimità costituzionale sono intervenute la Consulta per la Giustizia Europea dei Diritti dell'Uomo (CO.GE.DU), in persona del legale rappresentante, e la s.r.l. Cappelletto Andreina fu Giuseppe, in persona del legale rappresentante, che non sono parti del giudizio principale.

Considerato che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, possono partecipare al giudizio di legittimità costituzionale (oltre al Presidente del Consiglio dei ministri e, nel caso di legge regionale, al Presidente della Giunta regionale) solo le parti del giudizio principale e che la deroga è consentita solo «a favore di soggetti titolari di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio» (per tutte, ordinanza letta all'udienza del 6 giugno 2006, allegata alla sentenza n. 279 del 2006; ordinanza n. 251 del 2002);

che, pertanto, l'incidenza sulla posizione soggettiva dell'interveniente non deve derivare, come per tutte le altre situazioni sostanziali governate dalla legge censurata, dalla pronuncia della Corte sulla legittimità costituzionale della legge stessa, ma dall'immediato

effetto che la pronuncia della Corte produce sul rapporto sostanziale oggetto del giudizio *a quo* (ordinanza letta all'udienza del 6 giugno 2006, allegata alla sentenza n. 279 del 2006; ordinanza letta all'udienza del 21 giugno 2005, allegata alla sentenza n. 345 del 2005); che, nella specie, la CO.GE.DU., per sua stessa ammissione, non è «direttamente toccata dalla legislazione oggetto del giudizio presupposto», ma, in considerazione dello scopo statutario, intende ottenere che questa Corte «qualifichi in via generale ed astratta la categoria delle norme» della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, sicché non è titolare di un interesse giuridicamente qualificato suscettibile di essere pregiudicato immediatamente ed irrimediabilmente dalla eventuale pronuncia di accoglimento di questa Corte;

che è altresì inammissibile l'intervento della s.r.l. Cappelletto Andreina fu Giuseppe, non rilevando, in contrario, che la stessa abbia in corso un giudizio nel quale debba farsi applicazione della norma censurata, in attesa della pronuncia di questa Corte, in quanto la contraria soluzione si risolverebbe nella sostanziale soppressione del carattere incidentale del giudizio di legittimità costituzionale (tra le molte, sentenza n. 190 del 2006, ordinanza n. 179 del 2003).

PQM

Per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara inammissibili gli interventi della Consulta per la Giustizia Europea dei Diritti dell'Uomo (CO.GE.DU.) e della Cappelletto Andreina fu Giuseppe s.r.l.

Fonti: Giur. cost. 2011, 1, 1 (nota di: CARNEVALE) - Foro amm. CDS 2011, 7-8, 2243 (nota di: FOÀ)

Classificazione: CORTE COSTITUZIONALE - Procedimento - - in genere. CORTE EUROPEA DIRITTI DELL'UOMO (Strasburgo) - In genere

Corte costituzionale - Costituzionalità (questione di) - In genere - Parametro di giudizio - Norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo - Norme interposte -

Configurabilità.

Le norme della Cedu, nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (art.32, paragrafo 1, della convenzione), integrano, quali "norme interposte", il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, comma 1, cost., nella parte in cui impone il rispetto dei vincoli derivanti dagli "obblighi internazionali". Pertanto, ove emerga un eventuale contrasto tra una norma interna e una norma della Cedu, il giudice nazionale comune deve preventivamente verificare la possibilità di una interpretazione della prima conforme alla norma convenzionale, ricorrendo a tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica, e, in caso negativo, deve investire del dubbio di legittimità la Corte costituzionale la quale è tenuta a verificare che il contrasto sussista e "che sia effettivamente insanabile attraverso una interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo" e, nel caso in cui sia riscontrato detto contrasto (e non si ponga problema di conflitto della norma Cedu con altre norme della Costituzione), la norma interna dovrà essere dichiarata costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 117, comma 1, cost., in relazione alla invocata norma della Cedu (sentt. n. 348, 349 del 2007, 239, 311, 317 del 2009, 93 del 2010).

Fonti: Giur. cost. 2011, 1, 1 (nota di: CARNEVALE) - Riv. it. dir. lav. 2011, 3, II, 824 (nota di: RATTI) - Foro it. 2011, 3, I, 691

Classificazione: PENSIONI CIVILI E MILITARI (Ex dipendenti pubblici) - Pensione di reversibilità - - in genere

Pensioni civili e militari (Ex dipendenti pubblici) - Pensione di reversibilità - In genere - Pensioni sorte a decorrere dall'entrata in vigore della legge n. 335 del 1995, corrisposte dall'INPDAP a favore di coniuge superstite di titolare di pensione diretta - Indennità integrativa speciale mensile - Previsione dell'attribuzione nella stessa misura stabilita per il trattamento di reversibilità, anziché in misura piena, indipendentemente dalla data di decorrenza della pensione diretta - Salvezza, con riassorbimento sui futuri miglioramenti, dei soli trattamenti più favorevoli già definiti in sede contenziosa e non anche di quelli in corso di definizione - Asserita violazione dei principi del giusto processo e dei vincoli derivanti dalla CEDU - Esclusione - Non fondatezza della questione.

Non è fondata la q.l.c. dell'art. 1 commi 774, 775 e 776 l. 27 dicembre 2006 n. 296, sollevata in riferimento agli art. 111 e 117 comma 1 cost. e all'art. 6 della Cedu, per asserita violazione dei principi del giusto processo e dei vincoli derivanti dalla Cedu, nella parte in

cui - interpretando l'art. 1 comma 41 l. 8 agosto 1995 n. 335, nel senso che per le pensioni di reversibilità sorte a decorrere dall'entrata in vigore della medesima legge, l'indennità integrativa speciale già in godimento da parte del dante causa è attribuita nella misura percentuale prevista per il trattamento di reversibilità, indipendentemente dalla data di decorrenza della pensione diretta, e abrogando il comma 5 dell'art. 15 l. 23 dicembre 1994 n. 724 - fanno salvi, con riassorbimento sui futuri miglioramenti, soltanto i trattamenti pensionistici più favorevoli già definiti, e non anche quelli in corso di definizione, in sede di contenzioso. Premesso che le disposizioni censurate sono effettivamente interpretative e assumono come referente un orientamento giurisprudenziale presente, seppur minoritario, così da scegliere uno dei possibili significati della norma interpretata, nella fattispecie vengono in evidenza rapporti di durata, sicché non può parlarsi di un legittimo affidamento nella loro immutabilità, dovendosi altresì tenere conto del fatto che le innovazioni che sono state apportate - e che non hanno trascurato del tutto i diritti acquisiti - hanno non irragionevolmente mirato alla armonizzazione e perequazione di tutti i trattamenti pensionistici, pubblici e privati, salvaguardando anche i trattamenti di miglior favore già definiti in sede di contenzioso, risultando altresì assicurata l'esigenza dello svolgimento di un processo equo e garantito, che ha trovato concretezza ed effettività anche tramite l'incidente di costituzionalità in una duplice occasione, "conclusosi con una dichiarazione di infondatezza della questione, rispetto a parametri costituzionali coerenti con la norma convenzionale, pienamente compatibile, così interpretata, con il quadro costituzionale italiano" (sentt. n. 6 del 1994, 282 del 2005, 74 del 2008, 196, 228 del 2010).

Fonti: Giur. cost. 2011, 1, 1 (nota di: CARNEVALE)

Classificazione: PENSIONI CIVILI E MILITARI (Ex dipendenti pubblici) - Pensione di reversibilità - - in genere

Pensioni civili e militari (Ex dipendenti pubblici) - Pensione di reversibilità - In genere - Pensioni sorte a decorrere dall'entrata in vigore della l. n. 335 del 1995, corrisposte dall'INPDAP a favore di coniuge superstite di titolare di pensione diretta - Misura dell'indennità integrativa speciale mensile - Eccezione di inammissibilità della questione per asserita contraddittorietà della motivazione - Reiezione.

In relazione alla q.l.c. dell'art. 1, commi 774, 775 e 776, l. 27 dicembre 2006 n. 296, sollevata in riferimento agli art. 111 e 117, comma 1, cost. e dell'art. 6 della Cedu, è infondata l'eccezione di inammissibilità per asserita contraddittorietà della motivazione, avendo il rimettente chiaramente motivato in ordine all'applicabilità della disciplina censurata alla fattispecie oggetto di cognizione.

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

- Ugo DE SIERVO Presidente
- Paolo MADDALENA Giudice
- Alfio FINOCCHIARO "
- Alfonso QUARANTA "

- Franco GALLO "
- Luigi MAZZELLA "
- Gaetano SILVESTRI "
- Sabino CASSESE "
- Maria Rita SAULLE "
- Giuseppe TESAURO "
- Paolo Maria NAPOLITANO "
- Giuseppe FRIGO "
- Alessandro CRISCUOLO "
- Paolo GROSSI "

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'articolo 1, commi 774, 775 e 776 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2007), promosso dalla Corte dei conti – Sezione giurisdizionale centrale d'appello nel procedimento vertente tra Lascala Renata e l'I.N.P.D.A.P. con ordinanza del 16 novembre 2009 iscritta al n. 72 del registro ordinanze 2010 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 12, prima serie speciale, dell'anno 2010.

Visto l'atto di costituzione dell'I.N.P.D.A.P.;

udito nell'udienza pubblica del 19 ottobre 2010 il Giudice relatore Paolo Maddalena;

udito l'avvocato Filippo Mangiapane per l'I.N.P.D.A.P.

Ritenuto in fatto

1. - Con ordinanza del 16 novembre 2009, la Corte dei conti – Sezione giurisdizionale centrale d'appello, ha sollevato, in riferimento agli articoli 111 e 117 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, commi 774, 775 e 776, della legge 29 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2007), «nella parte in cui – interpretando l'art. 1, comma 41, della legge 8 agosto 1995, n. 335, nel senso che per le pensioni di reversibilità sorte a decorrere dall'entrata in vigore della legge 8 agosto 1995, n. 335, l'indennità integrativa speciale già in godimento da parte del dante causa è attribuita nella misura percentuale prevista per il trattamento di reversibilità, indipendentemente dalla data di decorrenza della pensione diretta, e abrogando il comma 5 dell'art. 15 della legge 23 dicembre 1994, n. 724 – fanno salvi, con riassorbimento sui futuri miglioramenti, soltanto i trattamenti pensionistici più favorevoli già definiti, e non anche quelli in corso di definizione, in sede di contenzioso».

1.1. - Secondo quanto evidenziato dal rimettente, Lascala Renata, ricorrente nel giudizio a quo, è titolare di pensione di reversibilità a decorrere dal 1° febbraio 2003, quale coniuge superstite di Caruso Ugo, pensionato pubblico dal 1° dicembre 1991, ed alla medesima è

stata liquidata la pensione di reversibilità nella misura del sessanta per cento unitamente all'indennità integrativa speciale (I.I.S.) nella stessa misura.

La pensionata ha, quindi, proposto ricorso dinanzi alla Corte dei conti – Sezione giurisdizionale per la Regione Calabria al fine di ottenere il riconoscimento del diritto alla liquidazione dell'indennità integrativa speciale (I.I.S.) in misura intera, «come assegno accessorio da corrispondersi separatamente dalla pensione base», secondo l'interpretazione dell'art. 15, comma 5, della legge 23 dicembre 1994, n. 724 (Misure di razionalizzazione della finanza pubblica), data dalle Sezioni riunite della Corte dei conti con la pronuncia di massima n. 8/QM del 17 aprile 2002. Il giudice di primo grado ha, invece, respinto il ricorso, applicando l'art. 1, comma 774, della legge n. 296 del 2006, «che ha fornito una interpretazione autentica della normativa opposta a quella delle Sezioni riunite».

Il giudice a quo è, dunque, chiamato a decidere sull'appello proposto dalla pensionata avverso la anzidetta negativa decisione; appello con il quale è stata eccepita l'incostituzionalità dei commi 774, 775 e 776 dell'art. 1 della legge n. 296 del 2006.

1.2. - Ciò evidenziato, il rimettente rammenta quale sia il quadro normativo e giurisprudenziale in cui viene ad iscriversi la disciplina oggetto del dubbio di costituzionalità, rilevando che l'art. 15 della legge n. 724 del 1994, al comma 3, ha stabilito, dal 1° gennaio 1995 ed in attesa «dell'armonizzazione delle basi contributive e pensionabili previste dalle diverse gestioni obbligatorie dei settori pubblico e privato», che le pensioni delle forme esclusive dell'assicurazione generale obbligatoria vengono determinate «sulla base degli elementi retributivi assoggettati a contribuzione, ivi compresa l'indennità integrativa speciale, ovvero l'indennità di contingenza, ovvero l'assegno per il costo della vita spettante»; aggiungendo, al comma 4, che la pensione così determinata è «reversibile, con riferimento alle categorie di superstiti aventi diritto, in base all'aliquota in vigore nel regime dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti». Precisa, però, il rimettente che il comma 5 dello stesso art. 15 ha previsto che «le disposizioni relative alla corresponsione della indennità integrativa speciale sui trattamenti di pensione previste dall'art. 2 della legge 27 maggio 1959, n. 324, e successive modificazioni ed integrazioni, sono applicabili limitatamente alle pensioni dirette liquidate fino al 31 dicembre 1994 e alle pensioni di reversibilità ad esse riferite».

A sua volta – argomenta ancora il giudice a quo – la legge 8 agosto 1995, n. 335 (Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare), al comma 41 dell'art. 1, ha disposto l'estensione a tutte le forme esclusive o sostitutive dell'assicurazione generale obbligatoria (A.G.O.) della disciplina del trattamento pensionistico prevista, per l'appunto, nel regime di A.G.O., facendo salvi i trattamenti previdenziali più favorevoli in godimento alla data di entrata in vigore della stessa legge n. 335, «con riassorbimento sui futuri miglioramenti».

Il rimettente ricorda che una «giurisprudenza minoritaria ha interpretato questa disposizione, in quanto contenuta in una legge di riforma organica del sistema pensionistico come abrogativa dell'art. 15, comma 5, della legge n. 724 del 1994, che la giurisprudenza prevalente, al contrario, ha ritenuto ancora vigente, dato il suo carattere di

norma transitoria e, come tale, non confliggente con la disciplina generale». La medesima prevalente giurisprudenza ha, peraltro, affermato che l'indennità integrativa speciale in misura intera (secondo la legge 27 maggio 1959, n. 324, recante «Miglioramenti economici al personale statale in attività ed in quiescenza») trovava applicazione alle pensioni dirette liquidate entro il 31 dicembre 1994, «pur se le corrispondenti pensioni di reversibilità siano liquidate dopo tale data».

In tale quadro, precisa il giudice a quo, le Sezioni riunite della Corte dei conti, alle quali era stata devoluta questione di massima, «con sentenza n. 8/QM del 17 aprile 2002, hanno abbracciato la tesi maggioritaria, dichiarando che “in ipotesi di decessi di pensionato, titolare di trattamento di riposo, liquidato prima del 31 dicembre 1994, il conseguenziale trattamento di reversibilità deve essere in ogni caso liquidato secondo le norme di cui all'art. 15, comma 5, della legge 23 dicembre 1994, n. 724, indipendentemente dalla data della morte del dante causa. L'art. 1 comma 41 della legge 8 agosto 1995, n. 335 non ha effetto abrogativo dell'art. 15, comma 5 della legge 23 novembre 1994, n. 724”».

Nel delineato contesto, prosegue il rimettente, è intervenuto il legislatore con la disciplina denunciata, prevedendo, al comma 774, che l'estensione di disciplina operata a suo tempo dall'art. 1, comma 41, della legge n. 335 del 1995, «si interpreta nel senso che per le pensioni di reversibilità sorte a decorrere dall'entrata in vigore della legge 8 agosto 1995, n. 335, indipendentemente dalla data di decorrenza della pensione diretta, l'indennità integrativa speciale già in godimento da parte del dante causa, parte integrante del complessivo trattamento pensionistico percepito, è attribuita nella misura percentuale prevista per il trattamento di reversibilità». Si è, poi, stabilito, al comma 775, la salvezza dei trattamenti più favorevoli «in godimento alla data di entrata in vigore della presente legge, già definiti in sede di contenzioso, con riassorbimento sui futuri miglioramenti pensionistici». Si è, infine, provveduto, al comma 776, all'abrogazione dell'art. 15, comma 5, della legge 23 dicembre 1994, n. 724.

Ad avviso del rimettente, la normativa del 2006, «presentandosi espressamente come interpretazione autentica, e quindi con efficacia retroattiva, dell'art. 1, comma 41, della legge 8 agosto 1995, n. 335», avrebbe impedito al giudice delle pensioni di seguire l'interpretazione fornita dalle Sezioni riunite del 2002; peraltro, la Corte costituzionale, con sentenza n. 74 del 2008, ha dichiarato non fondati i dubbi di costituzionalità prospettati sui citati commi 774-776, «ritenendo la ragionevolezza delle norme in questione, che non potevano non tener conto “anche delle esigenze di bilancio”».

Con ciò, prosegue ancora il giudice a quo, la «giurisprudenza prevalente della Corte dei conti ha di conseguenza ritenuto superata e perciò ha disatteso la pronuncia di massima delle Sezioni riunite, proprio in applicazione all'art. 1, commi 774-776, della legge n. 296 del 2006». Tuttavia, a seguito dell'articolo 42 della legge 18 giugno 2009, n. 69 (Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile), integrativo dell'articolo 1, comma 7, del d.l. 15 novembre 1993, n. 453 (Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti), convertito, con modificazioni, nella legge 14 gennaio 1994, n. 19 (Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 15 novembre 1993, n. 453, recante disposizioni in materia di

giurisdizione e controllo della Corte dei conti), la sezione giurisdizionale, centrale o regionale, che ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni riunite, deve rimettere «a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del giudizio».

Secondo il rimettente, detta disposizione imporrebbe «una maggiore cautela» nel considerare la sentenza delle Sezioni riunite n. 8/QM/2002 «effettivamente travolta» dalla disciplina interpretativa denunciata, così da suggerire «di accertare con maggior rigore se detta normativa resista alle censure di illegittimità costituzionale rivolte dall'appellante». Difatti, ove la Corte costituzionale dovesse dichiarare l'incostituzionalità delle norme censurate, la predetta sentenza delle Sezioni riunite «riviverebbe, dotata della novella efficacia attribuitale dall'art. 42 della legge n. 69 del 2009, e questo giudice non potrebbe che conformarsi ad essa o rimettere la decisione alle stesse Sezioni riunite»; di qui, «la sicura rilevanza delle questioni di legittimità costituzionale».

1.3. - Ciò premesso, il giudice a quo sostiene che i profili di incostituzionalità della disciplina recata dai commi 774-776 dell'art. 1 della legge n. 296 del 2006, prospettati dalla parte appellante in riferimento agli artt. 2, 3, 24, 36 e 28 Cost., sarebbero privi di consistenza e, comunque, in parte già scrutinati nel senso della non fondatezza dalla Corte costituzionale con la citata sentenza n. 74 del 2008.

Diversamente dovrebbe, invece, opinarsi, ad avviso del rimettente, in relazione all'eccezione di legittimità costituzionale che la stessa appellante, richiamando anche la sentenza della Corte EDU 14 febbraio 2006 (Lecarpentier v. Francia), ha prospettato con riferimento agli artt. 117 e 111 Cost., giacché le norme denunciate non rispetterebbero, nel primo caso, «i vincoli internazionali gravanti sullo Stato in forza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), e più specificamente il principio di preminenza del diritto evincibile dal Preambolo CEDU e l'art. 1 del Protocollo n. 1 della CEDU in tema di diritto di proprietà»; mentre, nel secondo caso, contrasterebbero con il principio di "equo processo", posto che la relativa disciplina opererebbe «una palese ingerenza del potere legislativo sul funzionamento del potere giudiziario, vietato dalla CEDU».

Il rimettente reputa non manifestamente infondati i dubbi di costituzionalità prospettati dalla parte appellante osservando che il legislatore, con i denunciati commi 774-776, è intervenuto sul "diritto vivente" costituito dalla pronuncia delle Sezioni riunite n. 8/QM/2002, introducendo «una normativa diversa ed opposta», alla quale ha espressamente attribuito efficacia retroattiva, qualificandola come di interpretazione autentica. La retroattività della disciplina - argomenta il giudice a quo - «di per sé non sarebbe anticostituzionale», ma potrebbe «diventarlo indirettamente, per via del contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost.», andando così a confliggere con l'art. 6, par. I, della CEDU, sottoscritta dall'Italia il 4 novembre 1950 e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952).

1.3.1. - A tal riguardo, il rimettente sostiene che, in base all'interpretazione della Corte di Strasburgo, nel contenuto dell'art. 6 citato «rientra il divieto per lo Stato contraente, che

sia parte in un giudizio, di legiferare nella materia oggetto di giudizio in corso ingerendosi così nell'amministrazione della giustizia». E, secondo quanto precisato dalla Corte di cassazione, Sezione lavoro, con l'ordinanza n. 22260 del 4 settembre 2008 (richiamando la sentenza della Corte di Strasburgo del 21 giugno 2007, in causa n. 12106/03 fra Scanner de l'Ouest e altri contro Stato francese), per configurare detta ingerenza è sufficiente che lo Stato, parte del giudizio, «possa conseguire, dall'applicazione della nuova normativa, la positiva definizione della controversia in suo favore», come, del resto, verrebbe ad accadere nel giudizio principale per effetto delle norme denunciate.

Inoltre, il giudice a quo esclude che nel procedimento nel quale è chiamato a decidere, avente ad oggetto materia pensionistica, «parte in giudizio sia l'ente previdenziale e non lo Stato legislatore», giacché in tal modo si vanificherebbe l'interpretazione fornita dalla Corte EDU non potendo quasi mai ravvisarsi la fattispecie da essa «stigmatizzata». Sarebbe, invece, «conforme a ragionevolezza» reputare – prosegue il rimettente – che la fattispecie anzidetta «si verifichi ogni volta che vengano in questione pubbliche risorse, e la nuova normativa abbia l'effetto di salvaguardare tali risorse in danno della privata controparte».

1.3.2. - Il rimettente ritiene, altresì, di sollevare la questione di costituzionalità anche in riferimento all'art. 111 Cost., sostanzialmente corrispondendo al “giusto processo”, di cui a tale norma, l'“equo processo” di cui all'art. 6 della CEDU.

Non potrebbe, infatti, considerarsi “giusto” «un processo nel corso del quale una delle parti è arbitra di “cambiare le carte in tavola” e i parametri normativi del giudizio, travolgendo le aspettative della controparte, che tale giudizio ha promosso sulla base di norme e di orientamenti giurisprudenziali diversi». Così operando, «lo Stato – considerato unitamente nei suoi Poteri – cessa di essere giudice terzo e imparziale».

In definitiva, secondo la Corte dei conti rimettente, non sarebbe manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dei commi 774-776 dell'art. 1 della legge finanziaria 2007, «i quali, nell'imporre una interpretazione del sistema che non può che portare a una decisione di siffatte vertenze favorevole all'erario pubblico e sfavorevole al pensionato pretendendo che tale interpretazione abbia efficacia nei procedimenti giudiziari in corso, sembrano violare l'art. 111 Cost., che postula il giusto processo, nonché l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e di converso l'art. 117 Cost., a norma del quale l'attività legislativa trova un limite nella necessità del rispetto degli obblighi internazionali».

Il giudice a quo esclude che possa addivenirsi ad una lettura costituzionalmente orientata della disciplina denunciata, «resa impossibile dal chiaro e inequivoco dettato del comma 775»; esclude, infine, che la medesima disciplina possa essere “disapplicata”, non essendo le norme della CEDU «ancora “comunitarizzate”» e rimanendo «pertanto mere norme internazionali, prive di efficacia diretta nell'ordinamento italiano».

2. - Si è costituito l'INPDAP, parte appellata nel giudizio principale, concludendo per l'inammissibilità della questione o, in subordine, per una declaratoria di non fondatezza.

2.1. - L'Istituto, nel delineare l'evoluzione normativa e giurisprudenziale interessante lo specifico settore, rammenta, in primo luogo, che in ordine alla portata ed agli effetti dell'art. 1, comma 41, della legge n. 335 del 1995 sulla previgente disciplina recata dall'art.

15 della legge n. 724 del 1994 e, segnatamente, dal relativo comma 5, si contrapponevano due interpretazioni, avendo poi le Sezioni riunite della Corte dei conti, con la sentenza n. 8/QM/02, seguito l'indirizzo maggioritario, così da negare l'abrogazione implicita del detto comma dell'art. 15 della legge n. 724 del 1994 da parte del comma 41 dell'art. 1 della legge n. 335 del 1995. La parte costituita sostiene, tuttavia, che un tale arresto giurisprudenziale non si presentava consonante con gli orientamenti di massima della giurisprudenza costituzionale e di quella ordinaria in tema di affidamento nella certezza giuridica e sulla natura della pensione di reversibilità, con la conseguenza che «l'interpretazione delle Sezioni Riunite del Giudice contabile non poteva considerarsi risolutiva». Di qui, per l'appunto, l'intervento legislativo del 2006, di chiarificazione e sistemazione organica della materia, dovendo pertanto ascriversi alle norme denunciate natura effettivamente interpretativa; norme che, del resto, hanno superato il vaglio di costituzionalità, in riferimento agli artt. 3 e 38 Cost., a seguito della sentenza n. 74 del 2008, di non fondatezza.

2.2. - Ciò premesso, l'INPDAP argomenta, quindi, sull'inammissibilità della questione per contraddittorietà della motivazione in ordine alla rilevanza, avendo il rimettente fatto riferimento alla necessità, derivante dall'art. 42 della legge n. 69 del 2009, di «conformarsi al dictum dell'organo nomofilattico del Giudice delle pensioni», rappresentato dalla sentenza delle Sezioni riunite n. 8/QM/ 2002, pur riconoscendo che le norme denunciate, emanate nel 2006, hanno già superato il vaglio di costituzionalità.

Semmai, soggiunge l'Istituto, il giudice a quo avrebbe dovuto rimettere nuovamente la decisione sulla questione di massima alle Sezioni riunite e non già sollevare la questione per ottenere l'avallo di una determinata interpretazione della disciplina censurata.

2.3. - Inoltre, ad avviso della parte costituita, la questione sarebbe inammissibile, o comunque infondata, riproponendo, sostanzialmente, profili su cui la Corte costituzionale si è già pronunciata con la citata sentenza n. 74 del 2008 e, sebbene avuto riguardo ad altra normativa di interpretazione autentica, con la sentenza n. 311 del 2009, in riferimento agli artt. 111 e 117 Cost. ed alla CEDU.

Proprio con quest'ultima pronuncia, avente ad oggetto l'art. 1, comma 218, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2006) – nella specie, concernente la regolamentazione del personale A.T.A. – si è riconosciuto, ad avviso dell'INPDAP, che l'emanazione di norme interpretative, anche in corso di giudizio, non si pone necessariamente in contrasto con la normativa della CEDU, avendo la stessa Corte di Strasburgo escluso la violazione dell'art. 6, «qualora, oltre a motivi cogenti di interesse generale, il Legislatore debba ristabilire l'originario intento della norma interpretata, nonché correggere un'imperfezione tecnica della legge interpretata».

Di qui, si argomenta diffusamente nella memoria, la non fondatezza, anche manifesta, della questione prospettata dal rimettente, posto che il legislatore del 2006, attenendosi ad "imperiosi motivi di interesse generale": a) «si è proposto di definire ed armonizzare il complesso quadro normativo in tema di trattamento di quiescenza spettante ai superstiti, eliminando le precedenti differenze esistenti tra il comparto pubblico e quello privato»; b)

«ha inteso garantire una generale perequazione dell'importo spettante a titolo di indennità integrativa speciale, ricomprendendola all'interno del complessivo trattamento di quiescenza»; c) «non ha pregiudicato i diritti acquisiti in modo definitivo, proprio perché ha inciso, con la norma interpretativa, solamente sulle questioni ancora pendenti ed accogliendo un indirizzo giurisprudenziale in precedenza elaborato»; d) «ha risolto una imperfezione tecnica, raccordando la normativa transitoria, recata dall'art. 15, comma 5, della legge n. 724 del 1994, con la sopravvenuta disciplina di ampia riforma pensionistica, e segnatamente con quanto da essa disposto all'art. 1, comma 41»; e) «non ha pregiudicato lo svolgimento di un processo equo così come può evincersi dalla circostanza che in detta materia la questione è stata devoluta» alla stessa Corte costituzionale.

2.3.1. - L'INPDAP evidenzia altresì che la disciplina denunciata, riguardante una materia, come quella previdenziale, incidente in modo particolare sugli equilibri di bilancio, avrebbe assunto una funzione perequativa e «non necessariamente peggiorativa» del trattamento pensionistico degli interessati, posto che l'adesione al dictum recato dalla sentenza delle Sezioni riunite del 2002 aveva determinato, in un consistente filone giurisprudenziale, il riconoscimento dell'I.I.S. in forma separata ed in misura intera, unitamente però alla liquidazione della pensione di reversibilità nella percentuale del 50% (spettante ai pensionati del settore pubblico) e non già del 60% prevista per il settore privato, così da rendersi, in talune ipotesi (quelle in cui l'importo della sola voce pensione risultava superiore all'importo dell'indennità integrativa speciale), pregiudizievole per il pensionato. Peraltro, soggiunge l'Istituto, si erano formate anche prassi giurisprudenziali, non collimanti con il sistema normativo, per cui l'indennità integrativa speciale veniva liquidata per intero e la pensione di reversibilità nella misura del 60%, ovvero la stessa indennità veniva conglobata per intero nella pensione di reversibilità.

In tale contesto, sostiene la parte costituita, l'intervento legislativo censurato «è stato, dunque, non solo opportuno ma anche necessario, sia per consentire la compiuta applicazione dei principi di riforma economico-sociale dettati già nel 1995, sia per ristabilire certezza del diritto».

Considerato in diritto

1. - La Corte dei conti, Sezione giurisdizionale centrale d'appello, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dei commi 774, 775 e 776 dell'articolo 1 della legge 29 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2007) «nella parte in cui – interpretando l'art. 1, comma 41, della legge 8 agosto 1995, n. 335, nel senso che per le pensioni di reversibilità sorte decorrere dall'entrata in vigore della legge 8 agosto 1995, n. 335, l'indennità integrativa speciale già in godimento da parte del dante causa è attribuita nella misura percentuale prevista per il trattamento di reversibilità, indipendentemente dalla data di decorrenza della pensione diretta, e abrogando il comma 5 dell'art. 15 della legge 23 dicembre 1994, n. 724 – fanno salvi, con riassorbimento sui futuri miglioramenti, soltanto i trattamenti pensionistici più favorevoli già definiti, e non anche quelli in corso di definizione, in sede di contenzioso».

Ad avviso del giudice rimettente, le norme censurate violerebbero gli articoli 111 e 117 della Costituzione, giacché, «nell'imporre una interpretazione del sistema che non può che portare a una decisione di siffatte vertenze favorevole all'erario pubblico e sfavorevole al pensionato pretendendo che tale interpretazione abbia efficacia nei procedimenti giudiziari in corso», verrebbero a porsi in contrasto con il principio del "giusto processo", nonché «con l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e di converso (con) l'art. 117 Cost., a norma del quale l'attività legislativa trova un limite nella necessità del rispetto degli obblighi internazionali».

2. - In via preliminare, è da respingere l'eccezione di inammissibilità avanzata dell'INPDAP in ragione della asserita contraddittorietà della motivazione dell'ordinanza di rimessione quanto alla rilevanza della questione, avendo il giudice a quo fatto riferimento alla necessità, derivante dall'art. 42 della legge n. 69 del 2009, di «conformarsi al dictum dell'organo nomofilattico del Giudice delle pensioni», rappresentato dalla sentenza delle Sezioni riunite n. 8/QM/ 2002, pur riconoscendo che le norme denunciate, emanate nel 2006, hanno già superato il vaglio di costituzionalità.

L'accesso alla delibazione di merito dell'incidente di costituzionalità è, infatti, consentito in ragione della chiara affermazione da parte dello stesso rimettente circa l'applicabilità della disciplina censurata alla fattispecie oggetto di cognizione, tale che, proprio in base ad essa, l'appello della pensionata dovrebbe essere respinto.

3. - Nel merito, le questioni non sono fondate.

4. - La prospettazione del giudice a quo, che si incentra sull'asserito contrasto delle disposizioni denunciate con il principio del giusto processo quale desumibile anche dall'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), sottoscritta dall'Italia il 4 novembre 1950 e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952), impone, in primo luogo, di verificare, alla luce della giurisprudenza di questa Corte, se sussistano le condizioni che consentano un siffatto scrutinio.

A tal riguardo, in più di un'occasione questa Corte ha affermato che le norme della CEDU, nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (art. 32, paragrafo 1, della Convenzione), integrano, quali «norme interposte», il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone il rispetto dei vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali» (sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, n. 311 e n. 317 del 2009, n. 93 del 2010). Pertanto, ove emerga un eventuale contrasto tra una norma interna e una norma della CEDU, il giudice nazionale comune deve preventivamente verificare la possibilità di una interpretazione della prima conforme alla norma convenzionale, ricorrendo a tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica (sentenze n. 239 del 2009 e n. 93 del 2010), e, in caso negativo, deve investire la Corte costituzionale del dubbio di legittimità in riferimento al citato art. 117 (sentenze n. 239 del 2009 e n. 196 del 2010).

In siffatta evenienza, questa Corte è tenuta a verificare che il contrasto sussista e «che sia effettivamente insanabile attraverso una interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo» (sentenza n. 311 del 2009). Sicché, nel caso in cui sia riscontrato detto contrasto (e non si ponga problema di conflitto della norma CEDU con altre norme della Costituzione), la norma interna dovrà essere dichiarata costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione alla invocata norma della CEDU.

5. - Alla luce di quanto premesso, è necessario, quindi, soffermarsi sulla portata della disciplina denunciata, che è stata già oggetto di esame da parte di questa Corte, la quale, con le sentenze n. 74 del 2008 e n. 228 del 2010, ha dichiarato la non fondatezza delle questioni allora sollevate in riferimento a parametri differenti da quello di cui all'art. 117, primo comma, Cost.

5.1. - In particolare, occorre rammentare che le questioni decise dalla sentenza n. 74 del 2008 investivano il comma 774 dell'art. 1 della legge n. 296 del 2006, censurato sulla premessa dell'esistenza di un diritto vivente alla pensione di reversibilità nel caso di decesso di titolare di pensione diretta liquidata entro il 31 dicembre 1994, da liquidarsi in base alle norme di cui all'art. 15, comma 5, della legge n. 724 del 1994, indipendentemente dalla data della morte del dante causa, non avendo l'art. 1, comma 41, della legge n. 335 del 1995 abrogato il comma 5 dell'art. 15 appena citato.

La norma denunciata, nello smentire un siffatto diritto vivente, era stata, quindi, ritenuta in contrasto – dai giudici a quibus – con l'art. 3 della Costituzione, non potendo l'intervento legislativo essere qualificato come norma di interpretazione autentica e ledendo, comunque, il principio dell'affidamento nella sicurezza giuridica.

La Corte, nel ricostruire il quadro normativo di riferimento, pose allora in luce come nel settore privato operasse, «da epoca risalente, il principio di onnicomprensività della retribuzione pensionabile, essendo essa individuata in base ad un coacervo di elementi che, salvo specifiche eccezioni, entrano, tutti, a comporla, secondo le disposizioni che recano la disciplina di riferimento». Diversamente nel settore pubblico, in base al sistema originariamente delineato dal decreto del Presidente della Repubblica 29 dicembre 1973, n. 1092 (Approvazione del testo unico delle norme sul trattamento di quiescenza dei dipendenti civili e militari dello Stato), si prevedeva che la pensione del pubblico dipendente fosse calcolata su una determinata base pensionabile «e, una volta determinata la prestazione, a questa si aggiungeva l'indennità integrativa speciale, la quale – come reso palese dall'art. 2 della legge n. 324 del 1959 e poi dall'art. 99 del t.u. del 1973 – era elemento accessorio del trattamento pensionistico». Di qui, la diversità di detti sistemi, che si ripercuoteva, pertanto, sul calcolo della pensione di reversibilità, spettante al superstite in misura percentuale rispetto alla pensione diretta del dante causa: nel «settore privato il 60 per cento in favore del coniuge (aliquota fissata dall'art.13 del r.d.l. 14 aprile 1939, n. 636, modificato anche dall'art. 22 della legge 21 luglio 1965, n. 903) era calcolato sulla pensione del dante causa determinata in base al principio di onnicomprensività (includente quindi tutti gli elementi retributivi sui quali operava l'aliquota del 60 per cento); nel settore pubblico, una volta determinata la pensione diretta

e calcolata su questa la misura spettante al pensionato di reversibilità (al coniuge, in forza dell'art. 88 del t.u., il 50 per cento, di regola, della pensione del dante causa), si aggiungeva, in misura piena, l'indennità integrativa speciale».

Su un tale assetto era, dunque, intervenuto l'art. 15 della legge 23 dicembre 1994, n. 724, stabilendo «che la corresponsione dell'indennità integrativa speciale nella misura piena si sarebbe dovuta fermare (per dar luogo, poi, al suo conglobamento nel trattamento pensionistico, con liquidazione complessiva di esso nella misura percentuale del 60 per cento secondo quanto previsto dall'assicurazione speciale obbligatoria), per quanto riguarda le pensioni dirette, al 31 dicembre 1994, ed avrebbe potuto continuare ad essere corrisposta alle pensioni di reversibilità, purché “riferite” alle pensioni dirette liquidate entro detta data».

Con il successivo art. 1, comma 41, della legge n. 335 del 1995 si stabilì «che la disciplina del trattamento di reversibilità in essere nell'ambito dell'assicurazione obbligatoria fosse esteso anche al settore pubblico – determinando così la liquidazione della pensione con il conglobamento della indennità integrativa speciale – dalla data di entrata in vigore della legge stessa (e cioè dal 17 agosto 1995)». Tuttavia, il problema della implicita abrogazione, per effetto della successione delle leggi nel tempo, del comma 5 della legge n. 724 del 1994, venne risolto in termini negativi dalla giurisprudenza maggioritaria della Corte dei conti.

5.2. - In tale quadro, la sentenza n. 74 del 2008, nello scrutinare le questioni allora prospettate, affermò, anzitutto, che l'art. 1, comma 41, della legge n. 335 del 1995 «pone in rilievo due dati essenziali: a) l'indipendenza del trattamento pensionistico di reversibilità rispetto alla data di liquidazione della pensione diretta del dante causa; b) la decorrenza della estensione della disciplina della pensione di reversibilità prevista dall'assicurazione generale obbligatoria a tutte le forme esclusive o sostitutive di detto regime dalla data di entrata in vigore della legge n. 335 del 1995». Sicché, in riferimento alla decorrenza della estensione della disciplina a regime della assicurazione generale obbligatoria, la norma censurata risultava effettivamente interpretativa dell'art. 1, comma 41, della legge n. 335 del 1995, giacché l'intervento del legislatore era stato dettato dall'«atteggiamento della giurisprudenza contabile, sicuramente maggioritaria, ma non univoca, essendo presenti anche orientamenti diversi», così da scegliere, «in definitiva, uno dei possibili significati della norma interpretata».

La Corte precisò, anche, che l'abrogazione – ad opera del comma 776 dell'art. 1 della legge n. 296 del 2006 – del comma 5 dell'art. 15 della legge n. 724 del 1994, non poteva reputarsi irragionevole per contraddittorietà, «giacché essa risulta rispondente ad una esigenza di ordine sistematico imposta proprio dalle vicende che hanno segnato la sua applicazione».

Inoltre, potendo il legislatore, in sede di interpretazione autentica, «modificare in modo sfavorevole, in vista del raggiungimento di finalità perequative, la disciplina di determinati trattamenti economici con esiti privilegiati senza per questo violare l'affidamento nella sicurezza giuridica (sent. n. 6 del 1994 e sent. n. 282 del 2005), là dove, ovviamente, l'intervento possa dirsi non irragionevole», nella specie era da escludersi una siffatta irragionevolezza anche perché «l'assetto recato dalla norma denunciata riguarda anche il

complessivo riequilibrio delle risorse e non può, pertanto, non essere attenta alle esigenze di bilancio».

Infine, ulteriore elemento a supporto della non irragionevolezza dell'intervento legislativo si è radicato nel fatto che «il legislatore, con il comma 775 dell'art. 1 della stessa legge n. 296 del 2006, ha salvaguardato i trattamenti di miglior favore già definiti in sede di contenzioso, con ciò garantendo non solo la sfera del giudicato, ma anche il legittimo affidamento che su tali trattamenti soltanto poteva dirsi ingenerato».

5.3. - Con la successiva sentenza n. 228 del 2010, questa Corte, ripercorrendo l'impianto argomentativo della sentenza precedente, ha ribadito, tra l'altro, l'insussistenza dei denunciati profili di irragionevolezza dell'intervento legislativo che ha portato a regime il conglobamento della indennità integrativa speciale nella pensione di reversibilità dalla data di entrata in vigore della stessa legge n. 335 del 1995, posto che esso, operando su rapporti di durata, è volto a soddisfare «esigenze, non solo di contenimento della spesa pubblica, ma anche di armonizzazione dei trattamenti pensionistici tra settore pubblico e privato».

6. - Ciò premesso, venendo all'applicazione, da parte della Corte di Strasburgo, dell'art. 6 della CEDU, in relazione alle norme nazionali interpretative concernenti disposizioni oggetto di procedimenti nei quali è parte lo Stato, giova rammentare – come messo già in luce dalla sentenza n. 311 del 2009 di questa Corte (emessa nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale promosso a seguito, anche, dell'ordinanza n. 22260 del 2008 della Corte Suprema di Cassazione e cioè della medesima pronuncia su cui, in parte, fa leva la motivazione del rimettente in punto di non fondatezza della sollevata questione) – che la legittimità di tali interventi è stata riconosciuta: 1) in presenza di “ragioni storiche epocali”, come nel caso della riunificazione tedesca, unitamente alla considerazione «della sussistenza effettiva di un sistema che aveva garantito alle parti, che contestavano le modalità del riassetto, l'accesso a, e lo svolgimento di, un processo equo e garantito» (caso *Forrer-Niederthal c. Germania*, sentenza del 20 febbraio 2003); 2) per «ristabilire un'interpretazione più aderente all'originaria volontà del legislatore», al fine di «porre rimedio ad una imperfezione tecnica della legge interpretata» (sentenza 23 ottobre 1997, nel caso *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito*; sentenza del 27 maggio 2004, *Ogis-institut Stanislas, Ogec St. Pie X e Blanche De Castille e altri c. Francia*).

Alla stregua di quanto evidenziato dalla citata sentenza n. 311 del 2009 nella vicenda da essa scrutinata, i principi in materia richiamati dalla giurisprudenza delle Corti europee «costituiscono espressione di quegli stessi principi di uguaglianza, in particolare sotto il profilo della parità delle armi nel processo, irragionevolezza, tutela del legittimo affidamento e della certezza delle situazioni giuridiche, che questa Corte ha escluso siano stati vulnerati dalla norma qui censurata».

Peraltro, in quell'occasione si è anche soggiunto che l'identificazione dei “motivi imperativi d'interesse generale”, che suggeriscono al legislatore nazionale interventi interpretativi, è opportuno che sia in parte lasciata agli stessi Stati contraenti, «trattandosi, tra l'altro, degli interessi che sono alla base dell'esercizio del potere legislativo», considerato che «le

decisioni in questo campo implicano, infatti, una valutazione sistematica di profili costituzionali, politici, economici, amministrativi e sociali».

7. - Nella complessiva cornice dianzi tratteggiata, deve ritenersi che le denunciate norme di cui ai commi 774, 775 e 776 dell'art. 1 della legge 29 dicembre 2006, n. 296, sono effettivamente interpretative e assumono come referente un orientamento giurisprudenziale presente, seppur minoritario, così da scegliere, «in definitiva, uno dei possibili significati della norma interpretata».

Inoltre, se si tiene presente che nella fattispecie vengono in evidenza rapporti di durata, non può parlarsi di un legittimo affidamento nella loro immutabilità, mentre d'altro canto si deve tenere conto del fatto che le innovazioni che sono state apportate, e che non hanno trascurato del tutto i diritti acquisiti, hanno non irragionevolmente mirato alla armonizzazione e perequazione di tutti i trattamenti pensionistici, pubblici e privati. La legge n. 335 del 1995, infatti, ha costituito il primo approdo di un progressivo riavvicinamento della pluralità dei sistemi pensionistici, con effetti strutturali sulla spesa pubblica e sugli equilibri di bilancio, anche ai fini del rispetto degli obblighi comunitari in tema di patto di stabilità economica finanziaria nelle more del passaggio alla moneta unica europea.

L'intervento legislativo ha, poi, salvaguardato i trattamenti di miglior favore già definiti in sede di contenzioso, «con ciò garantendo non solo la sfera del giudicato, ma anche il legittimo affidamento che su tali trattamenti poteva dirsi ingenerato» (sentenza n. 74 del 2008).

Infine, in modo particolare e "determinante" – come posto in risalto anche nella sent. n. 311 del 2009 – il "processo equo" e con esso il "giusto processo", ha trovato concretezza ed effettività anche tramite l'incidente di costituzionalità in una duplice occasione «conclusosi con una dichiarazione di infondatezza della questione, rispetto a parametri costituzionali coerenti con la norma convenzionale, pienamente compatibile, così interpretata, con il quadro costituzionale italiano».

8. - Di qui, pertanto, la non fondatezza della questione, sotto entrambi i profili di censura che evocano la lesione degli artt. 117, primo comma, Cost. e 6 CEDU, da un lato, e art. 111 Cost., dall'altro, i quali, con riguardo al caso di specie e secondo le stesse prospettazioni del rimettente, si presentano del tutto sovrapponibili.

PQM

Per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, commi 774, 775 e 776, della legge 29 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2007), sollevata, in riferimento agli articoli 111 e 117 della Costituzione, dalla Corte dei conti – Sezione giurisdizionale centrale d'appello, con l'ordinanze in epigrafe indicata.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 16 dicembre 2010.

Depositata in Cancelleria il 5 gennaio 2011.

Fonti: Giurisprudenza Costituzionale 2011, 2, 1523 (nota di: UMBERTIS; REPETTO; LONATI) - Responsabilita' Civile e Previdenza 2011, 10, 2126 - Cassazione Penale 2011, 10, 3299 (nota di: GIALUZ; MUSIO) - Guida al diritto 2011, 17, 44 (nota di: GAETA, CASTELLANETA,) - Foro it. 2013, 3, I, 802 (nota di: CALO') - Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale 2011, 3, 1155 (nota di: RIVELLO)

Classificazione: COSA GIUDICATA IN MATERIA PENALE - Revisione - - casi e condizioni

Cosa giudicata in materia penale - Revisione - In genere - Revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, della CEDU, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo - Mancata previsione - Violazione dell'obbligo internazionale imposto dall'art. 46 della CEDU agli Stati contraenti di conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle controversie di cui sono parti - Illegittimità costituzionale in parte qua.

È costituzionalmente illegittimo l'art. 630 c.p.p., nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo, sancito a carico delle Parti contraenti, comporta infatti anche l'impegno degli Stati contraenti a permettere la riapertura dei processi, su richiesta dell'interessato, quante volte essa appaia necessaria ai fini della "restitutio in integrum" in favore del medesimo, nel caso di violazione delle garanzie riconosciute dalla convenzione, particolarmente in tema di equo processo. Né può ritenersi contraria a Costituzione - pur nella indubbia rilevanza dei valori della certezza e della stabilità della cosa giudicata - la previsione del venir meno dei relativi effetti preclusivi in presenza di compromissioni di particolare pregnanza, accertate dalla Corte di Strasburgo, delle garanzie attinenti a diritti fondamentali della persona: garanzie che, con particolare riguardo alle previsioni dell'art. 6 della convenzione, trovano del resto ampio riscontro nel vigente testo dell'art. 111 cost. L'incidenza della declaratoria di incostituzionalità sull'art. 630 c.p.p. non implica una pregiudiziale opzione a favore dell'istituto della revisione, essendo giustificata soltanto dall'inesistenza di altra e più idonea sede dell'intervento additivo, restando il legislatore ovviamente libero di regolare con una diversa disciplina - recata anche dall'introduzione di un autonomo e distinto istituto - il meccanismo di adeguamento alle pronunce definitive della Corte di Strasburgo, come pure di dettare norme su specifici aspetti di esso sui quali la Corte costituzionale non potrebbe intervenire, in quanto involventi scelte discrezionali.

Note giurisprudenziali:

Cassazione Penale, 2011, 10, 00, 3306

(1) La sentenza della C. cost., n. 129 del 2008 è pubblicata in questa rivista, 2008, p. 3985, con nota di DE MATTEIS, Tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione: la Corte costituzionale in tema di revisione a seguito di condanna da parte della Corte di

Strasburgo; la sentenza è stata inoltre commentata da CERIONI, Ancora sull'"affaire Dorigo": il seguito della pronuncia costituzionale, in *Giur. it.*, 2009, p. 2142; CHIAVARIO, Giudicato e processo iniquo: la Corte si pronuncia (ma non è la parola definitiva), in *Giur. cost.*, 2008, p. 1522; REPETTO, La Corte costituzionale respinge l'ipotesi di "revisione europea": un'occasione mancata?, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 929; VALENTINI, La Corte costituzionale e il caso Dorigo: sense and sensibility, in *Giust. pen.*, 2008, I, p. 207.

La pronuncia della Corte di cassazione, Sez. I, 1° dicembre 2007, n. 2800 Dorigo, in *C.E.D. Cass.*, n. 235447 richiamata dalla Corte costituzionale è pubblicata in questa rivista, 2007, p. 1441, con nota di DE MATTEIS, Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e il giudicato penale: osservazioni intorno al caso "Dorigo"; la pronuncia è stata commentata anche da GUAZZAROTTI, Il "caso Dorigo": una piccola rivoluzione nei rapporti tra CEDU e ordinamento interno, in *Questione giustizia*, 2007, p. 159; LONATI, Il caso "Dorigo": un altro tentativo della giurisprudenza di dare esecuzione alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo in attesa di un (auspicato) intervento legislativo, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2007, p. 1539; MAZZA, L'esecuzione può attendere: il caso Dorigo e la condanna inesorabile per accertata violazione della CEDU, in *Giur. it.*, 2007, p. 2639.

Le questioni connesse all'adeguamento dell'ordinamento italiano alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo sono state analizzate da DE SALVIA, L'obbligo degli Stati di conformarsi alle decisioni della Corte europea e del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, da SACCUCCI, La riapertura del processo penale quale misura individuale per ottemperare alle sentenze della Corte europea e da UBERTIS, L'adeguamento italiano alle condanne europee per violazioni dell'equità processuale, tutti in BALSAMO-KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Giappichelli, 2008, rispettivamente p. 67, p. 81 e p. 99, nonché da AIMONETTO, Condanna "europea" e soluzioni interne al sistema processuale penale: alcune riflessioni e spunti de iure condendo, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 1510, da DE CARIA, Il bivio dopo Strasburgo: tutela effettiva o vittoria morale? L'obbligo per gli Stati di "conformarsi alle sentenze definitive della Corte" EDU nella prospettiva italiana, in *Giur. cost.*, 2009, p. 2191 e da GIALUZ, Le opzioni per l'adeguamento del codice di procedura penale italiano all'obbligo di restitutio in integrum previsto dalla Corte di Strasburgo, in SPITALERI, *Incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, Giuffrè, 2009.

Sulla posizione della CEDU nel sistema delle fonti, BIGNAMI, Costituzione, Carta di Nizza, CEDU e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune impegnato nella tutela dei diritti fondamentali, in www.rivistaaic.it; SOTIS, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario, in M ANES-V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale*, Giuffrè, 2011.

Responsabilità Civile e Previdenza, 2011, 10, 00, 2126

La Corte d'Appello di Bologna ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 630, c.p.p. con riferimento agli artt. 117, comma 1, Cost., e 46 Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nella parte in cui non prevede la rinnovazione del processo, allorché la sentenza o il decreto penale di condanna siano in contrasto con la sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, che

abbia accertato l'assenza di equità del processo, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Secondo il giudice a quo, le due richieste riunite di revisione, aventi ad oggetto una sentenza di condanna a pena detentiva irrevocabile, su cui è stato chiamato a deliberare, sarebbero successive all'avvenuto accertamento, da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, del carattere «non equo» del processo celebratosi nei confronti del condannato.

Nella specie, la condanna era stata emessa sulla base delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini da tre coimputati, non esaminati in dibattimento perché si erano avvalsi della facoltà di non rispondere, con la conseguenza di negare il diritto dell'imputato «a esaminare o a far esaminare i testimoni a carico», di cui all'art. 6, par. 3, lett. d), CEDU.

Secondo il giudice rimettente, il caso non può essere ricondotto ad alcuna delle ipotesi di cui all'art. 630, c.p.p. e, in particolare, a quello di cui al comma 1, lett. a), concernente l'inconciliabilità tra giudicati («se i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto penale di condanna non possono conciliarsi con quelli stabiliti in un'altra sentenza penale irrevocabile del giudice ordinario o di un giudice speciale»).

L'art. 630 c.p.p. risulterebbe, pertanto, incompatibile con l'art. 46, CEDU, che obbliga gli Stati contraenti, nel caso in cui la Corte di Strasburgo ne abbia accertato il carattere «non equo», alla rinnovazione del processo, per quanto definito con sentenza o decreto penale di condanna irrevocabile.

Quale ulteriore conseguenza si porrebbe il contrasto dell'art. 630 c.p.p. con l'art. 117, comma 1, Cost., ove impone al legislatore il rispetto degli obblighi internazionali.

La Consulta, nella sentenza in oggetto, rileva come il rimedio della riapertura del processo sia «il meccanismo più consono ai fini della restitutio in integrum, segnatamente nei casi di accertata violazione delle garanzie stabilite dall'art. 6 della Convenzione».

Quindi la revisione, che implica una ripresa dell'attività processuale in sede di cognizione, estesa anche all'assunzione delle prove, costituisce l'istituto che presenta profili di maggiore assonanza con quello la cui introduzione appare necessaria al fine di garantire la conformità dell'ordinamento ai parametri indicati dagli artt. 117, comma 1, Cost., e 46 CEDU.

L'art. 630 c.p.p. deve quindi essere dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non contempla un «diverso» caso di revisione, rispetto a quelli ora regolati, volto a consentire la riapertura del processo quando la riapertura della stessa risulti necessaria, ai sensi dell'art. 46, par. 1, CEDU, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Giurisprudenza Costituzionale, 2011, 02, 00, 1542A

(1-3) Sulla manifesta inammissibilità/infondatezza, in assenza di argomenti o profili nuovi, di questione di legittimità costituzionale già dichiarata precedentemente infondata/inammissibile, cfr. la nota redazionale alla ord. n. 7 del 2010; poi, cfr. decc. nn. 11, 13, 18, 19, 30, 32, 33, 49, 54, 56, 65, 94, 97, 111, 153, 160, 230, 243, 258, 261, 263, 276, 295, 317, 321, 347, 349, 353 e 371 del 2010, 4, 15, 36, 54 e 84 del 2011. Si segnala che in tal caso «l'oggetto è più ampio (essendo sottoposto a scrutinio l'art. 630 c.p.p. nella sua

interezza, e non la sola disposizione di cui al comma 1, lett. a), nuovo è il parametro evocato e differenti sono anche le argomentazioni svolte a sostegno della denuncia di incostituzionalità. Non ricorre, pertanto, nella specie, la preclusione alla riproposizione della questione nel medesimo grado di giudizio, volta ad evitare un bis in idem che si risolverebbe nella impugnazione della precedente decisione della Corte, inammissibile alla stregua dell'ultimo comma dell'art. 137 Cost. (al riguardo, tra le altre, sentt. nn. 477 del 2002, 225 del 1994 e 257 del 1991)».

Spunti sull'applicazione dell'art. 117, comma 1, Cost. nella nota alla sent. n. 284 del 2007. Poi, cfr. decc. nn. 65 e 214 del 2009.

Sul rango e sull'efficacia delle norme della CEDU e sul ruolo, rispettivamente, dei giudici nazionali e della Corte di Strasburgo, nell'interpretazione ed applicazione della Convenzione europea, cfr. la nota redazionale alla sent. n. 317 del 2009; poi decc. nn. 93, 163, 187, 196 e 205 del 2010, 1, 31 e 80 del 2011.

Fonti: Giurisprudenza Costituzionale 2011, 2, 1523 (nota di: UMBERTIS; REPETTO; LONATI)

Classificazione:CORTE COSTITUZIONALE - Procedimento - - in genere

Costituzione della Repubblica italiana - Leggi - In genere - Limite del rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali (art. 117, primo comma, Cost.) - Obblighi derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) - Eventuale contrasto di norma interna con norma CEDU - Impossibilità di interpretare la norma interna in senso conforme alla Convenzione - Necessità di proposizione della questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost. - Spettanza alla Corte costituzionale del compito di verificare la conformità a Costituzione della norma convenzionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il suddetto parametro.

Le norme della convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) - nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificamente istituita per dare a esse interpretazione e applicazione - integrano, quali "norme interposte", il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, comma 1, cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli "obblighi internazionali". Pertanto, ove si profili un eventuale contrasto fra una norma interna e una norma della Cedu, il giudice comune deve verificare anzitutto la praticabilità di una interpretazione della prima in senso conforme alla convenzione, avvalendosi di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione; e, ove tale verifica dia esito negativo - non potendo a ciò rimediare tramite la semplice non applicazione della norma interna contrastante - egli deve denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo q.l.c. in riferimento all'indicato parametro. A sua volta, la Corte costituzionale, investita dello scrutinio, pur non potendo sindacare l'interpretazione della Cedu data dalla Corte europea, resta legittimata a verificare se la norma della convenzione - la quale si colloca pur sempre a un livello sub-costituzionale - si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione: ipotesi nella quale dovrà essere esclusa la idoneità della norma convenzionale a integrare il

parametro considerato (sentt. n.348, 349 del 2007, 39 del 2008, 311, 317 del 2009, 138, 187, 196 del 2010, 1, 80 del 2011).

Fonti: Giurisprudenza Costituzionale 2011, 2, 1523 (nota di: UMBERTIS; REPETTO; LONATI)

Classificazione: COSA GIUDICATA IN MATERIA PENALE - Revisione - - casi e condizioni

Cosa giudicata in materia penale - Revisione - In genere - Rinnovazione del processo allorché la sentenza o il decreto penale di condanna sia in contrasto con la sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbia accertato l'assenza di equità del processo ai sensi dell'art. 6 della CEDU - Mancata previsione - Questione analoga, per finalità perseguite, ad altra sollevata dal rimettente nel medesimo giudizio a quo e dichiarata non fondata, ma da ritenersi diversa per ampiezza dell'oggetto, parametro evocato ed argomentazioni svolte - Ammissibilità, attesa l'insussistenza della preclusione alla riproposizione della questione nello stesso grado di giudizio.

La q.l.c., sollevata in riferimento all'art. 117, comma 1, cost. e all'art. 46 della convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dell'art. 630 c.p.p., nella parte in cui non prevede la rinnovazione del processo allorché la sentenza o il decreto penale di condanna siano in contrasto con la sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbia accertato l'assenza di equità del processo, ai sensi dell'art. 6 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, è ammissibile poiché non ricorre la preclusione alla riproposizione della questione nel medesimo grado di giudizio. Tale questione, pur nell'analogia delle finalità perseguite, è infatti sostanzialmente diversa, in relazione a tutti e tre gli elementi che compongono la questione (oggetto, parametro, argomentazioni a sostegno della incostituzionalità) rispetto a quella sollevata dallo stesso giudice a quo nel medesimo giudizio e dichiarata non fondata (sentt. n.257 del 1991, 225 del 1994, 477 del 2002, 129 del 2008).

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

- Ugo DE SIERVO Presidente
- Paolo MADDALENA Giudice
- Alfio FINOCCHIARO "
- Alfonso QUARANTA "
- Franco GALLO "
- Luigi MAZZELLA "
- Gaetano SILVESTRI "
- Sabino CASSESE "
- Giuseppe TESAURO "
- Paolo Maria NAPOLITANO "
- Giuseppe FRIGO "
- Alessandro CRISCUOLO "
- Paolo GROSSI "
- Giorgio LATTANZI "

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 630 del codice di procedura penale, promosso dalla Corte di appello di Bologna nel procedimento penale a carico di D.P., con ordinanza del 23 dicembre 2008, iscritta al n. 303 del registro ordinanze 2010 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 41, prima serie speciale, dell'anno 2010.

Visto l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nella camera di consiglio del 9 febbraio 2011 il Giudice relatore Giuseppe Frigo.

Ritenuto in fatto

1. – Con ordinanza del 23 dicembre 2008, pervenuta a questa Corte, con la prova delle prescritte notificazioni e comunicazioni, il 26 agosto 2010, la Corte di appello di Bologna ha sollevato, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione e all'art. 46 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti: «CEDU»), ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, questione di legittimità costituzionale dell'art. 630 del codice di procedura penale, «nella parte in cui non prevede la rinnovazione del processo allorché la sentenza o il decreto penale di condanna siano in contrasto con la sentenza definitiva della Corte [europea dei diritti dell'uomo] che abbia accertato l'assenza di equità del processo, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo».

Il giudice a quo riferisce di essere chiamato a delibare due richieste riunite di revisione, proposte, ai sensi degli artt. 629 e seguenti cod. proc. pen., dal difensore di un condannato e da quest'ultimo personalmente, in relazione alla medesima sentenza di condanna. Alla data della prima delle due richieste – quella del difensore, presentata l'11 gennaio 2006 – il condannato stava spiando, in regime di detenzione domiciliare, la parte residua della pena di tredici anni e sei mesi di reclusione, inflittagli dalla Corte d'assise di Udine con sentenza del 3 ottobre 1994, divenuta irrevocabile il 27 marzo 1996.

Dopo la condanna definitiva – prosegue il rimettente – l'interessato si era rivolto alla Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, con «sentenza del 9 settembre 1998», aveva accertato il carattere «non equo» del processo celebrato nei suoi confronti, per violazione dell'art. 6 della CEDU: violazione ravvisata segnatamente nel fatto che il ricorrente era stato condannato sulla base delle dichiarazioni rese da tre coimputati, non esaminati in contraddittorio perché in dibattimento si erano avvalsi della facoltà di non rispondere.

Il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa aveva sollecitato, quindi, più volte lo Stato italiano ad adottare le misure necessarie per garantire l'osservanza della citata decisione: sollecitazioni rimaste, peraltro, senza effetto.

Nel frattempo, sul versante interno, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Udine aveva promosso incidente di esecuzione al fine di verificare – alla luce di detta pronuncia – la legittimità della detenzione del condannato, con contestuale richiesta di sospensione dell'esecuzione della pena.

Accogliendo il ricorso successivamente proposto dal pubblico ministero avverso l'ordinanza di rigetto della Corte d'assise di Udine, la Corte di cassazione, con sentenza 1° dicembre 2006-25 gennaio 2007, n. 2800, aveva dichiarato l'inefficacia dell'ordine di carcerazione emesso nei confronti del condannato, disponendone la liberazione. Nell'occasione, la Corte di cassazione aveva enunciato il principio di diritto in forza del quale «il giudice dell'esecuzione deve dichiarare, a norma dell'art. 670 cod. proc. pen., l'ineseguibilità del giudicato quando la Corte europea [...] dei diritti dell'uomo [...] abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 della Convenzione europea e abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, anche se il legislatore abbia ommesso di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo ad instaurare il nuovo processo».

Parallelamente, e prima che intervenisse la pronuncia della Corte di cassazione ora ricordata, il difensore del condannato aveva proposto al giudice a quo l'istanza di revisione che dà origine al giudizio principale. La difesa aveva sostenuto, in particolare, che la fattispecie considerata poteva essere ricondotta all'ipotesi del contrasto fra giudicati, di cui all'art. 630, comma 1, lettera a), cod. proc. pen., stante l'equiparabilità della decisione della Corte europea alla sentenza di un «giudice speciale»; aggiungendo che il mancato accoglimento di tale tesi avrebbe reso la norma costituzionalmente illegittima, per contrasto con gli artt. 3 e 111 Cost. Il difensore aveva chiesto, altresì, la sospensione dell'esecuzione della pena inflitta al proprio assistito: sospensione che era stata concessa dal giudice a quo.

Con ordinanza del 15 marzo 2006, la Corte d'appello rimettente – ritenendo impraticabile la soluzione interpretativa prospettata in via principale dalla difesa – aveva sollevato, in riferimento agli artt. 3, 10 e 27 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 630, comma 1, lettera a), cod. proc. pen., «nella parte in cui esclude, dai casi di revisione, l'impossibilità che i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto di condanna si concilino con la sentenza della Corte Europea che abbia accertato l'assenza di equità del processo, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo».

In relazione agli indicati parametri, la questione era stata dichiarata, peraltro, infondata da questa Corte con sentenza n. 129 del 2008. La Corte aveva escluso, in specie, tanto la configurabilità di una disparità di trattamento fra casi simili, attenendo il contrasto fra giudicati, evocato dalla norma censurata, ai «fatti» su cui si fondano le diverse sentenze, e non alle valutazioni in esse effettuate; quanto una lesione della presunzione di innocenza, intesa come norma di diritto internazionale consuetudinario, posto che detta presunzione si dissolve allorché il processo è giunto al suo epilogo; quanto, infine, una compromissione della finalità rieducativa della pena, non potendo le regole del “giusto processo” essere considerate strumentali alla rieducazione del condannato. Nell'occasione, la Corte aveva comunque sottolineato «l'improrogabile necessità di predisporre adeguate misure», volte a riparare le violazioni ai principi in tema di “equo processo”, accertate dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

Ripresa quindi la trattazione del procedimento davanti alla Corte d'appello rimettente, il Procuratore generale aveva eccepito l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 cod. proc. pen. sotto un diverso profilo: quello, cioè, della lesione dell'art. 117 Cost. in riferimento all'art. 46, paragrafo 1, della CEDU, che sancisce l'obbligo degli Stati contraenti di conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea, rimuovendo ogni effetto contrario.

Ad avviso del giudice a quo, la questione sarebbe, in tale termini, proponibile, in quanto basata su censure nuove e distinte rispetto a quelle già esaminate dalla Corte costituzionale. Indubbia risulterebbe, altresì, la sua rilevanza nel giudizio a quo. Allo stato, infatti, le richieste di revisione che il rimettente è chiamato a deliberare dovrebbero essere dichiarate inammissibili, ai sensi dell'art. 634 cod. proc. pen., perché proposte fuori delle ipotesi previste dall'art. 630 del medesimo codice: declaratoria che lascerebbe, peraltro, «senza risposta» l'esigenza – suscettibile di scaturire dall'eventuale assoluzione dell'imputato all'esito di un nuovo processo – di riparare l'ingiusta detenzione (art. 314 cod. proc. pen.) o l'errore giudiziario (art. 643 cod. proc. pen.). L'accoglimento della questione renderebbe, al contrario, ammissibili le richieste, «con tutte le potenziali conseguenze».

Quanto, poi, alla non manifesta infondatezza, il giudice a quo rileva come, alla luce dei principi affermati dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, le disposizioni della CEDU – nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo – costituiscano «norme interposte» ai fini della verifica del rispetto dell'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone al legislatore di conformarsi agli obblighi internazionali: con la conseguenza che, ove il giudice ravvisi un contrasto, non componibile per via di interpretazione, tra una norma interna e una norma della Convenzione, egli non può disapplicare la norma interna, ma deve sottoporla a scrutinio di costituzionalità in rapporto al parametro dianzi indicato.

Il censurato art. 630 cod. proc. pen. risulterebbe, in effetti, inconciliabile con la previsione dell'art. 46, paragrafo 1, della CEDU, a fronte della quale gli Stati contraenti sarebbero tenuti ad adeguare la propria legislazione alle norme della Convenzione, nel significato loro attribuito dalla Corte europea: obbligo internazionale che, nel caso di specie, la Corte di Strasburgo avrebbe ritenuto violato con la sentenza precedentemente ricordata.

Si dovrebbe dunque concludere che l'art. 630 cod. proc. pen. lede, sia pure indirettamente, l'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui – nell'individuare i casi di revisione – omette tuttora di prevedere la rinnovazione del processo, allorché la sentenza o il decreto penale di condanna siano in contrasto con una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbia accertato «l'assenza di equità del processo», ai sensi dell'art. 6 della CEDU.

2.1. – È intervenuto nel giudizio di costituzionalità il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, il quale ha chiesto che la questione sia dichiarata inammissibile o infondata.

Ad avviso della difesa dello Stato, andrebbe escluso che l'istituto della revisione, quale disciplinato dal codice di procedura penale, rappresenti lo strumento adeguato per adempiere l'obbligo internazionale richiamato dal rimettente.

Dalla sentenza di questa Corte n. 129 del 2008 emergerebbe, infatti, con chiarezza come la fattispecie in discussione non sia assimilabile al conflitto di giudicati contemplato dall'art. 630, comma 1, lettera a), cod. proc. pen., non sussistendo una incompatibilità, sotto il profilo «naturalistico», tra i fatti ritenuti nella pronuncia nazionale e quelli ritenuti nella sentenza della Corte europea.

La revisione è, d'altra parte, configurata dal codice di rito come un mezzo di impugnazione straordinario preordinato esclusivamente al proscioglimento della persona già condannata in via definitiva; laddove, di contro, l'accertata violazione del diritto all'equo processo non equivale a prova dell'innocenza: non tutte le violazioni procedurali si riverberano, infatti, allo stesso modo sulla condanna, la quale potrebbe essere eventualmente confermata anche sottraendo l'elemento d'accusa «viziato».

Si dovrebbe, pertanto, ritenere che solo attraverso l'intervento del legislatore possa essere introdotta una riapertura del processo specificamente modulata sugli effetti delle sentenze della Corte europea.

2.2. – Con successiva memoria, l'Avvocatura generale dello Stato ha insistito per la declaratoria di inammissibilità o di infondatezza della questione.

La difesa erariale osserva come l'inserimento della decisione della Corte europea tra le ipotesi di revisione, nei termini auspicati dal rimettente, finirebbe per risolversi – essendo il ricorso a detta Corte subordinato al previo esaurimento dei rimedi interni (art. 35, paragrafo 1, della CEDU) – nella creazione di un «improvvido quarto grado di giudizio», atto a minare la coerenza dell'intero sistema processuale penale.

L'istituto della revisione è infatti basato, per lunga tradizione storica, sulla sopravvenienza di fatti oggettivi, esterni all'iter processuale, che rendono logicamente ed eticamente doveroso rimuovere gli effetti di una sentenza penale irrevocabile. Se si consentisse la revisione a seguito di una mera rivalutazione degli stessi fatti già esaminati nei tre gradi di giudizio e poi riesaminati dalla Corte europea, si innoverebbe profondamente tale impianto, con evidenti rischi per alcune categorie di processi (quali quelli contro la criminalità organizzata).

Occorrerebbe, in ogni caso, individuare una categoria di vizi così assoluti da non essere sanati dal giudicato, stabilendo, altresì, a quali condizioni le violazioni accertate dalla Corte europea possano dare luogo alla revisione, posto che non sempre dette violazioni incidono sulla correttezza della decisione interna. In quest'ottica, la revisione non costituirebbe, comunque, l'istituto più adatto a soddisfare le esigenze di adeguamento alle decisioni dei Giudici di Strasburgo, anche per la sua rigidità riguardo all'esito, scandito dalla secca alternativa tra la conferma della sentenza di condanna e il proscioglimento: rigidità eliminabile solo a seguito di modifiche talmente incisive da cambiare il volto dell'istituto stesso.

Sotto altro profilo, poi, andrebbe tenuto conto delle differenze qualitative tra responsabilità dello Stato derivanti da sentenze della Corte europea che richiedono misure

individuali di esecuzione, e responsabilità dello Stato scaturenti da sentenze che richiedono misure generali, come nel caso dell'espropriazione.

Nell'accertare violazioni dell'art. 6 della CEDU, la Corte di Strasburgo avrebbe, in effetti – secondo l'Avvocatura dello Stato – sempre adottato misure individuali a favore dei ricorrenti in sede di equa riparazione, ai sensi dell'art. 41 della CEDU. Non avrebbe mai espressamente invitato lo Stato italiano ad adottare una riforma, ponendo vincoli conformativi, ma avrebbe ribadito piuttosto la sua giurisprudenza, secondo la quale spetta allo Stato, sotto il controllo del Comitato dei ministri, scegliere i mezzi per adempiere nell'ordinamento nazionale agli obblighi scaturenti dall'art. 46 della CEDU.

Tutto ciò conforterebbe la convinzione che spetti unicamente al legislatore introdurre forme di riapertura del processo a seguito di sentenze della Corte europea, calibrandole sulla specificità delle diverse situazioni, nell'ottica di contemperare le esigenze della certezza del diritto e quelle di tutela dei diritti (anche) processuali dei soggetti che hanno subito una condanna.

Considerato in diritto

1. – La Corte di appello di Bologna dubita della legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione e all'art. 46 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, dell'art. 630 del codice di procedura penale, «nella parte in cui non prevede la rinnovazione del processo allorché la sentenza o il decreto penale di condanna siano in contrasto con la sentenza definitiva della Corte [europea dei diritti dell'uomo] che abbia accertato l'assenza di equità del processo, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo».

La Corte rimettente è chiamata a delibare due richieste riunite di revisione, aventi ad oggetto una sentenza di condanna a pena detentiva, divenuta irrevocabile. Secondo quanto riferisce il giudice a quo, le richieste farebbero seguito all'avvenuto accertamento, da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, del carattere “non equo” del processo svoltosi nei confronti del condannato: ciò, in quanto la condanna era stata emessa sulla base delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari da tre coimputati, non esaminati in dibattimento perché si erano avvalsi della facoltà di non rispondere (e, dunque, in violazione del diritto dell'accusato a interrogare o fare interrogare i testimoni a carico, garantito dall'art. 6, paragrafo 3, lettera d, della CEDU).

Escluso che la descritta evenienza possa essere ricondotta ad alcuno dei casi di revisione attualmente contemplati dall'art. 630 cod. proc. pen. – e, in particolare, a quello (invocato nella prima delle richieste) della inconciliabilità tra giudicati, di cui al comma 1, lettera a) – la Corte rimettente assume che, proprio per questa ragione, la norma censurata risulterebbe inconciliabile con le previsioni dell'art. 46 della CEDU. Nell'obbligare gli Stati contraenti ad uniformarsi alle sentenze definitive della Corte europea, la disposizione convenzionale ora citata li vincolerebbe, infatti, a permettere la rinnovazione del processo, pur definito con sentenza o decreto penale irrevocabile, allorché la Corte di Strasburgo ne abbia accertato il carattere “non equo”, ai sensi dell'art. 6 della CEDU.

Di conseguenza, il denunciato art. 630 cod. proc. pen. verrebbe a porsi, sia pure indirettamente, in contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone al legislatore il rispetto degli obblighi internazionali.

2. – In via preliminare, va osservato come la questione di legittimità costituzionale in esame debba ritenersi ammissibile, in quanto sostanzialmente diversa – pur nell'analogia delle finalità perseguite – rispetto a quella in precedenza sollevata dalla Corte di appello di Bologna nel medesimo giudizio e dichiarata non fondata da questa Corte con sentenza n. 129 del 2008.

Detta diversità si apprezza in rapporto a tutti e tre gli elementi che compongono la questione: l'oggetto è più ampio (essendo sottoposto a scrutinio l'art. 630 cod. proc. pen. nella sua interezza, e non la sola disposizione di cui al comma 1, lettera a), nuovo è il parametro evocato e differenti sono anche le argomentazioni svolte a sostegno della denuncia di incostituzionalità.

Non ricorre, pertanto, nella specie, la preclusione alla riproposizione della questione nel medesimo grado di giudizio, volta ad evitare un bis in idem che si risolverebbe nella impugnazione della precedente decisione della Corte, inammissibile alla stregua dell'ultimo comma dell'art. 137 Cost. (al riguardo, tra le altre, sentenze n. 477 del 2002, n. 225 del 1994 e n. 257 del 1991).

3. – Nel merito, la questione è fondata, nei termini di seguito specificati.

4. – L'art. 46 della CEDU – evocato dal giudice a quo quale «norma interposta» – impegna, al paragrafo 1, gli Stati contraenti «a conformarsi alle sentenze definitive della Corte [europea dei diritti dell'uomo] sulle controversie di cui sono parti»; soggiungendo, al paragrafo 2, che «la sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei ministri che ne controlla l'esecuzione».

Si tratta di previsione di centrale rilievo nel sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali, che fa perno sulla Corte di Strasburgo: è evidente, infatti, come la consistenza dell'obbligo primario nascente dalla CEDU a carico degli Stati contraenti – riconoscere a ogni persona i diritti e le libertà garantiti dalla Convenzione (art. 1) – venga a dipendere, in larga misura, dalle modalità di “composizione” delle singole violazioni accertate.

Al riguardo, si deve rilevare come, successivamente all'ordinanza di rimessione, l'art. 46 della CEDU sia stato modificato per effetto dell'entrata in vigore (il 1° giugno 2010) del Protocollo n. 14 alla Convenzione (ratificato e reso esecutivo in Italia con legge 15 dicembre 2005, n. 280). La modifica non elide, peraltro, le esigenze poste a fondamento della questione di costituzionalità, ma semmai le rafforza. Tramite l'aggiunta di tre ulteriori paragrafi, si prevede, infatti, che il Comitato dei ministri possa chiedere alla Corte di Strasburgo una decisione interpretativa, quando vi siano dubbi circa il contenuto di una sentenza definitiva in precedenza adottata, tali da ostacolare il controllo sulla sua esecuzione (paragrafo 3 dell'art. 46); nonché, soprattutto, che possa chiedere alla Corte una ulteriore pronuncia, la quale accerti l'avvenuta violazione dell'obbligo per una Parte contraente di conformarsi alle sue sentenze (paragrafi 4 e 5). Viene introdotto, così, uno

specifico procedimento di infrazione, atto a costituire un più incisivo mezzo di pressione nei confronti dello Stato convenuto.

Quanto, poi, ai contenuti dell'obbligo, l'art. 46 va letto in combinazione sistematica con l'art. 41 della CEDU, a mente del quale, «se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette che in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa».

A questo proposito, è peraltro consolidata, nella più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo, l'affermazione in forza della quale, «quando la Corte constata una violazione, lo Stato convenuto ha l'obbligo giuridico, non solo di versare agli interessati le somme attribuite a titolo di equa soddisfazione, ma anche di adottare le misure generali e/o, se del caso, individuali necessarie» (tra le molte, Grande Camera, sentenza 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia, punto 147; Grande Camera, sentenza 1° marzo 2006, Sejdovic contro Italia, punto 119; Grande Camera, sentenza 8 aprile 2004, Assanidzé contro Georgia, punto 198). Ciò in quanto, alla luce dell'art. 41 della CEDU, le somme assegnate a titolo di equo indennizzo mirano unicamente ad «accordare un risarcimento per i danni subiti dagli interessati nella misura in cui questi costituiscano una conseguenza della violazione che non può in ogni caso essere cancellata» (sentenza 13 luglio 2000, Scozzari e Giunta contro Italia, punto 250).

La finalità delle misure individuali che lo Stato convenuto è tenuto a porre in essere è, per altro verso, puntualmente individuata dalla Corte europea nella restitutio in integrum in favore dell'interessato. Dette misure devono porre, cioè, «il ricorrente, per quanto possibile, in una situazione equivalente a quella in cui si troverebbe se non vi fosse stata una inosservanza [...] della Convenzione» (ex plurimis, Grande Camera, sentenza 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia, punto 151; sentenza 10 novembre 2004, Sejdovic contro Italia, punto 55; sentenza 18 maggio 2004, Somogyi contro Italia, punto 86). In quest'ottica, lo Stato convenuto è chiamato anche a rimuovere gli impedimenti che, a livello di legislazione nazionale, si frappongono al conseguimento dell'obiettivo: «ratificando la Convenzione», difatti, «gli Stati contraenti si impegnano a far sì che il loro diritto interno sia compatibile con quest'ultima» e, dunque, anche ad «eliminare, nel proprio ordinamento giuridico interno, ogni eventuale ostacolo a un adeguato ripristino della situazione del ricorrente» (Grande Camera, sentenza 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia, punto 152; Grande Camera, sentenza 8 aprile 2004, Assanidzé contro Georgia, punto 198).

Con particolare riguardo alle infrazioni correlate allo svolgimento di un processo, e di un processo penale in specie, la Corte di Strasburgo, muovendo dalle ricordate premesse, ha identificato nella riapertura del processo il meccanismo più consono ai fini della restitutio in integrum, segnatamente nei casi di accertata violazione delle garanzie stabilite dall'art. 6 della Convenzione. Ciò, in conformità alle indicazioni già offerte dal Comitato dei ministri, in particolare nella Raccomandazione R(2000)2 del 19 gennaio 2000, con la quale le Parti contraenti sono state specificamente invitate «ad esaminare i rispettivi ordinamenti giuridici nazionali allo scopo di assicurare che esistano adeguate possibilità di riesame di un

caso, ivi compresa la riapertura di procedimenti, laddove la Corte abbia riscontrato una violazione della Convenzione».

I Giudici di Strasburgo hanno affermato, in specie – con giurisprudenza ormai costante – che, quando un privato è stato condannato all’esito di un procedimento inficiato da inosservanze dell’art. 6 della Convenzione, il mezzo più appropriato per porre rimedio alla violazione constatata è rappresentato, in linea di principio, «da un nuovo processo o dalla riapertura del procedimento, su domanda dell’interessato», nel rispetto di tutte le condizioni di un processo equo (ex plurimis, sentenza 11 dicembre 2007, Cat Berro contro Italia, punto 46; sentenza 8 febbraio 2007, Kollcaku contro Italia, punto 81; sentenza 21 dicembre 2006, Zunic contro Italia, punto 74; Grande Camera, sentenza 12 maggio 2005, Öcalan contro Turchia, punto 210). Ciò, pur dovendosi riconoscere allo Stato convenuto una discrezionalità nella scelta delle modalità di adempimento del proprio obbligo, sotto il controllo del Comitato dei ministri e nei limiti della compatibilità con le conclusioni contenute nella sentenza della Corte (tra le molte, Grande Camera, sentenza 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia, punto 152; Grande Camera, sentenza 1° marzo 2006, Sejdicovic contro Italia, punti 119 e 127; Grande camera, sentenza 12 maggio 2005, Öcalan contro Turchia, punto 210).

5. – Si comprende, peraltro, come al fine di assicurare la restitutio in integrum della vittima della violazione, nei sensi indicati dalla Corte europea, occorre poter rimettere in discussione il giudicato già formatosi sulla vicenda giudiziaria sanzionata. L’avvenuto esaurimento dei rimedi interni rappresenta, infatti, condizione imprescindibile di legittimazione per il ricorso alla Corte di Strasburgo (art. 35, paragrafo 1, della CEDU): con la conseguenza che quest’ultima si pronuncia, in via di principio, su vicende già definite a livello interno con decisione irrevocabile.

In tale prospettiva, larga parte degli Stati membri del Consiglio d’Europa – soprattutto dopo la citata Raccomandazione R(2000)2 – si è dotata di una apposita disciplina, intesa a permettere la riapertura del processo penale riconosciuto “non equo” dalla Corte europea; mentre in altri Paesi, pure in assenza di uno specifico intervento normativo, la riapertura è stata comunque garantita da una applicazione estensiva del mezzo straordinario di impugnazione già previsto dalla legislazione nazionale.

La situazione si presenta significativamente diversa nell’ordinamento italiano. L’impossibilità di avvalersi, ai fini considerati, del mezzo straordinario di impugnazione storicamente radicato nel sistema processuale penale – cioè, la revisione – è, infatti, generalmente riconosciuta, non essendo l’ipotesi in questione riconducibile ad alcuno dei casi attualmente contemplati dall’art. 630 cod. proc. pen. Tale insieme di casi riflette, d’altronde, la tradizionale configurazione dell’istituto quale strumento volto a comporre il dissidio tra la “verità processuale”, consacrata dal giudicato, e la “verità storica”, risultante da elementi fattuali “esterni” al giudicato stesso. Si tratta, in altre parole, di un rimedio contro il difettoso apprezzamento da parte del giudice del fatto storico-naturalistico: difetto che può emergere per contrasto con i fatti stabiliti da decisioni distinte da quella oggetto di denuncia (lettere a e b dell’art. 630 cod. proc. pen.); per insufficiente conoscenza degli elementi probatori al momento della decisione (lettera c), o per effetto di

dimostrata condotta criminosa (lettera d). Al tempo stesso, la revisione risulta strutturata in funzione del solo proscioglimento della persona già condannata: obbiettivo, che si trova immediatamente espresso come oggetto del giudizio prognostico circa l'idoneità dimostrativa degli elementi posti a base della domanda di revisione, che l'art. 631 cod. proc. pen. eleva a condizione di ammissibilità della domanda stessa.

Nel caso di accertamento, da parte della Corte di Strasburgo, della violazione dell'art. 6 della CEDU la prospettiva è affatto diversa. Si tratta, in tal caso, di porre rimedio, oltre i limiti del giudicato (considerati tradizionalmente comunque insuperabili con riguardo agli *errores in procedendo*), a un "vizio" interno al processo, tramite una riapertura del medesimo che ponga l'interessato nelle condizioni in cui si sarebbe trovato in assenza della lesione. Rimediare al difetto di "equità" di un processo, d'altro canto, non significa giungere necessariamente a un giudizio assolutorio: chi è stato condannato, ad esempio, da un giudice non imparziale o non indipendente – secondo la valutazione della Corte europea – deve vedersi assicurato un nuovo processo davanti a un giudice rispondente ai requisiti di cui all'art. 6, paragrafo 1, della CEDU, senza che tale diritto possa rimanere rigidamente subordinato a un determinato tipo di pronostico circa il relativo esito (il nuovo processo potrebbe bene concludersi, ad esempio, anziché con l'assoluzione, con una condanna, fermo naturalmente il divieto della *reformatio in peius*).

Esclusa, dunque, la fruibilità dell'istituto della revisione, la giurisprudenza ha sperimentato diverse soluzioni ermeneutiche intese a salvaguardare i diritti riconosciuti dalla CEDU, superando le preclusioni connesse al giudicato. Per comune convincimento, tuttavia, si tratta di soluzioni parziali e inadeguate alla piena realizzazione dell'obbiettivo.

La notazione vale, anzitutto, con riguardo alla soluzione che fa leva sull'altro mezzo straordinario di impugnazione introdotto più di recente nell'ordinamento, ossia il ricorso straordinario per errore materiale o di fatto contenuto nei provvedimenti pronunciati dalla Corte di cassazione (art. 625-bis cod. proc. pen.); rimedio che la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto utilizzabile, in via analogica, al fine di dare esecuzione alle sentenze della Corte di Strasburgo che abbiano accertato violazioni di garanzie convenzionali, ancorché non dipese da mero errore percettivo (Cass., 12 novembre 2008-11 dicembre 2008, n. 45807; si veda anche Cass., 11 febbraio 2010-28 aprile 2010, n. 16507). A prescindere da ogni altro rilievo, lo strumento previsto dall'art. 625-bis cod. proc. pen. non può comunque rappresentare una risposta esaustiva al problema, risultando strutturalmente inadeguato ad assicurare la riapertura dei processi a fronte di violazioni che non si siano verificate nell'ambito del giudizio di cassazione (quale quella riscontrata nella vicenda oggetto del giudizio a quo).

Analogha conclusione si impone in riferimento all'impiego dell'istituto della restituzione in termini per la proposizione dell'impugnazione (art. 175, comma 2, cod. proc. pen.): trattandosi di meccanismo che, in ragione del dettato della norma ora citata, risulta utilizzabile – ed è stato in fatto utilizzato dalla giurisprudenza – unicamente per porre rimedio alle violazioni della CEDU collegate alla disciplina del processo contumaciale (tra le altre, Cass., 12 febbraio 2008-27 febbraio 2008, n. 8784; Cass., 15 novembre 2006-2 febbraio 2007, n. 4395). Ipotesi che non viene parimenti in rilievo nel giudizio a quo.

Ma la valutazione non muta neppure con riguardo all'ulteriore soluzione interpretativa praticata proprio in relazione alla vicenda oggetto del presente giudizio in sede di esecuzione del giudicato e che fa perno sull'incidente di esecuzione regolato dall'art. 670 cod. proc. pen. (supra, punto 1 del Ritenuto in fatto). Si tratta, in specie, della tesi secondo la quale, quando la Corte europea abbia accertato che la condanna è stata pronunciata in violazione delle regole sull'equo processo, riconoscendo il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, il giudice dell'esecuzione sarebbe tenuto a dichiarare l'ineseguibilità del giudicato, ancorché il legislatore abbia ommesso di introdurre «un mezzo idoneo a instaurare il nuovo processo» (Cass., 1° dicembre 2006-25 gennaio 2007, n. 2800). Al di là di ogni altra possibile considerazione, il rimedio si rivela, infatti, inadeguato: esso “congela” il giudicato, impedendone l'esecuzione, ma non lo elimina, collocandolo a tempo indeterminato in una sorta di “limbo processuale”. Soprattutto, la mera declaratoria di ineseguibilità non dà risposta all'esigenza primaria: quella, cioè, della riapertura del processo, in condizioni che consentano il recupero delle garanzie assicurate dalla Convenzione.

6. – L'assenza, nell'ordinamento italiano, di un apposito rimedio diretto a tale fine è stata, d'altronde, reiteratamente stigmatizzata dagli organi del Consiglio d'Europa, anche e soprattutto in rapporto al caso concernente il condannato nel giudizio a quo.

A questo proposito, occorre preliminarmente rilevare – a rettifica di quanto si afferma nell'ordinanza di remissione – che la Corte europea dei diritti dell'uomo non si è, in realtà, mai pronunciata sulla detta vicenda. L'atto che il giudice rimettente qualifica come «sentenza del 9 settembre 1998» della Corte di Strasburgo, è, in effetti, un rapporto di pari data della Commissione europea dei diritti dell'uomo (organo soppresso dal Protocollo n. 11): rapporto che è stato recepito dal Comitato dei ministri con decisione del 15 aprile 1999 (Risoluzione interinale DH(99)258). Ai sensi dell'art. 32 della CEDU, nel testo anteriore all'entrata in vigore del Protocollo n. 11 (avvenuta il 1° novembre 1998, ma con applicazione della disciplina previgente ai casi pendenti a detta data, in forza della disposizione transitoria di cui all'art. 5), il Comitato dei ministri era, infatti, competente a deliberare sui casi pervenuti al suo esame dopo la redazione di un rapporto da parte della Commissione europea, cui non seguisse il deferimento entro tre mesi della controversia alla Corte di Strasburgo.

La circostanza ora evidenziata non influisce, tuttavia, sulla rilevanza della questione, giacché in forza dell'originario art. 32, paragrafo 4, della CEDU, le decisioni del Comitato dei ministri erano vincolanti per gli Stati contraenti allo stesso modo delle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo: avendosi, quindi – ora per allora – una piena equivalenza delle une alle altre ai fini considerati.

Proprio in questa prospettiva, tanto il Comitato dei ministri (Risoluzioni interinali ResDH(2000) 30 del 19 febbraio 2002, ResDH(2004)13 del 10 febbraio 2004 e ResDH(2005)85 del 12 ottobre 2005), quanto l'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (si veda, tra le altre, la Risoluzione n. 1516(2006) del 2 ottobre 2006) hanno censurato, in toni via via più pressanti, l'inadempienza dell'Italia all'obbligo di rimuovere le conseguenze della violazione accertata nel caso in esame: inadempienza correlata appunto

alla mancanza, nell'ordinamento interno, di un meccanismo atto a consentire la riapertura del processo dichiarato "non equo".

La sollecitazione ad introdurre, «il più rapidamente possibile», un simile meccanismo è stata nuovamente rivolta alle autorità italiane dal Comitato dei ministri anche in occasione della decisione di chiusura della procedura di controllo relativa a detto caso: decisione adottata dopo la ricordata pronuncia della Corte di cassazione che aveva dichiarato ineseguibile il giudicato formatosi nei confronti del condannato, ordinandone la liberazione (Risoluzione finale CM/ResDH(2007)83 del 19 febbraio 2007).

7. – In sede di scrutinio della ricordata precedente questione di legittimità costituzionale, sollevata dalla Corte di appello di Bologna nell'ambito del medesimo giudizio (supra, punto 1 del Ritenuto in fatto), questa Corte ha già avuto modo di rimarcare come, alla luce delle vicende dianzi riassunte, la predisposizione di adeguate misure volte a riparare, sul piano processuale, le conseguenze scaturite da accertate violazioni del diritto all'equo processo si ponesse in termini di «evidente, improrogabile necessità» (sentenza n. 129 del 2008).

Ciò, tuttavia, non ha potuto impedire che tale questione – per i termini in cui era stata formulata – si dovesse dichiarare non fondata.

Il quesito di costituzionalità era diretto, infatti, ad estendere all'ipotesi considerata lo specifico caso di revisione previsto dall'art. 630, comma 1, lettera a), cod. proc. pen., sulla base della denunciata violazione degli artt. 3, 10 e 27 Cost. Al riguardo, si è rilevato come nessuno dei parametri evocati – principio di eguaglianza; presunzione di innocenza, intesa come norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta; finalità rieducativa della pena – risultasse pertinente. Non il primo, stante l'eterogeneità della situazione descritta dal citato art. 630, comma 1, lettera a), cod. proc. pen. rispetto a quella posta a raffronto: giacché il concetto di inconciliabilità tra sentenze irrevocabili, evocato dalla norma del codice, attiene all'oggettiva incompatibilità tra i «fatti» (intesi in senso storico-naturalistico) su cui si fondano le decisioni, e non alla contraddittorietà logica delle valutazioni in esse effettuate. Non il secondo, poiché l'art. 10, primo comma, Cost. non comprende le norme pattizie che non riproducano principi o norme consuetudinarie del diritto internazionale; ciò, senza considerare che la «presunzione di innocenza» non ha, di per sé, «nulla a che vedere con i rimedi straordinari destinati a purgare gli eventuali errores, in procedendo o in iudicando che siano», dissolvendosi – quella presunzione – nel momento stesso in cui il processo giunge al suo epilogo. Neppure, da ultimo, era conferente il terzo parametro, posto che la pretesa del rimettente di assegnare alle regole del «giusto processo» una funzione strumentale alla «rieducazione» del condannato avrebbe determinato «una paradossale eterogenesi dei fini, che vanificherebbe – questa sì – la stessa presunzione di non colpevolezza» (sentenza n. 129 del 2008).

Nel respingere la questione, questa Corte non ha mancato, tuttavia, di rivolgere un «pressante invito» al legislatore, affinché colmasse, con i provvedimenti ritenuti più idonei, la lacuna normativa in contestazione. Ma, nonostante il tempo trascorso, tale esortazione è rimasta senza seguito.

8. – A diversa conclusione deve pervenirsi circa la questione di legittimità costituzionale oggi in esame, la quale, per un verso, investe l'art. 630 cod. proc. pen. nel suo complesso,

e, per altro verso, viene proposta in riferimento al diverso e più appropriato parametro espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., assumendo, quale «norma interposta», l'art. 46 (in correlazione all'art. 6) della CEDU.

A partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, la giurisprudenza di questa Corte è costante nel ritenere che le norme della CEDU – nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificamente istituita per dare a esse interpretazione e applicazione (art. 32, paragrafo 1, della Convenzione) – integrino, quali «norme interposte», il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali» (sentenze n. 1 del 2011; n. 196, n. 187 e n. 138 del 2010; n. 317 e n. 311 del 2009, n. 39 del 2008; sulla perdurante validità di tale ricostruzione anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, sentenza n. 80 del 2011). Prospettiva nella quale, ove si profili un eventuale contrasto fra una norma interna e una norma della CEDU, il giudice comune deve verificare anzitutto la praticabilità di una interpretazione della prima in senso conforme alla Convenzione, avvalendosi di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione; e, ove tale verifica dia esito negativo – non potendo a ciò rimediare tramite la semplice non applicazione della norma interna contrastante – egli deve denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento all'indicato parametro. A sua volta, la Corte costituzionale, investita dello scrutinio, pur non potendo sindacare l'interpretazione della CEDU data dalla Corte europea, resta legittimata a verificare se la norma della Convenzione – la quale si colloca pur sempre a un livello sub-costituzionale – si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione: ipotesi nella quale dovrà essere esclusa la idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro considerato.

Nella specie, si è già rimarcato (supra, punto 4 del Considerato in diritto) come la Corte di Strasburgo ritenga, con giurisprudenza ormai costante, che l'obbligo di conformarsi alle proprie sentenze definitive, sancito a carico delle Parti contraenti dall'art. 46, paragrafo 1, della CEDU, comporti anche l'impegno degli Stati contraenti a permettere la riapertura dei processi, su richiesta dell'interessato, quante volte essa appaia necessaria ai fini della restitutio in integrum in favore del medesimo, nel caso di violazione delle garanzie riconosciute dalla Convenzione, particolarmente in tema di equo processo.

Tale interpretazione non può ritenersi contrastante con le conferenti tutele offerte dalla Costituzione. In particolare – pur nella indubbia rilevanza dei valori della certezza e della stabilità della cosa giudicata – non può ritenersi contraria a Costituzione la previsione del venir meno dei relativi effetti preclusivi in presenza di compromissioni di particolare pregnanza – quali quelle accertate dalla Corte di Strasburgo, avendo riguardo alla vicenda giudiziaria nel suo complesso – delle garanzie attinenti a diritti fondamentali della persona: garanzie che, con particolare riguardo alle previsioni dell'art. 6 della Convenzione, trovano del resto ampio riscontro nel vigente testo dell'art. 111 Cost.

Il giudice a quo ha, per altro verso, non ingiustificatamente individuato nell'art. 630 cod. proc. pen. la sedes dell'intervento additivo richiesto: la revisione, infatti – comportando, quale mezzo straordinario di impugnazione a carattere generale, la riapertura del processo,

che implica una ripresa delle attività processuali in sede di cognizione, estesa anche all'assunzione delle prove – costituisce l'istituto, fra quelli attualmente esistenti nel sistema processuale penale, che presenta profili di maggiore assonanza con quello la cui introduzione appare necessaria al fine di garantire la conformità dell'ordinamento nazionale al parametro evocato.

Contrariamente a quanto sostiene l'Avvocatura dello Stato, d'altro canto, all'accoglimento della questione non può essere di ostacolo la circostanza che – come pure si è avuto modo di rilevare (supra, punto 5 del Considerato in diritto) – l'ipotesi della riapertura del processo collegata al vincolo scaturente dalla CEDU risulti eterogenea rispetto agli altri casi di revisione attualmente contemplati dalla norma censurata, sia perché fuoriesce dalla logica, a questi sottesa, della composizione dello iato tra “verità processuale” e “verità storica”, emergente da elementi “esterni” al processo già celebrato; sia perché a detta ipotesi non si ataglia la rigida alternativa, prefigurata dalla disciplina vigente quanto agli esiti del giudizio di revisione, tra proscioglimento e conferma della precedente condanna.

Posta di fronte a un vulnus costituzionale, non sanabile in via interpretativa – tanto più se attinente a diritti fondamentali – la Corte è tenuta comunque a porvi rimedio: e ciò, indipendentemente dal fatto che la lesione dipenda da quello che la norma prevede o, al contrario, da quanto la norma (o, meglio, la norma maggiormente pertinente alla fattispecie in discussione) omette di prevedere. Né, per risalente rilievo di questa Corte (sentenza n. 59 del 1958), può essere ritenuta preclusiva della declaratoria di illegittimità costituzionale delle leggi la carenza di disciplina – reale o apparente – che da essa può derivarne, in ordine a determinati rapporti. Spetterà, infatti, da un lato, ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione; e, dall'altro, al legislatore provvedere eventualmente a disciplinare, nel modo più sollecito e opportuno, gli aspetti che apparissero bisognevoli di apposita regolamentazione.

Nella specie, l'art. 630 cod. proc. pen. deve essere dichiarato costituzionalmente illegittimo proprio perché (e nella parte in cui) non contempla un «diverso» caso di revisione, rispetto a quelli ora regolati, volto specificamente a consentire (per il processo definito con una delle pronunce indicate nell'art. 629 cod. proc. pen.) la riapertura del processo – intesa, quest'ultima, come concetto di genere, funzionale anche alla rinnovazione di attività già espletate, e, se del caso, di quella integrale del giudizio – quando la riapertura stessa risulti necessaria, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della CEDU, per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo (cui, per quanto già detto, va equiparata la decisione adottata dal Comitato dei ministri a norma del precedente testo dell'art. 32 della CEDU).

La necessità della riapertura andrà apprezzata – oltre che in rapporto alla natura oggettiva della violazione accertata (è di tutta evidenza, così, ad esempio, che non darà comunque luogo a riapertura l'inosservanza del principio di ragionevole durata del processo, di cui all'art. 6, paragrafo 1, CEDU, dato che la ripresa delle attività processuali approfondirebbe l'offesa) – tenendo naturalmente conto delle indicazioni contenute nella sentenza della cui

esecuzione si tratta, nonché nella sentenza “interpretativa” eventualmente richiesta alla Corte di Strasburgo dal Comitato dei ministri, ai sensi dell’art. 46, paragrafo 3, della CEDU. S’intende, per altro verso, che, quando ricorra l’evenienza considerata, il giudice dovrà procedere a un vaglio di compatibilità delle singole disposizioni relative al giudizio di revisione. Dovranno ritenersi, infatti, inapplicabili le disposizioni che appaiano inconciliabili, sul piano logico-giuridico, con l’obiettivo perseguito (porre l’interessato nelle condizioni in cui si sarebbe trovato in assenza della violazione accertata, e non già rimediare a un difettoso apprezzamento del fatto da parte del giudice, risultante da elementi esterni al giudicato), prime fra tutte – per quanto si è osservato – quelle che riflettono la tradizionale preordinazione del giudizio di revisione al solo proscioglimento del condannato. Così, per esempio, rimarrà inoperante la condizione di ammissibilità, basata sulla prognosi assolutoria, indicata dall’art. 631 cod. proc. pen.; come pure inapplicabili saranno da ritenere – nei congrui casi – le previsioni dei commi 2 e 3 dell’art. 637 cod. proc. pen. (secondo le quali, rispettivamente, l’accoglimento della richiesta comporta senz’altro il proscioglimento dell’interessato, e il giudice non lo può pronunciare esclusivamente sulla base di una diversa valutazione delle prove assunte nel precedente giudizio).

Occorre considerare, d’altro canto, che l’ipotesi di revisione in parola comporta, nella sostanza, una deroga – imposta dall’esigenza di rispetto di obblighi internazionali – al ricordato principio per cui i vizi processuali restano coperti dal giudicato. In questa prospettiva, il giudice della revisione valuterà anche come le cause della non equità del processo rilevate dalla Corte europea si debbano tradurre, appunto, in vizi degli atti processuali alla stregua del diritto interno, adottando nel nuovo giudizio tutti i conseguenti provvedimenti per eliminarli.

9. – Giova ribadire e sottolineare che l’incidenza della declaratoria di incostituzionalità sull’art. 630 cod. proc. pen. non implica una pregiudiziale opzione di questa Corte a favore dell’istituto della revisione, essendo giustificata soltanto dall’inesistenza di altra e più idonea sedes dell’intervento additivo. Il legislatore resta pertanto e ovviamente libero di regolare con una diversa disciplina – recata anche dall’introduzione di un autonomo e distinto istituto – il meccanismo di adeguamento alle pronunce definitive della Corte di Strasburgo, come pure di dettare norme su specifici aspetti di esso sui quali questa Corte non potrebbe intervenire, in quanto involventi scelte discrezionali (quale, ad esempio, la previsione di un termine di decadenza per la presentazione della domanda di riapertura del processo, a decorrere dalla definitività della sentenza della Corte europea). Allo stesso modo, rimane affidata alla discrezionalità del legislatore la scelta dei limiti e dei modi nei quali eventualmente valorizzare le indicazioni della Raccomandazione R(2000)2 del Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa, più volte richiamata, nella parte in cui prospetta la possibile introduzione di condizioni per la riapertura del procedimento, collegate alla natura delle conseguenze prodotte dalla decisione interna e all’incidenza su quest’ultima della violazione accertata (punto II, i e ii).

PQM

Per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 4 aprile 2011.

Depositata in Cancelleria il 7 aprile 2011.

Fonti: Giur. cost. 2010, 3, 2308 (nota di: TRAVI)

Classificazione: CIRCOLAZIONE STRADALE - Reati - - stato di ebbrezza o ubriachezza o da stupefacenti

Circolazione stradale - Reati - Stato di ebbrezza o ubriachezza o da stupefacenti - Confisca obbligatoria del veicolo, non appartenente a terzo estraneo, con il quale è stato commesso il reato, in caso di sentenza di condanna ovvero di applicazione della pena a richiesta delle parti - Applicazione anche ai reati commessi prima dell'entrata in vigore della censurata disciplina legislativa - Denunciata lesione del principio di uguaglianza e asserita violazione degli obblighi internazionali derivanti dalla CEDU - Difetto di rilevanza - Inammissibilità della questione.

È inammissibile la q.l.c. dell'art. 187, comma 1, ultimo periodo, c. strad., come modificato dall'art. 4, comma 2, lett. b) d.l. 23 maggio 2008 n. 92, conv., con modificazioni, in l. 24 luglio 2008 n. 125, censurato, in riferimento agli art. 3 e 117, comma 1, cost., nella parte in cui prevede che l'obbligatoria confisca del veicolo, non appartenente a terzo estraneo, con il quale è stato commesso il reato di guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti, in caso di sentenza di condanna ovvero di applicazione della pena a richiesta delle parti, si applichi anche a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della censurata disciplina legislativa. La norma in esame non viene in rilievo nel giudizio a quo in cui all'imputato è contestato il diverso reato di guida sotto l'influenza dell'alcool.

Fonti: Giur. cost. 2010, 3, 2308 (nota di: TRAVI)

Classificazione: CIRCOLAZIONE STRADALE - Reati - - stato di ebbrezza o ubriachezza o da stupefacenti

Circolazione stradale - Reati - Stato di ebbrezza o ubriachezza o da stupefacenti - Confisca obbligatoria del veicolo, non appartenente a terzo estraneo, con il quale è stato commesso il reato, in caso di sentenza di condanna ovvero di applicazione della pena a richiesta delle parti - Applicazione retroattiva della misura - Denunciata lesione del principio di uguaglianza e asserita violazione degli obblighi internazionali derivanti dalla CEDU - Difetto di rilevanza - Inammissibilità delle questioni.

Sono inammissibili le q.l.c. degli art. 230 e 236 c.p., censurati, in riferimento agli art. 3 e 117, comma 1, cost., in quanto stabiliscono, in combinato disposto con gli art. 186, comma 2, lett. c), e 187, comma 1, ultimo periodo, c. strad., come modificati, rispettivamente, dall'art. 4, commi 1, lett. b), e 2, lett. b) d.l. 23 maggio 2008 n. 92, conv., con modificazioni, in l. 24 luglio 2008 n. 125, che l'obbligatoria confisca del veicolo, non appartenente a terzo estraneo, con il quale è stato commesso il reato di guida sotto l'influenza dell'alcool o di guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti, in caso di sentenza di condanna ovvero di applicazione della pena a richiesta delle parti, si applichi anche a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della censurata disciplina legislativa. Il riconoscimento della natura di misura sanzionatoria, propria della confisca disciplinata dalle citate disposizioni del codice della strada, e non di misura di sicurezza, rende irrilevante, nel giudizio principale, la questione relativa alla compatibilità con l'art. 7 della

Cedu degli art. 230 e 236 c.p., giacché essi hanno la funzione di regolare l'applicazione delle misure di sicurezza in senso proprio e non di misure, in senso lato, sanzionatorie.

Fonti: Giur. cost. 2010, 3, 2308 (nota di: TRAVI)

Classificazione: CIRCOLAZIONE STRADALE - Reati - - stato di ebbrezza o ubriachezza o da stupefacenti

Circolazione stradale - Reati - Stato di ebbrezza o ubriachezza o da stupefacenti - Confisca obbligatoria del veicolo, non appartenente a terzo estraneo, con il quale è stato commesso il reato, in caso di sentenza di condanna ovvero di applicazione della pena a richiesta delle parti - Applicazione anche ai reati commessi prima dell'entrata in vigore della censurata disciplina legislativa - Natura sanzionatoria della confisca prevista dall'art. 186 cod. strada - Violazione del principio di irretroattività delle misure di carattere punitivo-afflittivo sancito dall'art. 7 della CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo - Illegittimità costituzionale parziale.

È costituzionalmente illegittimo l'art. 186, comma 2, lett. c), del codice della strada, come modificato dall'art. 4, comma 1, lett. b) d.l. 23 maggio 2008 n. 92, conv., con modificazioni, in l. 24 luglio 2008 n. 125, limitatamente alle parole "ai sensi dell'art. 240, comma 2, del codice penale". Il riferimento all'art. 240, comma 2, c.p., contenuto nella disposizione censurata - la quale prevede che, in caso di condanna o di patteggiamento per il reato di guida sotto l'influenza dell'alcool, "è sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato ai sensi dell'art. 240, comma 2, del codice penale, salvo che il veicolo stesso appartenga a persona estranea al reato" - comporta l'applicazione retroattiva della confisca anche a fatti commessi prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 92 del 2008, secondo il regime proprio delle misure di sicurezza che, ai sensi dell'art. 200 c.p., sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione, e ciò anche se, nella specie, la confisca, al di là della sua qualificazione formale, ha natura essenzialmente sanzionatoria, e non di misura di sicurezza in senso proprio, e riveste una funzione meramente repressiva e non preventiva, con ciò risultando violato il principio di irretroattività della pena sancito dall'art. 7 della Cedu, ed esteso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo a tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo, già desumibile dall'art. 25, comma 2, cost., che, per l'ampiezza della sua formulazione, può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, non avente prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non riconducibile alle misure di sicurezza in senso stretto), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato. Ne consegue la illegittimità della disposizione censurata limitatamente alle parole "ai sensi dell'art. 240, comma 2, del codice penale", dalle quali soltanto deriva l'applicazione retroattiva della misura (sentt. n. 29 del 1961, 78 del 1967, 53 del 1968, 447 del 1988, 345 del 2007).

Fonti: Giur. cost. 2010, 3, 2308 (nota di: TRAVI)

Classificazione: COSTITUZIONE DELLA REPUBBLICA ITALIANA - Leggi - - in genere

Costituzione della Repubblica italiana - Leggi - In genere - Limite del rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali - Obblighi derivanti dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo (CEDU) - Eventuale contrasto di norma interna con norma CEDU - Proposizione della questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost. - Condizione dell'impossibilità di superare il denunciato contrasto in via interpretativa - Sussistenza, atteso l'unanime orientamento della giurisprudenza di legittimità preclusivo di un'interpretazione adeguatrice.

L'apparente contrasto tra disposizioni legislative interne e una disposizione della Cedu, quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, può dar luogo ad una q.l.c. ai sensi dell'art. 117, comma 1, cost. soltanto se insuscettibile di soluzione in via ermeneutica, per impossibilità testuale dell'adeguamento interpretativo o perché in materia si sia formato un diritto vivente sospettato di incostituzionalità. Nel caso di specie, deve escludersi che il rimettente potesse superare in via interpretativa il denunciato contrasto delle impugnate disposizioni (186, comma 2, lett. c, e 187, comma 1, ultimo periodo, del codice della strada, come modificati, rispettivamente, dall'art. 4, commi 1, lett. b, e 2 lett. b d.l. 23 maggio 2008 n. 92, conv., con modificazioni, in l. 24 luglio 2008 n. 125) con l'art. 7 della Cedu, tenuto conto dell'orientamento pressoché unanime della giurisprudenza di legittimità - e preclusivo di un'interpretazione adeguatrice - nel senso dell'applicabilità della confisca obbligatoria prevista dall'art. 186, comma 2, lett. c), del codice della strada anche alle condotte poste in essere prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 92 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 125 del 2008 (sentt. n. 348, 349 del 2007, 239, 311 del 2009; ord. n. 97 del 2009).

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

- Francesco AMIRANTE Presidente
- Ugo DE SIERVO Giudice
- Paolo MADDALENA "
- Alfio FINOCCHIARO "
- Alfonso QUARANTA "
- Franco GALLO "
- Luigi MAZZELLA "
- Gaetano SILVESTRI "
- Sabino CASSESE "
- Maria Rita SAULLE "
- Giuseppe TESAURO "
- Paolo Maria NAPOLITANO "
- Giuseppe FRIGO "
- Alessandro CRISCUOLO "
- Paolo GROSSI "

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale degli articoli 200 e 236 del codice penale e degli articoli 186, comma 2, lettera c), e 187, comma 1, ultimo periodo, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada), come modificati, rispettivamente, dall'art. 4, commi 1, lettera b), e 2, lettera b), del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 24 luglio 2008, n. 125, promosso dal Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale ordinario di Lecce nel procedimento penale a carico di P.T. con ordinanza del 27 maggio 2009, iscritta al n. 323 del registro ordinanze 2009 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 3, prima serie speciale, dell'anno 2010.

Udito nella camera di consiglio del 12 maggio 2010 il Giudice relatore Alfonso Quaranta.

Ritenuto in fatto

1.— Il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale ordinario di Lecce ha sollevato – in riferimento agli articoli 3 e 117 della Costituzione – questione di legittimità costituzionale degli articoli 200 e 236 del codice penale e degli articoli 186, comma 2, lettera c), e 187, comma 1, ultimo periodo, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada), come modificati, rispettivamente, dall'art. 4, commi 1, lettera b), e 2, lettera b), del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 24 luglio 2008, n. 125.

1.1.— Il remittente premette, in punto di fatto, di dover decidere in ordine alla richiesta di emissione di decreto penale di condanna, avanzata dal pubblico ministero in relazione al reato di guida in stato di ebbrezza – per un fatto commesso nel gennaio 2008 – ed alla contestuale richiesta di confisca del veicolo a carico dell'imputato, ai sensi del già citato art. 186, comma 2, lettera c), del codice della strada.

Detta norma, infatti, nel testo novellato dall'art. 4 del decreto-legge n. 92 del 2008, convertito con modificazioni nella legge n. 125 del 2008, prevede che sia «sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale, salvo che il veicolo stesso appartenga a persona estranea al reato», in caso di condanna tanto per la fattispecie criminosa di guida in stato di ebbrezza in conseguenza dell'uso di bevande alcoliche, purché sia stato accertato a carico del conducente un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro di sostanza ematica, quanto per la fattispecie criminosa (art. 187 del codice della strada) di guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti.

La circostanza che nel vigente testo dell'art. 186, comma 2, lettera c), del codice della strada sia espressamente richiamato l'art. 240, primo comma, cod. pen., non dovrebbe lasciare dubbi – secondo il remittente – che, «sotto l'aspetto formale, tale confisca debba essere qualificata come misura di sicurezza patrimoniale», per la quale, quindi, opera il principio – in forza del rinvio all'art. 200, primo comma, cod. pen. contenuto nell'art. 236 del medesimo codice – secondo cui «le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in

vigore al tempo della loro applicazione». Ne consegue, pertanto, che la misura della confisca del veicolo appare destinata ad applicarsi pure «nei riguardi di coloro che, imputati del reato di guida sotto l'influenza dell'alcool (o di quello di guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti), risultino destinatari di una sentenza di condanna o di una sentenza di patteggiamento, anche se il reato venne commesso in epoca anteriore alla data di entrata in vigore del citato decreto-legge n. 92 del 2008».

Sottolinea, inoltre, il giudice a quo che tale «soluzione ermeneutica» risulta «conforme al pacifico orientamento della giurisprudenza di legittimità». Essa, «con riferimento ad analoghe forme di confisca, ha sempre affermato» – diversamente da parte della dottrina, secondo cui la previsione dell'art. 200, primo comma, cod. pen. andrebbe riferita esclusivamente all'ipotesi in cui le modifiche legislative concernenti le misure di sicurezza riguardino le loro modalità di esecuzione – «che per tali misure, qualificabili come misure di sicurezza e non come pene accessorie o pene sui generis, non opera il principio di irretroattività», sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., norma concernente «esclusivamente la pena» (richiama, sul punto: Corte di cassazione, sezione prima penale, sentenza del 15 gennaio 2009, n. 8404; sezione terza penale, sentenza del 15 ottobre 2002, n. 40703; sezione prima penale, sentenza del 19 maggio 2000, n. 7045; sezione prima penale, sentenza del 19 maggio 1999, n. 3717; sezione seconda penale, sentenza del 3 ottobre 1996, n. 3655; sezione sesta penale, sentenza del 17 novembre 1995, n. 775).

1.2.— Tanto premesso, il giudice a quo ritiene che le norme censurate, «interpretate in conformità al “diritto vivente” di origine giurisprudenziale», siano in contrasto con l'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, secondo cui «non può essere inflitta una pena più grave di quella che sarebbe stata applicata al tempo in cui il reato è stato consumato».

Il suddetto art. 7 – sottolinea il remittente – si pone come «norma interposta», ovvero come disposizione «subcostituzionale», che finisce «per integrare e dare contenuto» al dettato dell'art. 117, primo comma, Cost., sicché la sua violazione da parte di norma di legge ordinaria integra un contrasto con tale parametro costituzionale. Conclusione, questa, proposta «dalla Corte costituzionale con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007», pronunce che hanno «definitivamente chiarito» – si nota ancora nell'ordinanza di rimessione – «che il giudice è tenuto a valutare la compatibilità costituzionale di ciascuna norma di legge ordinaria, anche nelle materie penalistiche, con le norme della Cedu», le quali, peraltro, rilevano non «in sé considerate», bensì «come prodotto della interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo nelle sue sentenze».

Orbene, «proprio con riferimento al principio fissato dall'art. 7 della Cedu, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha puntualizzato» – osserva sempre il remittente – che nell'individuazione del concetto di pena è necessario «andare al di là delle apparenze» per valutare «se una data misura costituisca pena ai sensi di tale norma», verificando se essa «sia stata imposta a seguito di una condanna per un reato», per poi attribuire rilievo ad altri elementi, come «la natura e lo scopo della misura in questione; la sua qualificazione nel diritto interno; le procedure correlate alla sua adozione ed esecuzione». Tali affermazioni, fatte dalla Corte di Strasburgo nella sentenza del 9 febbraio 2005, resa nella

causa n. 307-A/1995, Welch contro Regno Unito (che, come rammenta il remittente, ha riconosciuto la violazione dell'art. 7 della Convenzione proprio «in un caso di applicazione retroattiva della confisca di beni disposta nei riguardi di un trafficante di droga condannato a non ridotta pena detentiva»), sono state ulteriormente precisate dalla sua successiva giurisprudenza. Essa, infatti, ha specificato che la garanzia sancita dall'art. 7, in quanto «elemento essenziale della preminenza del diritto, occupa un posto fondamentale nel sistema di protezione della Convenzione, come dimostra il fatto che l'art. 15 non autorizza alcuna deroga», sicché la sua interpretazione ed applicazione deve avvenire «in modo da assicurare una protezione effettiva contro le azioni penali, le condanne e le sanzioni arbitrarie», giacché, se la norma de qua «vieta principalmente di estendere il campo di applicazione dei reati esistenti a fatti che, in precedenza, non costituivano reati, impone altresì di non applicare la legge penale in maniera estensiva a pregiudizio dell'imputato» (in tal senso, v. la sentenza del 20 gennaio 2009, resa nella causa 75909/2001, Fondi s.r.l. ed altri contro Italia).

1.3.— L'applicazione di tali principi, destinati ad integrare – prosegue il remittente – «il dettato normativo dell'art. 117 Cost.», dovrebbe comportare, «in un'ottica di definitivo superamento della precedente, diversa, soluzione privilegiata dalla Consulta con l'ordinanza n. 392 del 1987», l'illegittimità costituzionale delle norme censurate.

In tale prospettiva, si sottolinea, in primo luogo, che «la confisca del veicolo», piuttosto che «soddisfare un bisogno di natura cautelare», realizzerebbe «una funzione sanzionatoria e meramente repressiva». Lo confermerebbe la duplice circostanza «che la misura è applicabile anche quando il veicolo dovesse risultare incidentato e temporaneamente inutilizzabile» (e, dunque, «privo di attuale pericolosità oggettiva») e che la sua applicazione «non impedisce in sé l'impiego di altri mezzi da parte dell'imputato, dunque un rischio di recidiva», sicché, «al di là della "etichetta" formale, la confisca in argomento si traduce in una sanzione patrimoniale di natura repressiva, dunque parificabile, ai fini sopra indicati, alla sanzione penale».

In secondo luogo, si evidenzia che l'efficacia retroattiva «della nuova disciplina che ha introdotto tale forma di confisca comporterebbe un'applicazione estensiva della disposizione penale, sanzionando, in maniera pesantemente pregiudizievole, un soggetto che, all'epoca della commissione del relativo reato, poteva fare affidamento sull'esistenza di una disposizione penale che non prevedeva l'adottabilità di quel tipo di provvedimento ablatorio».

Né, infine, andrebbe trascurata la circostanza – osserva il giudice a quo – che la confisca del veicolo «va disposta anche nei riguardi del conducente che abbia rifiutato di sottoporsi all'esame alcolemico del sangue», ciò che ne confermerebbe la natura di provvedimento repressivo.

1.4.— La correttezza di tali rilievi – secondo il remittente – sarebbe confermata dall'ordinanza n. 97 del 2009 della Corte costituzionale (erroneamente indicata, peraltro, come n. 92 del 2009) che ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la confisca “per equivalente” di cui all'art. 322-

ter cod. pen. e all'art. 1, comma 143, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2008).

La citata pronuncia, difatti, ha evidenziato che «la mancanza di pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, unitamente all'assenza di un "rapporto di pertinenzialità" (inteso come nesso diretto, attuale e strumentale) tra il reato e detti beni, conferiscono all'indicata confisca una connotazione prevalentemente afflittiva, attribuendole, così, una natura "eminentemente sanzionatoria", che impedisce l'applicabilità a tale misura patrimoniale del principio generale dell'art. 200 c.p.», pervenendo a tale conclusione in base al duplice rilievo che «il secondo comma dell'art. 25 Cost. vieta l'applicazione retroattiva di una sanzione penale, come deve qualificarsi la confisca per equivalente, e che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto in contrasto con l'art. 7 della Convenzione l'applicazione di una sanzione riconducibile proprio ad un'ipotesi di confisca per equivalente» (si tratta della già citata sentenza del 9 febbraio 2005, nella causa n. 307-A/1995, Welch contro Regno Unito).

1.5.— Su tali basi, quindi, il remittente ha sollevato la questione di legittimità costituzionale degli artt. 200 e 236 cod. pen. e degli artt. 186, comma 2, lettera c), e 187 del codice della strada.

Dedotta, così, la violazione degli artt. 3 e 117 Cost., il remittente – non senza osservare che la questione è rilevante, essendo il decreto penale parificato, ad ogni effetto, alla sentenza di condanna, ed essendo stato accertato a carico dell'imputato il superamento del limite di 1,50 del tasso alcolemico fissato dall'art. 186, comma 2, lettera c), del codice della strada – ha concluso per la declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme censurate «nella parte in cui consentono il sequestro preventivo e, in caso di sentenza di condanna ovvero di applicazione della pena su richiesta delle parti, la confisca obbligatoria del veicolo, non appartenente a terzo estraneo, con il quale è stato commesso il reato di guida sotto l'influenza dell'alcool o il reato di guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti, anche quando tali reati siano stati commessi in epoca anteriore all'entrata in vigore del suddetto decreto-legge».

2.— Non è intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri.

Considerato in diritto

1.— Il Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale ordinario di Lecce ha sollevato – in riferimento agli articoli 3 e 117 della Costituzione – questione di legittimità costituzionale degli articoli 200 e 236 del codice penale e degli articoli 186, comma 2, lettera c), e 187, comma 1, ultimo periodo, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada), articoli, questi ultimi, censurati dal remittente nel testo modificato, rispettivamente, dall'art. 4, commi 1, lettera b), e 2, lettera b), del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 24 luglio 2008, n. 125.

1.1.— In particolare, il giudice remittente – essendo stata richiesta dal pubblico ministero, nel giudizio principale, l'emissione di decreto penale di condanna, in relazione alla fattispecie di reato di guida in stato di ebbrezza di cui all'art. 186, comma 2, lettera c), del

codice della strada – rimarca il fatto di dover applicare all'imputato, retroattivamente, la misura della confisca del veicolo, non essendo questa prevista all'epoca del commesso reato.

Difatti, in forza di quanto stabilito dall'art. 4, comma 1, lettera b), del decreto-legge n. 92 del 2008, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge n. 125 del 2008, in caso di condanna dell'imputato per la fattispecie criminosa oggetto del giudizio a quo (e per quella di cui all'art. 187 del codice della strada, norma, per tale motivo, anch'essa coinvolta dal remittente nell'incidente di costituzionalità), «è sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale, salvo che il veicolo stesso appartenga a persona estranea al reato». Orbene, proprio il riferimento all'articolo da ultimo citato avrebbe l'effetto di rendere operativa, nella specie, la previsione di cui all'art. 200, primo comma, cod. pen. (cui rinvia, quanto alle misure di sicurezza patrimoniali, l'art. 236, secondo comma, del medesimo codice), in base alla quale «le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione».

1.2.— Tanto premesso in fatto, il giudice a quo ritiene le norme suddette in contrasto con gli artt. 3 e 117, primo comma, Cost.

Sarebbe, infatti, violato l'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 4 agosto 1955, n. 848), secondo cui «non può essere inflitta una pena più grave di quella che sarebbe stata applicata al tempo in cui il reato è stato consumato»; norma interpretata dalla Corte di Strasburgo come applicabile anche nei riguardi della misura della confisca (è richiamata la sentenza pronunciata dalla Grande Chambre il 9 febbraio 1995, nella causa n. 307-A/1995, Welch contro Regno Unito).

In particolare, la confisca del veicolo adoperato per commettere i reati di cui agli artt. 186, comma 2, lettera c), e 187 del codice della strada, lungi dal «soddisfare un bisogno di natura cautelare», realizzerebbe – secondo il remittente – «una funzione sanzionatoria e meramente repressiva».

Lo confermerebbero, per un verso, la circostanza che la misura de qua è destinata a ricevere applicazione «anche quando il veicolo dovesse risultare incidentato e temporaneamente inutilizzabile» (e, dunque, «privo di attuale pericolosità oggettiva») ed inoltre, per altro verso, la constatazione che la sua operatività «non impedisce in sé l'impiego di altri mezzi da parte dell'imputato, dunque un rischio di recidiva».

Ne conseguirebbe, così, che, al di là della qualificazione formale, la confisca in argomento si tradurrebbe in una sanzione patrimoniale di natura repressiva, da parificare – in base alla citata sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo – «alla sanzione penale» e, dunque, non suscettibile di efficacia retroattiva, se non in violazione del citato art. 7 della CEDU.

Inoltre, la retroattività della misura in esame – sempre secondo il giudice a quo – sarebbe da ritenere costituzionalmente illegittima per il fatto di comportare «un'applicazione estensiva della disposizione penale, sanzionando, in maniera pesantemente pregiudizievole, un soggetto che, all'epoca della commissione del relativo reato, poteva

fare affidamento sull'esistenza di una disposizione penale che non prevedeva l'adottabilità di quel tipo di provvedimento ablatorio».

2.— In via preliminare, dovendo questa Corte vagliare la conformità delle norme censurate all'art. 7 della CEDU, è necessario verificare se ricorrano le condizioni in presenza delle quali, secondo la giurisprudenza costituzionale (sentenze n. 348 e n. 349 del 2007), uno scrutinio siffatto può essere effettuato.

Ed invero, in particolare la seconda di tali sentenze ha affermato che «questa Corte, qualora sia sollevata una questione di legittimità costituzionale di una norma nazionale rispetto all'art. 117, primo comma, Cost. per contrasto – insanabile in via interpretativa – con una o più norme della CEDU», deve preliminarmente accertare l'esistenza del contrasto «e, in caso affermativo, verificare se le stesse norme CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte di Strasburgo, garantiscono una tutela dei diritti fondamentali almeno equivalente al livello garantito dalla Costituzione italiana» (così la sentenza n. 349 del 2007).

Più di recente, questa Corte – con una decisione intervenuta, tra l'altro, in materia di confisca di beni – ha ribadito che «in presenza di un apparente contrasto fra disposizioni legislative interne ed una disposizione della CEDU, anche quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, può porsi un dubbio di costituzionalità, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., solo se non si possa anzitutto risolvere il problema in via interpretativa», giacché soltanto «ove l'adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l'eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale, questa Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge» (sentenza n. 239 del 2009).

2.2.— Nel caso in esame, tuttavia, deve escludersi che il contrasto denunciato potesse essere superato dal remittente in via interpretativa.

2.2.1.— Difatti, la pressoché unanime giurisprudenza di legittimità ha affermato che l'ipotesi di confisca obbligatoria prevista dall'art. 186, comma 2, lettera c), del codice della strada (nel testo novellato dall'art. 4, comma 1, lettera b, del d.l. n. 92 del 2008, convertito, con modificazioni, nella legge n. 125 del 2008) si applica anche alle condotte poste in essere prima dell'entrata in vigore della novella (in tal senso, Corte di cassazione, sezione IV penale, sentenza 4 giugno 2009, n. 32932; sentenza 3 aprile 2009, n. 38179; sentenza 27 gennaio 2009, n. 9986).

È rimasta, dunque, del tutto isolata la decisione della stessa Corte secondo cui il «richiamo all'art. 240, secondo comma, cod. pen.» (contenuto nel testo dell'art. 186, comma 2, lettera c, del codice della strada) avrebbe «solo l'intento di rimarcare l'obbligatorietà della confisca e non quello di affermare che il caso disciplinato rientri tra quelli che detta disposizione contempla», ciò che renderebbe, pertanto, «non estensibile» alla misura qui in esame «la regola dettata dall'art. 200 cod. pen.», vale a dire quella dell'applicazione retroattiva della misura di sicurezza (così sezione IV penale, sentenza 29 aprile 2009, n. 32916).

In queste condizioni, pertanto, è preclusa a questa Corte la possibilità di una soluzione del tipo di quella che è stata proposta, di recente, con riferimento ad analoga questione di

legittimità costituzionale avente ad oggetto – ancora in relazione all’art. 7 della CEDU – la cosiddetta “confisca per equivalente”, ex art. 322-ter del codice penale.

È stata, infatti, proprio la constatazione di quanto «affermato dalla Corte di cassazione in numerose pronunce» ad aver permesso a questa Corte di riconoscere a tale ipotesi di confisca «una connotazione prevalentemente afflittiva, attribuendole, così, una natura “eminentemente sanzionatoria”, che impedisce l’applicabilità a tale misura patrimoniale del principio generale dell’art. 200 cod. pen.». Su tali basi questa Corte ha dichiarato la manifesta infondatezza, per erroneità del presupposto interpretativo, della questione allora sollevata (ordinanza n. 97 del 2009).

2.2.2.— Né è senza rilievo, nella medesima prospettiva, la diversa formulazione letterale dell’art. 322-ter cod. pen. rispetto all’art. 186, comma 2, lettera c), del codice della strada.

La prima di tali norme, infatti, si limita a stabilire che, nei casi di condanna o applicazione della pena su richiesta per uno dei delitti previsti dagli articoli da 314 a 320 cod. pen., anche se commessi dai soggetti indicati nell’articolo 322-bis, primo comma, cod. pen., «è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato», senza, dunque, contenere alcun riferimento all’art. 240 cod. pen.

Anche il dato testuale, pertanto, impone a questa Corte di affermare che il denunciato contrasto tra le disposizioni censurate e la norma sub-costituzionale invocata dal remittente, come parametro interposto, «sia effettivamente insanabile attraverso una interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo» (sentenza n. 311 del 2009).

3.— L’esame nel merito della presente questione di legittimità costituzionale impone, tuttavia, una ulteriore precisazione preliminare, anche nella prospettiva di una più specifica delimitazione del thema decidendum ora sottoposto al vaglio di questa Corte.

3.1.— Occorre, infatti, muovere dalla constatazione che una pur risalente giurisprudenza costituzionale ha affermato che «la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica», giacché, se il suo contenuto consiste sempre nella «privazione di beni economici», essa «può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varia finalità, sì da assumere, volta per volta, natura e funzione o di pena, o di misura di sicurezza, ovvero anche di misura giuridica civile e amministrativa» (sentenza n. 29 del 1961).

La necessità di tenere nettamente distinte le singole ipotesi di confisca è, del resto, anche conseguenza della differenza esistente – in campo penale – tra le nozioni di pena e di misura di sicurezza, i cui riflessi, oltretutto, si riverberano nella differente disciplina, fissata dai commi secondo e terzo dell’art. 25 Cost., del fenomeno della successione, nel tempo, delle norme relative ai due istituti.

3.1.1.— Difatti, con la sentenza n. 53 del 1968, questa Corte ha rilevato come «la inserzione della pena e della misura di sicurezza nell’ambito di una categoria unica» (quella generale di sanzione, intesa come «reazione dell’ordinamento alla inosservanza della norma») non abbia avuto come effetto di eliminare «quelli che sono i caratteri particolari dei due mezzi di tutela giuridica». «Nessuno sforzo di accostamento», prosegue la citata

sentenza, «potrà infatti valere ad eliminare la differenza, essenziale e di natura, che nettamente si manifesta: la differenza cioè fra la reazione contro un fatto avvenuto, propria della pena, e l'attuazione, propria della misura di sicurezza, di mezzi rivolti ad impedire fatti di cui si teme il verificarsi nel futuro».

Da tale premessa la citata sentenza ha fatto discendere «altre fondamentali note differenziali tra i due mezzi di tutela giuridica». Tra di esse, in particolare, rileva, ai fini che qui interessano, la scelta di individuare «la norma valida per la misura di sicurezza», diversamente da quanto previsto per la pena, in «quella del tempo della sua applicazione». È in questi termini, dunque, che viene spiegata la formulazione non omogenea dei commi secondo e terzo dell'art. 25 Cost., giacché «soltanto per la pena», l'uno «ribadisce il cosiddetto principio di stretta legalità, disponendo che “nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”», mentre l'altro «lascia ferma nell'ordinamento la disposizione dell'art. 200 del Codice penale, in forza della quale “le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione”; cioè non da un imperativo giuridico anteriore al fatto punibile, ma da quelle disposizioni che via via l'ordinamento riconoscerà più idonee ad una efficace lotta contro il pericolo criminale» (citata sentenza n. 53 del 1968).

3.1.2.— A giustificare, pertanto, la ritenuta retroattività delle misure di sicurezza, con riguardo soprattutto a quelle di natura personale, è la finalità, loro propria, di assicurare una efficace lotta contro il pericolo criminale, finalità che potrebbe richiedere che il legislatore, sulla base di circostanze da esso discrezionalmente valutate, preveda che sia applicata una misura di sicurezza a persone che hanno commesso determinati fatti prima sanzionati con la sola pena (o con misure di sicurezza di minore gravità).

In altri termini, tale retroattività risulta connaturata alla circostanza che le misure di sicurezza personali costituiscono strumenti preordinati a fronteggiare uno stato di accertata pericolosità; funzione che esse assolvono con i mezzi che dalle differenti scienze, chiamate specificamente a fornirli, potranno essere desunti.

3.1.3.— Nondimeno, la presa d'atto proprio delle peculiari caratteristiche e funzioni che, rispetto alle pene, presentano le misure di sicurezza ha portato la dottrina a sottolineare la necessità, a fronte di ogni reazione ad un fatto criminoso che il legislatore qualifichi in termini di misura di sicurezza, di un controllo in ordine alla sua corrispondenza non solo nominale, ma anche contenutistica, alla natura spiccatamente preventiva di detti strumenti. Ciò, al fine di impedire che risposte di segno repressivo, e quindi con i caratteri propri delle pene in senso stretto, si prestino ad essere qualificate come misure di sicurezza, con la conseguenza di eludere il principio di irretroattività valido per le pene.

3.1.4.— Una preoccupazione analoga – e cioè quella di evitare che singole scelte compiute da taluni degli Stati aderenti alla CEDU, nell'escludere che un determinato illecito ovvero una determinata sanzione o misura restrittiva appartengano all'ambito penale, possano determinare un surrettizio aggiramento delle garanzie individuali che gli artt. 6 e 7 riservano alla materia penale – è, del resto, alla base dell'indirizzo interpretativo che ha portato la Corte di Strasburgo all'elaborazione di propri criteri, in aggiunta a quello della

qualificazione giuridico-formale attribuita nel diritto nazionale, al fine di stabilire la natura penale o meno di un illecito e della relativa sanzione.

In particolare, la Corte europea ha attribuito alternativamente rilievo, a tal fine, o alla natura stessa dell'illecito – da determinare, a propria volta, sulla base di due sottocriteri, costituiti dall'ambito di applicazione della norma che lo preveda e dallo scopo della sanzione – ovvero alla gravità, o meglio al grado di severità, della sanzione irrogata.

3.1.5.— Dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava, pertanto, il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto.

Principio questo, del resto, desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost., il quale – data l'ampiezza della sua formulazione («Nessuno può essere punito...») – può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato.

D'altronde, questa Corte non solo ha affermato che, per le misure sanzionatorie diverse dalle pene in senso stretto, sussiste «l'esigenza della prefissione ex lege di rigorosi criteri di esercizio del potere relativo all'applicazione (o alla non applicazione) di esse» (sentenza n. 447 del 1988), ma anche precisato come la necessità «che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire» risulti pur sempre «ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione» (sentenza n. 78 del 1967).

A ciò è da aggiungere che anche la disciplina generale relativa agli illeciti amministrativi depenalizzati – recata dalla legge 24 novembre 1981, n. 689 (Modifiche al sistema penale) – ha stabilito che «Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione» (art. 1, primo comma), dettando, così, una regola che si pone come principio generale di quello specifico sistema.

3.2.— Orbene, alla luce delle suindicate premesse, occorre verificare se l'ipotesi di confisca prevista dall'art. 186 del codice della strada – secondo la prospettiva indicata dal giudice remittente – costituisca una misura di carattere sanzionatorio e, dunque, se la sua applicazione retroattiva, ponendosi in contrasto con la descritta interpretazione che dell'art. 7 della CEDU ha fornito la Corte dei diritti dell'uomo, integri una violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.

4.— Tale evenienza ricorre – nei limiti di seguito meglio precisati – nel caso di specie, donde la fondatezza, negli stessi limiti, della questione di legittimità costituzionale dell'art. 186, comma 2, lettera c), del codice della strada.

4.1.— Preliminarmente deve essere chiarito che il riconoscimento della natura di misura sanzionatoria, propria della confisca in esame, comporta l'inammissibilità delle questioni che investono gli artt. 200 e 236 cod. pen.

Una volta escluso, come si specificherà meglio nel prosieguo, che nel caso in esame venga in rilievo una misura di sicurezza, risulta irrilevante, nel giudizio a quo, la questione relativa alla compatibilità con l'art. 7 della CEDU delle norme suddette, giacché esse hanno la funzione di regolare l'applicazione delle misure di sicurezza in senso proprio e non di misure, in senso lato, sanzionatorie.

4.2.— Del pari inammissibile deve essere considerata la questione di costituzionalità relativa all'art. 187, comma 1, ultimo periodo, del codice della strada, pure sollevata dal remittente, trattandosi di una norma che – estendendo la previsione della confisca del veicolo, stabilita a carico del responsabile del reato di guida in stato di ebbrezza, anche all'autore del reato di guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti – non viene in rilievo nel giudizio a quo.

5.— La natura essenzialmente sanzionatoria della confisca – prevista dall'art. 186 del codice della strada – deve essere affermata, innanzitutto, sulla base degli esatti rilievi formulati dal giudice remittente.

5.1.— Questi, difatti, sottolinea come la confisca che dovrebbe essere applicata nel giudizio a quo, al di là della sua qualificazione formale, presenti «una funzione sanzionatoria e meramente repressiva» e non invece preventiva. A tale conclusione il remittente perviene sulla base della duplice considerazione che tale «misura è applicabile anche quando il veicolo dovesse risultare incidentato e temporaneamente inutilizzabile» (e, dunque, «privo di attuale pericolosità oggettiva») e che la sua operatività «non impedisce in sé l'impiego di altri mezzi da parte dell'imputato, dunque un rischio di recidiva», sicché la misura della confisca si presenta non idonea a neutralizzare la situazione di pericolo per la cui prevenzione è stata concepita.

5.2.— D'altra parte, il carattere sanzionatorio, proprio di tale misura, risulta confermato da quanto ritenuto da questa Corte in relazione alla confisca di ciclomotori o motoveicoli, prevista dall'art. 213, comma 2-sexies, del codice della strada, allorché detti mezzi siano «utilizzati per commettere un reato».

Questa Corte – nel ritenere «non irragionevole la scelta del legislatore di prevedere una più intensa risposta punitiva, allorché un reato sia commesso mediante l'uso di ciclomotori o motoveicoli» – ha qualificato come «sanzione accessoria» tale forma di confisca (sentenza n. 345 del 2007, in particolare il punto 5. del Considerato in diritto).

Né, infine, vanno trascurate le peculiari circostanze con riferimento alle quali la citata sentenza è pervenuta a tale conclusione, essendosi questa Corte pronunciata relativamente ad un'ipotesi di confisca disposta proprio «nel caso contemplato dall'art. 186 del codice della strada», rispetto al quale si è riconosciuto «un rapporto di necessaria strumentalità tra l'impiego del veicolo e la consumazione del reato», giustificando, così, anche su queste basi, l'affermazione della natura sanzionatoria della confisca del mezzo (sentenza n. 345 del 2007, ancora al punto 5. del Considerato in diritto).

6.— In conclusione, da quanto sopra consegue che, per rendere compatibile con l'art. 7 della CEDU – e quindi con l'art. 117, primo comma, Cost. – il novellato testo dell'art. 186, comma 2, lettera c), del codice della strada, è sufficiente limitare la declaratoria di illegittimità costituzionale alle sole parole «ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del

codice penale», dalle quali soltanto deriva l'applicazione retroattiva della misura in questione.

Tale esito è, infatti, sufficiente a recidere il legame che – in contrasto con le indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza tanto di questa Corte, quanto di quella di Strasburgo – l'art. 4, comma 1, lettera b), del decreto-legge n. 92 del 2008, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge n. 125 del 2008, ha inteso stabilire tra detta ipotesi di confisca e la disciplina generale delle misure di sicurezza patrimoniali contenuta nel codice penale.

PQM

Per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale, limitatamente alle parole «ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale», dell'articolo 186, comma 2, lettera c), del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada), come modificato dell'art. 4, comma 1, lettera b), del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 24 luglio 2008, n. 125;

dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 200 e 236 del codice penale e dell'articolo 187, comma 1, ultimo periodo, del medesimo decreto legislativo n. 285 del 1992, nel testo novellato dall'art. 4, comma 2, lettera b), del decreto-legge n. 92 del 2008, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge n. 125 del 2008, sollevate – in riferimento agli articoli 3 e 117 della Costituzione – dal Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Lecce con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 26 maggio 2010.

Depositata in Cancelleria il 4 giugno 2010.

Fonti: DL Riv. critica dir. lav. 2010, 2, 359 (nota di: Guariso) - Riv. it. dir. lav. 2010, 4, II, 942 (nota di: CHIAROMONTE) - Giur. cost. 2010, 3, 2212 - Riv. dir. internaz. 2010, 4, 1243 - Giust. civ. 2011, 1, I, 38 - Foro it. 2012, 1, I, 1

Classificazione: MUTILATI E INVALIDI CIVILI - In genere

Sicurezza pubblica - Stranieri (in particolare: extracomunitari) - In genere – Assegno mensile di invalidità - Concessione agli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato subordinata al requisito della titolarità della carta di soggiorno - Irragionevole discriminazione dello straniero nel godimento di provvidenza destinata al sostentamento della persona - Violazione degli obblighi internazionali derivanti dalla CEDU - Illegittimità costituzionale in parte qua.

È costituzionalmente illegittimo l'art. 80 comma 19 l. 23 dicembre 2000 n. 388, nella parte in cui subordina al requisito della titolarità della carta di soggiorno la concessione agli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato dell'assegno mensile di invalidità di cui all'art. 13 l. 30 marzo 1971 n. 118. Premesso che è possibile subordinare, non irragionevolmente, l'erogazione di determinate prestazioni alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno nel territorio dello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata e che tuttavia, una volta che il diritto a soggiornare alle condizioni predette non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini; e premesso altresì che l'assegno di invalidità costituisce una erogazione destinata non già ad integrare il minor reddito dipendente dalle condizioni soggettive, ma a fornire alla persona un minimo di "sostentamento", atto ad assicurarne la sopravvivenza, e cioè un istituto che si iscrive nei limiti e per le finalità essenziali che impongono l'eguaglianza di trattamento tra cittadini e stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato, la disposizione censurata viola il principio di non discriminazione sancito dall'art. 14 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dall'art. 1 del Protocollo addizionale, nella interpretazione ad essi data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (sent. n. 306 del 2008).

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

- Francesco AMIRANTE Presidente
- Ugo DE SIERVO Giudice
- Paolo MADDALENA "
- Alfio FINOCCHIARO "
- Alfonso QUARANTA "
- Franco GALLO "
- Luigi MAZZELLA "
- Gaetano SILVESTRI "
- Sabino CASSESE "

- Maria Rita SAULLE "
- Giuseppe TESAURO "
- Paolo Maria NAPOLITANO "
- Giuseppe FRIGO "
- Alessandro CRISCUOLO "
- Paolo GROSSI "

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2001), promosso dalla Corte d'appello di Torino nel procedimento vertente tra O.M. e il Ministero dell'economia e delle finanze ed altri con ordinanza del 27 febbraio 2009, iscritta al n. 144 del registro ordinanze 2009 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 21, prima serie speciale, dell'anno 2009.

Visti l'atto di costituzione dell'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), nonché l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nell'udienza pubblica del 23 marzo 2010 il Giudice relatore Paolo Grossi;

uditi l'avvocato Nicola Valente per l'INPS e l'avvocato dello Stato Diana Ranucci per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto in fatto

1. – Con ordinanza del 27 febbraio 2009, la Corte di appello di Torino ha sollevato, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2001), nella parte in cui, «condizionando il diritto dello straniero legalmente soggiornante sul territorio nazionale alla fruizione dell'assegno sociale e delle altre provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali» – fra i quali il giudice a quo ritiene debba essere «certamente» annoverato quello all'assegno di invalidità di cui all'art. 13 della legge 30 marzo 1971, n. 118 (Conversione in legge del decreto-legge 30 gennaio 1971, n. 5 e nuove norme in favore dei mutilati ed invalidi civili) – «al requisito della titolarità della carta di soggiorno e, quindi, alla legale presenza sul territorio dello Stato da almeno cinque anni, pone una discriminazione nei confronti dello straniero rispetto al cittadino», in violazione dell'art. 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dell'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, adottato a Parigi il 20 marzo 1952 e reso esecutivo con la legge 4 agosto 1955, n. 848, così come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

La Corte rimettente ha premesso, in fatto, che una cittadina romena dimorante in Italia e munita del permesso di soggiorno, ha proposto ricorso il 15 novembre 2007 davanti al Tribunale di Torino, lamentando che, pur essendo stata riconosciuta invalida con riduzione

permanente della capacità lavorativa in misura superiore ai 2/3, in base ad una percentuale accertata dell'80%, poi aggravatasi fino al 90%, ed essendo iscritta alle liste speciali di collocamento obbligatorio dal 4 marzo 2005, le era stato negato l'assegno di invalidità civile di cui all'art. 13 della legge n. 118 del 1971, per non essere titolare della carta di soggiorno, come prescritto dall'art. 80, comma 19, della legge n. 388 del 2000. Il Tribunale adito, con sentenza del 16-18 aprile 2008, aveva accolto il ricorso soltanto a decorrere dal 1° gennaio 2007, data dell'ingresso della Romania nella Unione Europea, respingendolo, invece, per il periodo antecedente, reputando legittima la previsione normativa che subordinava la concessione dell'assegno ai soli titolari della carta di soggiorno. Avverso la detta sentenza ha proposto appello la ricorrente, deducendo il contrasto della normativa in questione con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il giudice rimettente, dopo aver richiamato il contenuto dell'art. 80, comma 2, della legge n. 388 del 2000 nonché la disciplina della carta di soggiorno, e sottolineata la sicura riconducibilità dell'assegno per cui è controversia al novero delle "provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi", comprese nella disposizione che ne limita la fruibilità da parte degli stranieri al requisito del possesso della carta di soggiorno, ha ricordato come la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo abbia puntualizzato che anche per le prestazioni sociali vale la tutela dei diritti patrimoniali che devono essere riconosciuti a tutti; pena, altrimenti, la violazione dell'art. 14 della Convenzione, che vieta la previsione di trattamenti discriminatori.

Da tutto ciò deriverebbe – al lume delle sentenze di questa Corte n. 348 e n. 349 del 2007 – la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in riferimento alle citate previsioni della CEDU e del Protocollo addizionale, sottolineandosi, d'altra parte, la circostanza che questa Corte ha già avuto modo di dichiarare la illegittimità della norma denunciata con la sentenza n. 306 del 2008, in riferimento alla indennità di accompagnamento di cui all'art. 1 della legge 11 febbraio 1980, n. 18 (Indennità di accompagnamento agli invalidi civili totalmente inabili), e con la sentenza n. 11 del 2009, in riferimento alla pensione di inabilità di cui all'art. 12 della legge n. 118 del 1971.

2. – Nel giudizio di costituzionalità si è costituito l'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), il quale ha chiesto dichiararsi infondata la proposta questione. Richiamato il quadro normativo di riferimento e la giurisprudenza costituzionale specifica, l'Istituto previdenziale ha sottolineato, infatti, come l'intervento restrittivo oggetto di censura non possa ritenersi incostituzionale, avendo questa Corte affermato la legittimità di interventi legislativi tesi a modificare in senso limitativo, nei rapporti di durata, le prestazioni da erogare, sia nell'anche nel quantum. Inoltre, non potrebbe sindacarsi la scelta del legislatore di differenziare le prestazioni in favore degli stranieri accordandole soltanto a quelli che risiedono in Italia da più tempo e con maggiore stabilità: come d'altra parte è previsto, in tema di assegno sociale, dall'art. 20, comma 10, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, il quale dispone che «a decorrere dal 1° gennaio 2009, l'assegno sociale di cui all'articolo 3, comma 6, della legge 8 agosto 1995, n. 335, è

corrisposto agli aventi diritto a condizione che abbiano soggiornato legalmente, in via continuativa, per almeno cinque anni [recte: dieci anni, come modificato in sede di conversione] nel territorio nazionale».

Non sussisterebbe, poi, violazione dell'ordinamento comunitario, in quanto i regolamenti comunitari (numeri 1408/71; 574/72; 859/03) non sono applicabili ai cittadini di paesi terzi, mentre la pretesa violazione della CEDU non potrebbe essere ricondotta né all'art. 10 Cost. né all'art. 11 della stessa Carta. Quanto al dedotto parametro dell'art. 117, primo comma, Cost., alla luce dei principi enunciati dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, l'Istituto rileva che le norme CEDU, per come interpretate dalla Corte di Strasburgo, non si sottraggono alla verifica di compatibilità con l'ordinamento costituzionale italiano. Dunque, nell'ambito delle norme – peraltro di tipo politico-programmatico – dettate dalla CEDU e dal Protocollo addizionale, non sarebbero «individuabili norme di rango costituzionale che impongano al legislatore di equiparare gli stranieri ai cittadini dell'Unione ai fini della concessione di provvidenze economiche di mera assistenza sociale». Va d'altra parte osservato – rileva conclusivamente l'Istituto – che la norma censurata è stata inserita nella legge finanziaria per il 2001, sicché i limiti di accesso alle prestazioni, sono stati posti tenendo conto delle esigenze finanziarie disponibili per i fini di assistenza sociale: limitazioni, dunque, giustificate dalle esigenze di contenimento della spesa pubblica, in più occasioni evocate dalla giurisprudenza costituzionale (vengono richiamate le sentenze di questa Corte n. 99 del 1995, n. 240 del 1994, e n. 822 del 1988).

3. – Nel giudizio è intervenuto, infine, il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dalla Avvocatura generale dello Stato, la quale ha concluso chiedendo dichiararsi inammissibile o infondata la questione. Dopo aver analizzato la disciplina coinvolta dal dubbio di legittimità costituzionale ed aver diffusamente richiamato la giurisprudenza costituzionale pertinente alla questione proposta, l'Avvocatura – sottolineando alcuni passaggi della sentenza n. 308 del 2008 – ritiene che il quesito debba essere esaminato in funzione della natura del beneficio cui la questione si riferisce: se cioè lo stesso sia o meno qualificabile come mezzo diretto a “rimediare a gravi situazioni di urgenza”. Al riguardo, l'Avvocatura ritiene che la natura e la ratio dell'assegno di assistenza sia del tutto diversa da quella della pensione di inabilità o dell'indennità di accompagnamento (già scrutinati da questa Corte), giacché, postulando questi ultimi l'inabilità totale dell'istante, «tendono sicuramente a fronteggiare situazioni di gravità e urgenza». L'assegno di assistenza mira, invece, ad integrare l'eventuale minor reddito percepito dalla parte che, malgrado la inabilità parziale, è comunque avviata al lavoro, posto che la erogazione dell'assegno presuppone che l'istante sia iscritto obbligatoriamente nelle liste di collocamento, al precipuo scopo, appunto, «di consentire all'invalido di trovare una condizione lavorativa confacente al suo stato». In tale quadro di riferimento, pertanto, non può ritenersi illogico che lo Stato, in ragione delle limitate risorse finanziarie, subordini la erogazione della prestazione in discorso alla titolarità della carta di soggiorno, che attesta «l'effettivo e stabile inserimento del soggetto extracomunitario nella compagine sociale italiana», mentre la circostanza che si tratti nella specie di un «beneficio di natura non vitale ma accessoria», esclude il contrasto con l'art. 14 della CEDU, potendo lo Stato subordinare la

provvidenza per gli stranieri agli stessi requisiti previsti per il cittadino italiano, «primo fra tutti l'inserimento nella compagine sociale italiana, attestato dalla presenza continua nel territorio nazionale [...]».

Considerato in diritto

1. – La Corte di appello di Torino solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, della legge 28 dicembre 2000, n. 388 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2001), nella parte in cui tale norma, nello stabilire che «ai sensi dell'art. 41 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, l'assegno sociale e le provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali sono concessi, alle condizioni previste dalla legislazione medesima, agli stranieri che siano titolari di carta di soggiorno», subordina al requisito della titolarità della carta di soggiorno la concessione, agli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato, dell'assegno mensile di invalidità, previsto dall'art. 13 della legge 30 marzo 1971, n. 118 (Conversione in legge del decreto-legge 30 gennaio 1971, n. 5 e nuove norme in favore dei mutilati ed invalidi civili).

A parere della Corte rimettente, infatti, la disposizione censurata, nel subordinare il diritto alle prestazioni previdenziali che costituiscono diritti soggettivi, fra i quali deve certamente annoverarsi l'assegno di invalidità previsto dall'art. 13 della legge n. 118 del 1971, alla titolarità della carta di soggiorno, e dunque al requisito della presenza nel territorio dello Stato da almeno cinque anni, introdurrebbe un ulteriore requisito atto a generare una discriminazione dello straniero nei confronti del cittadino, in contrasto con i principi enunciati dall'art. 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dall'art. 1 del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, adottato a Parigi il 20 marzo 1952, secondo l'interpretazione che di essi è stata offerta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Da qui la violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, alla stregua dei principi affermati da questa Corte nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007.

2. – La questione è fondata.

La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha, in varie occasioni, avuto modo di sottolineare come la Convenzione non sancisca un obbligo per gli Stati membri di realizzare un sistema di protezione sociale o di assicurare un determinato livello delle prestazioni assistenziali; tuttavia, una volta che tali prestazioni siano state istituite e concesse, la relativa disciplina non potrà sottrarsi al giudizio di compatibilità con le norme della Convenzione e, in particolare, con l'art. 14 che vieta la previsione di trattamenti discriminatori (in tal senso, *Stec ed altri contro Regno Unito*, decisione sulla ricevibilità del 6 luglio 2005; *Koua Poirrez contro Francia*, sentenza del 30 settembre 2003; *Gaygusuz contro Austria*, sentenza del 16 settembre 1996; *Salesi contro Italia*, sentenza del 26 febbraio 1993). Al tempo stesso, la Corte di Strasburgo ha anche sottolineato l'ampio margine di apprezzamento di cui i singoli Stati godono in materia di prestazioni sociali, in particolare rilevando come le singole autorità nazionali, in ragione della conoscenza diretta delle peculiarità che caratterizzano le rispettive società ed i correlativi bisogni, si trovino, in

linea di principio, in una posizione privilegiata rispetto a quella del giudice internazionale per determinare quanto risulti di pubblica utilità in materia economica e sociale. Da qui l'assunto secondo il quale la Corte rispetta, in linea di massima, le scelte a tal proposito operate dal legislatore nazionale, salvo che la relativa valutazione si riveli manifestamente irragionevole (Carson ed altri contro Regno Unito, sentenza del 16 marzo 2010; Luczak contro Polonia, sentenza del 27 novembre 2007). A proposito, poi, dei limiti entro i quali opera il divieto di trattamenti discriminatori stabilito dall'art. 14 della Convenzione, la stessa Corte non ha mancato di segnalare il carattere relazionale che contraddistingue il principio, nel senso che lo stesso non assume un risalto autonomo, «ma gioca un importante ruolo di complemento rispetto alle altre disposizioni della Convenzione e dei suoi protocolli, perché protegge coloro che si trovano in situazioni analoghe da discriminazioni nel godimento dei diritti garantiti da altre disposizioni» (da ultimo, Oršuš ed altri contro Croazia, sentenza del 16 marzo 2010). Il trattamento diviene dunque discriminatorio – ha puntualizzato la giurisprudenza della Corte – ove esso non trovi una giustificazione oggettiva e ragionevole; non realizzi, cioè, un rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e l'obiettivo perseguito (ad es., Niedzwiecki contro Germania, sentenza del 25 ottobre 2005). Non senza l'ulteriore puntualizzazione secondo la quale soltanto «considerazioni molto forti potranno indurre a far ritenere compatibile con la Convenzione una differenza di trattamento fondata esclusivamente sulla nazionalità» (da ultimo, Si Amer contro Francia, sentenza del 29 ottobre 2009, ed i precedenti ivi citati).

Lo scrutinio di legittimità costituzionale andrà dunque condotto alla luce dei segnalati approdi ermeneutici, cui la Corte di Strasburgo è pervenuta nel ricostruire la portata del principio di non discriminazione sancito dall'art. 14 della Convenzione, assunto dall'odierno rimettente a parametro interposto, unitamente all'art. 1 del Primo Protocollo addizionale, che la stessa giurisprudenza europea ha ritenuto raccordato, in tema di prestazioni previdenziali, al principio innanzi indicato (in particolare, sul punto, la citata decisione di ricevibilità nella causa Stec ed altri contro Regno Unito).

A tal proposito, occorre preliminarmente rilevare come la disposizione oggetto di impugnativa abbia senz'altro perseguito una finalità restrittiva in tema di prestazioni sociali da riconoscere in favore dei cittadini extracomunitari. L'art. 80, comma 19, della legge n. 388 del 2000, stabilisce, infatti, per quanto qui interessa, che «l'assegno sociale e le provvidenze economiche che costituiscono diritti soggettivi in base alla legislazione vigente in materia di servizi sociali sono concessi, alle condizioni previste dalla normativa medesima, agli stranieri che siano titolari di carta di soggiorno» (ora permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo). La norma, dunque, è intervenuta direttamente sui presupposti di legittimazione al conseguimento delle provvidenze assistenziali, circoscrivendo la platea dei fruitori, quanto ai cittadini extracomunitari, a coloro che siano in possesso della carta di soggiorno, il cui rilascio presuppone, fra l'altro, il regolare soggiorno nel territorio dello Stato da almeno cinque anni, secondo l'originaria previsione dell'art. 9 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero). Periodo elevato a sei anni, a seguito delle modifiche apportate al citato art. 9 dalla legge 30

luglio 2002, n. 189 (Modifica alla normativa in materia di immigrazione e di asilo), e nuovamente determinato in cinque anni, con la nuova disciplina dello stesso articolo 9, introdotta ad opera del decreto legislativo 8 gennaio 2007, n. 3 (Attuazione della direttiva 2003/109/CE relativa allo status di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo). In sostanza, dopo l'entrata in vigore della normativa censurata, è venuta meno, con riferimento ai soggetti legittimati a fruire di trattamenti previdenziali costituenti diritti soggettivi, la equiparazione, precedentemente esistente, fra i cittadini italiani e gli stranieri extracomunitari in possesso di regolare permesso di soggiorno.

Ebbene, proprio con riferimento alla normativa in questione, questa Corte non ha mancato di sottolineare come al legislatore italiano sia senz'altro consentito di dettare norme, non palesemente irragionevoli e non in contrasto con gli obblighi internazionali, intese a regolare l'ingresso e la permanenza degli stranieri extracomunitari in Italia. Ed ha altresì soggiunto che «è possibile, inoltre, subordinare, non irragionevolmente, l'erogazione di determinate prestazioni – non inerenti a rimediare a gravi situazioni di urgenza – alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno nel territorio dello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata; una volta, però – ha soggiunto questa Corte – che il diritto a soggiornare alle condizioni predette non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini» (sentenza n. 306 del 2008).

Ciò che dunque assume valore dirimente, ai fini dell'odierno scrutinio, non è tanto la configurazione "nominalistica" dello specifico strumento previdenziale che può venire in discorso, quanto, piuttosto, il suo concreto atteggiarsi nel panorama degli istituti di previdenza, così da verificarne la relativa "essenzialità" agli effetti della tutela dei valori coinvolti. Occorre, in altri termini, accertare se, alla luce della configurazione normativa e della funzione sociale che è chiamato a svolgere nel sistema, lo specifico "assegno" che viene qui in discorso integri o meno un rimedio destinato a consentire il concreto soddisfacimento dei "bisogni primari" inerenti alla stessa sfera di tutela della persona umana, che è compito della Repubblica promuovere e salvaguardare; rimedio costituente, dunque, un diritto fondamentale perché garanzia per la stessa sopravvivenza del soggetto. D'altra parte, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha sottolineato come, «in uno Stato democratico moderno, molti individui, per tutta o parte della loro vita, non possono assicurare il loro sostentamento che grazie a delle prestazioni di sicurezza o di previdenza sociale». Sicché, «da parte di numerosi ordinamenti giuridici nazionali viene riconosciuto che tali individui sono bisognosi di una certa sicurezza e prevedono, dunque, il versamento automatico di prestazioni, a condizione che siano soddisfatti i presupposti stabiliti per il riconoscimento dei diritti in questione» (la già citata decisione sulla ricevibilità del 6 luglio 2005, *Staic* ed altri contro Regno Unito). Ove, pertanto, si versi in tema di provvidenza destinata a far fronte al "sostentamento" della persona, qualsiasi discriminazione tra cittadini e stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato, fondato su requisiti diversi dalle condizioni soggettive, finirebbe per risultare in contrasto con il principio sancito

dall'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, avuto riguardo alla relativa lettura che, come si è detto, è stata in più circostanze offerta dalla Corte di Strasburgo.

A tale riguardo può rilevarsi che l'art. 13 della legge 30 marzo 1971, n. 118, prevedeva, nel suo testo originario, la corresponsione di un assegno mensile per tredici mensilità «ai mutilati ed invalidi civili di età compresa fra il diciottesimo ed il sessantacinquesimo anno nei cui confronti sia accertata una riduzione della capacità lavorativa, nella misura superiore a due terzi, incollocati al lavoro e per il tempo in cui tale condizione sussiste», con le stesse condizioni e modalità previste per l'assegnazione della pensione di invalidità di cui all'art. 12 della stessa legge. Stabiliva, poi, il secondo comma dello stesso art. 13, che l'assegno di invalidità potesse «essere revocato, su segnalazione degli uffici provinciali del lavoro e della massima occupazione, qualora risulti che i beneficiari non accedono a posti di lavoro adatti alle loro condizioni fisiche».

Il medesimo art. 13 è stato poi sostituito ad opera dell'art. 1, comma 35, della legge 24 dicembre 2007, n. 247 (Norme di attuazione del Protocollo del 23 luglio 2007 su previdenza, lavoro e competitività per favorire l'equità e la crescita sostenibili, nonché ulteriori norme in materia di lavoro e previdenza sociale). Stabilisce il nuovo testo della norma che «agli invalidi civili di età compresa fra il diciottesimo e il sessantaquattresimo anno nei cui confronti sia accertata una riduzione della capacità lavorativa, nella misura pari o superiore al 74 per cento, che non svolgono attività lavorativa e per il tempo in cui tale condizione sussiste, è concesso, a carico dello Stato ed erogato dall'INPS, un assegno mensile di euro 242,84 per tredici mensilità, con le stesse condizioni e modalità previste per l'assegnazione della pensione di cui all'art. 12». Prevede, poi, il comma 2 del medesimo articolo che il fruitore del beneficio provvede ad autocertificare all'INPS di non svolgere attività lavorativa e l'obbligo di dare tempestiva comunicazione al medesimo Istituto ove tale condizione venga meno.

Dalla disciplina innanzi richiamata emerge, dunque, che l'assegno in questione può essere riconosciuto soltanto in favore di soggetti invalidi civili, nei confronti dei quali sia riconosciuta una riduzione della capacità lavorativa di misura elevata; che la provvidenza stessa, in tanto può essere erogata, in quanto il soggetto invalido non presti alcuna attività lavorativa; che l'interessato versi, infine, nelle disagiate condizioni reddituali stabilite dall'art. 12 della stessa legge n. 118 del 1971, per il riconoscimento della pensione di inabilità.

Si tratta, dunque, all'evidenza, di una erogazione destinata non già ad integrare il minor reddito dipendente dalle condizioni soggettive, ma a fornire alla persona un minimo di "sostentamento", atto ad assicurarne la sopravvivenza; un istituto, dunque, che si iscrive nei limiti e per le finalità essenziali che questa Corte – anche alla luce degli enunciati della Corte di Strasburgo – ha additato come parametro di ineludibile uguaglianza di trattamento tra cittadini e stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato.

La norma impugnata deve pertanto essere dichiarata costituzionalmente illegittima nella parte in cui subordina al requisito della titolarità della carta di soggiorno la concessione, agli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato, dell'assegno mensile di invalidità di cui all'art. 13 della legge 30 marzo 1971, n. 118.

PQM

Per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 80, comma 19, della legge 23 dicembre 2000, n. 388 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2001), nella parte in cui subordina al requisito della titolarità della carta di soggiorno la concessione agli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato dell'assegno mensile di invalidità di cui all'art. 13 della legge 30 marzo 1971, n. 118 (Conversione in legge del decreto-legge 30 gennaio 1971, n. 5 e nuove norme in favore dei mutilati ed invalidi civili).

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 26 maggio 2010.

Depositata in Cancelleria il 28 maggio 2010.

Fonti: Giurisprudenza Costituzionale 2010, 2, 1604 (nota di: ROMBOLI) - Giurisprudenza Costituzionale 2010, 3, 2715 (nota di: PEZZINI)

Matrimonio - In genere - Eterosessualità dei coniugi quale connotazione dell'istituto matrimoniale delineato dalla disciplina codicistica (artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis) - Possibilità che persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso - Mancata previsione - Ritenuta violazione dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali - Richiesta di pronuncia additiva intesa ad introdurre una disciplina non costituzionalmente obbligata in materia riservata alla discrezionalità del legislatore - Inammissibilità della questione.

È inammissibile la q.l.c. degli art. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis, 156 bis c.c., censurati, in riferimento all'art. 117, comma 1, cost., nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso. Dalla normativa comunitaria e internazionale assunta a parametro non emerge infatti la imposizione della piena equiparazione alle unioni omosessuali delle regole previste per le unioni matrimoniali tra uomo e donna e anzi la materia, con il rinvio alle leggi nazionali, risulta demandata alla discrezionalità del Parlamento.

Fonti: Giurisprudenza Costituzionale 2010, 2, 1604 (nota di: ROMBOLI) - Giurisprudenza Costituzionale 2010, 3, 2715 (nota di: PEZZINI)

Classificazione: MATRIMONIO - Civile

Matrimonio - In genere - Eterosessualità dei coniugi quale connotazione dell'istituto matrimoniale delineato dalla disciplina codicistica (artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis) - Possibilità che persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso - Mancata previsione - Denunciata irragionevole disparità di trattamento tra soggetti omosessuali rispetto ai transessuali, nonché violazione della tutela della famiglia quale «società naturale» - Esclusione - Non fondatezza della questione.

Non è fondata la q.l.c. degli art. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis, 156 bis c.c., censurati, in riferimento agli art. 3 e 29 cost., nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso. Premesso che, l'art. 29 cost., nello stabilire che "la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio", aggiungendo, nel comma 2, che "il matrimonio è ordinato sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare", fa riferimento alla nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso, la censurata normativa del codice civile trova fondamento nell'art. 29 cost., e non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio (sent. n. 161 del 1985).

Fonti: Giurisprudenza Costituzionale 2010, 2, 1604 (nota di: ROMBOLI) - Giurisprudenza Costituzionale 2010, 3, 2715 (nota di: PEZZINI)

Classificazione: CORTE COSTITUZIONALE - Procedimento - - parti

Corte costituzionale - Procedimento - Parti - Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - Interventi di soggetti che non rivestono la qualità di parte nei giudizi a quibusné sono titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto ed immediato al rapporto sostanziale dedotto in causa - Inammissibilità.

Nel giudizio di legittimità costituzionale degli art. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis, 156 bis c.c., non sono ammissibili gli interventi di soggetti che non siano parti nel giudizio a quo, né siano titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto ed immediato al rapporto sostanziale dedotto in causa e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura (sentt. n. 245 del 2007, 96 del 2008, 94, 151 del 2009; ordd. n. 414 del 2007, 119 del 2008).

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

- Francesco AMIRANTE Presidente
- Ugo DE SIERVO Giudice
- Paolo MADDALENA "
- Alfio FINOCCHIARO "
- Alfonso QUARANTA "
- Franco GALLO "
- Luigi MAZZELLA "
- Gaetano SILVESTRI "
- Sabino CASSESE "
- Maria Rita SAULLE "
- Giuseppe TESAURO "
- Paolo Maria NAPOLITANO "
- Giuseppe FRIGO "
- Alessandro CRISCUOLO "
- Paolo GROSSI "

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nei giudizi di legittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis e 156-bis del codice civile, promossi dal Tribunale di Venezia con ordinanza del 3 aprile 2009 e dalla Corte d'appello di Trento con ordinanza del 29 luglio 2009, iscritte ai nn. 177 e 248 del registro ordinanze 2009 e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica nn. 26 e 41, prima serie speciale, dell'anno 2009.

Visti gli atti di costituzione di G. M. ed altro, di E. O. ed altri nonché gli atti di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri, dell'Associazione radicale Certi Diritti, e di C. M. ed altri (fuori termine);

udito nell'udienza pubblica del 23 marzo 2010 il Giudice relatore Alessandro Criscuolo;

uditi gli avvocati Alessandro Giadrossi per l'Associazione radicale Certi Diritti e per M. G. ed altro, Ileana Alesso e Massimo Clara per l'Associazione radicale Certi Diritti, per G. M. ed altro e per C. M. ed altri, Vittorio Angiolini, Vincenzo Zeno-Zencovich e Marilisa D'Amico per l'Associazione radicale Certi Diritti, per G. M. ed altro e per E. O. ed altri e l'avvocato dello Stato Gabriella Palmieri per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto in fatto

1.- Il Tribunale di Venezia in composizione collegiale, con l'ordinanza indicata in epigrafe, ha sollevato, in riferimento agli articoli 2, 3, 29 e 117, primo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale degli articoli 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis del codice civile, «nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso».

Il giudice a quo premette di essere chiamato a pronunciare in un giudizio promosso dai signori G. M. ed S. G., entrambi di sesso maschile, in opposizione, ai sensi dell'art. 98 di detto codice, avverso l'atto del 3 luglio 2008, col quale l'ufficiale di stato civile del Comune di Venezia ha rifiutato di procedere alla pubblicazione di matrimonio dagli stessi richiesta.

Il funzionario, infatti, ha ritenuto illegittima la pubblicazione, perché in contrasto con la normativa vigente, costituzionale e ordinaria, in quanto l'istituto del matrimonio nell'ordinamento giuridico italiano «è inequivocabilmente incentrato sulla diversità di sesso dei coniugi», come dovrebbe desumersi dall'insieme delle disposizioni che disciplinano l'istituto medesimo, del quale tale diversità «costituisce presupposto indispensabile, requisito fondamentale, a tal punto che l'ipotesi contraria, relativa a persone dello stesso sesso, è giuridicamente inesistente e certamente estranea alla definizione del matrimonio, almeno secondo l'insieme delle normative tuttora vigenti», anche secondo l'orientamento della giurisprudenza. L'atto oggetto dell'opposizione cita anche un parere del Ministero dell'interno, in data 28 luglio 2004, nel quale si legge che «in merito alla possibilità di trascrivere un atto di matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso, si precisa che in Italia tale atto non è trascrivibile in quanto nel nostro ordinamento non è previsto il matrimonio tra soggetti dello stesso sesso in quanto contrario all'ordine pubblico»; affermazione ribadita con circolare dello stesso Ministero in data 18 ottobre 2007.

Il Tribunale veneziano richiama gli argomenti svolti dai ricorrenti, i quali hanno rilevato che nel nostro ordinamento non esisterebbe una nozione di matrimonio, né un divieto espresso di matrimonio tra persone dello stesso sesso. Inoltre, i citati atti del Ministero dell'interno si riferirebbero all'ordine pubblico internazionale e non a quello pubblico interno e, comunque, sarebbero contrari alla Costituzione e alla Carta di Nizza, sicché andrebbero disapplicati. In ogni caso, l'interpretazione letterale delle norme del codice

civile, posta a fondamento del diniego delle pubblicazioni, sarebbe in contrasto con la Costituzione italiana ed, in particolare, con gli artt. 2, 3, 10, secondo comma, 13 e 29 di questa.

Il rimettente prosegue osservando che, sulla base di tali argomenti, gli istanti hanno chiesto al Tribunale, in via principale, di ordinare all'ufficiale di stato civile del Comune di Venezia di procedere alla pubblicazione del matrimonio; in via subordinata, di sollevare questione di legittimità costituzionale degli artt. 107, 108, 143, 143-bis e 156-bis cod. civ., in riferimento agli artt. 2, 3, 10, secondo comma, 13 e 29 Cost.

Tanto premesso, il Tribunale di Venezia rileva che, nell'ordinamento vigente, il matrimonio tra persone dello stesso sesso non è né previsto né vietato espressamente. È certo, tuttavia, che sia il legislatore del 1942, sia quello riformatore del 1975 non si sono posti la questione del matrimonio omosessuale, all'epoca ancora non dibattuta, almeno in Italia.

Peraltro, «pur non esistendo una norma definitoria espressa, l'istituto del matrimonio, così come previsto nell'attuale ordinamento italiano, si riferisce indiscutibilmente solo al matrimonio tra persone di sesso diverso. Se è vero che il codice civile non indica espressamente la differenza di sesso tra i requisiti per contrarre matrimonio, diverse sue norme, fra cui quelle menzionate nel ricorso e sospettate d'incostituzionalità, si riferiscono al marito e alla moglie come "attori" della celebrazione (artt. 107 e 108), protagonisti del rapporto coniugale (artt. 143 e ss.) e autori della generazione (artt. 231 e ss.)».

Ad avviso del Tribunale, proprio per il chiaro tenore delle norme indicate non è possibile, allo stato delle disposizioni vigenti, operare un'estensione dell'istituto del matrimonio anche a persone dello stesso sesso. Si tratterebbe di una forzatura non consentita ai giudici (diversi da quello costituzionale), «a fronte di una consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna».

D'altra parte, prosegue il rimettente, «non si può ignorare il rapido trasformarsi della società e dei costumi avvenuto negli ultimi decenni, nel corso dei quali si è assistito al superamento del monopolio detenuto dal modello di famiglia normale, tradizionale e al contestuale sorgere spontaneo di forme diverse, seppur minoritarie, di convivenza, che chiedono protezione, si ispirano al modello tradizionale e, come quello, mirano ad essere considerate e disciplinate. Nuovi bisogni, legati anche all'evoluzione della cultura e della civiltà, chiedono tutela, imponendo un'attenta meditazione sulla persistente compatibilità dell'interpretazione tradizionale con i principi costituzionali».

Secondo il Giudice di Venezia, il primo parametro è quello di cui all'art. 2 Cost., nella parte in cui riconosce i diritti inviolabili dell'uomo, non soltanto nella sua sfera individuale ma anche, e forse soprattutto, nella sua sfera sociale, cioè «nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità», delle quali la famiglia deve essere considerata la prima e fondamentale espressione.

Infatti, la famiglia è la formazione sociale primaria nella quale si esplica la personalità dell'individuo e vengono quindi tutelati i suoi diritti inviolabili, conferendogli uno status (quello di persona coniugata), che assurge a segno caratteristico all'interno della società e che attribuisce un insieme di diritti e di doveri del tutto peculiari e non sostituibili mediante l'esercizio dell'autonomia negoziale.

Il diritto di sposarsi configura un diritto fondamentale della persona, riconosciuto a livello sopranazionale (artt. 12 e 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, artt. 8 e 12 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848 – Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952 – artt. 7 e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000), nonché in ambito nazionale (art. 2 Cost.). La libertà di sposarsi o di non sposarsi, e di scegliere il coniuge autonomamente, riguarda la sfera dell'autonomia e dell'individualità, sicché si risolve in una scelta sulla quale lo Stato non può interferire, se non sussistono interessi prevalenti incompatibili, nella fattispecie non ravvisabili.

L'unico importante diritto, in relazione al quale un contrasto si potrebbe ipotizzare, sarebbe quello, spettante ai figli, di crescere in un ambiente familiare idoneo, diritto corrispondente anche ad un interesse sociale. Tale interesse, tuttavia, potrebbe incidere soltanto sul diritto delle coppie omosessuali coniugate di avere figli adottivi. Si tratterebbe, però, di un diritto distinto rispetto a quello di contrarre matrimonio, tanto che alcuni ordinamenti, pur introducendo il matrimonio tra omosessuali, hanno escluso il diritto di adozione. In ogni caso, la disciplina di tale istituto nell'ordinamento italiano, ponendo l'accento sulla necessità di valutare l'interesse del minore adottando, rimette al giudice ogni decisione al riguardo.

Il rimettente, poi, prende in esame l'art. 3 Cost., rilevando che, poiché il diritto di contrarre matrimonio è un momento essenziale di espressione della dignità umana, esso deve essere garantito a tutti, senza discriminazioni derivanti dal sesso o dalle condizioni personali, come l'orientamento sessuale, con conseguente obbligo per lo Stato d'intervenire in caso d'impedimenti al relativo esercizio.

Pertanto, se la finalità perseguita dall'art. 3 Cost. è quella di vietare irragionevoli disparità di trattamento, la norma implicita che esclude gli omosessuali dal diritto di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso, così seguendo il proprio orientamento sessuale (non patologico né illegale), non ha alcuna giustificazione razionale, soprattutto se posta a confronto con l'analoga situazione delle persone transessuali che, ottenuta la rettifica dell'attribuzione del sesso ai sensi della legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettifica di attribuzione di sesso), possono contrarre matrimonio con persone del proprio sesso di nascita (il Tribunale ricorda che la conformità a Costituzione della citata normativa è stata riconosciuta dalla Corte costituzionale con sentenza n. 165 del 1985).

Secondo il rimettente, le affermazioni contenute in tale pronuncia ben potrebbero ritenersi applicabili anche agli omosessuali. Comunque, la legge n. 164 del 1982 avrebbe «profondamente mutato i connotati dell'istituto del matrimonio civile, consentendone la celebrazione tra soggetti dello stesso sesso biologico ed incapaci di procreare, valorizzando così l'orientamento psicosessuale della persona». In questo quadro, non sarebbe giustificabile la discriminazione tra omosessuali che non vogliono effettuare alcun intervento chirurgico di adattamento, ai quali il matrimonio è precluso, ed i transessuali

che sono ammessi al matrimonio pur appartenendo allo stesso sesso biologico ed essendo incapaci di procreare.

Le opinioni contrarie al riconoscimento della libertà matrimoniale tra persone dello stesso sesso sulla base di ragioni etiche, legate alla tradizione o alla natura, non potrebbero essere condivise, sia per le radicali trasformazioni intervenute nei costumi familiari, sia perché si tratterebbe di tesi pericolose, in passato utilizzate per difendere gravi discriminazioni poi riconosciute illegittime, come le disuguaglianze tra i coniugi nel diritto matrimoniale italiano anteriore alla riforma o le discriminazioni in danno delle donne.

Del resto, «per i diritti degli omosessuali, così come per quelli dei transessuali, vi sono fortissime spinte, provenienti dal contesto europeo e sopranazionale, a superare le discriminazioni di ogni tipo, compresa quella che impedisce di formalizzare le unioni affettive».

Il Tribunale di Venezia, in relazione all'art. 29, primo comma, Cost., osserva che il significato della norma non è quello di riconoscere il fondamento della famiglia in una sorta di "diritto naturale", bensì quello di affermare la preesistenza e l'autonomia della famiglia rispetto allo Stato, così imponendo dei limiti al potere del legislatore statale, come emerge dagli atti relativi al dibattito svolto in seno all'Assemblea costituente, nel ricordo degli abusi in precedenza compiuti a difesa di una certa tipologia di famiglia.

Pertanto, che la tutela della tradizione non rientri nelle finalità dell'art. 29 Cost. e che famiglia e matrimonio siano istituti aperti alle trasformazioni, sarebbe dimostrato dall'evoluzione che ne ha interessato la disciplina dal 1948 ad oggi. Il rimettente procede ad una ricognizione della normativa in materia, ricorda gli interventi di questa Corte a tutela dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, nonché la riforma attuata con la legge 19 maggio 1975, n. 151 (Riforma del diritto di famiglia), e rileva che il significato costituzionale di famiglia, lungi dall'essere ancorato ad una conformazione tipica ed inalterabile, si è al contrario dimostrato permeabile ai mutamenti sociali, con le relative ripercussioni sul regime giuridico familiare.

Sarebbero prive di fondamento, quindi, le tesi che giustificano l'implicito divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso ricorrendo ad argomenti correlati alla capacità procreativa della coppia ed alla tutela della procreazione. Al riguardo, sarebbe sufficiente sottolineare che la Costituzione e il diritto civile non prevedono la capacità di avere figli come condizione per contrarre matrimonio, ovvero l'assenza di tale capacità come condizione d'invalidità o causa di scioglimento del matrimonio, sicché quest'ultimo e la filiazione sarebbero istituti nettamente distinti.

Una volta escluso che il trattamento differenziato delle coppie omosessuali rispetto a quelle eterosessuali possa trovare fondamento nel dettato dell'art. 29 Cost., tale norma, nel momento in cui attribuisce tutela costituzionale alla famiglia legittima, non costituirebbe un ostacolo al riconoscimento giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso, ma anzi dovrebbe assurgere ad ulteriore parametro in base al quale valutare la costituzionalità del divieto.

Infine, il rimettente richiama l'art. 117, primo comma, Cost., che impone al legislatore il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Richiama al riguardo, quali norme interposte, gli artt. 8, 12 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). In particolare, con riferimento all'art. 8, la Corte europea dei diritti dell'uomo avrebbe accolto una nozione di "vita privata" e di tutela dell'identità personale non limitata alla sfera individuale bensì estesa alla vita di relazione, arrivando a configurare un dovere di positivo intervento degli Stati per rimediare alle lacune suscettibili d'impedire la piena realizzazione personale. È citata la sentenza Goodwin c. Regno Unito in data 17 luglio 2002, con la quale la Corte di Strasburgo ha dichiarato contrario alla Convenzione il divieto di matrimonio del transessuale con persona del suo stesso sesso originario.

Il Tribunale di Venezia pone l'accento sul fatto che anche la Carta di Nizza sancisce i diritti al rispetto della vita privata e familiare (art. 7), a sposarsi e a costituire una famiglia (art. 9), a non essere discriminati (art. 21), collocandoli tra i diritti fondamentali dell'Unione Europea. Non andrebbero trascurati, poi, gli atti delle Istituzioni europee, che da tempo invitano gli Stati a rimuovere gli ostacoli che si frappongono al matrimonio di coppie omosessuali, ovvero al riconoscimento di istituti giuridici equivalenti, atti che rappresentano, a prescindere dal loro valore giuridico, una presa di posizione a favore del riconoscimento del diritto al matrimonio, o comunque alla unificazione legislativa, nell'ambito degli Stati membri, della disciplina dettata per la famiglia legittima, da estendere alle unioni omosessuali (tali atti sono richiamati nell'ordinanza).

Da ultimo, il rimettente rileva che, negli ordinamenti di molte nazioni con civiltà giuridica affine a quella italiana, si va delineando una nozione di relazioni familiari tale da includere le coppie omosessuali. Infatti, in alcuni Stati (Olanda, Belgio, Spagna) il divieto di sposare persone dello stesso sesso è stato rimosso, mentre altri Paesi prevedono istituti riservati alle unioni omosessuali con disciplina analoga a quella del matrimonio, a volte con esclusione delle disposizioni relative alla potestà sui figli e all'adozione. Fra i Paesi che ancora non hanno introdotto il matrimonio o forme di tutela paramatrimoniale, molti prevedono forme di registrazione pubblica delle famiglie di fatto, comprese quelle omosessuali.

Sulla base delle considerazioni esposte, il Tribunale veneziano perviene al convincimento sulla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata, che inoltre giudica rilevante perché l'applicazione delle norme censurate non è superabile nel percorso logico-giuridico da compiere per pervenire alla decisione della causa.

2. - I signori G. M. e S. G., si sono costituiti nel giudizio di legittimità costituzionale, con ampia memoria depositata il 20 luglio 2009.

Dopo avere esposto i fatti da cui la vicenda prende le mosse ed aver riportato il contenuto dell'ordinanza di rimessione, le parti private, sottolineata la rilevanza della questione proposta, osservano che il rimettente ha riconosciuto un dato incontrovertibile, cioè che nel vigente ordinamento non sussiste alcun divieto espresso che impedisca a due persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio. La necessaria eterosessualità dello stesso nascerebbe da una tradizione interpretativa, sorta in un contesto sociale del tutto diverso dall'attuale e tramandata in modo tralaticio, anche per i riflessi della disciplina canonistica dell'istituto sul sistema civilistico.

La dimensione storica del fenomeno, tuttavia, non potrebbe essere di ostacolo ad una rivisitazione della fattispecie, come hanno fatto altre Corti costituzionali straniere. Né si potrebbe dedurre che l'eterosessualità sia un carattere indefettibile dell'istituto matrimoniale interpretando l'art. 29 Cost. a partire dalla lettera del codice civile vigente, perché quell'articolo non costituzionalizza i caratteri dell'istituto matrimoniale previsti dalla legge ordinaria o emergenti dalla sua costante interpretazione. Il codice civile sarebbe oggetto e non parametro del giudizio e, in ogni caso, «non potrebbe divenire cifra per leggere il dato costituzionale. Sarebbe, infatti, una petizione di principio affermare che il codice non viola il diritto a contrarre matrimonio ex art. 29 poiché tale disposizione, alla luce del codice stesso, prevede l'unione solo fra persone di sesso diverso. Con un aprioristico rinvio per presupposizione, infatti, si attuerebbe una sovversione della gerarchia delle fonti».

Pertanto, alla luce del principio personalistico che pervade l'intera Carta costituzionale, bisognerebbe individuare il significato delle parole "matrimonio" e "famiglia", utilizzate nel citato art. 29. Detta norma privilegia la famiglia fondata sul matrimonio. Ad avviso degli esponenti, da ciò deriva che, se nella nostra società anche due persone dello stesso sesso possono formare una famiglia, escluderle dal vincolo matrimoniale non soltanto crea una discriminazione priva di qualsiasi razionalità, ma fa sì che migliaia di cittadini si vedano negate dallo Stato quelle tutele che altrimenti spetterebbero loro in virtù della norma costituzionale.

La fattispecie non sarebbe assimilabile alle unioni di fatto eterosessuali, che trovano altrove copertura costituzionale (art. 2 Cost.), perché nelle unioni di fatto vi è una chiara scelta delle parti di non rendere giuridico il progetto di vita che lega i conviventi, mentre per le coppie formate da persone dello stesso sesso tale libertà non sussiste nella misura in cui non possono scegliere se sposarsi oppure no.

Richiamata la nozione di famiglia come "società naturale", contenuta nell'ordinanza di rimessione, gli esponenti osservano che l'interesse protetto dall'art. 29 Cost. è, in primo luogo, il diritto all'autodeterminazione dell'individuo, al riparo da indebite ingerenze dello Stato, tutte le volte in cui una persona decida di realizzare se stessa in una relazione familiare. Per le persone omosessuali tale diritto risulterebbe, attualmente, del tutto conculcato.

Non sarebbe possibile sostenere che i costituenti abbiano eletto l'eterosessualità a caratteristica indefettibile della famiglia, i cui diritti sono riconosciuti e garantiti dall'art. 29 Cost., tanto da escludere dall'ambito applicativo di tale norma le coppie formate da persone dello stesso sesso. Per le parti private sarebbe certo che il fenomeno sussistesse anche ai tempi della Assemblea costituente, ma, in quanto socialmente non rilevante, non poteva allora essere preso in alcuna considerazione. Ciò vorrebbe dire che non si è optato per la famiglia eterosessuale a scapito di quella omosessuale, riservando a questa una minore dignità sociale e giuridica.

Tale stato di cose, però, non potrebbe impedire una rilettura del sistema, in considerazione delle mutate condizioni sociali e giuridiche, stante la rilevanza, sotto questo profilo, del diritto comunitario, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost., e soprattutto dei principi

supremi dell'ordinamento, quali l'eguaglianza (e quindi la non discriminazione) e la tutela dei diritti fondamentali.

Le parti private proseguono osservando che il diritto vivente connota l'istituto matrimoniale di una caratteristica (l'eterosessualità), che l'art. 29 Cost. non suggerisce affatto, così impedendo alle persone omosessuali di godere pienamente della loro cittadinanza e del diritto a realizzare se stesse affettivamente e socialmente nell'ambito della famiglia legittima.

Né sarebbe possibile che "società naturale" sia intesa come luogo della procreazione, in quanto il matrimonio civile non sarebbe più istituzionalmente orientato a tale finalità. Dal 1975 l'impotenza non costituisce causa d'invalidità del matrimonio, se non quando sia materia di errore in cui sia incorso l'altro coniuge (art. 122 cod. civ.). Inoltre, possono contrarre matrimonio anche le persone che, avendo cambiato sesso, sono inidonee alla generazione e quelle che, a causa dell'età, tale attitudine più non hanno.

In definitiva, la procreazione sarebbe soltanto un elemento eventuale nel rapporto coniugale e ciò dimostrerebbe quanto lontano sia il concetto di famiglia da accogliere nell'ambito dell'art. 29 Cost. rispetto a quello della tradizione giudaico-cristiana. Il matrimonio sarebbe, senza dubbio, l'unione di due esistenze, i cui fini fondamentali coincidono con i diritti e i doveri che i coniugi assumono al momento della celebrazione in base all'art. 143 cod. civ., fini ai quali è estranea la prospettiva, soltanto eventuale, della procreazione, altrimenti si dovrebbe considerare impossibile la celebrazione di un matrimonio tutte le volte in cui sia naturalisticamente impossibile per i nubendi procreare. Gli esponenti passano, poi, a trattare del diritto al matrimonio come diritto fondamentale della persona, richiamando (tra l'altro) la giurisprudenza di questa Corte, che ha declinato il diritto stesso sia sotto il profilo della libertà di contrarre il matrimonio con la persona prescelta (sentenza n. 445 del 2002), sia sotto quello della libertà di non sposarsi e di unirsi in altro modo (sentenza n. 166 del 1998), e rilevando che i cittadini omosessuali non possono godere di queste due libertà.

Dopo avere illustrato gli aspetti e le finalità di quel diritto, nonché le prospettive correlate al suo esercizio anche nel quadro della tutela delle minoranze discriminate, essi pongono l'accento sull'esigenza che il citato diritto fondamentale sia garantito a tutti senza alcuna distinzione, anche nel caso in cui un cittadino si trovi in quella particolare condizione personale che è l'omosessualità. E ciò non in astratto, secondo la tesi di quanti ritengono che sarebbe rimessa al legislatore ordinario la scelta sull'ammissione o meno al matrimonio delle coppie formate da persone dello stesso sesso. In presenza di un diritto fondamentale spetta alla Corte costituzionale, o al giudice di merito in via interpretativa, rimuovere gli ostacoli che ne impediscono il godimento a tutti, tanto più se si considera che non si sta parlando di un divieto normativo bensì di una mera prassi interpretativa.

Nel caso in esame, «realizzarsi pienamente come persona significa poter vivere fino in fondo il proprio orientamento sessuale, scegliendo come partner di vita, all'interno di una relazione giuridica qualificata qual è il matrimonio, una persona del proprio sesso».

Pertanto l'interpretazione che esclude le coppie formate da persone dello stesso sesso dal matrimonio, ad avviso degli esponenti, costituisce un limite irragionevole all'esercizio della

libertà personale, disconoscendo la capacità della persona di scegliere ciò che è meglio per sé in una dimensione relazionale.

Le parti private richiamano, poi, la tesi secondo cui l'art. 29 Cost. escluderebbe la riconoscibilità giuridica delle coppie omosessuali, anche soltanto attraverso un istituto alternativo al matrimonio, e ne sostengono l'infondatezza, rilevando che il detto articolo non può essere interpretato in modo da violare uno dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, ossia il principio di eguaglianza. Dopo avere argomentato diffusamente sul punto, anche in ordine ai profili economici dell'estensione del matrimonio alle coppie omosessuali, gli esponenti osservano che nella nostra società, non più caratterizzata da un'omogeneità sul piano culturale, il principio di eguaglianza deve assumere una dimensione nuova, volta a favorire il pluralismo e l'inclusione sociale. Con tale concezione contrasta un uso del diritto che abbia come effetto di escludere un soggetto dal godimento di un diritto o libertà fondamentale in virtù di una sua condizione personale. E ciò senza considerare la contemporanea violazione dell'art. 2 Cost., perché in tal modo s'impedisce l'esercizio del diritto alla piena realizzazione di sé.

Inoltre, le parti private pongono l'accento sulla normativa comunitaria e internazionale già richiamata nell'ordinanza di rimessione.

Esse, poi, criticano la tesi secondo cui un giudice, fosse anche la Corte costituzionale, non potrebbe spingersi fino al punto di accogliere la richiesta dei ricorrenti diretta ad ottenere le pubblicazioni matrimoniali sul presupposto del riconoscimento del loro diritto a sposarsi. Ribadito che si è in presenza di una prassi interpretativa, derivante da elementi testuali della legislazione ordinaria, risalente a ben prima dell'entrata in vigore della Costituzione, e che tale prassi contrasta (per quanto detto in precedenza) con norme e principi supremi di rango costituzionale, gli esponenti sostengono che, nel caso in esame, non si tratta di creare un istituto nuovo, o di affermare l'esistenza di un nuovo diritto (operazioni precluse al potere giudiziario), perché il diritto al matrimonio sussiste già ed ha chiari connotati, ma, pur essendo un diritto fondamentale, ne viene concesso il godimento soltanto alle persone eterosessuali.

Infine, sono richiamati alcuni passaggi argomentativi di Corti straniere, che si sono occupate della tenuta costituzionale, nei rispettivi sistemi, del divieto di matrimonio tra persone dello stesso sesso.

In chiusura, si chiede a questa Corte di acquisire un'adeguata base informativa sul numero di coppie formate da persone dello stesso sesso, che vivono sul territorio italiano, e sull'impatto dell'attuale prassi interpretativa, che esclude le persone dello stesso sesso dal matrimonio, sul loro benessere psicosociale.

3. - Il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato, ha spiegato intervento nel presente giudizio di legittimità costituzionale con atto depositato il 21 luglio 2009, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile e, comunque, manifestamente infondata.

La difesa dello Stato prende le mosse dal rilievo che la normativa riguardante l'istituto del matrimonio, sia quella prevista dal diritto civile, sia quella di rango costituzionale, si riferisce senz'altro all'unione fra persone di sesso diverso.

Il requisito della diversità del sesso, che si ricava direttamente dall'art. 107 cod. civ., nonché da altre numerose disposizioni dello stesso codice, è tradizionalmente e costantemente annoverato dalla dottrina e dalla giurisprudenza tra i requisiti indispensabili per l'esistenza del matrimonio. Infatti, ad avviso dell'Avvocatura generale, l'istituto del matrimonio nel nostro ordinamento si configura come un istituto pubblicistico diretto a disciplinare determinati effetti, che il legislatore tutela come diretta conseguenza di un rapporto di convivenza tra persone di sesso diverso (filiazione, diritti successori, legge in tema di adozione).

Il richiamo all'art. 2 Cost., operato dal rimettente, non sarebbe decisivo né conferente.

Tale disposto, per costante interpretazione di questa Corte, «deve essere ricollegato alle norme costituzionali concernenti singoli diritti e garanzie fondamentali, quando meno nel senso che non esistono altri diritti fondamentali inviolabili che non siano necessariamente conseguenti a quelli costituzionalmente previsti» (sentenza n. 98 del 1979), tra i quali non sarebbe compresa la pretesa azionata dai ricorrenti nel giudizio a quo.

La collocazione dell'art. 2 Cost. fra i “principi fondamentali” ed invece la collocazione dell'art. 29 nel titolo II tra i “rapporti etico-sociali” costituirebbero non soltanto l'argomentazione testuale, ma anche l'argomentazione più significativa per escludere la fondatezza dell'assunto contenuto nell'ordinanza di rimessione, non essendo ovviamente vietata nel nostro ordinamento la convivenza tra persone dello stesso sesso. Infatti, la dottrina più recente tende a ricondurre la tutela delle coppie omosessuali nell'ambito della tutela delle coppie di fatto.

Non sussisterebbe alcuna violazione del principio di eguaglianza, di cui all'art. 3 Cost., perché questo impone un uguale trattamento per situazioni uguali e trattamento differenziato per situazioni di fatto difformi.

La difesa dello Stato osserva che la dottrina, nel commentare il citato art. 3, ha ritenuto il divieto di discriminazione in base al sesso «in qualche misura meno rigido rispetto ad altri», sia sul piano della correlazione di alcune distinzioni ad obiettive differenze tra i sessi, sia sul piano normativo, nella misura in cui in Costituzione si rinvergono norme idonee a giustificare, entro certi limiti, distinzioni fondate sul sesso, «in particolare, gli articoli 29, 37 e 51».

La dottrina avrebbe anche ritenuto il richiamo al principio di ragionevolezza, espresso nel medesimo art. 3 Cost., non pertinente nel caso in esame, perché un trattamento normativo differenziato potrebbe ritenersi “ragionevole”, in quanto diretto a realizzare altri e prevalenti valori costituzionali.

Neppure sarebbe pertinente il riferimento alla giurisprudenza in tema di illegittime discriminazioni subite in precedenza dalle persone transessuali, perché il problema della “identità di sesso biologico” in quell'ipotesi avrebbe assunto una rilevanza diversa.

Quanto all'art. 29 Cost., detta norma, stabilendo che «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio», delinea una “relazione biunivoca” tra le nozioni in essa richiamate e, altresì, «vincola il legislatore a tenere distinte la disciplina dell'istituzione familiare da quelle eventualmente dedicate a qualsiasi altro tipo di formazione sociale, ancorché avente caratteri analoghi».

Ad avviso dell'Avvocatura, in esito al dibattito sviluppatosi nell'Assemblea costituente in sede di elaborazione dell'art. 29, si sarebbero delineate due ricostruzioni circa il significato di tale norma.

La prima sottolinea il carattere pregiuridico dell'istituto familiare, identificando un solo modello univoco e stabile; la seconda attribuisce all'art. 29 un contenuto mutevole con l'evoluzione dei costumi sociali. Parte della dottrina, invece, ha superato tale dicotomia, ritenendo che la norma faccia riferimento ad un modello di famiglia che, per quanto suscettibile di sviluppi e cambiamenti, sia però caratterizzato "da un nucleo duro", che trova «il suo contenuto minimo e imprescindibile nell'elemento della diversità di sesso fra i coniugi» e perciò mantiene il significato originario fissato nella Carta, senza mutarlo in maniera differente e distante dall'iniziale formulazione.

Infine, non sarebbe ravvisabile contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

La difesa dello Stato premette che l'ordinamento comunitario non ha legiferato in materia matrimoniale, ma si è limitato in varie risoluzioni ad indicare criteri e principi, lasciando ai singoli Paesi membri la facoltà di adeguamento delle legislazioni nazionali.

La libertà lasciata ai legislatori europei ha dato luogo, perciò, a molteplici forme di tutela delle coppie omosessuali.

Non vi sarebbe contrasto con gli artt. 7, 9 e 21 della Carta di Nizza, parte integrante del Trattato di Lisbona, in quanto proprio l'art. 9, che riconosce il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia, rinvia alla legge nazionale per la determinazione delle condizioni per l'esercizio di tale diritto.

Per quel che riguarda gli obblighi internazionali e, in particolare, il rispetto della CEDU, la citata normativa del codice civile italiano non appare in contrasto con gli artt. 8 (diritto al rispetto della vita familiare), 12 (diritto al matrimonio) e 14 (divieto di discriminazione) della CEDU, dal momento che proprio l'art. 12 non solo riafferma che l'istituto del matrimonio riguarda persone di sesso diverso, ma rinvia alle leggi nazionali per la determinazione delle condizioni per l'esercizio del relativo diritto.

In definitiva, al di là del carattere eterogeneo dei modelli di riconoscimento adottati dagli Stati europei, l'elemento che li accomuna sarebbe la "centralità del legislatore" nel processo d'inclusione delle coppie omosessuali nell'ambito degli effetti legali delle discipline di tutela.

Peraltro, un intervento della Corte costituzionale di tipo manipolativo non sarebbe realizzabile attraverso un'operazione lessicale di mera sostituzione delle parole "marito" e "moglie", con la parola "coniugi", perché in realtà si tratterebbe di operare un nuovo disegno del tessuto normativo codicistico, alla luce di una norma costituzionale che proprio ad esso rimanda; e tale compito sarebbe necessariamente riservato al legislatore.

4. - La Corte di appello di Trento, con l'altra ordinanza indicata in epigrafe, ha sollevato, in riferimento agli artt. 2, 3 e 29 Cost., questione di legittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis cod. civ., nella parte in cui, complessivamente valutati, non consentono agli individui di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso.

La Corte territoriale premette di essere stata adita in sede di reclamo, ai sensi dell'art. 739 del codice di procedura civile, proposto da due coppie (ciascuna formata da persone dello stesso sesso) avverso un decreto del Tribunale di Trento, che aveva respinto l'opposizione formulata dai reclamanti nei confronti di un provvedimento dell'ufficiale di stato civile del Comune di Trento. Con tale provvedimento il detto funzionario aveva rifiutato di procedere alle pubblicazioni di matrimonio richieste dagli opposenti, non ritenendo ammissibile nell'ordinamento italiano il matrimonio tra persone del medesimo sesso; e il rifiuto era stato giudicato legittimo dal Tribunale.

La Corte rimettente, dopo aver ritenuto infondata la domanda principale diretta ad ottenere l'ordine all'ufficiale di stato civile di procedere alle pubblicazioni, esamina la questione di legittimità costituzionale, in via subordinata proposta dai reclamanti.

Dopo aver ricordato l'ordinanza del Tribunale di Venezia, la rimettente osserva che, rispetto all'epoca nella quale sono state emanate le norme disciplinanti il matrimonio, «si è verificata un'inarrestabile trasformazione della società e dei costumi che ha portato al superamento del monopolio detenuto dal modello di famiglia tradizionale ed al contestuale spontaneo sorgere di forme diverse di convivenza che chiedono (talora a gran voce) di essere tutelate e disciplinate».

In questo quadro, ad avviso della Corte trentina è necessario chiedersi se l'istituto del matrimonio, nell'attuale disciplina, sia o meno in contrasto con i principii costituzionali.

L'interrogativo si porrebbe, in particolare, rispetto al principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. In sostanza, poiché il diritto di contrarre matrimonio costituisce «un momento essenziale di espressione della dignità umana (garantito costituzionalmente dall'art. 2 Cost. e, a livello sopranazionale, dagli artt. 12 e 16 della Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948, dagli artt. 8 e 12 CEDU e dagli artt. 7 e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000), vi è da chiedersi se sia legittimo impedire quello tra omosessuali ovvero se, invece, esso debba essere garantito a tutti, senza discriminazioni derivanti dal sesso o dalle condizioni personali (quali l'orientamento sessuale), con conseguente obbligo dello Stato di intervenire in caso di impedimenti all'esercizio di esso».

Sarebbe innegabile che la questione sia rilevante ai fini della decisione, perché la dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme disciplinanti il matrimonio, nella parte in cui non consentono il matrimonio tra omosessuali, influirebbe in modo determinante sull'esito del giudizio a quo.

Inoltre, non si potrebbe sostenere che la questione sia manifestamente infondata, perché «quanto sopra osservato non può essere superato da un'interpretazione secondo cui il matrimonio deve e può essere consentito solo a coppie eterosessuali a ragione della sua funzione sociale, principio secondo taluni ricavabile dall'art. 29 Cost. (norma che riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio). Detto principio, infatti, si limita a riconoscere alla famiglia un suo ruolo naturale, nel senso che da un lato lo Stato non può prescindere da tale realtà sociale a cui tende per natura la stragrande maggioranza degli individui e, dall'altro, afferma che la famiglia è fondata sul matrimonio;

ma certo esso non giunge ad escludere la tutela della famiglia di fatto (che prescinde dal matrimonio) o ad affermare la funzione della famiglia come granaio dello Stato».

Ad avviso della rimettente, «l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale, molto ben ricordata dal Tribunale di Venezia nell'ordinanza sopra citata, restituisce oggi un concetto di famiglia che porta ad escludere che in forza dell'art. 29 Cost. possa darsi rilevanza solo alla famiglia legittima funzionalmente finalizzata alla capacità procreativa dei coniugi sicché, semmai, è anche in relazione a tale norma di rango costituzionale che la questione sollevata deve essere giudicata meritevole di attenzione da parte del Giudice delle leggi».

5. - Il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, è intervenuto nel giudizio di legittimità costituzionale con atto depositato il 3 novembre 2009, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile e, comunque, infondata. La difesa dello Stato svolge argomenti analoghi a quelli esposti nel giudizio promosso con l'ordinanza del Tribunale di Venezia.

6. - Si sono altresì costituite, con atto depositato il 2 novembre 2009, le parti private nel giudizio promosso con l'ordinanza della Corte di appello di Trento, signori O. E. e L. L. e signore Z. E. e O. M., dichiarando di ritenere ammissibile e fondata la questione sollevata e chiedendone l'accoglimento.

7. - In quest'ultimo giudizio ha spiegato intervento, con atto depositato il 3 novembre 2009, l'Associazione radicale Certi Diritti, in persona del segretario e legale rappresentante pro-tempore, che, richiamando gli obiettivi statuari dell'Associazione medesima, ha dichiarato di ritenersi legittimata ad intervenire e di ritenere ammissibili e fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte d'appello di Trento, riservandosi ogni ulteriore opportuna illustrazione delle proprie difese e il deposito di ogni eventuale documentazione.

8.- Con atto depositato il 25 febbraio 2010 nel giudizio di legittimità costituzionale promosso con la citata ordinanza della Corte di appello di Trento, hanno spiegato intervento i signori C. M. e G. V., P. G. B. e C. G. R., R. F. R. P. C. e R. Z.

Gli intervenienti, tutti di sesso maschile, premettono che, con tre atti in pari data 5 novembre 2009, comunicati con lettere inviate l'11 novembre 2009, l'ufficiale di stato civile del Comune di Milano ha reso noto il rifiuto di procedere alle pubblicazioni di matrimonio da loro richieste.

Essi osservano che l'interesse proprio e diretto ad intervenire è sorto in data successiva alla scadenza degli ordinari termini del giudizio costituzionale e per questo motivo l'atto di intervento è depositato nel termine di venti giorni antecedenti la data dell'udienza fissata per la discussione. Considerato che si tratta di circostanza temporale indipendente dalla volontà dei ricorrenti e comprovata da documenti formati dalla pubblica amministrazione, richiamato per quanto occorra in via analogica il disposto dell'art. 153, secondo comma, cod. proc. civ., essi affermano che l'intervento deve essere ritenuto tempestivo e chiedono, comunque, di essere rimessi in termini.

Inoltre, essi affermano che l'intervento deve essere ritenuto ammissibile, alla luce delle innovazioni introdotte dalla Corte costituzionale, che ha espresso negli ultimi anni un orientamento progressivamente favorevole all'ammissibilità, caso per caso, «soprattutto

laddove soggetti singoli o associazioni vantassero un rapporto diretto con la questione di legittimità costituzionale in un processo che ha ad oggetto un interesse pubblico: quello alla decisione sulla legittimità costituzionale della legge».

In questo quadro, l'interesse diretto, specifico e concreto degli intervenienti alla pronuncia di questa Corte non potrebbe essere posto in dubbio, perché la declaratoria di fondatezza della questione consentirebbe di ottenere le pubblicazioni di matrimonio già richieste e rifiutate dall'ufficiale di stato civile in base al rilievo dell'inammissibilità, nel vigente ordinamento, di matrimoni tra persone dello stesso sesso.

Nel merito, gli intervenienti svolgono considerazioni analoghe a quelle già in precedenza richiamate a sostegno della fondatezza della questione.

9. - In prossimità dell'udienza di discussione le parti private nei due giudizi di legittimità costituzionale, la Presidenza del Consiglio dei Ministri e l'Associazione radicale Certi Diritti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive richieste.

Considerato in diritto

1. - Il Tribunale di Venezia, con l'ordinanza indicata in epigrafe, ha sollevato, in riferimento agli articoli 2, 3, 29 e 117, primo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale degli articoli 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis del codice civile, «nella parte in cui, sistematicamente interpretati, non consentono che le persone di orientamento omosessuale possano contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso».

Il giudice a quo premette di essere chiamato a pronunciare in un giudizio promosso da due persone di sesso maschile, in opposizione, ai sensi dell'art. 98 di detto codice, avverso l'atto col quale l'ufficiale di stato civile del Comune di Venezia ha rifiutato di procedere alla pubblicazione di matrimonio dagli stessi richiesta, ritenendola in contrasto con la normativa vigente, costituzionale e ordinaria, in quanto l'istituto del matrimonio, nell'ordinamento giuridico italiano, sarebbe incentrato sulla diversità di sesso tra i coniugi. Il Tribunale veneziano riferisce gli argomenti svolti dai ricorrenti, i quali hanno rilevato che, nel vigente ordinamento, non esisterebbe una nozione di matrimonio, né un suo divieto espresso tra persone dello stesso sesso. Essi si richiamano alla Costituzione e alla Carta di Nizza, rimarcando che l'interpretazione letterale delle norme del codice civile, posta a fondamento del diniego delle pubblicazioni, sarebbe costituzionalmente illegittima con particolare riguardo agli artt. 2, 3, 10, secondo comma, e 29 Cost.

Tanto premesso, il rimettente rileva che, nell'ordinamento italiano, il matrimonio tra persone dello stesso sesso non è previsto né vietato in modo espresso. Peraltro, pure in assenza di una norma definitoria, «l'istituto del matrimonio, così come previsto nell'attuale ordinamento italiano, si riferisce indiscutibilmente solo al matrimonio tra persone di sesso diverso». Ad avviso del Tribunale, il chiaro tenore delle disposizioni del codice, regolatrici dell'istituto in questione, non consentirebbe di estenderlo anche a persone dello stesso sesso. Si tratterebbe di una forzatura non consentita ai giudici (diversi da quello costituzionale), «a fronte di una consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna».

D'altra parte, secondo il Tribunale non si possono ignorare le rapide trasformazioni della società e dei costumi, il superamento del monopolio detenuto dal modello di famiglia tradizionale, la nascita spontanea di forme diverse (seppur minoritarie) di convivenza, che chiedono protezione, si ispirano al modello tradizionale e, come quello, mirano ad essere considerate e disciplinate. Nuovi bisogni, legati anche all'evoluzione della cultura e della civiltà, chiedono tutela, imponendo un'attenta meditazione sulla persistente compatibilità dell'interpretazione tradizionale con i principi costituzionali.

Ciò posto, il Tribunale di Venezia, prendendo le mosse dal rilievo che il diritto di sposarsi costituisce un diritto fondamentale della persona, riconosciuto a livello sopranazionale ed in ambito nazionale (art. 2 Cost.), illustra le censure riferite ai diversi parametri costituzionali evocati, pervenendo al convincimento sulla non manifesta infondatezza della questione promossa, che inoltre giudica rilevante perché l'applicazione delle norme censurate non è superabile nel percorso logico-giuridico da compiere al fine di pervenire alla decisione della causa.

2. - La Corte di appello di Trento, con l'altra ordinanza indicata in epigrafe, ha sollevato, in riferimento agli artt. 2, 3 e 29 Cost., questione di legittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis cod. civ., nella parte in cui, complessivamente valutati, non consentono agli individui di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso.

La Corte territoriale premette di essere stata adita in sede di reclamo, ai sensi dell'articolo 739 del codice di procedura civile, proposto da due coppie (ciascuna formata da persone dello stesso sesso) avverso il decreto del Tribunale di Trento, che aveva respinto l'opposizione formulata dai reclamanti nei confronti di un provvedimento dell'ufficiale di stato civile del Comune di Trento. Con tale provvedimento il detto funzionario aveva rifiutato di procedere alle pubblicazioni di matrimonio richieste dagli opposenti, non ritenendo ammissibile nell'ordinamento italiano il matrimonio tra persone del medesimo sesso; ed il rifiuto era stato giudicato legittimo dal Tribunale.

La Corte rimettente, dopo aver ritenuto infondata la domanda principale diretta ad ottenere l'ordine all'ufficiale di stato civile di procedere alle pubblicazioni, passa all'esame della questione di legittimità costituzionale, in via subordinata proposta dai reclamanti, svolgendo, in relazione alle censure prospettate, considerazioni analoghe a quelle esposte dal Tribunale di Venezia.

3. - I due giudizi di legittimità costituzionale, avendo ad oggetto la medesima questione, vanno riuniti per essere decisi con unica sentenza.

4. - In via preliminare, deve essere confermata l'ordinanza, adottata nel corso dell'udienza pubblica ed allegata alla presente sentenza, con la quale sono stati dichiarati inammissibili gli interventi dell'Associazione radicale Certi Diritti e dei signori C. M. e G. V., P. G. B. e C. G. R., R. F. R. P. C. e R. Z. Ciò in applicazione del consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, richiamato nell'ordinanza, secondo cui non sono ammissibili gli interventi, nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, di soggetti che non siano parti nel giudizio a quo, né siano titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto ed immediato al rapporto sostanziale dedotto in causa e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura, avuto altresì

riguardo al rilievo che l'ammissibilità dell'intervento ad opera di un terzo, titolare di un interesse soltanto analogo a quello dedotto nel giudizio principale, contrasterebbe con il carattere incidentale del detto giudizio di legittimità.

5. - La questione, sollevata dalle due ordinanze di rimessione, in riferimento all'art. 2 Cost., deve essere dichiarata inammissibile, perché diretta ad ottenere una pronuncia additiva non costituzionalmente obbligata (ex plurimis: ordinanze n. 243 del 2009, n. 316 del 2008, n. 185 del 2007, n. 463 del 2002).

6. - Le dette ordinanze muovono entrambe dal presupposto che l'istituto del matrimonio civile, come previsto nel vigente ordinamento italiano, si riferisce soltanto all'unione stabile tra un uomo e una donna. Questo dato emerge non soltanto dalle norme censurate, ma anche dalla disciplina della filiazione legittima (artt. 231 e ss. cod. civ. e, con particolare riguardo all'azione di disconoscimento, artt. 235, 244 e ss. dello stesso codice), e da altre norme, tra le quali, a titolo di esempio, si può menzionare l'art. 5, primo e secondo comma, della legge 1 dicembre 1970, n. 898 (Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio), nonché dalla normativa in materia di ordinamento dello stato civile.

In sostanza, l'intera disciplina dell'istituto, contenuta nel codice civile e nella legislazione speciale, postula la diversità di sesso dei coniugi, nel quadro di «una consolidata ed ultramillenaria nozione di matrimonio», come rileva l'ordinanza del Tribunale veneziano.

Nello stesso senso è la dottrina, in maggioranza orientata a ritenere che l'identità di sesso sia causa d'inesistenza del matrimonio, anche se una parte parla di invalidità. La rara giurisprudenza di legittimità, che (peraltro, come obiter dicta) si è occupata della questione, ha considerato la diversità di sesso dei coniugi tra i requisiti minimi indispensabili per ravvisare l'esistenza del matrimonio (Corte di cassazione, sentenze n. 7877 del 2000, n. 1304 del 1990 e n. 1808 del 1976).

7. - Ferme le considerazioni che precedono, si deve dunque stabilire se il parametro costituzionale evocato dai rimettenti imponga di pervenire ad una declaratoria d'illegittimità della normativa censurata (con eventuale applicazione dell'art. 27, ultima parte, della legge 11 marzo 1953, n. 87 – Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), estendendo alle unioni omosessuali la disciplina del matrimonio civile, in guisa da colmare il vuoto conseguente al fatto che il legislatore non si è posto il problema del matrimonio omosessuale.

8. - L'art. 2 Cost. dispone che 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.

Orbene, per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri.

Si deve escludere, tuttavia, che l'aspirazione a tale riconoscimento – che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio. È sufficiente l'esame, anche non esaustivo, delle legislazioni dei Paesi che finora hanno riconosciuto le unioni suddette per verificare la diversità delle scelte operate.

Ne deriva, dunque, che, nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze more uxorio: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988). Può accadere, infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza.

9. - La questione sollevata con riferimento ai parametri individuati negli artt. 3 e 29 Cost. non è fondata.

Occorre prendere le mosse, per ragioni di ordine logico, da quest'ultima disposizione. Essa stabilisce, nel primo comma, che «La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio», e nel secondo comma aggiunge che «Il matrimonio è ordinato sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare».

La norma, che ha dato luogo ad un vivace confronto dottrinale tuttora aperto, pone il matrimonio a fondamento della famiglia legittima, definita "società naturale" (con tale espressione, come si desume dai lavori preparatori dell'Assemblea costituente, si volle sottolineare che la famiglia contemplata dalla norma aveva dei diritti originari e preesistenti allo Stato, che questo doveva riconoscere).

Ciò posto, è vero che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "cristallizzati" con riferimento all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore, perché sono dotati della duttilità propria dei principi costituzionali e, quindi, vanno interpretati tenendo conto non soltanto delle trasformazioni dell'ordinamento, ma anche dell'evoluzione della società e dei costumi. Detta interpretazione, però, non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata.

Infatti, come risulta dai citati lavori preparatori, la questione delle unioni omosessuali rimase del tutto estranea al dibattito svoltosi in sede di Assemblea, benché la condizione omosessuale non fosse certo sconosciuta. I costituenti, elaborando l'art. 29 Cost., discussero di un istituto che aveva una precisa conformazione ed un'articolata disciplina nell'ordinamento civile. Pertanto, in assenza di diversi riferimenti, è inevitabile concludere che essi tennero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile entrato in vigore nel 1942, che, come sopra si è visto, stabiliva (e tuttora stabilisce) che i coniugi dovessero essere persone di sesso diverso. In tal senso orienta anche il secondo comma della disposizione che, affermando il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei

coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna cui intendeva attribuire pari dignità e diritti nel rapporto coniugale.

Questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via ermeneutica, perché non si tratterebbe di una semplice rilettura del sistema o di abbandonare una mera prassi interpretativa, bensì di procedere ad un'interpretazione creativa.

Si deve ribadire, dunque, che la norma non prese in considerazione le unioni omosessuali, bensì intese riferirsi al matrimonio nel significato tradizionale di detto istituto.

Non è casuale, del resto, che la Carta costituzionale, dopo aver trattato del matrimonio, abbia ritenuto necessario occuparsi della tutela dei figli (art. 30), assicurando parità di trattamento anche a quelli nati fuori dal matrimonio, sia pur compatibilmente con i membri della famiglia legittima. La giusta e doverosa tutela, garantita ai figli naturali, nulla toglie al rilievo costituzionale attribuito alla famiglia legittima ed alla (potenziale) finalità procreativa del matrimonio che vale a differenziarlo dall'unione omosessuale.

In questo quadro, con riferimento all'art. 3 Cost., la censurata normativa del codice civile che, per quanto sopra detto, contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna, non può considerarsi illegittima sul piano costituzionale. Ciò sia perché essa trova fondamento nel citato art. 29 Cost., sia perché la normativa medesima non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio.

Il richiamo, contenuto nell'ordinanza di rimessione del Tribunale di Venezia, alla legge 14 aprile 1982, n. 164 (Norme in materia di rettificazione di attribuzione di sesso), non è pertinente.

La normativa ora citata – sottoposta a scrutinio da questa Corte che, con sentenza n. 161 del 1985, dichiarò inammissibili o non fondate le questioni di legittimità costituzionale all'epoca promosse – prevede la rettificazione dell'attribuzione di sesso in forza di sentenza del tribunale, passata in giudicato, che attribuisca ad una persona un sesso diverso da quello enunciato dall'atto di nascita, a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali (art. 1).

Come si vede, si tratta di una condizione del tutto differente da quella omosessuale e, perciò, inidonea a fungere da *tertium comparationis*. Nel transessuale, infatti, l'esigenza fondamentale da soddisfare è quella di far coincidere il soma con la psiche ed a questo effetto è indispensabile, di regola, l'intervento chirurgico che, con la conseguente rettificazione anagrafica, riesce in genere a realizzare tale coincidenza (sentenza n. 161 del 1985, punto tre del Considerato in diritto). La persona è ammessa al matrimonio per l'avvenuto intervento di modificazione del sesso, autorizzato dal tribunale. Il riconoscimento del diritto di sposarsi a coloro che hanno cambiato sesso, quindi, costituisce semmai un argomento per confermare il carattere eterosessuale del matrimonio, quale previsto nel vigente ordinamento.

10. - Resta da esaminare il parametro riferito all'art. 117, primo comma, Cost. (prospettato soltanto nell'ordinanza del Tribunale di Venezia).

Il rimettente in primo luogo evoca, quali norme interposte, gli artt. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), 12 (diritto al matrimonio) e 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952); pone l'accento su una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (in causa C. Goodwin c. Regno Unito, 11 luglio 2002), che dichiarò contrario alla Convenzione il divieto di matrimonio del transessuale (dopo l'operazione) con persona del suo stesso sesso originario, sostenendo l'analogia della fattispecie con quella del matrimonio omosessuale; evoca altresì la Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) e, in particolare, l'art. 7 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), l'art. 9 (diritto a sposarsi ed a costituire una famiglia), l'art. 21 (diritto a non essere discriminati); menziona varie risoluzioni delle Istituzioni europee, «che da tempo invitano gli Stati a rimuovere gli ostacoli che si frappongono al matrimonio di coppie omosessuali ovvero al riconoscimento di istituti giuridici equivalenti»; infine, segnala che nell'ordinamento di molti Stati, aventi civiltà giuridica affine a quella italiana, si sta delineando una nozione di relazioni familiari tale da includere le coppie omosessuali.

Ciò posto, si deve osservare che: a) il richiamo alla citata sentenza della Corte europea non è pertinente, perché essa riguarda una fattispecie, disciplinata dal diritto inglese, concernente il caso di un transessuale che, dopo l'operazione, avendo acquisito caratteri femminili (sentenza cit., punti 12-13) aveva avviato una relazione con un uomo, col quale però non poteva sposarsi «perché la legge l'ha considerata come uomo» (punto 95). Tale fattispecie, nel diritto italiano, avrebbe trovato disciplina e soluzione nell'ambito della legge n. 164 del 1982. E, comunque, già si è notato che le posizioni dei transessuali e degli omosessuali non sono omogenee (v. precedente paragrafo 9); b) sia gli artt. 8 e 14 della CEDU, sia gli artt. 7 e 21 della Carta di Nizza contengono disposizioni a carattere generale in ordine al diritto al rispetto della vita privata e familiare e al divieto di discriminazione, peraltro in larga parte analoghe. Invece gli articoli 12 della CEDU e 9 della Carta di Nizza prevedono specificamente il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia. Per il principio di specialità, dunque, sono queste ultime le norme cui occorre fare riferimento nel caso in esame.

Orbene, l'art. 12 dispone che «Uomini e donne in età maritale hanno diritto di sposarsi e di formare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto».

A sua volta l'art. 9 stabilisce che «Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio».

In ordine a quest'ultima disposizione va premesso che la Carta di Nizza è stata recepita dal Trattato di Lisbona, modificativo del Trattato sull'Unione europea e del Trattato che istituisce la Comunità europea, entrato in vigore il 1° dicembre 2009. Infatti, il nuovo testo dell'art. 6, comma 1, del Trattato sull'Unione europea, introdotto dal Trattato di Lisbona, prevede che «1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei

diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

Non occorre, ai fini del presente giudizio, affrontare i problemi che l'entrata in vigore del Trattato pone nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione e degli ordinamenti nazionali, specialmente con riguardo all'art. 51 della Carta, che ne disciplina l'ambito di applicazione. Ai fini della presente pronuncia si deve rilevare che l'art. 9 della Carta (come, del resto, l'art. 12 della CEDU), nell'affermare il diritto di sposarsi rinvia alle leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio. Si deve aggiungere che le spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, elaborate sotto l'autorità del praesidium della Convenzione che l'aveva redatta (e che, pur non avendo status di legge, rappresentano un indubbio strumento di interpretazione), con riferimento al detto art. 9 chiariscono (tra l'altro) che «L'articolo non vieta né impone la concessione dello status matrimoniale a unioni tra persone dello stesso sesso».

Pertanto, a parte il riferimento esplicito agli uomini ed alle donne, è comunque decisivo il rilievo che anche la citata normativa non impone la piena equiparazione alle unioni omosessuali delle regole previste per le unioni matrimoniali tra uomo e donna.

Ancora una volta, con il rinvio alle leggi nazionali, si ha la conferma che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento.

Ulteriore riscontro di ciò si desume, come già si è accennato, dall'esame delle scelte e delle soluzioni adottate da numerosi Paesi che hanno introdotto, in alcuni casi, una vera e propria estensione alle unioni omosessuali della disciplina prevista per il matrimonio civile oppure, più frequentemente, forme di tutela molto differenziate e che vanno, dalla tendenziale assimilabilità al matrimonio delle dette unioni, fino alla chiara distinzione, sul piano degli effetti, rispetto allo stesso.

Sulla base delle suddette considerazioni si deve pervenire ad una declaratoria d'inammissibilità della questione proposta dai rimettenti, con riferimento all'art. 117, primo comma, Cost.

PQM

Per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi:

a) dichiara inammissibile, in riferimento agli articoli 2 e 117, primo comma, della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale degli articoli 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis del codice civile, sollevata dal Tribunale di Venezia e dalla Corte di appello di Trento con le ordinanze indicate in epigrafe;

b) dichiara non fondata, in riferimento agli articoli 3 e 29 della Costituzione la questione di legittimità costituzionale degli articoli sopra indicati del codice civile sollevata dal Tribunale di Venezia e dalla Corte di appello di Trento con le medesime ordinanze.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 14 aprile 2010.

Depositata in Cancelleria il 15 aprile 2010.

Allegato:

Ordinanza Letta All'udienza Del 23 Marzo 2010

ORDINANZA

Visti gli atti relativi al giudizio di legittimità costituzionale introdotto con ordinanza della Corte di appello di Trento depositata il 29 luglio 2009 (n. 248 R.O. del 2009);

rilevato che in tale giudizio è intervenuta l'Associazione Radicale Certi Diritti, in persona del Segretario e legale rappresentante p.t., con atto depositato il 3 novembre 2009;

che nel medesimo giudizio sono intervenuti, con atto depositato il 25 febbraio 2010, i signori C. M. e G. V., P. G. B. e C. G. R., R. F. R. P. C. e R. Z., tutti di sesso maschile;

che né l'Associazione Radicale, né i signori di cui all'intervento in data 25 febbraio 2010 sono stati parti nel giudizio *a quo*;

che, per costante giurisprudenza di questa Corte, sono ammessi a intervenire nel giudizio incidentale di legittimità costituzionale (oltre al Presidente del Consiglio dei Ministri e, nel caso di legge regionale, al Presidente della Giunta regionale), le sole parti del giudizio principale, mentre l'intervento di soggetti estranei a questo è ammissibile soltanto per i terzi titolari di un interesse qualificato, inerente in modo diretto ed immediato al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura (*ex plurimis*: ordinanza letta all'udienza del 31 marzo 2009, confermata con sentenza n. 151 del 2009; sentenze n. 94 del 2009, n. 96 del 2008, n. 245 del 2007; ordinanza n. 414 del 2007);

che l'ammissibilità dell'intervento ad opera di un terzo, titolare di un interesse soltanto analogo a quello dedotto nel giudizio principale contrasterebbe con il carattere incidentale del giudizio di legittimità costituzionale, in quanto l'accesso delle parti a detto giudizio avverrebbe senza la previa verifica della rilevanza e della non manifesta infondatezza della questione da parte del giudice *a quo*;

che, pertanto, sia l'intervento dell'Associazione Radicale Certi Diritti sia quello spiegato con l'atto depositato il 25 febbraio 2010 devono essere dichiarati inammissibili, indipendentemente dal carattere tardivo di quest'ultimo (ordinanza n. 119 del 2008).

PQM

Per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara inammissibili gli interventi dell'Associazione Radicale Certi Diritti e dei signori C. M. e G. V., P. G. B. e C. G. R., R. F. R. P. C. e R. Z.

Fonti: Giur. cost. 2009, 6, 4747 (nota di: UMBERTIS, BILANCIA,) - Giur. cost. 2010, 2, 1815 (nota di: BUTTURINI)

Classificazione: IMPUTATO NEL PROCESSO PENALE - Contumacia e assenza - - sentenza contumaciale

Imputato nel processo penale - Contumacia e assenza - Sentenza contumaciale - Di condanna - Imputato restituito nel termine - Esercizio del diritto alla prova - Preclusione - Ritenuta violazione del diritto di difesa e del diritto del contraddittorio dell'imputato contumace - Questione irrilevante in quanto astratta e prematura - Manifesta inammissibilità.

È inammissibile la q.l.c. dell'art. 175, comma 2, c.p.p., come sostituito dall'art. 1 d.l. 21 febbraio 2005 n. 17, conv., con modificazioni, in l. 22 aprile 2005 n. 60, censurato, in riferimento agli art. 24, 111, comma 1, e 117, comma 1, cost., nella parte in cui non consente all'imputato restituito nel termine l'esercizio del diritto alla prova. Si tratta di questione che, avuto riguardo al procedimento principale, pendente davanti al giudice della legittimità, si presenta come astratta e prematura, e quindi irrilevante per la definizione del giudizio, il cui oggetto è limitato alla legittimità del diniego di restituzione nel termine pronunciato dal giudice di appello, restando impregiudicata la successiva attività processuale, che si svolgerà nell'ipotesi di apertura del giudizio di impugnazione sinora negato al ricorrente.

Fonti: Giur. cost. 2009, 6, 4747 (nota di: UMBERTIS, BILANCIA,) - Giur. cost. 2010, 2, 1815 (nota di: BUTTURINI)

Classificazione: IMPUTATO NEL PROCESSO PENALE - Contumacia e assenza - - sentenza contumaciale

Imputato nel processo penale - Contumacia e assenza - Sentenza contumaciale - Di condanna - Pregressa impugnazione proposta dal difensore d'ufficio - Non consentita restituzione nel termine per proporre impugnazione dell'imputato che non abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento - Violazione del diritto di difesa e del diritto del contraddittorio dell'imputato contumace, anche in relazione all'effetto espansivo dell'art. 6 CEDU e della corrispondente giurisprudenza della Corte di Strasburgo - Illegittimità costituzionale in parte qua - Decisione non incidente sui presupposti fissati dalla legge per l'accesso del contumace inconsapevole al meccanismo di garanzia.

È costituzionalmente illegittimo l'art. 175, comma 2, c.p.p., nella parte in cui preclude la restituzione del contumace, che non aveva avuto cognizione del processo, nel termine per proporre impugnazione, quando la stessa impugnazione sia già stata proposta dal difensore. Premesso che tra il diritto di difesa del contumace inconsapevole e il principio di ragionevole durata del processo, di cui al comma 2 dell'art. 111 cost., non può darsi alcuna possibilità di bilanciamento, giacché un processo non "giusto", perché carente sotto il profilo delle garanzie, non sarebbe conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata, la disposizione censurata, la quale, nella interpretazione che costituisce diritto

vivente, preclude la restituzione del contumace nel termine per proporre impugnazione quando quest'ultima sia stata già proposta dal difensore di ufficio, viola sia il diritto al contraddittorio sancito dall'art. 111 cost., sia il diritto di difesa, riconosciuto dall'art. 24, comma 2, cost., e cioè diritti garantiti da norme costituzionali che entrambe risentono dell'effetto espansivo dell'art. 6 Cedu e della corrispondente giurisprudenza della Corte di Strasburgo, con la precisazione che un incremento di tutela indotto dal dispiegarsi degli effetti della normativa Cedu certamente non viola gli articoli della Costituzione posti a garanzia degli stessi diritti, ma ne esplicita ed arricchisce il contenuto, innalzando il livello di sviluppo complessivo dell'ordinamento nazionale nel settore dei diritti fondamentali, senza che la limitazione censurata possa trovare giustificazione nei principi dell'unicità del diritto all'impugnazione e del divieto di bis in idem, che invece devono essere presi in considerazione sia per ricercare i rimedi ad eventuali giudicati contraddittori che già siano presenti nell'ordinamento positivo, sia per approntare, da parte del legislatore, norme tecniche di dettaglio, volte a rendere maggiormente operativo, sul piano processuale, il principio di garanzia costituito dal diritto del contumace inconsapevole a fruire di una misura ripristinatoria.

Fonti: Giur. cost. 2009, 6, 4747 (nota di: UMBERTIS, BILANCIA,) - Giur. cost. 2010, 2, 1815 (nota di: BUTTURINI)

Classificazione: IMPUTATO NEL PROCESSO PENALE - Contumacia e assenza - - sentenza contumaciale

Giusto processo - In materia penale - In genere - Convenzione europea per i diritti dell'uomo (CEDU) - Confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali - Svolgimento nel senso della massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti - Impossibilità per la Corte costituzionale di sostituire la propria interpretazione di norma CEDU a quella operata dalla Corte di Strasburgo - Spettanza alla Corte costituzionale, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., del compito di valutare, in termini di interpretazione e bilanciamento, come e in qual misura l'interpretazione della CEDU si inserisca nell'ordinamento costituzionale.

La valutazione della q.l.c. dell'art. 175, comma 2, c.p.p., come sostituito dall'art. 1 d.l. 21 febbraio 2005 n. 17, conv., con modificazioni, in l. 22 aprile 2005 n. 60, censurato, in riferimento agli art. 24, 111, comma 1, e 117, comma 1, cost., quest'ultimo in riferimento all'art. 6 Cedu, deve essere condotta con riferimento congiunto ai parametri indicati, nel senso che la valutazione finale circa la consistenza effettiva della tutela in singole fattispecie è frutto di una combinazione virtuosa tra l'obbligo che incombe sul legislatore nazionale di adeguarsi ai principi posti dalla Cedu - nella sua interpretazione giudiziale, istituzionalmente attribuita alla Corte europea ai sensi dell'art. 32 della convenzione -, l'obbligo che parimenti incombe sul giudice comune di dare alle norme interne una interpretazione conforme ai precetti convenzionali e l'obbligo che infine incombe sulla Corte costituzionale - nell'ipotesi di impossibilità di una interpretazione adeguatrice - di non consentire che continui ad avere efficacia nell'ordinamento giuridico italiano una

norma di cui sia stato accertato il deficit di tutela riguardo ad un diritto fondamentale, giacché il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti, con la precisazione che nel concetto di massima espansione delle tutele deve essere compreso il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela, e che tale bilanciamento, in cui si risolve il margine di apprezzamento nazionale, riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte europea, trova nel legislatore il suo riferimento primario, ma spetta anche alla Corte costituzionale nella sua attività interpretativa delle norme costituzionali, il cui rango si riflette sulla norma Cedu, nel momento in cui questa va ad integrare il comma 1 dell'art. 117 cost. (sentt. n. 348, 349 del 2007, 311 del 2009).

Fonti: Giur. cost. 2009, 6, 4747 (nota di: UMBERTIS, BILANCIA,) - Giur. cost. 2010, 2, 1815 (nota di: BUTTURINI)

Classificazione: IMPUTATO NEL PROCESSO PENALE - Contumacia e assenza - - sentenza contumaciale

Imputato nel processo penale - Contumacia e assenza - Sentenza contumaciale - Di condanna - Pregressa impugnazione proposta dal difensore d'ufficio - Restituzione nel termine del contumace per proporre impugnazione ed esercizio del diritto alla prova da parte dell'imputato restituito nel termine - Preclusione - Eccezione di inammissibilità della questione per omessa ricerca di interpretazione conforme a Costituzione - Reiezione.

In relazione alla q.l.c. dell'art. 175, comma 2, c.p.p., come sostituito dall'art. 1 d.l. 21 febbraio 2005 n. 17, conv., con modificazioni, in l. 22 aprile 2005 n. 60, censurato, in riferimento agli art. 24, 111, comma 1, e 117, comma 1, cost., nella parte in cui preclude la restituzione del contumace nel termine per proporre impugnazione quando quest'ultima sia stata già proposta dal difensore di ufficio, e nella parte in cui non consente all'imputato restituito nel termine l'esercizio del diritto alla prova, va disattesa l'eccezione di inammissibilità, per non avere il rimettente considerato la possibilità di dare della disposizione censurata un'interpretazione conforme alla Costituzione. Il rimettente, invero, ha esplicitamente ritenuto di non poter giungere a interpretazione diversa da quella indicata, affermata dalle Sezioni Unite, facendo uso degli ordinari strumenti ermeneutici.

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente:

- Francesco AMIRANTE Presidente
- Ugo DE SIERVO Giudice
- Paolo MADDALENA "
- Alfio FINOCCHIARO "
- Alfonso QUARANTA "

- Franco GALLO "
- Gaetano SILVESTRI "
- Sabino CASSESE
- Maria Rita SAULLE "
- Giuseppe TESAURO "
- Paolo Maria NAPOLITANO "
- Giuseppe FRIGO "
- Alessandro CRISCUOLO "
- Paolo GROSSI "

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 175, comma 2, del codice di procedura penale, promosso dalla Corte di cassazione, nel procedimento penale a carico di F.V., con ordinanza del 17 settembre 2008, iscritta al n. 428 del registro ordinanze 2008 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 1, prima serie speciale, dell'anno 2009.

Visti l'atto di costituzione di F. V. nonché l'atto di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nell'udienza pubblica del 3 novembre 2009 il Giudice relatore Gaetano Silvestri;

uditi l'avvocato Savino Lupo per F. V. e l'avvocato dello Stato Maurizio Greco per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto in fatto

1. – La Corte di cassazione, prima sezione penale, con ordinanza del 17 settembre 2008, ha sollevato – in riferimento agli artt. 24, 111, primo comma, e 117, primo comma, della Costituzione – questione di legittimità costituzionale dell'art. 175, comma 2, del codice di procedura penale, come sostituito dall'art. 1 del decreto-legge 21 febbraio 2005, n. 17 (Disposizioni urgenti in materia di impugnazione delle sentenze contumaciali e dei decreti di condanna), convertito, con modificazioni, dalla legge 22 aprile 2005, n. 60, nella parte in cui preclude la restituzione del contumace nel termine per proporre impugnazione quando quest'ultima sia stata già proposta dal difensore di ufficio, e «nella parte in cui non consente all'imputato restituito nel termine l'esercizio del diritto alla prova».

In via preliminare la Corte rimettente chiarisce come si proceda, nel giudizio principale, a valutare il ricorso per cassazione proposto riguardo ad un provvedimento della Corte di assise di appello di Bologna, con il quale è stata disposta la trasmissione per competenza, alla stessa Corte di legittimità, d'una richiesta di restituzione in termini formulata a norma dell'art. 175, comma 2, cod. proc. pen.

La richiesta in questione era stata avanzata nell'interesse di persona condannata in contumacia per gravissimi delitti, con sentenza della Corte di assise di Piacenza poi confermata, a seguito dell'impugnazione proposta dal difensore d'ufficio, con sentenza del competente giudice di appello, divenuta irrevocabile in difetto di ulteriore impugnazione.

Secondo la Corte d'appello bolognese, quando la sentenza diviene irrevocabile senza che siano stati esperiti in concreto tutti i gradi di giudizio, l'imputato può essere rimesso in termini, nel concorso delle condizioni indicate all'art. 175 cod. proc. pen., con esclusivo riguardo al mezzo di impugnazione non ancora sperimentato. Nei casi di intervenuta celebrazione del giudizio di appello, come quello di specie, l'interessato avrebbe dunque la mera possibilità di promuovere, pur tardivamente, la fase di legittimità del procedimento a suo carico. Di qui la disposta trasmissione degli atti alla Corte suprema, individuata quale giudice competente, nel caso concreto, a valutare la domanda di remissione in termini.

Il difensore di fiducia dell'imputato ha impugnato il provvedimento appena descritto, sul presupposto che lo stesso consista in una dichiarazione di inammissibilità della domanda di restituzione nel termine per proporre un nuovo appello contro la sentenza contumaciale di condanna. Tale lettura è stata condivisa dai giudici di legittimità, i quali hanno dunque considerato ammissibile il ricorso.

Le doglianze difensive si sono incentrate – secondo quanto riferito dalla rimettente – sulla pretesa che l'esercizio della facoltà di appello da parte del difensore «consumi» l'analoga facoltà riconosciuta all'imputato, di talché la restituzione nel termine per proporre il gravame non potrebbe essere disposta in nessun caso. Si è sostenuto, in senso contrario, che il principio di «unicità» del diritto all'impugnazione sarebbe derogato nel caso di persona che non abbia avuto contezza del procedimento a suo carico. Varrebbe qui, in particolare, la norma «speciale» desumibile dal comma 2 dell'art. 175 cod. proc. pen., dopo le modifiche introdotte dal d.l. n. 17 del 2005 e dalla relativa legge di conversione. Dal testo della disposizione è stato infatti eliminato l'inciso che, fino alla novella, aveva precluso la remissione nel termine con riguardo ad impugnazioni già proposte dal difensore dell'interessato. Dunque, secondo il ricorrente, il contumace inconsapevole avrebbe ormai diritto a proporre appello anche quando si determini, per effetto dell'impugnazione precedente, una duplicazione del giudizio di gravame.

Con i motivi aggiunti a sostegno del ricorso, poi, la difesa del condannato contumace ha eccepito l'illegittimità costituzionale dell'art. 175 cod. proc. pen., nella parte in cui non ammette «la possibilità di concedere la restituzione in termini per l'esercizio di tutte quelle facoltà difensive da cui l'imputato contumace è decaduto a causa della completa o parziale ignoranza del percorso processuale».

Sempre in via preliminare, la Corte rimettente precisa d'aver accertato, in esito ad indagini mirate, che nel corso del giudizio a suo carico il ricorrente non era mai stato reperito, neppure al fine di eseguire i provvedimenti coercitivi, di natura cautelare e poi esecutiva, progressivamente adottati nei suoi confronti.

Tutto ciò premesso, il giudice a quo ricorda che la questione posta dalla difesa del ricorrente è stata affrontata dalle Sezioni unite della Corte di cassazione con una recente sentenza (31 gennaio 2008, n. 6026), secondo la quale è preclusa al condannato in contumacia la remissione nel termine per l'impugnazione, quando detta impugnazione sia già stata proposta dal difensore ed il relativo procedimento sia già stato definito.

Il rimettente richiama gli argomenti posti a fondamento della decisione. La giurisprudenza ha tradizionalmente ritenuto che, pur quando la legge accorda a più soggetti la possibilità

di proporre un gravame, vale la regola di «unicità» del diritto all'impugnazione, e che l'atto di esercizio della facoltà «consuma» il potere corrispondente degli ulteriori soggetti legittimati. In particolare, l'impugnazione proposta dal difensore è pur sempre l'espressione di una prerogativa dell'imputato (come si evince, tra l'altro, dalla rubrica dell'art. 571 cod. proc. pen.). D'altra parte la duplicazione del giudizio impugnatorio, per se stessa incompatibile coi principi generali dell'ordinamento, non potrebbe trovare giustificazione nell'assenza di una preclusione formale nel testo novellato dell'art. 175 cod. proc. pen. L'esame dei lavori parlamentari concernenti la legge n. 60 del 2005 (di conversione del d.l. n. 17 del 2005) non varrebbe infatti ad evidenziare, in modo univoco, la intentio sottesa alla soppressione dell'inciso concernente le impugnazioni già proposte. Del resto, si aggiunge, se davvero il legislatore avesse inteso ammettere la celebrazione di un nuovo giudizio di gravame, non avrebbe mancato di regolare la sorte della sentenza già pronunciata in esito al giudizio precedente, e degli atti ad essa prodromici. Dunque, l'eliminazione della disposizione preclusiva sarebbe dovuta alla sua superfluità, essendo il divieto di bis in idem già desumibile dalla disciplina generale delle impugnazioni.

La Corte rimettente afferma di condividere la soluzione adottata dalle Sezioni unite, con la conseguenza che il ricorso sottoposto alla sua valutazione dovrebbe essere respinto, nonostante la tempestività della richiesta di rimessione in termini e l'effettiva inconsapevolezza del richiedente in merito al procedimento celebrato in suo danno.

Proprio in base a tali conclusioni assume rilevanza, sempre secondo il giudice a quo, la questione di legittimità costituzionale enunciata in apertura.

Nel merito, il rimettente sottolinea come l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, nella costante lettura datane dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, garantisca all'accusato il diritto di partecipare al giudizio penale che lo riguarda, ed il diritto altresì, quando il giudizio si svolga senza che l'interessato ne abbia contezza, a misure ripristinatorie che rendano effettivo l'esercizio personale della difesa. La previsione convenzionale, in relazione al disposto del primo comma dell'art. 117 Cost., assume il rango di fonte interposta, cui il diritto interno deve conformarsi, sempre che la fonte sovranazionale esprima una norma compatibile con il dettato della Costituzione ed assicuri un corretto bilanciamento tra l'esigenza di assicurare l'osservanza degli obblighi assunti sul piano internazionale e la tutela di altri beni di adeguata rilevanza costituzionale (sono richiamate le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007).

La Corte rimettente, nonostante il contrario avviso espresso in proposito dalle Sezioni unite della stessa Corte di cassazione, ritiene non manifestamente infondato il sospetto di un contrasto tra la norma censurata e l'art. 6 della Convenzione europea, e di una connessa violazione del parametro costituzionale appena indicato. Dovrebbe escludersi, in particolare, che la preclusione opposta al contumace trovi giustificazione nel necessario bilanciamento del suo diritto alla difesa con l'interesse costituzionalmente protetto alla ragionevole durata del processo (del quale il principio di «consumazione» della facoltà di appello costituirebbe un presidio). Da un lato, infatti, le regole processuali tendenti ad assicurare la «unicità» delle impugnazioni non riceverebbero alcuna diretta copertura costituzionale dal principio della ragionevole durata, che varrebbe unicamente a

precludere la proliferazione irragionevole di adempimenti processuali. Per altro verso, non potrebbe considerarsi «razionale» un bilanciamento di interessi risolto in danno del diritto alla difesa di persone che siano state condannate senza alcuna cognizione del giudizio celebrato nei loro confronti, anche riguardo alla fase d'appello.

Il disvalore del bis in idem non potrebbe essere opposto, secondo la rimettente, a chi non abbia senza colpa partecipato al processo, dovendo pur sempre garantirsi, anche in una prospettiva di massima semplificazione, che la procedura adottata conduca ad un risultato «giusto», con ciò intendendosi, nella specie, un risultato conseguito senza vulnerare il diritto inviolabile alla difesa.

In definitiva, il «risultato dell'interpretazione» elaborata dalle Sezioni unite della Corte suprema, e condivisa dal giudice rimettente, assegnerebbe alla norma censurata un contenuto precettivo non compatibile con l'art. 117, primo comma, Cost. (integrato dalla disposizione convenzionale più volte richiamata), con l'art. 111, primo comma, Cost., che pone direttamente al legislatore l'obbligo di assicurare il giusto processo, e con l'art. 24 Cost. Non sarebbe possibile, d'altra parte, «una interpretazione adeguatrice o secundum constitutionem mediante l'uso degli ordinari strumenti ermeneutici indicati dall'art. 12 delle Disposizioni sulla legge in generale».

2. – Il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, è intervenuto nel giudizio con atto depositato in data 20 gennaio 2009, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile.

Il giudice rimettente, infatti, non avrebbe adempiuto all'obbligo di sperimentare soluzioni interpretative «costituzionalmente orientate», tali da riconoscere il diritto del contumace alla rimessione in termini anche nel caso di impugnazione già proposta dal difensore. Uno spazio in tal senso residuerebbe nonostante l'opposta presa di posizione delle Sezioni unite della Corte suprema, che ha fatto seguito a decisioni di segno contrario (sono citate le sentenze 21 giugno 2006, n. 34468, e 7 dicembre 2006, n. 41711) e non sarebbe stata confermata, in seguito, da pronunce di segno conforme. Non potrebbe dirsi, quindi, che le Sezioni unite abbiano consolidato un indirizzo sfavorevole agli interessi del condannato in contumacia.

L'attività dell'interprete, d'altra parte, non potrebbe prescindere dai precetti fissati nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, secondo la lettura datane dalla Corte europea. Inoltre, il nuovo testo del comma 2 dell'art. 175 cod. proc. pen. non contiene, a differenza di quello originario, alcuna disposizione preclusiva fondata sulla precedente impugnazione del difensore. Sarebbe dunque arbitrario desumerne una regola di inammissibilità per le richieste di rimessione che intervengano dopo un precedente giudizio di gravame. Regola che in effetti – ove ritenuta sussistente – «potrebbe urtare contro i principi contenuti negli artt. 24 e 111 Cost.».

Gli argomenti fondati sulla pretesa «consumazione» del diritto ad impugnare trascurano, ad avviso della difesa erariale, che l'art. 175 cod. proc. pen. non ha solo la funzione di garantire, pur tardivamente, un secondo giudizio sul fatto, ma rappresenta il mezzo per compensare la mancata partecipazione dell'imputato al procedimento che lo riguarda. Il meccanismo anzi, ed «a rigore», costituirebbe un rimedio non «pienamente satisfattivo»,

poiché non asseconda l'aspettativa del condannato in contumacia all'integrale celebrazione del giudizio in sua presenza.

L'interpretazione adottata dal giudice rimettente, infine, provocherebbe un vulnus ad interessi garantiti anche dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'Avvocatura generale ricorda, a tale proposito, che la Corte EDU non ha ancora perfezionato un giudizio di conformità del novellato art. 175 cod. proc. pen. ai precetti della Convenzione, ed ha invece affermato, ripetutamente, che la restituzione in termini del contumace inconsapevole deve essere assicurata «senza ulteriori requisiti o filtri».

3. – Con atto depositato in data 23 gennaio 2009 si è costituito nel giudizio, quale parte del procedimento principale, il ricorrente F.V., nel cui interesse è stata presentata la richiesta di rimessione in termini dichiarata inammissibile dalla Corte di assise di appello di Bologna. La parte premette che il giudizio culminato con la sentenza di condanna si era svolto senza che l'interessato ne avesse avuta contezza, e ripercorre, in termini adesivi, gli argomenti esposti dal giudice rimettente. Viene escluso, in particolare, che l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo possa determinare un vulnus al principio di ragionevole durata del processo, essendo evidente come la semplificazione del rito non possa mai spingersi fino a determinare l'assoluta compressione del diritto di difesa dell'imputato, anche nella prospettiva della produzione di nuove prove che contrastino il quadro cognitivo già valutato ai fini della pronuncia di condanna.

Si ricorda ancora, nell'atto di costituzione, come la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia stabilito che la persona condannata in absentia, quando non sia possibile attribuirle una rinuncia volontaria alla partecipazione, «deve in ogni circostanza poter ottenere che una giurisdizione statuisca nuovamente sul merito delle accuse» (è richiamata la sentenza *Sejdovic c. Italia* del 10 novembre 2004).

Da ultimo, la parte osserva che la stessa celebrazione di un giudizio di appello potrebbe risultare inidonea a garantire il diritto di difesa dell'interessato, se non accompagnata «dall'automatico riconoscimento della facoltà di presentare prove in suo favore». In caso contrario «si rimarrebbe nell'ambito di un processo inevitabilmente ingiusto, ed il grado di appello, seppur celebrato ex novo, si limiterebbe ad una analisi di risultati prodotti da un contraddittorio parziale».

Considerato in diritto

1. – La Corte di cassazione dubita – in riferimento agli artt. 24, 111, primo comma, e 117, primo comma, della Costituzione – della legittimità costituzionale dell'art. 175, comma 2, del codice di procedura penale, come sostituito dall'art. 1 del decreto-legge 21 febbraio 2005, n. 17 (Disposizioni urgenti in materia di impugnazione delle sentenze contumaciali e dei decreti di condanna), convertito, con modificazioni, dalla legge 22 aprile 2005, n. 60, nella parte in cui preclude la restituzione del contumace nel termine per proporre impugnazione quando quest'ultima sia stata già proposta dal difensore di ufficio, e «nella parte in cui non consente all'imputato restituito nel termine l'esercizio del diritto alla prova».

2. – La questione è parzialmente fondata.

2.1. – La questione promossa nel presente giudizio inerisce alla più vasta problematica della garanzia del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio dell'imputato contumace. In particolare si tratta, nel caso di specie, dell'imputato giudicato in contumacia che non abbia avuto contezza del processo e non abbia potuto, per questo motivo, partecipare al suo svolgimento, vedendosi precluso, in tal modo, l'esercizio del proprio diritto di difendersi, anche mediante la produzione di nuove e diverse prove rispetto a quelle presentate dall'accusa.

3. – Il diritto dell'imputato a partecipare personalmente al processo che lo riguarda è sancito dal Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, firmato a New York il 16 dicembre 1966, ratificato e reso esecutivo in Italia in base alla legge 25 ottobre 1977, n. 881 (Ratifica ed esecuzione del patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali, nonché del patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, con protocollo facoltativo, adottati e aperti alla firma a New York rispettivamente il 16 e il 19 dicembre 1966), che attribuisce all'imputato il «diritto di essere presente al processo» (art. 14, comma 3, lettera d).

Il medesimo diritto, nello spazio europeo, è garantito dall'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva in Italia in base alla legge 4 agosto 1955, n. 848 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952), nell'interpretazione datane dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, nei termini più avanti specificati.

Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, con la risoluzione del 21 maggio 1975, n. 11, ha precisato i criteri da seguire nel giudizio in assenza dell'imputato, stabilendo, tra le «regole minime», che «ogni persona giudicata in sua assenza deve poter impugnare la decisione con tutti i mezzi di gravame che le sarebbero consentiti qualora fosse stata presente» (raccomandazione n. 7).

L'art. 3 del Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di estradizione, adottato a Strasburgo il 17 marzo 1978, ratificato e reso esecutivo in Italia in base alla legge 18 ottobre 1984, n. 755 (Ratifica ed esecuzione del secondo protocollo aggiuntivo alla convenzione europea di estradizione, adottato a Strasburgo il 17 marzo 1978), prevede che l'extradizione di un condannato, ai fini dell'esecuzione di una pena inflitta mediante provvedimento reso in contumacia, possa essere subordinata al fatto che la Parte richiedente fornisca «assicurazioni ritenute sufficienti per garantire alla persona la cui estradizione è chiesta il diritto ad un nuovo procedimento di giudizio che tuteli i diritti della difesa».

L'art. 5, numero 1), della Decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea del 13 giugno 2002 (2002/584/GAI), relativa al mandato d'arresto europeo ed alle procedure di consegna tra Stati membri, dispone: «Se il mandato di arresto europeo è stato emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza comminate mediante decisione pronunciata "in absentia", e se l'interessato non è stato citato personalmente né altrimenti informato della data e del luogo dell'udienza che ha portato alla decisione pronunciata in

absentia, la consegna può essere subordinata alla condizione che l'autorità giudiziaria emittente fornisca assicurazioni considerate sufficienti a garantire alle persone oggetto del mandato di arresto europeo la possibilità di richiedere un nuovo processo nello Stato membro emittente e di essere presenti al giudizio».

4. – La Corte europea dei diritti dell'uomo ha interpretato l'art. 6 CEDU con una serie di pronunce (Colozza c. Italia, 12 febbraio 1985; F.C.B. c. Italia, 28 agosto 1991; T. c. Italia, 12 ottobre 1992; Somogyi c. Italia, 18 maggio 2004; Sejdovic c. Italia, 10 novembre 2004 e Idem, Grande Camera, 1° marzo 2006), nelle quali ha dedotto dalla disposizione citata della Convenzione – in particolare dal comma 3 – un gruppo di regole di garanzia processuale rilevanti per la presente questione: a) l'imputato ha il diritto di esser presente al processo svolto a suo carico; b) lo stesso può rinunciare volontariamente all'esercizio di tale diritto; c) l'imputato deve essere consapevole dell'esistenza di un processo nei suoi confronti; d) devono esistere strumenti preventivi o ripristinatori, per evitare processi a carico di contumaci inconsapevoli, o per assicurare in un nuovo giudizio, anche mediante la produzione di nuove prove, il diritto di difesa che non è stato possibile esercitare personalmente nel processo contumaciale già concluso.

5. – Il legislatore italiano ha scelto lo strumento delle misure ripristinatorie, per garantire comunque al contumace inconsapevole la possibilità di esercitare adeguatamente il suo diritto di difesa in giudizio. L'attuale disciplina – parte della quale è oggetto di censura nel presente giudizio – è frutto di una progressiva evoluzione, che giova riassumere, allo scopo di meglio focalizzare la questione oggi sottoposta al vaglio di questa Corte.

Il codice di procedura penale del 1930, nel suo testo originario, consentiva la celebrazione del processo in contumacia, con l'unica garanzia rappresentata dalla previsione che l'estratto della sentenza fosse notificato al contumace, per il quale il termine utile per l'impugnazione decorreva dalla data della notifica (artt. 199 e 500). Con la riforma del 1955, e la conseguente introduzione nel codice di un art. 183-bis, veniva prevista anche per il contumace la possibilità di essere rimesso nel termine per impugnare, qualora non avesse potuto farlo, in precedenza, per «caso fortuito» o «forza maggiore».

Mentre era ancora in vigore la disciplina del 1955, interveniva la prima sentenza della Corte EDU (Colozza c. Italia, 1985), nella quale si riteneva necessario, per garantire il diritto di difesa del contumace inconsapevole, che fosse assicurata una nuova valutazione dell'accusa da parte del giudice, in un procedimento nel cui ambito l'imputato venisse «ascoltato» sul merito dell'imputazione.

Il codice di procedura penale del 1988 stabiliva alcune nuove regole in materia di processo all'imputato contumace (regole «anticipate» di qualche mese, attraverso la modifica di alcune norme del codice del 1930, dalla legge 23 gennaio 1989, n. 24, recante «Nuova disciplina della contumacia»).

La possibilità per il difensore di impugnare la sentenza a carico del contumace veniva accordata alla sola condizione che lo stesso difensore fosse munito di uno specifico mandato in tal senso (comma 3 dell'art. 571). Questa Corte deduceva da tale norma la ratio che fosse stata «privilegiata l'autodifesa rispetto alla difesa tecnica» (sentenza n. 315 del 1990). Si subordinava la restituzione nel termine alla prova, da parte del condannato, di

aver ignorato il provvedimento senza sua colpa (comma 2 dell'art. 175). Veniva fissato un termine di dieci giorni dalla cognizione dell'atto e si precludeva la rimessione nel termine per l'impugnazione, a favore dell'imputato, qualora il difensore avesse già impugnato la sentenza. Infine l'art. 603, ancora in vigore, ammetteva, alle medesime condizioni previste per l'impugnazione tardiva nel testo originario del comma 2 dell'art. 175 cod. proc. pen., il diritto alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale.

Intervenendo nuovamente con la legge 16 dicembre 1999, n. 479 (Modifiche alle disposizioni sul procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica e altre modifiche al codice di procedura penale. Modifiche al codice di procedura penale e all'ordinamento giudiziario. Disposizioni in materia di contenzioso civile pendente, di indennità spettanti al giudice di pace e di esercizio della professione forense), il legislatore sopprimeva la necessità del mandato speciale al difensore per impugnare la sentenza resa a carico del contumace, ma non eliminava per quest'ultimo la preclusione ad una restituzione nel termine per l'impugnazione, nel caso che questa fosse stata già proposta dal difensore medesimo.

Intervenivano quindi altre due significative pronunce della Corte di Strasburgo (in particolare, la decisione 11 settembre 2003 nel procedimento Sejdovic c. Italia, e la successiva sentenza, nello stesso procedimento, in data 10 novembre 2004). In tali pronunce si censurava la legislazione italiana per l'eccessiva difficoltà di provare il difetto di conoscenza e per l'estrema brevità (dieci giorni) del tempo utile per la presentazione dell'istanza di restituzione nel termine per impugnare la sentenza contumaciale. Con la seconda delle decisioni citate, la Corte europea segnalava un «problema strutturale connesso ad una disfunzione della legislazione italiana».

Tenendo conto di tale giurisprudenza della Corte EDU, il legislatore è intervenuto ancora una volta in materia, con una nuova formulazione dell'art. 175 cod. proc. pen., introdotta dal decreto-legge n. 17 del 2005 e dalla relativa legge di conversione, che detta alcune nuove regole: a) il contumace non deve più provare l'inconsapevolezza dell'esistenza del procedimento o del provvedimento, per la cui impugnazione chiede di essere rimesso in termini, con la conseguenza che l'onere della prova ricade su chi sostiene invece la consapevolezza; b) il termine per la richiesta è aumentato a trenta giorni dalla conoscenza dell'atto; c) non è riprodotta l'esplicita preclusione ad una restituzione dell'imputato, nel termine per impugnare, in caso di impugnazione già proposta dal difensore.

6. – Dopo la riforma del 2005, la Corte di cassazione aveva ritenuto in due pronunce (sez. I, 21 giugno 2006, n. 34468; sez. I, 7 dicembre 2006, n. 41711) che, in base al nuovo testo dell'art. 175 cod. proc. pen., fosse ammissibile la restituzione del contumace nel termine per impugnare anche dopo l'impugnazione del difensore. Nella seconda delle pronunce citate, la Corte di legittimità segnalava che l'art. 669 cod. proc. pen. prevede appositi rimedi per rimuovere l'eventuale contrasto tra giudicati, nell'ipotesi di una pluralità di sentenze emesse, per lo stesso fatto, a carico della medesima persona.

È tuttavia intervenuta, successivamente, una sentenza delle Sezioni unite della stessa Corte di cassazione (31 gennaio 2008, n. 6026), che ha capovolto l'interpretazione precedente ed ha sviluppato una serie di argomenti, che possono essere considerati all'origine della

presente questione di legittimità costituzionale. Si afferma che il codice di rito vigente è caratterizzato dal principio dell'unicità del diritto di impugnazione, collegato al principio del *ne bis in idem*, da ritenere fondamentale nel nostro ordinamento processuale. A ciò si aggiunge che la Corte costituzionale non avrebbe negato, in linea di principio, la validità delle misure ripristinatorie ai fini della difesa del contumace inconsapevole e che l'art. 6 CEDU non accorderebbe allo stesso una tutela maggiore di quella offerta dall'art. 111 Cost. Si deve tener conto – sempre secondo le Sezioni unite – che, con la modifica dell'art. 571 cod. proc. pen., il legislatore ha consentito l'impugnazione senza mandato da parte del difensore, affermando così il primato della difesa tecnica su quella personale. Segue il richiamo alle sentenze nn. 348 e 349 del 2007 di questa Corte, dalle quali si ricaverebbe la necessità di bilanciare la difesa dell'imputato contumace ed il principio di ragionevole durata del processo, di cui l'unicità dell'impugnazione sarebbe diretta proiezione. Il duplice esercizio del diritto all'impugnazione entrerebbe in conflitto con tale principio e non potrebbe pertanto essere introdotto nell'ordinamento processuale italiano.

Quanto alla recente modifica dell'art. 175 cod. proc. pen., ed in particolare all'eliminazione dell'inciso che precludeva la restituzione in termini nel caso di gravame già proposto dal difensore, i lavori parlamentari non offrirebbero una chiave interpretativa univoca circa l'intenzione del legislatore.

Non si dovrebbe trascurare, infine, la possibilità che i contumaci, in caso di ammissibilità della doppia impugnazione, rendano sempre provvisorie le sentenze emesse nei loro confronti.

Dopo la suddetta sentenza delle Sezioni unite, la Corte di cassazione ha aderito, con tre pronunce – l'ultima delle quali è quella che ha sollevato la presente questione – al nuovo orientamento interpretativo (l'ordinanza di rimessione è stata preceduta da sez. I, 11 novembre 2008, n. 33 del 2009, e sez. I, 10 dicembre 2008, n. 8429 del 2009). Non si rilevano decisioni difformi. Si può concludere quindi che sul punto si è formato un vero e proprio «diritto vivente», che impone a questa Corte di incentrare le sue valutazioni sulla norma impugnata nell'interpretazione dominante, fatta propria dal giudice a quo.

L'imputato giudicato in contumacia resta così privo, nel caso che il suo difensore abbia già promosso un giudizio impugnatorio, della possibilità di chiedere la restituzione nel termine per impugnare e, conseguentemente, dell'effettività del diritto ad essere presente nel processo che lo riguarda.

L'esistenza di un diritto vivente nel senso indicato non consente di accogliere la richiesta dell'Avvocatura dello Stato di una pronuncia di inammissibilità, per non avere il rimettente considerato la possibilità di dare della disposizione censurata un'interpretazione conforme alla Costituzione, sulla falsariga delle pronunce della Corte di cassazione anteriori alla sentenza delle Sezioni unite n. 6026 del 2008. Al contrario, lo stesso giudice ha esplicitamente ritenuto di non poter giungere a interpretazione diversa da quella delle Sezioni unite, facendo uso degli ordinari strumenti ermeneutici.

7. – Identificato come sopra l'oggetto del presente giudizio, la valutazione della questione di legittimità costituzionale concernente l'art. 175, comma 2, cod. proc. pen. deve essere condotta in riferimento congiunto ai parametri di cui agli artt. 117, primo comma – in

relazione all'art. 6 CEDU, quale interpretato dalla Corte di Strasburgo – 24 e 111, primo comma, Cost. Occorre infatti mettere in rilievo la compenetrazione delle tutele offerte da queste tre norme, ai fini di un adeguato esercizio del diritto di difesa. Questa Corte ha già chiarito che l'integrazione del parametro costituzionale rappresentato dal primo comma dell'art. 117 Cost. non deve intendersi come una sovraordinazione gerarchica delle norme CEDU – in sé e per sé e quindi a prescindere dalla loro funzione di fonti interposte – rispetto alle leggi ordinarie e, tanto meno, rispetto alla Costituzione. Con riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa. Se si assume questo punto di partenza nella considerazione delle interrelazioni normative tra i vari livelli delle garanzie, si arriva facilmente alla conclusione che la valutazione finale circa la consistenza effettiva della tutela in singole fattispecie è frutto di una combinazione virtuosa tra l'obbligo che incombe sul legislatore nazionale di adeguarsi ai principi posti dalla CEDU – nella sua interpretazione giudiziale, istituzionalmente attribuita alla Corte europea ai sensi dell'art. 32 della Convenzione – l'obbligo che parimenti incombe sul giudice comune di dare alle norme interne una interpretazione conforme ai precetti convenzionali e l'obbligo che infine incombe sulla Corte costituzionale – nell'ipotesi di impossibilità di una interpretazione adeguatrice – di non consentire che continui ad avere efficacia nell'ordinamento giuridico italiano una norma di cui sia stato accertato il deficit di tutela riguardo ad un diritto fondamentale. Del resto, l'art. 53 della stessa Convenzione stabilisce che l'interpretazione delle disposizioni CEDU non può implicare livelli di tutela inferiori a quelli assicurati dalle fonti nazionali.

L'accertamento dell'eventuale deficit di garanzia deve quindi essere svolto in comparazione con un livello superiore già esistente e giuridicamente disponibile in base alla continua e dinamica integrazione del parametro, costituito dal vincolo al rispetto degli obblighi internazionali, di cui al primo comma dell'art. 117 Cost.

È evidente che questa Corte non solo non può consentire che si determini, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., una tutela inferiore a quella già esistente in base al diritto interno, ma neppure può ammettere che una tutela superiore, che sia possibile introdurre per la stessa via, rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale. La conseguenza di questo ragionamento è che il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti.

Nel concetto di massima espansione delle tutele deve essere compreso, come già chiarito nelle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, il necessario bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscano diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela. Questo bilanciamento trova nel legislatore il suo riferimento primario, ma spetta anche a questa Corte nella sua attività interpretativa delle norme costituzionali.

Il richiamo al «margine di apprezzamento» nazionale – elaborato dalla stessa Corte di Strasburgo, come temperamento alla rigidità dei principi formulati in sede europea – trova la sua primaria concretizzazione nella funzione legislativa del Parlamento, ma deve essere sempre presente nelle valutazioni di questa Corte, cui non sfugge che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro. Naturalmente, alla Corte europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale, mentre appartiene alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali – compresi nella previsione generale ed unitaria dell'art. 2 Cost. – si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea.

Il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali.

Questa Corte non può sostituire la propria interpretazione di una disposizione della CEDU a quella della Corte di Strasburgo, con ciò uscendo dai confini delle proprie competenze, in violazione di un preciso impegno assunto dallo Stato italiano con la sottoscrizione e la ratifica, senza l'apposizione di riserve, della Convenzione (sentenza n. 311 del 2009), ma può valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che segue, in termini di interpretazione e bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza.

In sintesi, il «margine di apprezzamento» nazionale può essere determinato avuto riguardo soprattutto al complesso dei diritti fondamentali, la cui visione ravvicinata e integrata può essere opera del legislatore, del giudice delle leggi e del giudice comune, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze.

8. – Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve esaminare l'eventualità che – come affermato dalle Sezioni unite della Corte di cassazione nella citata sentenza n. 6026 del 2008 – il diritto di difesa del contumace inconsapevole debba bilanciarsi con il principio di ragionevole durata del processo, di cui al secondo comma dell'art. 111 della Costituzione.

Tale eventualità deve essere esclusa, giacché il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie. Ciò che rileva è esclusivamente la durata del «giusto» processo, quale delineato dalla stessa norma costituzionale invocata come giustificatrice della limitazione del diritto di difesa del contumace. Una diversa soluzione introdurrebbe una contraddizione logica e giuridica all'interno dello stesso art. 111 Cost., che da una parte imporrebbe una piena tutela del principio del contraddittorio e dall'altra autorizzerebbe tutte le deroghe ritenute utili allo scopo di abbreviare la durata dei procedimenti. Un processo non «giusto», perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata.

In realtà, non si tratterebbe di un vero bilanciamento, ma di un sacrificio puro e semplice, sia del diritto al contraddittorio sancito dal suddetto art. 111 Cost., sia del diritto di difesa, riconosciuto dall'art. 24, secondo comma, Cost.: diritti garantiti da norme costituzionali che entrambe risentono dell'effetto espansivo dell'art. 6 CEDU e della corrispondente giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

È bene chiarire in proposito che un incremento di tutela indotto dal dispiegarsi degli effetti della normativa CEDU certamente non viola gli articoli della Costituzione posti a garanzia degli stessi diritti, ma ne esplicita ed arricchisce il contenuto, innalzando il livello di sviluppo complessivo dell'ordinamento nazionale nel settore dei diritti fondamentali.

9. – A fortiori non possono essere richiamati, per convalidare la legittimità costituzionale della norma censurata, i principi dell'unicità del diritto all'impugnazione e del divieto di bis in idem, da cui non possono essere tratte conclusioni limitative di un diritto fondamentale. Tali principi devono essere presi in considerazione, invece, sia per ricercare i rimedi ad eventuali giudicati contraddittori che già siano presenti nell'ordinamento positivo, sia per approntare, da parte del legislatore, norme tecniche di dettaglio, volte a rendere maggiormente operativo, sul piano processuale, il principio di garanzia costituito dal diritto del contumace inconsapevole a fruire di una misura ripristinatoria. Quest'ultima, per avere effettività, non può essere «consumata» dall'atto di un soggetto, il difensore (normalmente nominato d'ufficio, in tali casi, stante l'assenza e l'irreperibilità dell'imputato), che non ha ricevuto un mandato ad hoc e che agisce esclusivamente di propria iniziativa. L'esercizio di un diritto fondamentale non può essere sottratto al suo titolare, che può essere sostituito solo nei limiti strettamente necessari a sopperire alla sua impossibilità di esercitarlo e non deve trovarsi di fronte all'effetto irreparabile di una scelta altrui, non voluta e non concordata, potenzialmente dannosa per la sua persona.

È appena il caso di aggiungere che questa Corte può intervenire in materia nei limiti della sua competenza e non può incidere sulla conformazione del processo contumaciale, che spetta al legislatore. Si deve soltanto sottolineare che, nell'accogliere parzialmente la questione sollevata dalla Corte rimettente, si elimina una specifica violazione al diritto di difesa ed al contraddittorio dell'imputato contumace inconsapevole, allo scopo di rendere effettiva proprio la misura ripristinatoria scelta dal legislatore – la rimessione nel termine per proporre impugnazione – senza profilare un nuovo modello di processo al contumace. Qualunque decisione di accoglimento produce effetti sistemici; questa Corte non può tuttavia negare il suo intervento a tutela dei diritti fondamentali per considerazioni di astratta coerenza formale.

L'art. 175, comma 2, cod. proc. pen., per i motivi sopra esposti deve essere dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui preclude la restituzione del contumace, che non aveva avuto cognizione del processo, nel termine per proporre impugnazione, quando la stessa impugnazione sia già stata proposta dal difensore. Resta chiaro che la presente decisione attiene alla sola preclusione formale individuata dal diritto vivente (quella cioè derivante dall'esistenza di una pregressa impugnazione), e non incide sui presupposti fissati dalla legge per l'accesso del contumace inconsapevole al meccanismo di garanzia.

10. – Il petitum avanzato dal rimettente comprende anche la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione censurata nella parte in cui non consente all'imputato restituito nel termine l'esercizio del diritto alla prova.

La questione è manifestamente inammissibile.

Si tratta di questione che, avuto riguardo al procedimento principale, pendente davanti al giudice della legittimità, si presenta come astratta e prematura, e quindi irrilevante per la definizione del giudizio. Se rimesso nel termine, l'imputato potrà proporre l'acquisizione di nuove prove nel giudizio di merito, ed in quella sede potrà eventualmente sorgere il problema dell'esercizio del suo diritto alla prova, asseritamente violato dalla norma censurata. Nel processo a quo la Corte di cassazione è chiamata a giudicare soltanto sulla legittimità del diniego di restituzione nel termine pronunciato dalla Corte di assise di appello di Bologna, restando impregiudicata la successiva attività processuale, che si svolgerà nell'ipotesi di apertura del giudizio di impugnazione sinora negato al ricorrente.

PQM

Per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara la illegittimità costituzionale dell'art. 175, comma 2, del codice di procedura penale, nella parte in cui non consente la restituzione dell'imputato, che non abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento, nel termine per proporre impugnazione contro la sentenza contumaciale, nel concorso delle ulteriori condizioni indicate dalla legge, quando analoga impugnazione sia stata proposta in precedenza dal difensore dello stesso imputato;

dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 175, comma 2, cod. proc. pen., nella parte in cui non consente all'imputato restituito nel termine l'esercizio del diritto alla prova, sollevata, in riferimento agli artt. 24, 111, primo comma e 117, primo comma, della Costituzione, dalla Corte di cassazione, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 30 novembre 2009.

Depositata in Cancelleria il 4 dicembre 2009.

Fonti: Foro amm. CDS 2010, 2, 246 (s.m) - Riv. it. dir. lav. 2010, 2, II, 389 (nota di: AVALLONE)

Publica 2010 - Foro it. 2010, 4, I, 1073 - Giur. cost. 2009, 6, 4657 (nota di: MASSA) - Giust. civ. 2010, 10, I, 2123

Classificazione: ISTRUZIONE PUBBLICA - Personale non insegnante delle scuole secondarie. IMPIEGATI COMUNALI, PROVINCIALI E REGIONALI - In genere. IMPIEGATI DELLO STATO - Trasferimenti (anche per il trasferimento alla Regione). IMPIEGATI COMUNALI, PROVINCIALI E REGIONALI - Inquadramento - - in genere

Impiegati dello Stato - Personale degli enti locali trasferito nei ruoli del personale amministrativo, tecnico ed ausiliario statale (ATA) - Trattamento economico - Previsione, con legge di interpretazione autentica, dell'inquadramento nelle qualifiche funzionali e nei profili professionali dei corrispondenti ruoli statali, sulla base del trattamento economico complessivo in godimento all'atto del trasferimento - Dedotta violazione degli obblighi internazionali derivanti dall'art. 6 della Cedu, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, per indebita interferenza su controversie giudiziarie pendenti - Esclusione - Non fondatezza delle questioni.

Non sono fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 218, della legge 23 dicembre 2005 n. 266, censurato, in riferimento all'art. 117, primo comma, cost. ed all'art. 6 della Cedu, nella parte in cui, interpretando l'art. 8, comma 2, della legge 3 maggio 1999 n. 124, stabilisce che il personale degli enti locali trasferito nei ruoli del personale amministrativo, tecnico ed ausiliario statale (ATA) venga inquadrato nelle qualifiche funzionali e nei profili professionali dei corrispondenti ruoli statali, sulla base del trattamento economico complessivo in godimento all'atto del trasferimento. La Corte ha già in passato affermato che l'inquadramento stipendiale nei ruoli statali del personale ATA in ragione del maturato economico costituiva una delle possibili varianti di lettura della norma interpretata e che non poteva essersi formato un legittimo affidamento con riferimento al trattamento retributivo derivante dalla valutazione dell'intera anzianità maturata presso gli enti di provenienza, sia per il tipo di interpretazione adottata in sede di contrattazione collettiva, sia per il richiamo espresso al principio dell'invarianza della spesa in sede di primo inquadramento del personale proveniente dagli enti locali. Posto che la Corte di Strasburgo ha ritenuto che il principio dello Stato di diritto e la nozione di processo equo sanciti dall'art. 6 della Cedu vietano l'interferenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia destinata a influenzare l'esito di controversie in atto ma non vietano in assoluto interventi retroattivi dei legislatori nazionali, deve escludersi la sussistenza di un principio secondo cui la necessaria incidenza delle norme retroattive sui procedimenti in corso si porrebbe automaticamente in contrasto con la Convenzione europea. Nella specie, il legislatore non ha travalicato i limiti fissati dalla Convenzione. La vicenda normativa in esame non solo non determina una reformatio in malam partem di una situazione patrimoniale in precedenza acquisita, ma si dimostra coerente con l'esigenza di armonizzare situazioni lavorative tra loro differenziate all'origine, conformemente al principio di parità di trattamento di situazioni analoghe nei rapporti di lavoro pubblico. In

conclusione, ricorrono più d'una tra quelle ragioni imperative di interesse generale che consentono, nel rispetto dell'art. 6 Cedu, interventi retroattivi: in primis, emerge dalla norma censurata l'esigenza di ristabilire una delle possibili direzioni dell'originaria intenzione del legislatore; inoltre, l'intervento normativo de quo non ha vanificato del tutto i diritti sorti ed acquisiti sulla base della legge interpretata; infine, risulta evidente la conformità di tale interpretazione con la finalità di garantire una generale perequazione di tutti i lavoratori del comparto scuola. V., citati, i precedenti di cui alla sentenza n. 234/2007 e alle ordinanze n. 212/2008 e n. 400/2007.

Note giurisprudenziali:

Giust. civ., 2010, 10, 00, 2130

(1) Le questioni di legittimità costituzionale decise dalla pronuncia in esame sono state sollevate da Cass., ord. 4 settembre 2008 n. 22260 (in Lav. p.a. , 2008, 632) e App. Ancona, ord. 26 settembre 2008 (cinque ordinanze), in G.U. , 1^a sr. speciale, rispettivamente, n. 52 del 2008 e 5 del 2009.

In dottrina a commento della decisione della Corte suprema di cassazione con cui è stato promosso il giudizio di legittimità costituzionale, cfr.: Morelli A., Interpretazione autentica e giusto processo. Torna al vaglio della Corte costituzionale la disposizione interpretativa della disciplina sul trasferimento del personale Ata dagli enti locali allo Stato ; Guariso , La violazione del principio del giusto processo tra Corte di giustizia e Corte costituzionale , in Riv. crit. dir. lav. , 2008, 1069.

Con la sentenza in commento, il giudice delle leggi, come ricordato altresì in motivazione, ha confermato l'orientamento della più recente giurisprudenza di legittimità (Cass. 16 gennaio 2008 n. 677, ivi , 213, con nota di Russi , Ancora sulla « vicenda Ata »: opposte opinioni in tema di trasferimento di attività ; in Rass. avv. St. , 2007, n. 3, p. 167, con nota di Varone , L'anzianità di servizio del personale Ata transitato nella scuola statale), secondo cui:

- in tema di personale degli enti locali trasferito nei ruoli del personale Ata (amministrativo, tecnico, ausiliario) dello Stato, l'art. 1, comma 218, l. n. 266 del 2005 - il quale dispone, in particolare, che l'art. 8, comma 2, l. n. 124 del 1999 si interpreta nel senso che il predetto personale è inquadrato nei ruoli statali « sulla base del trattamento economico complessivo in godimento all'atto del trasferimento, con l'attribuzione della posizione stipendiale di importo pari o immediatamente inferiore al trattamento annuo in godimento al 31 dicembre 1999 » - deve qualificarsi effettivamente come norma di interpretazione autentica, della quale possiede i requisiti essenziali, riscrivendo una regola di giudizio che, lungi dal determinare l'esito di specifiche ed individuate controversie, è destinata ad operare in termini generali per le controversie già avviate come per quelle future, rispetto alle quali assume anche un evidente scopo preventivo. L'anzidetto comma 218, infatti, manifesta espressamente l'intento di precisare e chiarire la portata della norma interpretata e si limita ad intervenire, con effetti retroattivi, soltanto su quei suoi profili applicativi che avevano dato luogo ad incertezze; inoltre, il suo contenuto normativo corrisponde ad uno dei possibili significati da ascrivere alla norma interpretata, posto che, a fronte di una lettura del sintagma « anzianità giuridica ed economica » di cui al comma 2

dell'art. 8 l. n. 124, cit. coestensiva rispetto al significato letterale dei termini ivi utilizzati, il legislatore del 2005 ha optato per una interpretazione restrittiva - non soltanto consentita, al pari di altre opzioni ermeneutiche, dal testo della disposizione, ma anche più coerente rispetto alle previsioni, di cui all'art. 5 l. n. 124, cit., di invarianza della spesa nell'operazione di trasferimento (cfr. C. cost. n. 234 del 2007) - per cui gli effetti dell'anzianità giuridica sono limitati a quelli che essa abbia eventualmente già prodotto nel precedente rapporto;

- l'art. 1, comma 218, cit., il quale, interpretando autenticamente l'art. 8, comma 2, l. n. 124, cit., ha disciplinato, con effetti retroattivi, l'anzianità giuridica ed economica riconosciuta al personale trasferito dagli enti locali ai ruoli del personale Ata dello Stato, disponendo in termini meno favorevoli di quelli in precedenza stabiliti, non si pone in contrasto con l'art. 117, comma 1, cost. e, per suo tramite, con l'art. 6, § 1, Cedu, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte europea (sez. gr., 29 marzo 2006), giacché il legislatore, lungi dal porsi come esclusivo obiettivo quello di influire sulla soluzione delle controversie in corso ed operando nel senso di armonizzare situazioni differenziate all'origine, ha realizzato un riassetto organizzativo di ampia portata, rendendo palesi le pressanti ragioni di interesse generale che, in materia civile, abilitano, secondo la stessa giurisprudenza della Corte europea, anche interventi retroattivi, tanto più là dove questi, oltre a non vanificare totalmente i crediti già sorti, implicano una rimodulazione del diritto in una delle direzioni in astratto plausibili anche secondo la legge interpretata;

- la vicenda del trasferimento, in base alla l. n. 124, cit., del personale degli enti locali nei ruoli del personale Ata (amministrativo, tecnico, ausiliario) dello Stato non è riconducibile al campo di applicazione delle direttive comunitarie in materia di trasferimento d'azienda (direttiva n. 77/187/ Cee, mod. dalla direttiva n. 98/50/ Ce), giacché, anche in ragione dei principi desumibili dall'interpretazione di dette direttive da parte della giurisprudenza della Corte di giustizia (C. giust. Ce 26 settembre 2000 in causa C-175/99; C. giust. Ce 25 gennaio 2001 in causa C-172/99, essa non si è concretata nell'assegnazione, preesistente al passaggio di personale, di una attività unitariamente considerata di competenza di un determinato soggetto pubblico ad altro soggetto, quale ipotesi che configura il conferimento o il trasferimento di attività cui l'art. 34 d. lgs. n. 29 del 1993, e successive modificazioni, riconnette, nell'ambito del rapporto di lavoro pubblico, l'applicazione dell'art. 2112 c.c. Di conseguenza, deve escludersi che l'art. 1, comma 218, cit., interpretando autenticamente l'art. 8, comma 2, l. n. 124, cit., nel senso che, relativamente alla vicenda del trasferimento del suddetto personale Ata, gli effetti dell'anzianità giuridica sono limitati a quelli che essa abbia eventualmente già prodotto nel precedente rapporto, si ponga in contrasto con il diritto comunitario innanzi richiamato, in quanto disposizione che, appunto, regola una fattispecie estranea al suo campo applicativo, e, dunque, neppure necessita di essere oggetto di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, comma 3, del Trattato Ue.

Giur. cost., 2009, 06, 00, 4679A

(1-3) Si rammenta che secondo la giurisprudenza della Corte «il thema decidendum del giudizio incidentale di legittimità costituzionale è delimitato dall'ordinanza di rimessione e

non è consentito alle parti ampliarlo» (cfr., ex plurimis, decc. nn. 464 del 1999, 174 del 2003, 234 del 2006, 220, 329, 349 e 351 del 2007, 86, 132, 194, 212, 214, 242, 328, 362, 364 del 2008, 10, 56 e 236 del 2009).

Sul rango e sull'efficacia delle norme della CEDU e sul ruolo, rispettivamente, dei giudici nazionali e della Corte di Strasburgo, nell'interpretazione ed applicazione della Convenzione europea, cfr. sentt. nn. 348 e 349 del 2007. Si segnala che, nel caso di specie, la Corte rammenta che «al giudice nazionale, in quanto giudice comune della Convenzione, spetta il compito di applicare le (...) norme [della Cedu], nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo, alla quale questa competenza è stata espressamente attribuita dagli Stati contraenti (...); nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione europea, il giudice nazionale comune deve (...) procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale, fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica (...); solo quando ritiene che non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa, il giudice comune, il quale non può procedere all'applicazione della norma della CEDU (allo stato, a differenza di quella comunitaria provvista di effetto diretto) in luogo di quella interna contrastante, tanto meno fare applicazione di una norma interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione, deve sollevare la questione di costituzionalità (anche sent. n. 239 del 2009), con riferimento al parametro dell'art. 117, comma 1, Cost., ovvero anche dell'art. 10, comma 1, Cost., ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta» (corsivi aggiunti).

Fonti: Giur. cost. 2009, 6, 4657 (nota di: MASSA)

Classificazione: CORTE COSTITUZIONALE - Costituzionalità (questione di) - - in genere

Leggi, decreti e regolamenti - In genere - Potestà legislativa - Limite del rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali (art. 117, primo comma, Cost.) - Obblighi derivanti dalla convenzione europea per i diritti dell'uomo (CEDU) - Eventuale contrasto di norma interna con la norma internazionale - Impossibilità di interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione convenzionale - Necessità di proposizione della questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost..

Il contrasto di una norma nazionale con una norma convenzionale, in particolare della Cedu, si traduce in una violazione dell'art. 117, comma 1, cost. Il giudice nazionale ha il compito di applicare le norme della Cedu, nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, e, laddove si profili un contrasto tra la norma interna e quella della convenzione, deve procedere ad una interpretazione della prima conforme alla seconda, e, ove ciò non sia possibile, il giudice, non potendo applicare la norma della Cedu in luogo di quella interna, né potendo applicare la norma nazionale che abbia ritenuto in contrasto con quella convenzionale (e, pertanto, con la Costituzione), deve sollevare la questione di costituzionalità ai sensi dell'art. 117, comma 1, cost. (sentt. n. 348 e 349 del 2007, 239 del 2009).

Fonti: Giur. cost. 2009, 6, 4657 (nota di: MASSA)

Classificazione: CORTE COSTITUZIONALE - Costituzionalità (questione di) - - ordinanza di rimessione

Corte costituzionale - Costituzionalità (questione di) In genere - Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale -Thema decidendum- Questione di legittimità costituzionale sollevata solo dalle parti del giudizio principale - Inammissibilità - Fattispecie.

Nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale il "thema decidendum" è individuato dalle ordinanze di rimessione, non potendo essere prese in considerazione le censure svolte solo dalle parti del giudizio principale (nella specie, la parte privata aveva dedotto la illegittimità costituzionale della norma censurata per violazione degli art. 10 e 11 cost., parametri non evocati dai rimettenti) (sentt. n. 234, 310 del 2006, 349 del 2007).

LA CORTE COSTITUZIONALE

- Francesco AMIRANTE Presidente
- Ugo DE SIERVO Giudice
- Paolo MADDALENA "
- Alfio FINOCCHIARO "
- Alfonso QUARANTA "
- Franco GALLO "
- Gaetano SILVESTRI "
- Sabino CASSESE "
- Maria Rita SAULLE "
- Giuseppe TESAURO "
- Paolo Maria NAPOLITANO "
- Giuseppe FRIGO "
- Alessandro CRISCUOLO "
- Paolo GROSSI "

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 218, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge finanziaria 2006), promossi dalla Corte di cassazione con ordinanza del 4 settembre 2008 e dalla Corte d'appello di Ancona con n. 5 ordinanze del 26 settembre 2008, rispettivamente iscritte ai numeri 400 del registro ordinanze 2008, 15, 16, 17, 18 e 19 del registro ordinanze 2009 e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica numeri 52, prima serie speciale, dell'anno 2008 e 5, prima serie speciale, dell'anno 2009.

Visti l'atto di costituzione di N. P. nonché gli atti di intervento del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nell'udienza pubblica del 3 novembre 2009 e nella camera di consiglio del 4 novembre 2009 il Giudice relatore Giuseppe Tesaurò;

uditi gli avvocati Isacco Sullam, Nicola Zampieri e Arturo Salerni per N. P. e l'avvocato dello Stato Giuseppe Fiengo per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto in fatto

1. – La Corte di cassazione, con ordinanza del 4 settembre 2008 (r.o. n. 400 del 2008), ha sollevato, in riferimento agli articoli 117, primo comma, della Costituzione e 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (infra, anche CEDU o Convenzione europea), resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848, questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 218, della legge 23 dicembre 2005 n. 266 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge finanziaria 2006), il quale ha stabilito, tra l'altro, che il comma 2 dell'articolo 8 della legge 3 maggio 1999, n. 124 (Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico), si interpreta nel senso che il personale degli enti locali trasferito nei ruoli del personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (denominato ATA e d'ora in poi così indicato) statale è inquadrato, nelle qualifiche funzionali e nei profili professionali dei corrispondenti ruoli statali, sulla base del trattamento economico complessivo in godimento all'atto del trasferimento.

2. – La Corte rimettente premette in fatto che la ricorrente, appartenente al personale ATA, già dipendente di ente locale e passata alle dipendenze dell'amministrazione scolastica statale ai sensi dell'art. 8 della legge n. 124 del 1999, aveva chiesto, con ricorso al Tribunale di Venezia del 27 marzo 2003, proposto nei confronti del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, di accertare il proprio diritto al riconoscimento integrale dell'anzianità di servizio maturata al tempo del trasferimento del rapporto di lavoro, con condanna dell'amministrazione statale al pagamento delle conseguenti differenze retributive dal 1° gennaio 2000, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

Il Tribunale, con la sentenza di cui è chiesta la cassazione, aveva accertato «l'invalidità e la conseguente inefficacia» della disposizione contenuta nell'art. 3, comma 1, dell'accordo tra l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (d'ora in poi ARAN) ed i rappresentanti delle organizzazioni e confederazioni sindacali in data 20 luglio 2000, recepito nel decreto ministeriale 5 aprile 2001, per contrasto con quanto stabilito dal combinato disposto dei commi 2 e 3 dell'art. 8 della legge n. 124 del 1999.

La Corte di cassazione espone che l'amministrazione, in prossimità dell'udienza, ha invocato la sopravvenuta interpretazione autentica dell'art. 8 citato, ad opera dell'art. 1, comma 218, della legge 23 dicembre 2005, n. 266.

2.1. – A giudizio della Corte rimettente tale norma possiede i requisiti essenziali delle norme interpretative, in quanto procede a riscrivere una regola destinata ad operare in termini generali per le controversie in corso e per quelle future. Il citato comma 218 avrebbe l'espresso intento di precisare e chiarire la portata della norma interpretata, limitandosi ad intervenire, con effetti retroattivi, soltanto su quei suoi profili applicativi che

avevano originato un contenzioso. Il contenuto normativo della disposizione corrisponderebbe ad uno dei possibili significati ascrivibili alla disposizione interpretata, in quanto il legislatore avrebbe optato per una lettura restrittiva del sintagma «anzianità giuridica ed economica» di cui al comma 2 dell'art. 8 della legge n. 124 del 1999.

Ciò posto, in punto di rilevanza il giudice rimettente sottolinea la necessità di dover dare applicazione, nel giudizio a quo, allo *ius superveniens*, mediante accoglimento del ricorso, con la conseguenza di dover, peraltro, operare un *revirement* rispetto alle conclusioni cui era pervenuta, in ordine al senso da attribuire alla disposizione del comma 2 dell'art. 8 della legge n. 124 del 1999. La Corte di cassazione, infatti, sia pure con percorsi argomentativi diversi, aveva affermato «che la garanzia del riconoscimento ai fini giuridici, oltretutto economici, dell'anzianità maturata presso gli enti locali, in favore dei dipendenti coinvolti nel passaggio dai ruoli di tali enti in quelli del personale statale, in quanto apprestata dalla legge, non potesse essere ridotta, in forza di norme di rango inferiore, alla sola garanzia del riconoscimento economico dell'anzianità, e risolversi nell'attribuzione al dipendente del c.d. maturato economico, così come disposto nel d.m. 5 aprile 2001 conformemente ai contenuti dell'Accordo 20 luglio 2000 fra l'ARAN e le OO.SS.».

Ancora, a giudizio della Corte i dubbi di legittimità costituzionale della norma interpretativa, peraltro sollecitati dalla controrricorrente, in relazione alla violazione dell'art. 6, comma 1, della Convenzione europea per la protezione dei diritti dell'uomo, investono la norma di legge della quale dovrebbe farsi applicazione per la decisione del ricorso.

Non sarebbe, invece, configurabile una questione pregiudiziale, ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE, per stabilire se la fattispecie a giudizio sia riconducibile o meno alla direttiva 77/187/CEE (modificata dalla direttiva 98/50/CE), in quanto la vicenda del trasferimento, previsto dalla legge n. 124 del 1999, sarebbe estranea al campo di applicazione delle direttive comunitarie in materia di trasferimento d'azienda.

2.2. – La ritenuta rilevanza della questione nel giudizio a quo conduce la rimettente a sottoporre il dubbio di legittimità costituzionale allo scrutinio di non manifesta infondatezza.

La Corte di cassazione ricorda, in proposito, che sebbene già in precedenza, con la sentenza 16 gennaio 2008 n. 677, essa avesse concluso nel senso della manifesta infondatezza della questione, nuove argomentazioni, anche adottate dalla parte, impongono di affrontare nuovamente la questione, in quanto la funzione nomofilattica del giudice di legittimità si atteggia in maniera diversa a seconda che la Corte sia chiamata a pronunciarsi sull'esatta osservanza della legge, ovvero a valutare la manifesta infondatezza di un dubbio di legittimità costituzionale della stessa legge. Ciò, in quanto in tal caso si tratterebbe soltanto di ritenere o meno manifestamente infondato “un dubbio”, formula questa, che impone al giudice il dovere di sollevare la questione di costituzionalità, tutte le volte in cui, esclusa un'interpretazione costituzionalmente orientata, residui un “non implausibile argomento”, che deponga in senso contrario.

Tanto premesso, la Corte procede quindi a valutare se l'art. 1, comma 218, della legge n. 266 del 2005 contrasti con l'art. 117, primo comma, Cost., per violazione dell'obbligo internazionale assunto dall'Italia con la CEDU, che, all'art. 6, comma 1, prescrivendo il

diritto ad un giusto processo dinanzi ad un tribunale indipendente ed imparziale, imporrebbe al potere legislativo di non intromettersi nell'amministrazione della giustizia allo scopo d'influire sulla singola causa o su di una determinata categoria di controversie.

Ad avviso della rimettente, occorre verificare se la disposizione in esame violi l'obbligo dello Stato italiano di rispettare l'art. 6, comma 1, CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, che fornisce concretezza e contenuto al parametro costituzionale invocato del rispetto degli obblighi internazionali.

Il giudice di legittimità sottolinea come in precedenza la sentenza n. 677 del 2008 aveva negato che l'art. 1, comma 218, della legge n. 266 del 2005 violasse l'obbligo imposto dall'art. 6, comma 1, della Convenzione, dal momento che non sarebbe sussistito alcun elemento che inducesse a ritenere la disposizione nazionale come esclusivamente diretta ad influire sulle controversie in corso. Piuttosto, risultava che il legislatore aveva provveduto ad un complessivo riassetto organizzativo, nell'ambito del quale dovevano ritenersi sussistenti «pressanti ragioni di interesse generale» che rendevano quindi legittimo l'intervento retroattivo.

Diversamente, la Corte di cassazione, nell'odierna ordinanza osserva che, sebbene sia vero che la sentenza sul caso Scordino c. Italia, n. 36813/1997, ed i precedenti in essa richiamati affermino che il divieto di leggi retroattive riguarda l'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia, finalizzata ad una determinata soluzione delle controversie in corso, altrettanto vero è che tale giurisprudenza non richiede anche che la disposizione retroattiva sia «esclusivamente diretta ad influire sulla soluzione delle controversie in corso», né che tale scopo sia comunque enunciato. Ciò, in particolare si desumerebbe dal fatto che in tali precedenti «la conclusione che l'intervento legislativo volta a volta esaminato costituisca una non consentita ingerenza del potere legislativo sull'esercizio della giurisdizione viene raggiunta sulla scorta, da una parte, dell'esame del risultato che, nel procedimento in relazione al quale viene lamentata l'ingerenza, ha avuto l'applicazione della disposizione denunciata e, dall'altra, della considerazione che lo Stato legislatore era, al tempo stesso, parte di quel procedimento e la disposizione interpretativa assegnava alla disposizione interpretata un significato vantaggioso per lo Stato – parte», come peraltro reso manifesto dalla più recente giurisprudenza della Corte europea (sentenza SCM Scanner de l'Ouest Lyonnais e altri c. Francia, del 21 giugno 2007, ricorso n. 12106/03).

A giudizio della Corte rimettente, proprio tali condizioni ricorrerebbero nel caso in esame, in quanto il notevole contenzioso in atto, inerente alla norma di interpretazione autentica, in relazione alla quale più volte la medesima Corte ha già avuto modo di pronunciarsi, unitamente al rilevante numero di ricorsi pendenti aventi ad oggetto proprio l'interpretazione di detta normativa, indurrebbero ragionevolmente a ritenere che la definizione di tale contenzioso «nel senso, favorevole allo Stato amministrazione, imposto dalla norma interpretativa, rientrasse certo tra le finalità perseguite dal legislatore con l'introduzione di quest'ultima norma».

Non solo, ma l'esigenza di «governare una operazione di riassetto organizzativo» non potrebbe comunque integrare le «imperiose ragioni d'interesse generale», richieste dalla

giurisprudenza di Strasburgo come condizione per superare il divieto d'ingerenza. Del resto, nel procedimento legislativo non vi sarebbe traccia alcuna di siffatta esigenza o di altre ragioni "imperiose o meno", come sarebbe dimostrato dal fatto che tale comma, non presente nell'originario disegno di legge governativo, risulta inserito dalla relatrice nella seduta della V Commissione e votato nei successivi passaggi, caratterizzati dal voto "di fiducia".

Tale conclusione non potrebbe essere esclusa neppure dalla considerazione che il legislatore sarebbe comunque libero di emanare norme interpretative che incidano, in materia civile, su diritti attribuiti dalle leggi in vigore, poiché nel caso in esame non si tratterebbe di ciò, quanto piuttosto dell'intervento, a mezzo di leggi retroattive, sui giudizi pendenti dei quali è parte lo Stato-amministrazione. Infatti, il senso della giurisprudenza della Corte europea è che «la parità delle parti dinanzi al giudice implica la necessità che il potere legislativo non si intrometta nell'amministrazione della giustizia allo scopo d'influire sulla risoluzione della controversia o di una determinata categoria di controversie», scopo questo desunto «dall'incidenza oggettiva che la norma denunciata ha sull'esito di controversie pendenti e dalla qualità di parte dello Stato-amministrazione in tali controversie».

Del resto, a giudizio della rimettente, il fatto che la retroattività sia coesistente alle norme d'interpretazione autentica non sarebbe di ostacolo al rispetto del vincolo in questione, in quanto tale vincolo esigerebbe soltanto che «il legislatore escluda dall'ambito di applicazione della norma interpretativa o, più in generale, della norma dichiarata retroattiva i processi in corso alla data di entrata in vigore della norma, secondo uno schema che il legislatore nazionale ben conosce ed ha più volte praticato».

A nulla varrebbe la possibile obiezione secondo cui una simile tecnica legislativa provocherebbe un proliferare d'iniziativa giudiziarie volto a rendere imm modificabile una situazione di vantaggio, in quanto ciò sembrerebbe postulare «uno Stato-legislatore che, in rapporti di cui sia parte come Stato-amministrazione, accordi una situazione di vantaggio per non adempiere l'obbligazione che su di esso Stato-amministrazione ne deriva, riservandosi poi d'intervenire con legge interpretativa».

Da ultimo, la Corte di cassazione evidenzia come la manifesta infondatezza della questione non avrebbe potuto comunque essere motivata sulla base della sentenza n. 234 del 2007 della Corte costituzionale, che aveva dichiarato non fondata la questione, in quanto relativa a parametri di costituzionalità diversi da quello oggi evocato.

3. – Con atto depositato il 30 dicembre 2008, si è costituita in giudizio la parte privata, N. P., chiedendo che la norma sia dichiarata incostituzionale. A suo giudizio, infatti, la disposizione in esame deve ritenersi costituzionalmente illegittima in quanto incompatibile con le disposizioni della CEDU, norme interposte atte ad integrare il parametro costituzionale, così come interpretate dalla Corte europea, e dunque in contrasto con gli artt. 10, 117 e 111 Cost.

La norma sarebbe illegittima per violazione dei principi della "parità delle armi", di certezza del diritto e di indipendenza del giudice, desunti dall'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo al diritto all'equo processo, contenuto nell'art. 6 della CEDU.

La Corte di Strasburgo, infatti, avrebbe in più occasioni sottolineato come lo Stato non possa introdurre slealmente una interpretazione normativa a suo favore della norma sub iudice, nei giudizi iniziati ed impostati secondo diversi presupposti normativi o giurisprudenziali. L'applicazione dello *ius superveniens* potrebbe ritenersi lecita soltanto in presenza di «*impérieux motifs d'intérêt général*», non ravvisabili in «mere esigenze di natura finanziaria connesse al rischio derivante dalla soccombenza nei giudizi avviati nei confronti dello Stato amministrazione».

La parte privata, inoltre, precisa come in contrario non possa richiamarsi la circostanza che il principio del maturato economico fosse già contenuto nell'accordo del 20 luglio 2001, poichè tale atto sarebbe «intervenido nell'ambito del quadro normativo tracciato dall'art. 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria per il 1990), commi da 1 a 4, che contempla esclusivamente obblighi di informazione e di consultazione», ed anche perchè esso risulterebbe inteso dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca come contratto derogatorio rispetto all'art. 8 della legge n. 124 del 1999, ritenuto ammissibile in forza della pretesa riconducibilità della fattispecie in esame all'art. 2 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 (Razionalizzazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego, a norma dell'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992 n. 421).

Qualunque legge interpretativa che interferisca sulle iniziative giudiziarie promosse nei confronti dello Stato sarebbe, dunque, lesiva dell'autonomia della funzione giurisdizionale e del ruolo nomofilattico della Corte di cassazione, poichè, anche qualora sussistano situazioni di incertezza nell'applicazione del diritto o siano insorti contrasti giurisprudenziali, esclusivamente a tale Corte competerebbe risolvere tali contrasti.

Ancora, si aggiunge, il rapporto tra la normativa interna e quella della Convenzione europea, come interpretata dalla giurisprudenza della Corte, è regolato dal principio di sussidiarietà dell'intervento della Corte di Strasburgo, desumibile dagli articoli 1 e 13, nonché dagli artt. 19, 34 e 35 della medesima Convenzione, che affidano alla giurisdizione del giudice interno il compito di primo tutore dei diritti dell'uomo, con conseguente obbligo di disapplicare la disciplina interna non conforme.

Nel caso di specie la legge finanziaria per il 2006 avrebbe certamente violato l'art. 6 della Convenzione europea, atteso che non solo la norma sarebbe contenuta in una legge normalmente deputata «a far cassa», ma sarebbe stata anche inserita con un «super-emendamento» governativo ed approvata ricorrendo al voto di fiducia.

Tale soluzione interpretativa, inoltre, in quanto intervenuta dopo quasi sei anni dall'entrata in vigore della norma interpretata, avrebbe inciso sul «diritto vivente» formatosi in relazione al computo dell'anzianità maturata nel comparto enti locali.

A giudizio della parte, non varrebbe in contrario richiamare la sentenza della Corte costituzionale n. 234 del 2007 poichè in tale decisione si darebbe comunque atto che «la disposizione dell'art. 8, comma 2, della legge n. 124 del 1999, rappresentava una deroga al principio generale vigente all'epoca della sua entrata in vigore, rispetto alla quale la norma ora censurata si presenta come ripristino della regola generale». La Corte costituzionale

avrebbe, dunque, riconosciuto, con una sentenza «aspramente criticata», che l'interpretazione autentica fornita dalla legge finanziaria aveva carattere innovativo, salvo sostenere poi la legittimità dell'efficacia retroattiva dell'interpretazione in quanto in linea con il principio del maturato economico introdotto con valenza generale dalla legge 11 luglio 1980, n. 312. Norma questa, che non avrebbe nulla a che vedere con la fattispecie del trasferimento del personale ATA, in quanto disposizione disciplinante la sola mobilità compartimentale e neppure in vigore al momento dell'adozione della citata legge n. 124 del 1999.

La parte privata, inoltre, sottolinea come non ci si trovi affatto in presenza di un'esigenza di governare una operazione di riassetto organizzativo di ampia portata, non solo perché il passaggio del personale risale al 1° gennaio 2000, ma anche perché nel caso di specie non vi sarebbe stata alcuna "riorganizzazione", poiché i bidelli passati nei ruoli ministeriali già lavoravano nelle scuole statali e hanno continuato a svolgere le medesime mansioni.

Si afferma, poi, che anche il presunto danno finanziario quantificato dall'Avvocatura dello Stato in alcuni milioni di euro, non potrebbe integrare gli «impérieux motifs d'intérêt général», in quanto la Corte di Strasburgo avrebbe con chiarezza precisato che un motivo finanziario non consentirebbe, di per sé solo, di giustificare un intervento legislativo di questo tipo.

Quanto alla violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., si riconosce che la Corte costituzionale ha già avuto occasione di evidenziare che «le disposizioni della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, nell'interpretazione che ad esse attribuisce la Corte europea dei diritti dell'uomo, integrando uno degli obblighi internazionali, cui si riferisce il precetto costituzionale, possono assumere il rango di fonte integrativa del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, primo comma, Cost., determinando l'incostituzionalità della legge ordinaria con essa contrastante». Tuttavia, come riconosciuto dal Governo nella relazione sullo stato di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato italiano per l'anno 2007, la giurisprudenza della Corte non avrebbe risolto in via definitiva la problematica dei rapporti fra le norme CEDU e la normativa costituzionale e ordinaria, in quanto la posizione espressa dalla Corte costituzionale non «appare in sintonia con quella nella quale si pone la stessa Corte europea, nelle sue sentenze e nelle dichiarazioni del suo Presidente».

Dal confronto tra i due regimi contrattuali risulterebbe, inoltre, evidente che il Ministero, per effetto dell'inserimento nei propri ruoli del personale ATA prima dipendente dagli enti locali, avrebbe beneficiato di ingenti risparmi nel monte stipendi complessivo, derivanti dalla mancata erogazione di tutti quei compensi individuali accessori previsti dai soli contratti collettivi del comparto enti locali e coperti solo in parte dal maggiore salario tabellare.

Da ultimo, la parte privata assume che la questione comporta profili di valutazione costituzionale e di conformità del nostro ordinamento con quello comunitario, in quanto i diritti garantiti dall'art. 6 della Convenzione europea sarebbero stati "comunitarizzati" dall'art. 6, paragrafo 2, del Trattato sull'Unione Europea (al quale fa rinvio il successivo art. 46 del Trattato stesso), nonché dal Trattato di Lisbona, ratificato dall'Italia con la legge 2

agosto 2008, n. 130, recante il recepimento della CEDU, quale norma fondamentale di diritto comunitario.

Del resto, la stessa Corte di giustizia avrebbe statuito che il diritto ad un equo processo, come si desume, in particolare, dall'art. 6 della CEDU, costituisce un diritto fondamentale che l'Unione europea rispetta in quanto principio generale in forza dell'art. 6, paragrafo 2, TUE. Sicché, la mancata declaratoria della incostituzionalità della norma in esame si concretizzerebbe in una violazione dell'art. 6 del Trattato e dell'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione.

4. – Il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, è intervenuto nel giudizio con atto depositato il 5 gennaio 2009 ed ha chiesto che la questione sia dichiarata inammissibile o non fondata.

La difesa erariale, richiamando la sentenza resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella causa Scordino c. Italia n. 36813/1997, ritiene che l'interpretazione di tale decisione sostenuta nell'ordinanza di rimessione sia forzata e ricorda che la Corte di cassazione, con la sentenza n. 677 del 2008, ha già dichiarato manifestamente infondata la medesima questione. In quest'ultima decisione, prosegue ancora il Presidente del Consiglio dei ministri, i giudici di legittimità hanno affermato che «emerge con chiarezza che il legislatore nazionale è restato entro i limiti consentitigli dalla Convenzione europea», non essendovi alcun elemento che induca a ritenere la disposizione nazionale come esclusivamente diretta ad influire sulla soluzione delle controversie in corso, rivelandosi piuttosto l'esigenza di «armonizzare situazioni lavorative differenziate all'origine ma bisognose di regole unitarie, una volta determinatasi la confluenza dei lavoratori in un unico comparto, in conformità, del resto, al principio di parità di trattamento di situazioni analoghe nella disciplina dei rapporti di lavoro pubblico, dove tale principio ha un notevole rilievo teorico e pratico». In altri termini, secondo la Corte di cassazione, con la norma in esame il legislatore avrebbe provveduto a «governare una operazione di riassetto organizzativo di ampia portata» così da far ritenere «palesamente ravvisabili, nel caso di specie, le pressanti ragioni di interesse generale che abilitano, secondo la Corte europea, anche interventi retroattivi, tanto più quando questi non comportino vanificazione pressoché totale di crediti già sorti ma implicino una rimodulazione del diritto in una delle direzioni in astratto plausibili anche secondo la legge precedente».

Sulla base di tali indicazioni la difesa erariale puntualizza che, nel caso in esame, non può ritenersi violato il divieto di ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influenzare la conclusione giudiziaria della controversia desumibile dalla sentenza cosiddetta Scordino, poiché «scopo dell'intervento legislativo non era affatto, in via primaria, [...] quello di influenzare l'esito di una controversia, bensì quello [...] di regolamentare una volta per tutte, esprimendo quale fosse l'originario ed autentico intento del legislatore, una complessa vicenda di passaggio di personale dagli enti locali allo Stato». Tale scopo è stato perseguito – ad avviso dell'Avvocatura generale dello Stato – mediante una legge interpretativa, con cui si è puntualizzato quale fosse il reale significato da attribuire all'art. 8, comma 2, della legge n. 124 del 1999, in linea con l'orientamento espresso dalle parti sociali nell'accordo del 20 luglio 2000 oltre che da parte della

giurisprudenza. La difesa erariale sottolinea, altresì, come nella specie siano ravvisabili le ragioni di interesse generale corrispondenti all'esigenza di assicurare che il trasferimento del personale ATA dipendente degli enti locali nei ruoli dello Stato, pur avvenendo senza maggiori oneri per le finanze dello Stato, consenta il mantenimento delle posizioni giuridiche spettanti al personale nell'ambito dell'ordinamento degli enti locali, salvaguardando il livello retributivo del dipendente. Infatti, proprio in considerazione della diversa struttura della retribuzione, l'una, quella di provenienza, calcolata in base alle funzioni e ai compiti realmente svolti, l'altra, quella di destinazione, commisurata in base all'anzianità di servizio, occorre prevedere una precisa regolamentazione idonea a garantire, senza maggiori oneri per lo Stato, uniformità di trattamento.

5. – In prossimità dell'udienza pubblica sia la parte privata che l'Avvocatura dello Stato hanno depositato memorie, rispettivamente in data 12 ottobre 2009 e 13 ottobre 2009, confermando le conclusioni già formulate, e ribadendo le argomentazioni svolte a sostegno delle proprie ragioni.

6. – Analoghe questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 218, della legge n. 266 del 2005 sono state sollevate, con cinque distinte ordinanze (reg. ord. nn. 15, 16, 17, 18 e 19 del 2009), di identico contenuto, adottate il 26 settembre 2008 dalla Corte d'appello di Ancona, per la trattazione delle quali la Corte è stata convocata in camera di consiglio.

Il giudice rimettente premette, in fatto, che il Tribunale di Ascoli Piceno aveva respinto la domanda di alcuni dipendenti di un ente locale, transitati nei ruoli dell'amministrazione dello Stato ex art. 8 della legge n. 124 del 1999, di riconoscimento del diritto alla attribuzione della anzianità prestata presso l'ente locale di provenienza, ai fini della progressione economica e stipendiale nel comparto scuola, e di corresponsione delle relative differenze economiche. Avverso tale sentenza i dipendenti proponevano appello dinanzi all'odierno rimettente, censurando l'interpretazione data dal giudice di primo grado alla norma predetta nonché agli accordi sindacali ed ai decreti ministeriali successivamente intervenuti in materia ed insistendo per l'accoglimento della domanda. L'amministrazione appellata invocava l'applicazione dell'art. 1, comma 218, della legge n. 266 del 2005, di interpretazione autentica dell'art. 8 della legge n. 124 del 1999, e richiama la pronuncia della Corte costituzionale n. 234 del 2007 che aveva respinto l'eccezione di illegittimità costituzionale della citata norma, mentre le parti appellanti prospettavano questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 218, della legge n. 266 del 2005, sotto il profilo del contrasto con l'art. 6 della CEDU.

Il rimettente, pronunciandosi sulla prospettata questione ed argomentandone la rilevanza, osserva che il dubbio di contrasto della norma denunciata con la Costituzione deriva dal rilievo che l'art. 117, primo comma, Cost. impone allo Stato legislatore il rispetto dell'obbligo internazionale assunto con la sottoscrizione e ratifica della CEDU, il cui art. 6, comma 1, prescrive il diritto di ogni persona ad un giusto processo dinanzi ad un giudice indipendente ed imparziale, con conseguente obbligo del potere legislativo di non ingerirsi nella amministrazione della giustizia per influire sull'esito di una controversia o di una categoria di esse.

Il rimettente ricorda che l'art. 6, comma 1, della CEDU, come interpretato dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nella causa Scordino c. Italia n. 36813/1997, nel prescrivere il diritto al giusto processo, se da un lato non assicura nel processo civile l'immutabilità della norma da applicare per tutti i procedimenti in corso, obbliga dall'altro lo Stato a non esercitare un'ingerenza normativa finalizzata ad ottenere una determinata soluzione delle controversie in corso, salvo che l'intervento retroattivo sia giustificato da «motivi imperiosi di carattere generale».

7. – Anche in questi giudizi, con atto depositato il 23 febbraio 2009, è intervenuto il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo che la questione sia dichiarata infondata.

La difesa erariale, ricordando che analoga questione è stata sollevata dalla Corte di cassazione, fa integrale richiamo alle argomentazioni svolte nell'atto di intervento già spiegato in quella sede, atte a confutare la fondatezza della questione di legittimità costituzionale anche nel caso in esame. Aggiunge, inoltre, che la medesima norma di legge è stata già oggetto di controllo di costituzionalità per diverse, ma connesse motivazioni (sentenza n. 234 del 2007 ed ordinanza n. 400 del 2007) e che la stessa Corte di cassazione, con la sentenza n. 677 del 2008, ha dichiarato manifestamente infondata la medesima questione. In quest'ultima sentenza, ribadisce ancora il Presidente del Consiglio dei ministri, la Corte ha affermato come non risulti alcun elemento che induca a ritenere la disposizione nazionale come esclusivamente diretta ad influire sulla soluzione delle controversie in corso, rivelandosi piuttosto l'esigenza di armonizzare situazioni lavorative differenziate all'origine, ma bisognose di regole unitarie.

Considerato in diritto

1. – Vengono all'esame della Corte più ordinanze di rimessione – la prima trattata all'udienza pubblica del 3 novembre 2009 e le altre nella camera di consiglio del successivo 4 novembre – con le quali la Corte di cassazione (r.o. n. 400 del 2008) e la Corte di appello di Ancona (r.o. nn. 15, 16, 17, 18 e 19 del 2009) hanno sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 218, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge finanziaria 2006).

1.1. – In virtù dell'identità delle questioni sollevate va disposta la riunione dei giudizi, ai fini di un'unica pronuncia.

2. – La norma censurata interpreta l'art. 8, comma 2, della legge 3 maggio 1999, n. 124 (Disposizioni urgenti in materia di personale scolastico), che, nel disciplinare il trasferimento di dipendenti di enti locali nei ruoli statali del personale amministrativo, tecnico e ausiliario (ATA) del settore scuola, ne prevedeva l'inquadramento nelle qualifiche funzionali e nei profili professionali corrispondenti, consentendo l'opzione per l'ente di appartenenza, qualora le qualifiche e i profili non avessero trovato corrispondenza. La norma aveva stabilito – questo è il punto controverso – che a detto personale è riconosciuta «ai fini giuridici ed economici l'anzianità maturata presso l'ente locale di provenienza». Successivamente, un accordo tra l'ARAN (Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni) e le organizzazioni sindacali, recepito da uno dei

decreti ministeriali di attuazione della legge n. 124 del 1999 (decreto del Ministro della pubblica istruzione, di concerto con i Ministri dell'interno, del bilancio e della funzione pubblica del 5 aprile 2001), ai fini del primo inquadramento, aveva considerato il principio del maturato economico in luogo di quello della complessiva anzianità conseguita. Sul tema si era aperto un diffuso contenzioso e la stessa Corte di cassazione aveva in più occasioni negato che il diritto al riconoscimento dell'anzianità «ai fini giuridici ed economici» attribuito dalla legge n. 124 del 1999 potesse essere ridotto a quello del maturato economico da una disciplina di rango inferiore.

È su questo specifico quadro normativo e giurisprudenziale che ha inteso intervenire il legislatore con la norma interpretativa qui censurata. Tale disposizione, infatti, allo scopo di ribadire con legge ordinaria quanto già prefigurato dal decreto ministeriale sulla base della posizione espressa dalle organizzazioni sindacali, stabilisce: «il comma 2 dell'articolo 8 della legge 3 maggio 1999, n. 124, si interpreta nel senso che il personale degli enti locali trasferito nei ruoli del personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (ATA) statale è inquadrato, nelle qualifiche funzionali e nei profili professionali dei corrispondenti ruoli statali, sulla base del trattamento economico complessivo in godimento all'atto del trasferimento, con l'attribuzione della posizione stipendiale di importo pari o immediatamente inferiore al trattamento annuo in godimento al 31 dicembre 1999 costituito dallo stipendio, dalla retribuzione individuale di anzianità nonché da eventuali indennità, ove spettanti, previste dai contratti collettivi nazionali di lavoro del comparto degli enti locali, vigenti alla data dell'inquadramento. L'eventuale differenza tra l'importo della posizione stipendiale di inquadramento e il trattamento annuo in godimento al 31 dicembre 1999, come sopra indicato, viene corrisposta ad personam e considerata utile, previa temporizzazione, ai fini del conseguimento della successiva posizione stipendiale. È fatta salva l'esecuzione dei giudicati formatisi alla data di entrata in vigore della presente legge».

3. – La Corte di cassazione, e così anche gli altri giudici rimettenti, dubitano della legittimità costituzionale della disposizione di legge interpretativa, per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848 (infra, anche CEDU o Convenzione europea).

Tale norma internazionale, che sancisce il principio del diritto ad un giusto processo dinanzi ad un tribunale indipendente ed imparziale, imporrebbe al legislatore di uno Stato contraente, nell'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, di non interferire nell'amministrazione della giustizia allo scopo d'influire sulla singola causa o su di una determinata categoria di controversie, attraverso norme interpretative che assegnino alla disposizione interpretata un significato vantaggioso per lo Stato parte del procedimento, salvo il caso di «ragioni imperative d'interesse generale».

Ad avviso dei rimettenti, il legislatore nazionale avrebbe emanato una norma interpretativa in presenza di un notevole contenzioso e di un orientamento della Corte di cassazione sfavorevole allo Stato, in tal modo violando il principio di «parità delle armi», non essendo l'invocata esigenza di «governare una operazione di riassetto organizzativo» del settore

interessato dell'amministrazione pubblica sufficiente ad integrare quelle «ragioni imperative d'interesse generale» che permetterebbero di escludere la violazione del divieto d'ingerenza.

4. – Le questioni vanno esaminate entro i limiti del *thema decidendum* individuato dalle ordinanze di rimessione, non potendo essere prese in considerazione, secondo la giurisprudenza di questa Corte, le censure svolte solo dalle parti del giudizio principale (per tutte, sentenze n. 310 e n. 234 del 2006, n. 349 del 2007).

Sono pertanto inammissibili le questioni sollevate dalla parte privata costituitasi nel giudizio di cui all'ordinanza n. 400 del 2008, con riferimento agli artt. 10 e 111 Cost., parametri non invocati dai giudici rimettenti.

5. – Nel merito la questione non è fondata.

6. – Il contenuto delle censure impone, in linea preliminare, di ricordare quale sia, secondo la giurisprudenza di questa Corte, il rango e l'efficacia delle norme della CEDU ed il ruolo, rispettivamente, dei giudici nazionali e della Corte di Strasburgo, nell'interpretazione ed applicazione della Convenzione europea.

Siffatta questione è stata affrontata e decisa, di recente, dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, le quali hanno rilevato che l'art. 117, primo comma, Cost., ed in particolare l'espressione “obblighi internazionali” in esso contenuta, si riferisce alle norme internazionali convenzionali anche diverse da quelle comprese nella previsione degli artt. 10 e 11 Cost. Così interpretato, l'art. 117, primo comma, Cost., ha colmato la lacuna prima esistente quanto alle norme che a livello costituzionale garantiscono l'osservanza degli obblighi internazionali pattizi. La conseguenza è che il contrasto di una norma nazionale con una norma convenzionale, in particolare della CEDU, si traduce in una violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.

Questa Corte ha, inoltre, precisato nelle predette pronunce che al giudice nazionale, in quanto giudice comune della Convenzione, spetta il compito di applicare le relative norme, nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo, alla quale questa competenza è stata espressamente attribuita dagli Stati contraenti.

Nel caso in cui si profili un contrasto tra una norma interna e una norma della Convenzione europea, il giudice nazionale comune deve, pertanto, procedere ad una interpretazione della prima conforme a quella convenzionale, fino a dove ciò sia consentito dal testo delle disposizioni a confronto e avvalendosi di tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica. Beninteso, l'apprezzamento della giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente va operato in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza, secondo un criterio già adottato dal giudice comune e dalla Corte europea (Cass. 20 maggio 2009, n. 10415; Corte eur. dir. uomo 31 marzo 2009, Simaldone c. Italia, ric. n. 22644/03).

Solo quando ritiene che non sia possibile comporre il contrasto in via interpretativa, il giudice comune, il quale non può procedere all'applicazione della norma della CEDU (allo stato, a differenza di quella comunitaria provvista di effetto diretto) in luogo di quella interna contrastante, tanto meno fare applicazione di una norma interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione, deve sollevare la questione di costituzionalità (anche sentenza n. 239 del 2009), con riferimento al

parametro dell'art. 117, primo comma, Cost., ovvero anche dell'art. 10, primo comma, Cost., ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta. La clausola del necessario rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, dettata dall'art. 117, primo comma, Cost., attraverso un meccanismo di rinvio mobile del diritto interno alle norme internazionali pattizie di volta in volta rilevanti, impone infatti il controllo di costituzionalità, qualora il giudice comune ritenga lo strumento dell'interpretazione insufficiente ad eliminare il contrasto.

Sollevata la questione di legittimità costituzionale, spetta a questa Corte il compito anzitutto di verificare che il contrasto sussista e che sia effettivamente insanabile attraverso una interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo. La Corte dovrà anche, ovviamente, verificare che il contrasto sia determinato da un tasso di tutela della norma nazionale inferiore a quello garantito dalla norma CEDU, dal momento che la diversa ipotesi è considerata espressamente compatibile dalla stessa Convenzione europea all'art. 53.

In caso di contrasto, dovrà essere dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione interna per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione alla invocata norma della CEDU.

Questa Corte ha anche affermato, e qui intende ribadirlo, che ad essa è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve; ma alla Corte costituzionale compete, questo sì, di verificare se la norma della CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione. Il verificarsi di tale ipotesi, pure eccezionale, esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost.; e, non potendosi evidentemente incidere sulla sua legittimità, comporta – allo stato – l'illegittimità, per quanto di ragione, della legge di adattamento (sentenze n. 348 e n. 349 del 2007).

7. – Posta questa premessa, occorre individuare la natura, la portata e gli obiettivi perseguiti dalla norma censurata, tenendo conto che la disciplina del trasferimento del personale ATA di cui alla legge n. 124 del 1999 e la norma che ha interpretato la disposizione qui rilevante hanno già formato oggetto di scrutinio da parte di questa Corte, sia pure in relazione a parametri costituzionali diversi dall'art. 117, primo comma, Cost., qui invocato. La sentenza n. 234 del 2007 e le ordinanze n. 400 del 2007 e n. 212 del 2008 hanno, rispettivamente, dichiarato non fondate e manifestamente infondate le questioni di costituzionalità della predetta norma interpretativa sollevate in riferimento agli artt. 3, 24, 36, 42, 97, 101, 102, 103, 104 e 113 Cost.

Per quanto qui interessa, la disciplina dettata dall'art. 8, comma 2, della legge n. 124 del 1999, è stata ricondotta all'esigenza di armonizzare, con una normativa transitoria di primo inquadramento, «il passaggio del personale in questione da un sistema retributivo disciplinato a regime ad un altro sistema retributivo ugualmente disciplinato a regime, salvaguardando, proprio per quanto attiene al profilo economico, i livelli retributivi

maturati e attribuendo agli interessati, a partire dal nuovo inquadramento, i diritti riconosciuti al personale ATA statale. Tutto ciò allo scopo di rendere, almeno tendenzialmente, omogeneo il sistema retributivo di tutti i dipendenti ATA, al di là delle rispettive provenienze e, comunque, salvaguardando il diritto di opzione per l'ente di appartenenza nel caso di mancata corrispondenza di qualifiche e profili» (sentenza n. 234 del 2007).

In tale contesto, secondo questa Corte, l'inquadramento stipendiale nei ruoli statali del personale ATA, in ragione del solo cosiddetto maturato economico, costituiva una delle possibili e plausibili varianti di lettura della norma, avallata, tra l'altro, in sede di accordo siglato tra l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e i rappresentanti delle organizzazioni e confederazioni dei dipendenti. Ciò, in particolare, considerando che tale principio era stato introdotto, con valenza generale, già dalla legge 11 luglio 1980, n. 312, recante «Nuovo assetto retributivo-funzionale del personale civile e militare dello Stato».

Le pronunce sopra richiamate hanno escluso la sussistenza di un legittimo affidamento con riferimento al trattamento retributivo derivante dalla valutazione, ai fini giuridici ed economici, dell'intera anzianità maturata presso gli enti di provenienza, in considerazione sia del tipo di interpretazione adottata in sede di contrattazione collettiva, pressoché contestualmente all'entrata in vigore della citata legge, sia del richiamo, espresso, al principio dell'invarianza della spesa in sede di primo inquadramento del personale proveniente dagli enti locali.

Questa Corte ha dunque negato, come anche in precedenti più remoti (sentenze n. 618 del 1987 e n. 296 del 1984), che si potesse postulare l'illegittimità di qualsiasi regolamentazione transitoria che non si limitasse «alla conservazione del trattamento precedente "ad esaurimento" o alla pura e semplice applicazione illimitatamente retroattiva del trattamento nuovo: soluzioni, certo, possibili, ma non imposte dal precetto costituzionale in argomento».

Infine, la sentenza n. 234 del 2007 ha anche escluso che la disposizione interpretativa censurata desse luogo ad una disparità di trattamento fra coloro che, all'entrata in vigore della norma, avessero già ottenuto un giudicato favorevole rispetto alla disciplina applicabile e coloro che fossero soltanto in attesa della formazione del giudicato sulla loro pretesa.

8. – Occorre ora verificare in che modo la Corte europea abbia applicato l'art. 6 della CEDU, in relazione alle norme nazionali interpretative concernenti disposizioni oggetto di procedimenti nei quali è parte lo Stato.

I rimettenti ricordano, fra l'altro, la decisione relativa al caso *Scanner de L'Ouest Lyonnais e altri c. Francia*, del 21 giugno del 2007. In tale occasione la Corte europea ha ribadito che, mentre, in linea di principio, al legislatore non è precluso intervenire in materia civile, con nuove disposizioni retroattive, su diritti sorti in base alle leggi vigenti, il principio dello Stato di diritto e la nozione di processo equo sancito dall'articolo 6 della CEDU vietano l'interferenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia destinata a influenzare l'esito della controversia, fatta eccezione che per motivi imperativi di interesse generale

(«impérieux motifs d'intérêt général»). La stessa Corte europea ha ricordato, inoltre, che il requisito della parità delle armi comporta l'obbligo di dare alle parti una ragionevole possibilità di perseguire le proprie azioni giudiziarie, senza essere poste in condizione di sostanziale svantaggio rispetto agli avversari.

Tale orientamento, che trova i suoi precedenti nei casi *Raffineries Grecques Stran e Stratis Andreadis c. Grecia* del 9 dicembre 1994, e *Zielinski e altri c. Francia*, del 28 ottobre 1999, censura la prassi di interventi legislativi sopravvenuti, che modificano retroattivamente in senso sfavorevole per gli interessati le disposizioni di legge attributive di diritti, la cui lesione abbia dato luogo ad azioni giudiziarie ancora pendenti all'epoca della modifica.

Questa prassi può essere suscettibile di comportare una violazione dell'art. 6 della CEDU, risolvendosi in un'indebita ingerenza del potere legislativo sull'amministrazione della giustizia. Nel caso *Zielinski e altri c. Francia*, in particolare (come prima nel caso *Papageorgiou c. Grecia*, sentenza del 22 ottobre 1997), si è riaffermato il principio che nega ogni indebita interferenza del legislatore, fatta salva la sussistenza di «motivi imperativi di interesse generale». La Corte europea, tuttavia, ha precisato che siffatti motivi non ricorrevano nella specie, in quanto il mero rischio finanziario, denunciato dal Governo ed espressamente indicato dalla Corte costituzionale, non consentiva di per sé che il legislatore si sostituisse alle parti sociali del contratto collettivo, oggetto del contenzioso. La Corte, quindi, verificata la sussistenza di orientamenti giurisprudenziali favorevoli ai ricorrenti, ha censurato la norma interpretativa che era sopravvenuta retroattivamente, nonostante gli accordi collettivi intervenuti in senso contrario.

Ciò posto, occorre rilevare che la Corte di Strasburgo non ha inteso enunciare un divieto assoluto d'ingerenza del legislatore, dal momento che in varie occasioni ha ritenuto non contrari all'art. 6 della Convenzione europea particolari interventi retroattivi dei legislatori nazionali.

La legittimità di simili interventi è stata riconosciuta, in primo luogo, allorché ricorrevano ragioni storiche epocali, come nel caso della riunificazione tedesca (caso *Forrer-Niederthal c. Germania*, sentenza del 20 febbraio 2003).

In questo caso, la Corte europea, di fronte ad una norma che faceva salvi con effetto retroattivo i trasferimenti di proprietà, senza indennizzo, in «proprietà del popolo» della ex D.D.R., ha concluso per la compatibilità dell'intervento con la norma convenzionale; ciò non soltanto per il motivo "epocale" del nuovo riassetto dei conflitti patrimoniali conseguenti alla riunificazione, ma anche in considerazione della sussistenza effettiva di un sistema che aveva garantito alle parti, che contestavano le modalità del riassetto, l'accesso a, e lo svolgimento di, un processo equo e garantito. In particolare, a seguito della denuncia di incostituzionalità della norma, il Tribunale costituzionale tedesco si era pronunciato nel senso della compatibilità della disposizione in questione con la Legge Fondamentale. Tale specifica evenienza, che mostra un'inevitabile analogia con la vicenda oggi qui in esame, è stata considerata come «punto chiave della controversia». La Corte europea ha riconosciuto che il ricorrente aveva avuto accesso a tribunali indipendenti avvicendatisi nei vari gradi, e soprattutto all'organo di giustizia costituzionale, sicché ha osservato che «nel

suo complesso», il procedimento in questione aveva rivestito i caratteri di equità, conformi al dettato dell'art. 6, paragrafo 1, della CEDU.

In altri casi, nel definire e verificare la sussistenza o meno dei motivi imperativi d'interesse generale, la Corte di Strasburgo ha ritenuto legittimo l'intervento del legislatore che, per porre rimedio ad una imperfezione tecnica della legge interpretata, aveva inteso con la legge retroattiva ristabilire un'interpretazione più aderente all'originaria volontà del legislatore.

Si tratta, in primo luogo, della sentenza 23 ottobre 1997, nel caso *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito* (utilizzata *mutatis mutandis* anche nella citata pronuncia *Forrer-Niederthal c. Germania*), nella quale è stato ritenuto che l'adozione di una disposizione interpretativa può essere considerata giustificata allorché lo Stato, nella logica di interesse generale di garantire il pagamento delle imposte, abbia inteso porre rimedio al rischio che l'intenzione originaria del legislatore fosse, in quel caso, sovvertita da disposizioni fissate in circolari.

Nello stesso solco si pone la sentenza del 27 maggio 2004, *Ogis-institut Stanislas, Ogec St. Pie X e Blanche De Castille e altri c. Francia*, in cui le circostanze del caso di specie non erano identiche a quelle del caso *Zielinski* del 1999. La pronuncia ha affermato che l'intervento del legislatore non aveva inteso sostenere la posizione assunta dall'amministrazione dinanzi ai giudici, ma porre rimedio ad un errore tecnico di diritto, al fine di garantire la conformità all'intenzione originaria del legislatore, nel rispetto di un principio di perequazione.

Il caso viene, quindi, assimilato a quello *National & Provincial Building Society* del 1997, dove l'intervento del legislatore era giustificato dall'obiettivo finale di «riaffermare l'intento originale del Parlamento». La Corte ha ritenuto che la finalità dell'intervento legislativo fosse quindi quella di garantire la conformità all'intenzione originaria del legislatore a sostegno di un principio di perequazione, aggiungendo che gli attori non avrebbero potuto validamente invocare un "diritto" tecnicamente errato o carente, e dolersi quindi dell'intervento del legislatore teso a chiarire i requisiti ed i limiti che la legge interpretata contemplava.

9. – In considerazione dei principi enunciati dalla Corte europea, nonché della ricostruzione della portata e degli obiettivi della norma qui censurata, già operata da questa Corte con la citata sentenza n. 234 del 2007, il contrasto denunciato dalla Corte di cassazione e dagli altri giudici rimettenti non sussiste.

Deve infatti escludersi l'esistenza di un principio secondo cui la necessaria incidenza delle norme retroattive sui procedimenti in corso si porrebbe automaticamente in contrasto con la Convenzione europea, come peraltro riconosciuto da una parte della giurisprudenza di legittimità (Cass. 16 gennaio 2008 n. 677). Dal confronto fra i principi espressi dalla Corte europea e le condizioni e finalità dell'art. 1, comma 218, della legge n. 266 del 2005, emerge come il legislatore nazionale non abbia travalicato i limiti fissati dalla Convenzione europea. La vicenda normativa in esame non solo non determina una *reformatio in malam partem* di una situazione patrimoniale in precedenza acquisita, dal momento che i livelli retributivi già raggiunti vengono oggettivamente salvaguardati, ma si dimostra coerente

con l'esigenza di armonizzare situazioni lavorative tra loro differenziate all'origine, conformemente al principio di parità di trattamento di situazioni analoghe nella disciplina dei rapporti di lavoro pubblico.

Va dunque ribadito che la legge n. 124 del 1999 ha inteso governare una particolare operazione di riassetto organizzativo riguardante un ampio numero di soggetti. La disposizione di legge censurata ha contribuito a soddisfare l'indiscutibile interesse generale a rendere tendenzialmente omogeneo il sistema retributivo di tutti i dipendenti del ruolo statale, al di là delle rispettive provenienze, impedendo che una diversa interpretazione potesse determinare, non solo una smentita dell'originario principio di "invarianza della spesa", ma anche e soprattutto un assetto che rischiava, esso sì irragionevolmente, di creare un potenziale vulnus al principio di parità di trattamento, che le amministrazioni pubbliche devono garantire. In tal modo, nella specie ricorrono più di una tra quelle «ragioni imperative di interesse generale» che consentono, nel rispetto dell'art. 6 della Convenzione europea e nei limiti evidenziati dalla Corte di Strasburgo, interventi interpretativi e retroattivi.

In primo luogo, emerge nella norma censurata l'esigenza di "ristabilire" una delle possibili direzioni dell'originaria intenzione del legislatore. Tale direzione aveva determinato l'interpretazione ad essa conforme delle parti sociali, negli accordi stipulati per il primo inquadramento (al contrario di quanto accaduto nel caso Zielinski), poi recepita dalle norme di attuazione fin da tale fase, sia pure nella forma del decreto ministeriale poi ritenuta inadeguata da una parte della giurisprudenza.

In secondo luogo, può ricordarsi come l'intervento del legislatore non abbia vanificato del tutto i diritti sorti ed acquisiti sulla base della legge interpretata, restando intatti quelli al trattamento migliore conseguito dopo l'inquadramento nel nuovo ruolo, mediante la conservazione di un assegno personale.

Inoltre, risulta evidente soprattutto la conformità di tale interpretazione con la finalità di garantire una generale perequazione di tutti i lavoratori del comparto scuola, come peraltro già ritenuto da questa Corte nella più volte ricordata sentenza n. 234 del 2007, nel senso di garantire che a tutti i dipendenti di quel ruolo sia attribuita una medesima progressione retributiva, al di là delle rispettive provenienze.

Pertanto, assume rilievo la sussistenza di una "imperfezione" tecnica, nel contesto normativo originario, consistente nel ritenere comunque delegabile all'autonomia delle parti e ad una disciplina regolamentare la fissazione di un criterio rispettoso del principio dell'invarianza di spesa, in aderenza all'art. 2, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), delega poi ritenuta insussistente dalla giurisprudenza di legittimità.

Non solo, ma, a conforto della ritenuta sussistenza di un dibattito giurisprudenziale irrisolto, il "diritto vivente" nel 2005 non poteva ritenersi formato sul punto, giacché la questione vedeva fronteggiarsi alcune pronunce di legittimità, assunte a sezioni semplici, che avevano ricostruito il fenomeno nel senso della necessità di atti di inquadramento rispettosi dei principi dettati dall'art. 2112 del codice civile, con altre pronunce che

risolvevano la questione sul piano dell'efficacia normativa o meno dell'accordo del 20 luglio 2000, recepito nel successivo, già citato, decreto ministeriale del 5 aprile 2001.

Da ultimo, ed in piena coerenza con la giurisprudenza europea prima ricordata (Forrer-Niederthal c. Germania), risulta determinante il fatto che il procedimento relativo alla vicenda del trasferimento dei dipendenti ATA abbia avuto la garanzia di un processo equo, anche attraverso l'incidente di costituzionalità conclusosi con una dichiarazione di infondatezza della questione, rispetto a parametri costituzionali coerenti con la norma convenzionale, pienamente compatibile, così interpretata, con il quadro costituzionale italiano.

In definitiva, in aderenza con la ricostruzione normativa già operata da questa Corte in altre occasioni, risulta con chiarezza la compatibilità della norma interpretativa censurata con la giurisprudenza qui rilevante della Corte di Strasburgo, in particolare relativa ai casi Forrer-Niederthal c. Germania, Ogis-institut Stanislas, Ogec St. Pie X e Blanche De Castille e altri c. Francia e National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito.

Nell'intervento retroattivo in questione è dato, infatti, riscontrare gli elementi valorizzati dalla Corte europea per ritenere ammissibili le disposizioni interpretative, tenendo conto che i principi in materia richiamati dalla giurisprudenza di quest'ultima costituiscono espressione di quegli stessi principi di uguaglianza, in particolare sotto il profilo della parità delle armi nel processo, ragionevolezza, tutela del legittimo affidamento e della certezza delle situazioni giuridiche, che questa Corte ha escluso siano stati vulnerati dalla norma qui censurata.

Peraltro, fare salvi i «motivi imperativi d'interesse generale» che suggeriscono al legislatore nazionale interventi interpretativi nelle situazioni che qui rilevano non può non lasciare ai singoli Stati contraenti quanto meno una parte del compito e dell'onere di identificarli, in quanto nella posizione migliore per assolverlo, trattandosi, tra l'altro, degli interessi che sono alla base dell'esercizio del potere legislativo. Le decisioni in questo campo implicano, infatti, una valutazione sistematica di profili costituzionali, politici, economici, amministrativi e sociali che la Convenzione europea lascia alla competenza degli Stati contraenti, come è stato riconosciuto, ad esempio, con la formula del margine di apprezzamento, nel caso di elaborazione di politiche in materia fiscale, salva la ragionevolezza delle soluzioni normative adottate (come nella sentenza National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society e Yorkshire Building Society c. Regno Unito, del 23 ottobre 1997).

10.– In conclusione, il denunciato contrasto fra la norma impugnata e l'art. 6 della CEDU, quindi la violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., non sussiste.

PQM

Per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi,

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 218, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge finanziaria 2006), sollevate, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, ed all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848, dalla Corte di cassazione e dalla Corte di appello di Ancona con le ordinanze indicate in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 16 novembre 2009.

Depositata in Cancelleria il 26 novembre 2009.

Fonti: Giur. cost. 2008, 1, 408

Classificazione: CORTE COSTITUZIONALE - Costituzionalità (questione di) - - rilevanza

Corte costituzionale - Costituzionalità (questione di) - Rilevanza - Disposizioni abrogate e tuttavia applicabili nel giudizio principale - Motivazione non implausibile del giudice a quo.

In relazione alla rilevanza della q.l.c. degli art. 50 e 142 r.d. 16 marzo 1942 n. 267, nel testo anteriore alle modifiche introdotte dal d.lg. 9 gennaio 2006 n. 5, censurati, in riferimento agli art. 2, 3, 41 e 117 cost., nelle parti in cui fanno automaticamente derivare dalla dichiarazione di fallimento e dalla conseguente iscrizione nel pubblico registro dei falliti la perdita dei diritti civili dell'interessato fino alla pronuncia giudiziale di cancellazione dell'iscrizione nel registro, ancorché questi si trovi nella condizione di richiedere la riabilitazione civile, non è implausibile la motivazione dell'ordinanza di rimessione, secondo la quale i requisiti per la partecipazione ad un concorso, se diversamente non è nei singoli casi stabilito, vanno determinati alla stregua della normativa vigente al momento della scadenza del termine fissato per la presentazione della domanda, nel caso in esame antecedente l'abrogazione di una delle disposizioni impugnate e la sostituzione dell'altra.

Note giurisprudenziali:

Giur. cost., 2008, 01, 00, 0416

(1-2) Riguardo alla possibilità di scrutinare norme abrogate nel giudizio di costituzionalità, ove si dimostri la perdurante rilevanza della questione, si rimanda alla nota redaz. alla sent. n. 104 del 2003, cui adde ordd. nn. 144, 152, 174, 187, 220, 241, 322 e 333 del 2003; 1, 76 e 364 del 2004; n. 317 e 466 del 2005; 48 e 254 del 2006, decc. nn. 31, 168, 187, 265, 286 e 426 del 2007.

Sul valore interpretativo della CEDU, cfr. decc. nn. 505 del 1995, 310 del 1996, 299 del 1998, 376 del 2000, 305 del 2001, 29 del 2003, 154 e 231 del 2004, 299 del 2005, 348 e 349 del 2007. Si rammenta che «con riguardo all'art. 117, primo comma, Cost., le norme della CEDU devono essere considerate come interposte e che la loro peculiarità, nell'ambito di siffatta categoria, consiste nella soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi» (sentt. nn. 348 e 349 del 2007).

Circa il controllo di eguaglianza, cfr. i richiami contenuti nella nota alla sent. n. 323 del 2007, poi cfr. sentt. nn. 329 e 330, 341, 362, 370, 376, 390, 405, 417, 439, 446, 463 del 2007, 7 del 2008.

Sulle limitazioni della capacità del fallito quale conseguenza della sentenza dichiarativa di fallimento, cfr. sent. n. 31 del 1974.

Fonti: Giur. cost. 2008, 1, 408 - Diritto e Giustizia online 2008 (nota di: RISPOLI) - Il merito 2008, 4, 34 - Ragiufarm 2008, 104, 87 - Rass. dir. farmaceutico 2009, 2, 269

Classificazione: FALLIMENTO - Fallito

Fallimento - Fallito - Normativa anteriore al d.lg. n. 5 del 2006 - Incapacità personali derivanti al fallito dalla dichiarazione di fallimento - Protrazione oltre la chiusura della

procedura concorsuale (fino all'esito favorevole del giudizio di riabilitazione) - Lesione dei diritti della persona garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nella interpretazione data dalla Corte di Strasburgo - Ingiustificata equiparazione delle cause del dissesto e carattere genericamente sanzionatorio delle incapacità - Illegittimità costituzionale in parte qua - Assorbimento di ulteriori censure.

Sono costituzionalmente illegittimi gli art. 50 e 142 r.d. 16 marzo 1942 n. 267, nel testo anteriore all'entrata in vigore del d.lg. 9 gennaio 2006 n. 5, in quanto stabiliscono che le incapacità personali derivanti al fallito dalla dichiarazione di fallimento perdurano oltre la chiusura della procedura concorsuale. Premesso che, prima dell'abrogazione dell'art. 50 r.d. n. 267 del 1942 e nella vigenza del testo originario dell'art. 142 del medesimo regio decreto, il riacquisto dei diritti civili e politici, la cui perdita era automaticamente connessa allo stato di fallito, veniva condizionato al favorevole esito del giudizio di riabilitazione, e premesso altresì che le norme della Cedu devono essere considerate come interposte e che la loro peculiarità, nell'ambito di siffatta categoria, consiste nella soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi, le norme censurate violano gli art. 117, comma 1, e 3 cost., in quanto, in contrasto con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo - la quale ha ritenuto dette disposizioni lesive dei diritti della persona -, assumono, in ogni caso, carattere genericamente sanzionatorio, senza correlarsi alla protezione di interessi meritevoli di tutela.

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

- Franco BILE Presidente
 - Giovanni Maria FLICK Giudice
 - Francesco AMIRANTE "
 - Ugo DE SIERVO "
 - Paolo MADDALENA "
 - Alfio FINOCCHIARO "
 - Alfonso QUARANTA "
 - Franco GALLO "
 - Luigi MAZZELLA "
 - Gaetano SILVESTRI "
 - Sabino CASSESE "
 - Maria Rita SAULLE "
 - Giuseppe TESAURO "
 - Paolo Maria NAPOLITANO "
- ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale degli articoli 50 e 142 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione

controllata e della liquidazione coatta amministrativa), nel testo anteriore alle modifiche introdotte dal decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, promosso dal Tribunale amministrativo regionale dell'Emilia-Romagna, sezione di Parma, sul ricorso proposto da B. R. contro la Provincia di Reggio Emilia ed altra, con ordinanza del 20 febbraio 2007, iscritta al n. 426 del registro ordinanze 2007 e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 23, prima serie speciale, dell'anno 2007.

Udito nella camera di consiglio del 30 gennaio 2008 il Giudice relatore Francesco Amirante.

Ritenuto in fatto

Il Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia-Romagna, sezione di Parma, con ordinanza del 20 febbraio 2007, ha sollevato, in riferimento agli artt. 2, 3, 41 e 117 della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale degli articoli 50 e 142 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa), nelle parti in cui, nel testo anteriore alle modifiche introdotte dal decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, fanno automaticamente derivare dalla dichiarazione di fallimento e dalla conseguente iscrizione nel pubblico registro dei falliti la perdita dei diritti civili dell'interessato fino alla pronuncia giudiziale di cancellazione dell'iscrizione nel registro, ancorché questi si trovi nella condizione di richiedere la riabilitazione civile.

La questione è stata sollevata nel corso di un giudizio instaurato da un farmacista per l'annullamento dalla determinazione dirigenziale n. 392 del 9 maggio 2006, a firma del dirigente dell'Area Welfare della Provincia di Reggio Emilia, con la quale il ricorrente è stato escluso dalla graduatoria finale di un concorso pubblico per il conferimento di due sedi farmaceutiche – nel quale si era classificato secondo nella graduatoria di merito – in quanto, in sede di verifica del possesso dei requisiti di ammissione al concorso, l'amministrazione aveva accertato che l'interessato era stato dichiarato fallito con sentenza del 1986 e risultava tuttora iscritto nel pubblico registro dei falliti, non avendo mai richiesto la riabilitazione cui avrebbe avuto pieno titolo, essendosi il fallimento chiuso, appunto, nel 1986.

Il giudice *a quo* riferisce che l'interessato ha impugnato il suddetto provvedimento sotto molteplici profili, la maggior parte dei quali privi di fondamento.

Sottolinea, tuttavia, il remittente che alcune doglianze del ricorrente sono incentrate sul fatto che la Corte europea per i diritti dell'uomo ha più volte censurato la normativa in materia di pubblico registro dei falliti e di riabilitazione – considerandola, sotto vari aspetti, in contrasto con la Convenzione per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata con la legge 8 agosto 1955 n. 848 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale alla Convenzione stessa, firmato a Parigi il 20 marzo 1952) – sicché, a suo dire, ciò avrebbe dovuto indurre a disapplicare la normativa statale incompatibile con la Convenzione, ovvero a promuovere il sindacato di costituzionalità sull'omesso pieno adeguamento della disciplina nazionale alla Convenzione medesima. Al riguardo, il remittente ricorda che l'orientamento giurisprudenziale invocato

dal ricorrente si desume da una serie di sentenze della Corte di Strasburgo del 2006 che, facendo riferimento all'art. 8 della CEDU, hanno censurato il sistema normativo di cui agli artt. 50 e 142 della legge fallimentare, perché, quando era in vigore, assoggettava automaticamente il fallito alle relative incapacità personali (fino alla pronuncia giudiziale di cancellazione dell'iscrizione nel registro) prescindendo dal concreto apprezzamento delle specifiche condizioni soggettive e, quindi, dalla necessaria applicazione discrezionale delle relative misure.

Ciò assume, nella specie, ad avviso del remittente, particolare importanza in quanto mette in discussione il fondamento stesso dell'istituto giuridico in ragione del quale il ricorrente è risultato carente del requisito del godimento dei diritti civili, di talché appare necessario verificare l'efficacia esercitata, nell'ordinamento interno, dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e, soprattutto, la posizione occupata dalla CEDU nella gerarchia delle fonti.

Al riguardo, il remittente – uniformandosi all'orientamento espresso dalla Corte di cassazione e tenendo conto degli artt. 13, 46 e 56 della CEDU nonché della legge 9 gennaio 2006, n. 12 – ritiene che, pur essendo precettivo il riconoscimento dei diritti garantiti dalla Convenzione suddetta, tuttavia le relative modalità applicative sono rimesse alla legislazione interna e le norme della Convenzione non sono assimilabili ai regolamenti comunitari, sicché non operano immediatamente nell'ordinamento interno né i diritti da essa garantiti trovano diretta tutela in sede comunitaria se la normativa nazionale censurata non rientra nel campo di applicazione del diritto comunitario. D'altra parte, osserva il giudice *a quo*, dopo la riforma dell'art. 117 Cost. anche la giurisprudenza costituzionale sembra orientata ad attribuire rilievo indiretto alle norme della Convenzione (sentenza n. 445 del 2002), così negando implicitamente ogni eventualità di abrogazione automatica o di disapplicazione giudiziale delle leggi interne in contrasto con le disposizioni di rango sovranazionale. Conseguentemente, il potere di far venire meno le norme primarie difformi dalla CEDU nel nostro ordinamento rimane riservato al legislatore statale, a quello regionale e alla Corte costituzionale, in sede di sindacato di costituzionalità effettuato soprattutto con riguardo al nuovo testo dell'art. 117, primo comma, Cost. Rispetto a tale sindacato le disposizioni della CEDU operano quali norme interposte, attraverso l'interpretazione che ne dà la Corte di Strasburgo (loro giudice naturale) e, con riguardo alle norme interne contrastanti con la Convenzione anteriori all'entrata in vigore della riforma del menzionato art. 117 Cost., si verifica una situazione di illegittimità costituzionale sopravvenuta, derivante dall'omesso adeguamento della disciplina nazionale alla fonte sovranazionale.

In questa situazione – osserva il remittente – essendo da escludere sia che il giudice comune possa disapplicare le norme statali che la Corte di Strasburgo ha dichiarato incompatibili con l'art. 8 della CEDU sia che le suddette norme possano considerarsi direttamente abrogate per effetto del contrasto con la disciplina sovranazionale, non resta altro che investire questa Corte della presente questione di legittimità costituzionale (la quale, contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, coinvolge solo indirettamente l'art. 4, comma 2, della legge 8 novembre 1991, n. 362).

Quanto al merito della questione, il TAR ricollega l'ipotizzata violazione dell'art. 117 Cost. al fatto che il legislatore nazionale non ha tempestivamente provveduto a conformare la disciplina interna alla CEDU, laddove questa Convenzione tutela il diritto della persona a non essere sottoposta ad interferenze arbitrarie nella vita privata (art. 8). Tale diritto fondamentale – come affermato dalla Corte di Strasburgo con sentenze che, ancorché successive all'abrogazione delle disposizioni interne, assumono rilievo anche nella presente fattispecie in quanto di natura dichiarativa – non tollera un sistema basato sull'automatica sottoposizione dei falliti ad un regime di incapacità personali svincolato dalla preventiva valutazione giudiziale delle singole posizioni e operante per un lungo lasso di tempo dopo la chiusura della procedura concorsuale fino alla sentenza di riabilitazione civile.

Con riguardo, poi, all'ipotizzata violazione degli artt. 2, 3 e 41 Cost., il TAR remittente sottolinea come il fatto che l'automatismo insito nel regime delle incapacità personali del fallito operi – oltre tutto per molto tempo dopo la chiusura del fallimento – al di fuori di una preventiva verifica delle singole condizioni soggettive ed oggettive e, quindi, a prescindere da un appropriato rapporto di adeguatezza con le peculiarità dei singoli casi concreti, ovvero da una graduale e ponderata applicazione delle relative misure si traduca in: a) un arbitrario sacrificio del diritto alla riservatezza della sfera privata della persona, data l'assenza di un preliminare accertamento delle relative restrizioni; b) un'oggettiva lesione del principio di uguaglianza, consistente nella previsione di un identico regime di incapacità personali per tutti i soggetti, senza che sia attribuito alcun rilievo alla diversa portata delle rispettive vicende fallimentari; c) un'indiscriminata limitazione del diritto di iniziativa economica, ostacolato, nel suo esplicarsi, da vincoli che non tengono conto *ex ante*, caso per caso, dell'effettivo pregiudizio dei valori protetti dall'art. 41, secondo comma, Cost.

Per quel che si riferisce alla rilevanza, il TAR pone l'accento sul fatto che il provvedimento impugnato è stato adottato sul presupposto della perdurante iscrizione del ricorrente nel pubblico registro dei falliti, sicché l'eventuale espunzione dall'ordinamento delle disposizioni impugnate comporterebbe la cessazione, con effetto *ex tunc*, del regime delle incapacità personali addotto a fondamento della carenza del requisito del possesso dei diritti civili. Né assume alcun rilievo in contrario la circostanza che *medio tempore* e, precisamente, a decorrere dal 16 gennaio 2006 – per effetto dell'art. 47 del d.lgs. n. 5 del 2006, che ha abrogato l'art. 50 del r.d. n. 267 del 1942, e dell'art. 128 dello stesso decreto, che ha sostituito il titolo II, capo IX, della legge fallimentare – il pubblico registro dei falliti è stato soppresso e l'istituto della riabilitazione è venuto meno (sicché, da quella data, è stata eliminata la preclusione legale al godimento dei diritti civili attualmente in discussione), visto che la presente fattispecie risulta tuttora disciplinata dalla precedente normativa, in quanto essa era ancora in vigore quando si è svolta la fase procedimentale nel corso della quale occorreva maturare il possesso dei requisiti di ammissione al concorso.

Sottolinea poi il giudice *a quo* che il ricorrente, pur avendo a tempo debito omesso di proporre istanza di riabilitazione, appare, tuttavia, pienamente legittimato ad invocare la caducazione di un sistema normativo che ne ha causato l'automatica sottoposizione al

regime di incapacità personali del fallito e che, di conseguenza, gli ha impedito di conseguire il conferimento della sede farmaceutica in esito al concorso in oggetto.

È, infine, da escludere la possibilità di disapplicazione della disciplina censurata per contrasto con le norme comunitarie che, ad avviso del ricorrente, recherebbero disposizioni sostanzialmente corrispondenti alle prescrizioni della CEDU che vengono, nella specie, in considerazione. Infatti, da un lato, le direttive comunitarie invocate non rientrano tra quelle *self executing* e, d'altra parte, l'asserita violazione del generale principio della libera concorrenza – rappresentata, in ipotesi, dal regime discriminatorio riservato ai cittadini italiani falliti rispetto a quelli degli altri Paesi dell'Unione europea – neppure può indurre alla richiesta disapplicazione, poiché la presunta discriminazione in argomento non costituisce, di per sé, causa di illegittimità comunitaria, in quanto i singoli Stati della UE godono di un ambito di autonomia che esclude un'assoluta uniformità di regime delle condizioni legali di accesso alle attività economiche.

Il remittente riferisce, inoltre, che l'istanza cautelare del ricorrente, respinta dal giudice di primo grado, è stata viceversa accolta dal Consiglio di Stato, sezione V, con ordinanza del 3 ottobre 2006, n. 5065.

Considerato in diritto

1.— Il TAR per l'Emilia-Romagna, sezione di Parma, in riferimento agli articoli 2, 3, 41 e 117 della Costituzione, ha sollevato, «nei sensi di cui in motivazione», questione di legittimità costituzionale degli articoli 50 e 142 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa), nel testo anteriore alle modifiche apportate dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5.

Il remittente espone in fatto e osserva in punto di rilevanza che è stato chiamato a giudicare sulla legittimità della determinazione n. 382 del 9 maggio 2006, a firma del dirigente dell'Area Welfare Locale della Provincia di Reggio Emilia, con la quale il ricorrente era stato escluso dalla graduatoria finale del concorso per il conferimento di due sedi farmaceutiche – bandito dalla Provincia di Reggio Emilia il 20 maggio 2003 – pur essendosi classificato al secondo posto della graduatoria di merito, in quanto, in sede di verifica del possesso dei requisiti di ammissione al concorso, l'amministrazione aveva accertato che egli era stato dichiarato fallito nel 1986 dal Tribunale di Termini Imerese e figurava ancora iscritto nell'albo dei falliti, pur essendo trascorsi molti anni dalla chiusura della procedura concorsuale (avvenuta nello stesso 1986) e avendo, quindi, la facoltà di promuovere il giudizio di riabilitazione civile, al fine di ottenere la cancellazione dal suddetto albo.

Il remittente rileva, in particolare, che, secondo la normativa censurata – vigente alla data di scadenza del termine per la presentazione delle domande per la partecipazione al concorso di cui si tratta e, pertanto, da applicare nel caso di specie, nonostante la sopravvenuta abrogazione dell'art. 50 del r.d. n. 267 del 1942, con conseguente soppressione dell'albo dei falliti, ad opera dell'art. 47 del d.lgs. n. 5 del 2006, entrato in vigore il 16 gennaio 2006 – allo stato di fallito era automaticamente connessa la perdita dei diritti civili e politici (permanente fino al passaggio in giudicato della sentenza di

riabilitazione civile, emanata ai sensi dell'art. 142 dello stesso r.d. n. 267 del 1942, istituto del pari eliminato dall'art. 128 del menzionato d.lgs. n. 5 del 2006), la cui titolarità è richiesta per la partecipazione ai concorsi per l'assegnazione delle sedi farmaceutiche, dall'art. 4, comma 2, della legge 8 novembre 1991, n. 362.

2.— Sulla non manifesta infondatezza della questione, il TAR remittente osserva che le norme censurate, configurando le suddette incapacità personali come conseguenza automatica della dichiarazione di fallimento e, soprattutto, prevedendo il loro permanere dopo la chiusura della procedura per lungo tempo fino alla cancellazione dall'albo a seguito dell'esito favorevole del giudizio di riabilitazione, contrastano con i parametri costituzionali suindicati.

In particolare, esse violerebbero l'art. 3 Cost. perché dispongono un'irragionevole sanzione ed equiparano situazioni diverse, prescindendo da ogni valutazione delle cause del dissesto dell'imprenditore; contrasterebbero inoltre con i diritti della persona e con il principio della libertà di iniziativa economica e anche con le disposizioni dell'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, secondo quanto ritenuto in numerose decisioni dalla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, cui istituzionalmente è attribuito il compito di interpretare la CEDU.

3.— La questione è rilevante e, nel merito, fondata.

In punto di rilevanza non è implausibile la motivazione dell'ordinanza di rimessione, secondo la quale i requisiti per la partecipazione ad un concorso, se diversamente non è nei singoli casi stabilito, vanno determinati alla stregua della normativa vigente al momento della scadenza del termine fissato per la presentazione della domanda, nel caso in esame antecedente l'abrogazione di una delle disposizioni impugnate e la sostituzione dell'altra.

4.— Nel merito è necessario premettere che, secondo la giurisprudenza formatasi prima dell'abrogazione dell'art. 50 del r.d. n. 267 del 1942 e nella vigenza del testo originario dell'art. 142 del medesimo, il riacquisto dei diritti civili e politici, la cui perdita era automaticamente connessa allo stato di fallito, veniva, come si è detto, condizionato al favorevole esito del giudizio di riabilitazione.

Va, inoltre, sottolineato che nell'ordinanza di rimessione, anche con specifico riferimento alle peculiarità della vicenda sulla quale il giudice amministrativo deve pronunciarsi, i sospetti di incostituzionalità si appuntano non soltanto sull'automatismo delle incapacità del fallito ma anche sul loro protrarsi ben oltre la chiusura della procedura concorsuale.

5.— Così identificati i termini della questione soggetta a scrutinio, se ne rileva la fondatezza per contrasto con gli artt. 117, primo comma, e 3 della Costituzione.

Questa Corte, con le recenti sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, ha affermato, tra l'altro, che, con riguardo all'art. 117, primo comma, Cost., le norme della CEDU devono essere considerate come interposte e che la loro peculiarità, nell'ambito di siffatta categoria, consiste nella soggezione all'interpretazione della Corte di Strasburgo, alla quale gli Stati contraenti, salvo l'eventuale scrutinio di costituzionalità, sono vincolati ad uniformarsi.

Ora, riguardo alle incapacità personali connesse allo stato di fallito, con specifico riferimento agli artt. 50 e 143 della legge fallimentare all'epoca vigente, la Corte di Strasburgo, con numerose pronunce (si veda, *ex plurimis*, la sentenza 23 marzo 2006,

Vitiello c. Italia, ric. n. 77962/01), ha ritenuto le disposizioni della legge fallimentare lesive dei diritti della persona, perché incidenti sulla possibilità di sviluppare le relazioni col mondo esteriore e foriere, quindi, di un'ingerenza «non necessaria in una società democratica».

La Corte di Strasburgo ha affermato, in particolare, che «a causa della natura automatica dell'iscrizione del nome del fallito nel registro e dell'assenza di una valutazione e di un controllo giurisdizionali sull'applicazione delle incapacità discendenti dalla suddetta iscrizione e del lasso di tempo previsto per ottenere la riabilitazione, l'ingerenza prevista dall'art. 50 della legge fallimentare nel diritto al rispetto della vita privata dei ricorrenti non è necessaria in una società democratica, ai sensi dell'art. 8, § 2, della Convenzione», e ha dichiarato l'avvenuta violazione del citato art. 8, dopo aver precisato che la nozione di “vita privata” presa in considerazione da tale norma, «non esclude, in linea di principio, le attività di natura professionale o commerciale, considerato che proprio nel mondo del lavoro le persone intrattengono un gran numero di relazioni con il mondo esteriore».

Nel contempo le disposizioni censurate, in quanto stabiliscono in modo indifferenziato incapacità che si protraggono oltre la chiusura della procedura fallimentare e non sono, perciò, connesse alle conseguenze patrimoniali della dichiarazione di fallimento ed, in particolare, a tutte le limitazioni da questa derivanti, violano l'art. 3 Cost. sotto diversi profili. Esse, infatti, poiché prevedono generali incapacità personali in modo automatico e, quindi, indipendente dalle specifiche cause del dissesto – così equiparando situazioni diverse – e in quanto stabiliscono che tali incapacità permangono dopo la chiusura del fallimento, assumono, in ogni caso, carattere genericamente sanzionatorio, senza correlarsi alla protezione di interessi meritevoli di tutela.

Deve essere, pertanto, dichiarata la illegittimità costituzionale degli artt. 50 e 142 della legge fallimentare di cui al r.d. n. 267 del 1942, nel testo vigente prima della riforma di cui al d.lgs. n. 5 del 2006, in quanto stabiliscono che le incapacità personali derivanti al fallito dalla dichiarazione di fallimento perdurano oltre la chiusura della procedura concorsuale.

Restano assorbiti gli altri profili di censura.

PQM

Per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale degli articoli 50 e 142 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa), nel testo anteriore all'entrata in vigore del decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5 (Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'articolo 1, comma 5, della legge 14 maggio 2005, n. 80), in quanto stabiliscono che le incapacità personali derivanti al fallito dalla dichiarazione di fallimento perdurano oltre la chiusura della procedura concorsuale.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 25 febbraio 2008.

Depositata in Cancelleria il 27 febbraio 2008.

Fonti: Giur. cost. 2011, 2, 1224

Classificazione: MISURE DI PREVENZIONE - Procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione

Misure di prevenzione - Procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione - Giudizio di cassazione - Svolgimento, a richiesta di parte, nelle forme dell'udienza pubblica - Preclusione - Ritenuta violazione del principio di pubblicità delle udienze giudiziarie garantito dall'art. 6 della CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo - Esclusione - Non fondatezza della questione in parte qua.

Non è fondata, in riferimento all'art. 117, comma 1, cost., la q.l.c. dell'art. 4 l. 27 dicembre 1956 n. 1423 e dell'art. 2 ter l. 31 maggio 1965 n. 575, nella parte in cui non consentono che, a richiesta di parte, il ricorso per cassazione in materia di misure di prevenzione venga trattato in udienza pubblica. L'avvenuta introduzione nel procedimento di prevenzione del diritto degli interessati di chiedere la pubblica udienza davanti ai tribunali (giudici di prima istanza) e alle corti di appello (giudici di seconda istanza, ma competenti al riesame anche delle questioni di fatto, se non addirittura essi stessi all'assunzione o riassunzione di prove), per effetto della intervenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme censurate "nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga, davanti al tribunale e alla corte d'appello, nelle forme dell'udienza pubblica", è sufficiente a garantire la conformità del nostro ordinamento alla Cedu, senza che occorra estendere il suddetto diritto al giudizio davanti alla Corte di cassazione (sent. n. 93 del 2010).

Fonti: Giur. cost. 2011, 2, 1224

Classificazione: MISURE DI PREVENZIONE - Procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione

Misure di prevenzione - Procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione - Giudizio di cassazione - Svolgimento, a richiesta di parte, nelle forme dell'udienza pubblica - Preclusione - Eccezione di inammissibilità della questione per difetto di rilevanza sollevata dalla parte privata alla luce del nuovo testo dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea per asserita disapplicabilità delle norme interne ritenute incompatibili con quelle della Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali - Reiezione.

In riferimento alla q.l.c. dell'art. 4 l. 27 dicembre 1956 n. 1423 e dell'art. 2 ter l. 31 maggio 1965 n. 575, nella parte in cui "non consentono che, a richiesta di parte, il procedimento in materia di misure di prevenzione si svolga in udienza pubblica" davanti alla Corte di cassazione, è infondata l'eccezione di inammissibilità per difetto di rilevanza stante l'asserita disapplicabilità, per effetto dell'art. 6 del trattato sull'Unione europea, delle norme interne ritenute incompatibili con quelle della convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Dalla qualificazione dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della Cedu come principi generali del diritto comunitario, infatti, non può farsi discendere la riferibilità alla Cedu del parametro di cui all'art. 11 cost. e, con essa, la

spettanza al giudice comune del potere-dovere di non applicare le norme interne contrastanti con la convenzione, mentre privo di consistenza è l'argomento tratto dalla prevista adesione dell'Unione europea alla Cedu, per l'assorbente ragione che l'adesione non è ancora avvenuta, sicché, la statuizione del paragrafo 2 del nuovo art. 6 del trattato resta, allo stato, ancora improduttiva di effetti; né la Carta dei diritti fondamentali costituisce uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea, giacché presupposto di applicabilità della Carta è che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto; presupposto, quest'ultimo, che nel caso di specie - attinente all'applicazione di misure personali e patrimoniali "ante o praeter delictum" - difetta (sentt. n.188 del 1980, 348, 349 del 2007, 93, 138, 187, 196 del 2010, 1 del 2011).

Fonti: Giur. cost. 2011, 2, 1224

Classificazione: MISURE DI PREVENZIONE - Procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione

Misure di prevenzione - Procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione - Gradi di merito - Svolgimento, a richiesta di parte, nelle forme dell'udienza pubblica - Preclusione - Sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale - Questione divenuta priva di oggetto - Inammissibilità della questione.

È inammissibile la q.l.c., in riferimento all'art. 117, comma 1, cost., dell'art. 4 l. 27 dicembre 1956 n. 1423 e dell'art. 2 ter l. 31 maggio 1965 n. 575, nella parte in cui "non consentono che, a richiesta di parte, il procedimento in materia di misure di prevenzione si svolga in udienza pubblica". La norma censurata - vale a dire, quella che non consente agli interessati di chiedere che, davanti ai tribunali e alle corti d'appello, il procedimento di prevenzione si svolga in forma pubblica - è già stata rimossa dall'ordinamento da precedente declaratoria di illegittimità costituzionale con efficacia "ex tunc", sicché è venuto meno l'oggetto della questione (sent. n. 93 del 2010; ordd. n.82, 327 del 2009, 78, 306 del 2010).

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

- Ugo DE SIERVO Presidente
- Paolo MADDALENA Giudice
- Alfio FINOCCHIARO "
- Alfonso QUARANTA "
- Franco GALLO "
- Luigi MAZZELLA "
- Gaetano SILVESTRI "
- Sabino CASSESE "
- Giuseppe TESAURO "
- Paolo Maria NAPOLITANO "
- Giuseppe FRIGO "

- Alessandro CRISCUOLO "
- Paolo GROSSI "
- Giorgio LATTANZI "
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità) e dell'art. 2-ter della legge 31 maggio 1965, n. 575 (Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniere), promosso dalla Corte di cassazione nel procedimento penale a carico di D.P.E. con ordinanza del 12 novembre 2009, iscritta al n. 177 del registro ordinanze 2010 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 24, prima serie speciale, dell'anno 2010.

Visto l'atto di costituzione di D.P.E.;

udito nell'udienza pubblica del 25 gennaio 2011 il Giudice relatore Giuseppe Frigo;

udito l'avvocato Alfredo Gaito per D.P.E.

Ritenuto in fatto

1. – Con ordinanza del 12 novembre 2009, la Corte di cassazione, seconda Sezione penale, ha sollevato, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità) e dell'art. 2-ter della legge 31 maggio 1965, n. 575 (Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniere), nella parte in cui «non consentono che, a richiesta di parte, il procedimento in materia di misure di prevenzione si svolga in udienza pubblica».

Il giudice a quo riferisce che con decreto del 9 giugno 2008 la Corte d'appello di Catania aveva confermato il decreto emesso dal Tribunale di Siracusa il 7 febbraio 2008, con il quale una persona indiziata di appartenenza a una associazione di stampo mafioso era stata sottoposta, in applicazione della legge n. 575 del 1965, alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale e dell'obbligo di soggiorno presso il Comune di residenza per la durata di un anno ed erano stati, altresì, confiscati un immobile e un'autovettura intestati alla moglie del proposto.

Il decreto del giudice d'appello era stato impugnato con ricorso per cassazione dai difensori dell'interessato. Facendo leva sui principi affermati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza contro Italia, uno dei difensori aveva, tra l'altro, eccepito, ai sensi dell'art. 609, comma 2, del codice di procedura penale, la violazione del principio di pubblicità delle procedure giudiziarie, sancito dall'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848 (d'ora in avanti: «CEDU»). Il medesimo difensore aveva chiesto, quindi, che il ricorso venisse trattato in udienza pubblica in applicazione «estensiva» dell'art. 441,

comma 3, cod. proc. pen., attribuendo a tale istanza «conseguenze invalidanti per le decisioni di merito», in quanto «ambidue scaturite all'esito di procedure da ritenere illegali ora per allora».

Con ordinanza del 14 maggio 2009, il Collegio rimettente, rilevato che le questioni di diritto sottoposte al suo esame avevano dato luogo o potevano dare luogo a un contrasto giurisprudenziale, aveva rimesso il ricorso alle Sezioni unite. Il Presidente aggiunto della Corte di cassazione, con provvedimento del 22 giugno 2009, aveva restituito tuttavia il procedimento, ritenendo che la Sezione avesse ommesso «di soffermarsi adeguatamente sulla specialità che connota il giudizio di cassazione» e che non dovesse trascurarsi, inoltre, la circostanza che, in materia di misure di prevenzione, il ricorso per cassazione è ammesso solo per violazione di legge (art. 4, undicesimo comma, della legge n. 1423 del 1956).

Fissata quindi una nuova camera di consiglio per l'esame del ricorso davanti alla Sezione rimettente, il ricorrente aveva depositato memoria, insistendo nelle richieste formulate.

Tanto premesso, il giudice a quo osserva che, con la citata sentenza 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza contro Italia, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha rilevato che la pubblicità delle procedure giudiziarie, garantita dall'art. 6, paragrafo 1, della CEDU (secondo cui «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge»), tutela le persone soggette a una giurisdizione contro una giustizia segreta, che sfugge al controllo del pubblico, e costituisce uno dei mezzi idonei per preservare la fiducia nei giudici, concorrendo all'attuazione dell'equo processo. La citata norma della Convenzione – ha soggiunto la Corte europea – non esclude che le autorità giudiziarie possano derogare al principio di pubblicità, tenuto conto delle particolarità della causa sottoposta al loro esame. La situazione è, tuttavia, diversa allorché – come avviene, nell'ordinamento italiano, per il procedimento di applicazione delle misure di prevenzione – una procedura si svolge a porte chiuse in virtù di una norma generale e assoluta, senza che la persona soggetta a giurisdizione abbia la possibilità di sollecitare una pubblica udienza: non potendo una simile procedura ritenersi conforme all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione.

In replica ai rilievi del Governo italiano – che aveva allegato, a giustificazione della mancanza di pubblicità, il carattere altamente tecnico della procedura di applicazione delle misure patrimoniali – la Corte di Strasburgo ha rilevato che non si può comunque «perdere di vista la posta in gioco» nelle procedure di cui si discute e gli effetti che esse possono produrre sulle persone coinvolte: prospettiva nella quale non è possibile affermare che il controllo del pubblico non rappresenti una condizione necessaria alla garanzia dei diritti dell'interessato. Di conseguenza, ha giudicato «essenziale» che le persone sottoposte a giurisdizione nell'ambito di dette procedure «si vedano almeno offrire la possibilità di sollecitare una pubblica udienza davanti alle sezioni specializzate dei tribunali e delle corti d'appello».

Tale conclusione è stata successivamente ribadita dalla Corte di Strasburgo con la sentenza 8 luglio 2008, Perre e altri contro Italia, così da potersi parlare di un indirizzo interpretativo consolidato.

Il Collegio rimettente ricorda, in pari tempo, come la Corte costituzionale, con le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, abbia chiarito che le norme della CEDU, nella interpretazione offertane dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, integrino, quali «norme interposte», il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone al legislatore il rispetto degli obblighi assunti dall'Italia a livello internazionale. Con la conseguenza che spetta al giudice comune interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti in cui ciò sia consentito dal dato testuale; mentre, qualora tale operazione non sia possibile – esclusa una diretta disapplicazione della norma interna da parte del giudice – quest'ultimo deve investire la Corte costituzionale della relativa questione di legittimità costituzionale, in riferimento al parametro dianzi indicato.

Nel caso in esame non sarebbe, in effetti, possibile interpretare la norma interna in senso conforme alla disposizione convenzionale, ostandovi l'evidenza del dato testuale. L'art. 4 della legge n. 1423 del 1956, ai commi sesto, decimo e undicesimo, prevede, infatti, in modo specifico e inequivoco – con disposizioni valedoli, oltre che per le misure personali, anche per quelle a carattere patrimoniale previste dalla speciale normativa antimafia, di cui all'art. 2-ter della legge n. 575 del 1965 – che il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolge, in tutti i suoi gradi, in camera di consiglio. Né potrebbe applicarsi in via analogica alla procedura in esame l'art. 441, comma 3, cod. proc. pen., il quale stabilisce che il giudizio abbreviato si svolge in camera di consiglio, ma che se tutti gli imputati ne fanno richiesta esso ha luogo in udienza pubblica. Una simile operazione ermeneutica risulterebbe impedita, per un verso, dal fatto che il ricorso all'analogia è consentito solo per regolare ipotesi non previste dalla legge; per altro verso, dalla natura eccezionale della norma da ultimo citata.

Neppure, poi, potrebbe condividersi la tesi, accolta in altre occasioni dalla stessa giurisprudenza di legittimità, stando alla quale i principi affermati dalla Corte europea nella sentenza del 13 novembre 2007 non sarebbero di ostacolo alla trattazione dei ricorsi per cassazione in materia di misure di prevenzione con la procedura camerale – e, in particolare, con la cosiddetta procedura «non partecipata», di cui all'art. 611 cod. proc. pen. (caratterizzata da un contraddittorio esclusivamente scritto) – posto che la predetta sentenza non reca alcun riferimento al giudizio che si svolge dinanzi alla Corte di cassazione.

Se è vero, infatti, che la Corte di Strasburgo ha in più occasioni affermato che il diritto a un'udienza pubblica dipende dalla natura delle questioni da trattare e che esso può venire, in particolare, escluso quando debbano trattarsi unicamente questioni di diritto; la medesima Corte ha, però, anche precisato che l'assenza dell'udienza pubblica, nei gradi successivi al primo, può trovare giustificazione solo se in primo grado la pubblicità sia stata garantita.

Il ricordato indirizzo della giurisprudenza di legittimità potrebbe essere, d'altro canto, condiviso solo se la procedura camerale fosse l'unico tipo di procedimento previsto davanti alla Corte di cassazione: laddove, al contrario, il giudizio può svolgersi tanto in pubblica udienza che in camera di consiglio e, in questo secondo caso, tanto nella forma «non

partecipata» che in quella prevista dall'art. 127 cod. proc. pen. La regola generale, al riguardo, è che «la corte procede in camera di consiglio quando deve decidere su ogni ricorso contro provvedimenti non emessi nel dibattimento» (art. 611 cod. proc. pen.): il che non esclude, tuttavia, che la pubblica udienza sia talora prevista anche quando la sentenza impugnata è stata pronunciata in camera di consiglio (come avviene, in specie, per le sentenze emesse a norma dell'art. 442 cod. proc. pen.).

Irrilevante sarebbe, inoltre, la circostanza che, nei procedimenti di prevenzione, il ricorso per cassazione possa proporsi solo per violazione di legge (vizio peraltro configurabile anche nel caso di mancanza della motivazione del provvedimento impugnato o di carenze della stessa tali da renderla meramente apparente), poiché, quali che siano i motivi deducibili, il giudizio di cassazione resta comunque un giudizio di legittimità.

Non resterebbe, pertanto, che prendere atto dell'incompatibilità delle norme censurate con l'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui non contemplano la «garanzia minima» pretesa dalla Corte di Strasburgo ai fini considerati: ossia la possibilità che, a richiesta di parte, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga in udienza pubblica.

La questione sarebbe, altresì, rilevante nel giudizio a quo sotto due profili.

In primo luogo, perché, come già ricordato, il rito davanti alla Corte di cassazione segue quello adottato nei giudizi di merito: regola, questa, che dovrebbe essere nella specie applicata tenendo conto anche di un'eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme impuginate, nella parte in cui impongono lo svolgimento in camera di consiglio del procedimento di cui si discute. Inoltre, una volta che si colleghi la scelta del rito a una opzione del soggetto interessato, questa non dovrebbe essere necessariamente effettuata «in limine, potendosi esprimere anche in successivi gradi di giudizio».

Sotto diverso profilo, poi, l'esito del giudizio di costituzionalità condizionerebbe la decisione sulla «deduzione difensiva di conseguenze invalidanti delle pronunce di merito "scaturite all'esito di procedure da ritenere illegali ora per allora"». L'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme impuginate, infatti, «non potrebbe non spiegare i suoi effetti su un processo ancora in corso che, per essere sostanzialmente giusto, deve avere la capacità di emendarsi, per adeguarsi a regole costituzionalmente corrette».

2. – Si è costituito D. P. E., ricorrente nel giudizio a quo.

La parte privata svolge, in via preliminare, deduzioni adesive alle tesi del giudice a quo, traendone la conclusione che – alla luce della ricostruzione operata dalla giurisprudenza costituzionale a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 – le disposizioni censurate violerebbero, in effetti, l'art. 117, primo comma, Cost., stante la configurabilità delle disposizioni della CEDU come «norme interposte» rispetto a tale parametro.

La difesa della parte privata pone, nondimeno, l'accento su due rilevanti elementi di novità, intervenuti successivamente all'ordinanza di rimessione.

Il primo è costituito dall'entrata in vigore – avvenuta il 1° dicembre 2009 – del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, ratificato e reso esecutivo con legge 2 agosto 2008, n. 130: Trattato che, imprimendo una diversa configurazione al rapporto tra le norme della CEDU e

l'ordinamento interno, avrebbe reso non più attuale la concezione delle «norme interposte».

Il vigente art. 6 del Trattato sull'Unione europea – quale risultante a seguito delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona – stabilisce, infatti, al paragrafo 1, che «l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati»; precisando, poi, che «i diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni». Inoltre, ai successivi paragrafi 2 e 3, lo stesso art. 6 prevede che «l'Unione europea aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»; e che «i diritti fondamentali», garantiti da detta Convenzione «e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

Secondo la parte privata, alla luce di tali previsioni, indipendentemente dalla formale adesione alla CEDU da parte dell'Unione europea – non ancora avvenuta, ma comunque preannunciata – i diritti elencati dalla Convenzione sarebbero stati ricondotti all'interno delle fonti dell'Unione addirittura sotto un duplice profilo. Da un lato, cioè, in via diretta e immediata, tramite il loro riconoscimento come «principi generali del diritto dell'Unione»; dall'altro lato, in via mediata, ma non meno rilevante, come conseguenza della «trattatizzazione» della Carta di Nizza.

L'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – contenuto nel titolo VII, cui lo stesso art. 6 del Trattato fa espresso rinvio – prevede, infatti, che ove la Carta «contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione»: fermo restando che tale disposizione «non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

Di conseguenza, tutti i diritti previsti dalla CEDU che trovino un «corrispondente» all'interno della Carta di Nizza dovrebbero ritenersi «tutelati (anche) a livello comunitario (rectius, europeo, stante l'abolizione della divisione in “pilastri”), quali diritti sanciti [...] dal Trattato dell'Unione». Ciò avverrebbe anche per il diritto alla pubblicità delle procedure giudiziarie, che trova riconoscimento nell'art. 47 della Carta in termini identici, anche sul piano testuale, a quelli dell'art. 6 della Convenzione («ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata [...] pubblicamente»).

A fronte di ciò, il giudice comune sarebbe tenuto quindi a disapplicare qualsiasi norma nazionale in contrasto con i diritti fondamentali sanciti dalla CEDU, in base al principio, fondato sull'art. 11 Cost., secondo cui «le norme di diritto comunitario sono direttamente operanti nell'ordinamento interno».

L'altro elemento di novità è costituito dalla sentenza di questa Corte n. 93 del 2010, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale, in riferimento al parametro evocato

dall'odierno rimettente, dell'art. 4 della legge n. 1423 del 1956 e dell'art. 2-ter della legge n. 575 del 1965, «nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga, davanti al tribunale e alla corte d'appello, nelle forme dell'udienza pubblica».

La parte privata rimarca, peraltro, come l'odierna questione di costituzionalità sia più ampia di quella decisa con la citata pronuncia, attenendo al rispetto del diritto alla pubblicità delle udienze non soltanto nei gradi di merito, ma anche nel giudizio davanti alla Corte di cassazione.

Circoscrivere la declaratoria di illegittimità costituzionale ai soli gradi di merito equivarrebbe, in effetti, a creare «pericolosi vuoti di tutela» in tutti quei casi in cui non siano previsti «meccanismi correttivi che consentano di recuperare, ora per allora, la pubblicità, dapprima negata o semplicemente non richiesta, sollevando la questione per la prima volta solo dinanzi alla Corte di cassazione». In ogni caso, una volta che si affidi la scelta del rito alla parte, non si vedrebbe perché la pubblicità dell'udienza possa essere richiesta solo nei gradi di merito e non, anche per la prima volta, davanti alla Corte di cassazione.

La parte privata chiede, pertanto, che la Corte dichiari l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 della legge n. 1423 del 1956 e, conseguentemente, dell'art. 611 cod. proc. pen., nella parte in cui prevedono che il giudizio di legittimità che abbia ad oggetto misure di prevenzione debba svolgersi in camera di consiglio «non partecipata», sia quando l'interessato abbia fatto espressa istanza di trattazione in udienza pubblica dinanzi ai giudici di merito, sia quando analoga richiesta sia stata presentata per la prima volta dinanzi al giudice di legittimità.

La parte privata chiede, altresì, che la Corte dichiari, in via consequenziale, l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, sesto e decimo comma, della legge n. 1423 del 1956 e dell'art. 2-ter, secondo comma, della legge n. 575 del 1965, nella parte in cui prevedono che il provvedimento conclusivo dei giudizi di primo grado e di appello venga adottato nella forma del decreto motivato, e non della sentenza, anche qualora su istanza dell'interessato il procedimento si sia svolto in pubblica udienza; nonché l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, decimo e undicesimo comma, della legge n. 1423 del 1956 e dell'art. 3-ter della legge n. 575 del 1965, nella parte in cui stabiliscono che, anche quando il procedimento di merito si è svolto in pubblica udienza, il termine per proporre appello e ricorso per cassazione è di soli dieci giorni. L'opzione dell'interessato per un accertamento in udienza pubblica «con i crismi propri del giudizio di cognizione» non potrebbe, infatti, non incidere anche sulla forma dell'atto terminativo del giudizio – male adattandosi a tale tipo di accertamento la forma del decreto – oltre che sul termine per proporre impugnazione contro il medesimo.

Considerato in diritto

1. – La Corte di cassazione, seconda Sezione penale, dubita della legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, dell'art. 4 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per

la sicurezza e per la pubblica moralità) e dell'art. 2-ter della legge 31 maggio 1965, n. 575 (Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniere), nella parte in cui «non consentono che, a richiesta di parte, il procedimento in materia di misure di prevenzione si svolga in udienza pubblica».

Il giudice a quo pone a base delle proprie censure l'affermazione della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la quale, ai fini del rispetto del principio di pubblicità delle procedure giudiziarie, sancito dall'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, le persone coinvolte nei procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione debbono vedersi «almeno offrire la possibilità di sollecitare una pubblica udienza davanti alle sezioni specializzate dei tribunali e delle corti d'appello» (sentenza 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza contro Italia).

La Corte rimettente rileva, altresì, che, secondo la più recente giurisprudenza costituzionale, le norme della CEDU, nell'interpretazione loro attribuita dalla Corte di Strasburgo, costituiscono «norme interposte» ai fini della verifica del rispetto dell'art. 117, primo comma, Cost.: con la conseguenza che, ove il giudice ravvisi un contrasto, non componibile per via di interpretazione, tra una norma interna e una norma della Convenzione, egli non può disapplicare la norma interna, ma deve sottoporla a scrutinio di costituzionalità in rapporto al parametro dianzi indicato.

Nella specie, non sarebbe possibile interpretare le norme censurate in senso conforme alla Convenzione, stante l'univocità del dato testuale, a fronte del quale il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolge, in tutti i suoi gradi, in camera di consiglio (e, dunque, senza la presenza del pubblico); né sussisterebbero i presupposti per l'estensione analogica alla fattispecie considerata dell'art. 441, comma 3, del codice di procedura penale, in tema di giudizio abbreviato.

Sarebbe, dunque, inevitabile la conclusione che le norme denunciate violano l'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui non accordano all'interessato la garanzia «minimale» richiesta dalla Corte europea, ossia la facoltà di chiedere che il procedimento si svolga in udienza pubblica.

Detta facoltà andrebbe riconosciuta, peraltro, non soltanto in relazione ai giudizi di merito, ma anche con riguardo al giudizio di cassazione, senza che rilevi, in senso contrario, la circostanza che di quest'ultimo non venga fatta menzione nella citata sentenza della Corte europea. Se pure è vero, infatti, che la Corte di Strasburgo ha affermato in più occasioni che il diritto a un'udienza pubblica può essere escluso quando debbano trattarsi esclusivamente questioni di diritto, essa ha, tuttavia, anche precisato che l'assenza dell'udienza pubblica, nei gradi successivi al primo, può giustificarsi solo se in primo grado la pubblicità sia stata garantita.

D'altro canto, una volta che la scelta del rito venga affidata alla parte, non si vedrebbe perché la relativa opzione possa essere effettuata solo «in limine», e non «anche in successivi gradi di giudizio».

2. – Posteriormente all'ordinanza di rimessione, questa Corte, con la sentenza n. 93 del 2010, ha dichiarato costituzionalmente illegittime le norme sottoposte a scrutinio, per violazione del medesimo parametro evocato dall'odierno rimettente, «nella parte in cui

non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga, davanti al tribunale e alla corte d'appello, nelle forme dell'udienza pubblica» (giudizi, quelli davanti al tribunale e alla corte d'appello, ai quali le censure formulate nell'occasione dal giudice a quo dovevano ritenersi circoscritte).

Nella circostanza, questa Corte ha anzitutto ricordato – e giova qui ribadirlo, in rapporto a quanto più avanti si osserverà – come, a partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, la giurisprudenza costituzionale sia costante nel ritenere che le norme della CEDU – nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificamente istituita per dare a esse interpretazione e applicazione (art. 32, paragrafo 1, della Convenzione) – integrino, quali «norme interposte», il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli «obblighi internazionali» (sentenze n. 317 e n. 311 del 2009, n. 39 del 2008). In questa prospettiva, ove si profili un eventuale contrasto fra una norma interna e una norma della CEDU, il giudice comune deve verificare anzitutto la praticabilità di una interpretazione della prima in senso conforme alla Convenzione, avvalendosi di ogni strumento ermeneutico a sua disposizione; e, ove tale verifica dia esito negativo – non potendo a ciò rimediare tramite la semplice non applicazione della norma interna contrastante – egli deve denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento all'indicato parametro. A sua volta, la Corte costituzionale, investita dello scrutinio, pur non potendo sindacare l'interpretazione della CEDU data dalla Corte europea, resta legittimata a verificare se, così interpretata, la norma della Convenzione – la quale si colloca pur sempre a un livello sub-costituzionale – si ponga eventualmente in conflitto con altre norme della Costituzione: «ipotesi eccezionale nella quale dovrà essere esclusa la idoneità della norma convenzionale a integrare il parametro considerato».

Su tale premessa, questa Corte ha quindi rilevato come il sesto e il decimo comma dell'art. 4 della legge n. 1423 del 1956 – con disposizioni valesse anche in rapporto alle misure patrimoniali antimafia previste dall'art. 2-ter della legge n. 575 del 1965 (il cui primo comma richiama il procedimento regolato dalla legge del 1956) – stabiliscano specificamente che il giudizio per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolge, sia in primo grado che nel giudizio di impugnazione davanti alla corte d'appello, «in camera di consiglio»: perciò, «senza la presenza del pubblico», secondo il generale disposto, in tema di procedura camerale, dell'art. 127, comma 6, cod. proc. pen.

Si è rilevato, altresì, come tale assetto normativo sia stato in più occasioni censurato dalla Corte di Strasburgo, per contrasto con il principio di pubblicità dei procedimenti giudiziari sancito dall'art. 6, paragrafo 1, della CEDU, in forza del quale «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata [...] pubblicamente [...] da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge» (sentenza 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza contro Italia, cui hanno fatto seguito, in senso conforme, le sentenze 8 luglio 2008, Perre e altri contro Italia; 5 gennaio 2010, Bongiorno contro Italia, e 2 febbraio 2010, Leone contro Italia). La Corte europea ha ribadito, al riguardo, che la pubblicità delle procedure giudiziarie tutela le persone soggette a una giurisdizione contro una giustizia segreta, che

sfugge al controllo del pubblico, e costituisce anche uno strumento per preservare la fiducia nei giudici, concorrendo con ciò all'attuazione dello scopo dell'art. 6 della Convenzione: ossia l'equo processo. Come attestano le eccezioni previste dalla seconda parte della norma, questa non impedisce, in assoluto, alle autorità giudiziarie di derogare al principio di pubblicità: ma l'udienza a porte chiuse, per tutta o parte della sua durata, deve essere comunque «strettamente imposta dalle circostanze della causa». Alcune circostanze eccezionali, attinenti alla natura delle questioni da trattare – quale, ad esempio, il carattere «altamente tecnico» del contenzioso – possono giustificare, in effetti, che si faccia a meno di un'udienza pubblica: ma nella maggior parte dei casi in cui la giurisprudenza della Corte di Strasburgo è pervenuta a tale conclusione in rapporto a procedimenti davanti ad autorità giudiziarie «civili» chiamate a decidere nel merito, il ricorrente aveva avuto, comunque, la possibilità di chiedere che la causa fosse trattata in udienza pubblica. La situazione è diversa, per contro, quando, sia in primo grado che in appello, una procedura «sul merito» si svolge a porte chiuse in virtù di una norma generale e assoluta, senza che la persona soggetta a giurisdizione fruisca dell'anzidetta facoltà: non potendo una simile procedura considerarsi conforme all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione.

Con riguardo alla fattispecie in discussione, la Corte di Strasburgo – in replica ai rilievi svolti dal Governo italiano – non ha contestato che il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione (e, in particolare, delle misure patrimoniali) possa presentare un elevato grado di tecnicismo, in quanto tendente al «controllo delle finanze e dei movimenti di capitali»; ovvero che possa coinvolgere «interessi superiori, quali la protezione della vita privata di minori o di terze persone indirettamente interessate dal controllo finanziario». Ciò non consente, tuttavia, di trascurare l'entità della «posta in gioco» nelle procedure stesse, le quali incidono in modo diretto e significativo sulla situazione personale e patrimoniale della persona soggetta a giurisdizione: il che induce a dover reputare essenziale, ai fini della realizzazione della garanzia prefigurata dalla norma convenzionale, «che le persone [...] coinvolte in un procedimento di applicazione delle misure di prevenzione si vedano almeno offrire la possibilità di sollecitare una pubblica udienza davanti alle sezioni specializzate dei tribunali e delle corti d'appello».

A fronte di tali indicazioni, questa Corte ha quindi concluso che le norme censurate violavano, in parte qua, l'art. 117, primo comma, Cost., dovendo senz'altro escludersi che la norma convenzionale, come interpretata dalla Corte europea, «contrastasse con le conferenti tutele offerte dalla nostra Costituzione». Per consolidata giurisprudenza della Corte, infatti, pure in assenza di un esplicito richiamo in Costituzione, «la pubblicità del giudizio, specie di quello penale, costituisce principio connaturato ad un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, cui deve conformarsi l'amministrazione della giustizia, la quale – in forza dell'art. 101, primo comma, Cost. – trova in quella sovranità la sua legittimazione» (ex plurimis, sentenze n. 373 del 1992, n. 69 del 1991 e n. 50 del 1989). D'altra parte, pur dovendosi anche precisare che il principio in questione «non ha valore assoluto, potendo cedere in presenza di particolari ragioni giustificative», ciò tuttavia si giustifica solo quando le stesse risultino «obiettive e razionali» (sentenza n. 212 del 1986),

e, nel caso del dibattimento penale, «collegate ad esigenze di tutela di beni a rilevanza costituzionale» (sentenza n. 12 del 1971).

Questa Corte ha anche escluso la praticabilità di una interpretazione conforme alla Convenzione delle norme censurate, basata, in specie, sull'applicazione analogica dell'art. 441, comma 3, cod. proc. pen., in forza del quale il giudizio abbreviato – normalmente trattato in camera di consiglio – si svolge in udienza pubblica se tutti gli imputati ne fanno richiesta. Difettano, infatti, «le condizioni legittimanti tale operazione ermeneutica, sia perché il ricorso all'analogia presuppone il riconoscimento di un vuoto normativo, qui non ravvisabile in presenza di una specifica disposizione contraria» (art. 127, comma 6, cod. proc. pen.); «sia a fronte delle marcate differenze strutturali e funzionali dei procedimenti in questione (giudizio abbreviato e procedimento di prevenzione)».

3. – La pronuncia di illegittimità costituzionale ora ricordata non è, peraltro, integralmente satisfattiva delle richieste dell'odierno rimettente. Il quesito di costituzionalità oggi sottoposto al vaglio della Corte è, difatti, più ampio della questione decisa con la sentenza n. 93 del 2010, anche se la comprende, attenendo inequivocamente a tutti i gradi di giudizio in materia di misure di prevenzione: non solo, cioè, ai giudizi di merito, ma anche a quello di legittimità.

Ai fini della decisione, si rende pertanto necessario scindere l'una doglianza dall'altra.

Quanto alla questione concernente il difetto di pubblicità delle udienze di prevenzione nei gradi di merito, la stessa è inammissibile per sopravvenuta mancanza di oggetto. La norma per questo verso censurata – vale a dire, quella che non consente agli interessati di chiedere che, davanti ai tribunali e alle corti d'appello, il procedimento di prevenzione si svolga in forma pubblica – è già stata, infatti, rimossa dall'ordinamento dalla ricordata declaratoria di illegittimità costituzionale con efficacia ex tunc (ex plurimis, ordinanze n. 306 e n. 78 del 2010, n. 327 e n. 82 del 2009). Codesto profilo di inammissibilità è assorbente rispetto a quello, pur riconoscibile, che deriva dal difetto di rilevanza della questione nel giudizio a quo, non risultando dall'ordinanza di rimessione che l'interessato, ricorrente per cassazione, abbia formulato nei precedenti gradi di giudizio alcuna istanza di trattazione in forma pubblica del procedimento.

4. – Con riferimento alla preclusione dello svolgimento in forma pubblica del procedimento davanti alla Corte di cassazione, la questione – non esaminata dalla citata sentenza n. 93 del 2010 – risulta, per converso, senz'altro rilevante nel giudizio principale. Essa condiziona, infatti, la decisione della Sezione rimettente sulla richiesta di trattazione del ricorso per cassazione in udienza pubblica, formulata dal ricorrente.

L'art. 4, undicesimo comma, della legge n. 1423 del 1956 stabilisce, in effetti, che anche il ricorso per cassazione in materia di misure di prevenzione venga trattato «in camera di consiglio». Tale previsione si salda col disposto dell'art. 611 cod. proc. pen., in forza del quale la Corte di cassazione procede in camera in consiglio – oltre che, per regola generale, «quando deve decidere su ogni ricorso contro provvedimenti non emessi in dibattimento, fatta eccezione delle sentenze pronunciate a norma dell'articolo 442» – anche, e prima di tutto, «nei casi particolarmente previsti dalla legge». In assenza di diversa indicazione normativa, la trattazione dei ricorsi in materia di misure di prevenzione ha luogo, d'altro

canto, con la cosiddetta procedura camerale «non partecipata», disciplinata dallo stesso art. 611 cod. proc. pen.: procedura che – in deroga al generale disposto dell’art. 127 cod. proc. pen. – non contempla l’«intervento dei difensori», basandosi su un contraddittorio esclusivamente scritto.

5. – Rispetto allo scrutinio del merito della questione, assume tuttavia rilievo preliminare il problema – sottoposto specificamente all’attenzione di questa Corte dalla parte privata – degli effetti della sopravvenuta entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, ratificato e reso esecutivo con legge 2 agosto 2008, n. 130, che modifica il Trattato sull’Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea.

Secondo la parte privata, le innovazioni recate da detto Trattato (entrato in vigore il 1° dicembre 2009) avrebbero comportato un mutamento della collocazione delle disposizioni della CEDU nel sistema delle fonti, tale da rendere ormai inattuale la ricordata concezione delle «norme interposte». Alla luce del nuovo testo dell’art. 6 del Trattato sull’Unione europea, dette disposizioni sarebbero divenute, infatti, parte integrante del diritto dell’Unione: con la conseguenza che – almeno in fattispecie quale quella di cui al presente si discute – i giudici comuni (ivi compreso, dunque, il giudice a quo) risulterebbero abilitati a non applicare le norme interne ritenute incompatibili con le norme della Convenzione, senza dover attivare il sindacato di costituzionalità. Varrebbe, infatti, al riguardo, la ricostruzione dei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno, quali sistemi distinti e autonomi, operata dalla consolidata giurisprudenza di questa Corte sulla base del disposto dell’art. 11 Cost. (secondo cui l’Italia «consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni»). Alla stregua di tale ricostruzione le norme derivanti da fonte comunitaria dovrebbero ricevere diretta applicazione nell’ordinamento italiano, ma rimangono estranee al sistema delle fonti interne e, se munite di effetto diretto, precludono al giudice nazionale di applicare la normativa interna con esse reputata incompatibile (ex plurimis, sentenze n. 125 del 2009, n. 168 del 1991 e n. 170 del 1984). Un effetto diretto non potrebbe essere, d’altronde, negato alle norme della CEDU, segnatamente allorché – come nell’ipotesi in esame – sia già intervenuta una sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo che abbia riconosciuto una violazione da parte dell’Italia, riconducibile a uno specifico difetto “strutturale” del sistema normativo interno.

Benché la stessa parte privata, nel formulare le proprie conclusioni, abbia poi insistito per la declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme censurate (e, in via consequenziale, anche di ulteriori disposizioni), appare evidente che, ove la tesi ora ricordata fosse corretta, la questione dovrebbe essere dichiarata inammissibile: essendo, quello denunciato, un contrasto che spetterebbe ormai allo stesso giudice comune – e non più a questa Corte – accertare e dirimere (ex plurimis, in tema di contrasto fra norme interne e norme comunitarie con effetto diretto, sentenze n. 284 del 2007 e n. 170 del 1984). Donde, appunto, la pregiudizialità del problema evidenziato dalla parte privata rispetto all’analisi del merito del quesito.

5.1. – A tale proposito, occorre quindi ricordare come l’art. 6 del Trattato sull’Unione europea, nel testo in vigore sino al 30 novembre 2009, stabilisse, al paragrafo 2, che

l'«Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [...] e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi del diritto comunitario».

In base a tale disposizione – che recepiva un indirizzo adottato dalla Corte di giustizia fin dagli anni settanta dello scorso secolo – tanto la CEDU quanto le «tradizioni costituzionali comuni» degli Stati membri (fonti esterne all'ordinamento dell'Unione) non assumevano rilievo come tali, ma in quanto da esse si traevano «i principi generali del diritto comunitario» che l'Unione era tenuta a rispettare. Sicché, almeno dal punto di vista formale, la fonte della tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione europea era unica, risiedendo, per l'appunto, nei «principi generali del diritto comunitario», mentre la CEDU e le «tradizioni costituzionali comuni» svolgevano solo un ruolo “strumentale” all'individuazione di quei principi.

Coerentemente questa Corte ha in modo specifico escluso che dalla «qualificazione [...] dei diritti fondamentali oggetto di disposizioni della CEDU come principi generali del diritto comunitario» – operata dapprima dalla Corte di giustizia, indi anche dall'art. 6 del Trattato – potesse farsi discendere la riferibilità alla CEDU del parametro di cui all'art. 11 Cost. e, con essa, la spettanza al giudice comune del potere-dovere di non applicare le norme interne contrastanti con la Convenzione (sentenza n. 349 del 2007). L'affermazione per cui l'art. 11 Cost. non può venire in considerazione rispetto alla CEDU, «non essendo individuabile, con riferimento alle specifiche norme convenzionali in esame, alcuna limitazione della sovranità nazionale» (sentenza n. 188 del 1980, già richiamata dalla sentenza n. 349 del 2007 succitata), non poteva ritenersi, infatti, messa in discussione da detta qualificazione per un triplice ordine di ragioni.

In primo luogo, perché «il Consiglio d'Europa, cui afferiscono il sistema di tutela dei diritti dell'uomo disciplinato dalla CEDU e l'attività interpretativa di quest'ultima da parte della Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo, è una realtà giuridica, funzionale e istituzionale, distinta dalla Comunità europea creata con i Trattati di Roma del 1957 e dall'Unione europea oggetto del Trattato di Maastricht del 1992» (sentenza n. 349 del 2007).

In secondo luogo, perché, i «principi generali del diritto comunitario di cui il giudice comunitario assicura il rispetto», ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e alla CEDU, «rilevano esclusivamente rispetto a fattispecie alle quali tale diritto sia applicabile: in primis gli atti comunitari, poi gli atti nazionali di attuazione di normative comunitarie, infine le deroghe nazionali a norme comunitarie asseritamente giustificate dal rispetto dei diritti fondamentali (sentenza 18 giugno 1991, C-260/89, ERT)»; avendo «la Corte di giustizia [...] precisato che non ha tale competenza nei confronti di normative che non entrano nel campo di applicazione del diritto comunitario (sentenza 4 ottobre 1991, C-159/09, Society for the Protection of Unborn Children Ireland; sentenza 29 maggio 1998, C-299/05, Kremzow)».

In terzo luogo e da ultimo, perché «il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, non essendovi in questa materia una competenza comune attribuita alle (né

esercitata dalle) istituzioni comunitarie, è un rapporto variamente ma saldamente disciplinato da ciascun ordinamento nazionale» (sentenza n. 349 del 2007).

5.2. – L'art. 6 del Trattato sull'Unione europea è stato, peraltro, incisivamente modificato dal Trattato di Lisbona, in una inequivoca prospettiva di rafforzamento dei meccanismi di protezione dei diritti fondamentali.

Il nuovo art. 6 esordisce, infatti, al paragrafo 1, stabilendo che l'«Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati». La norma prosegue – per quanto ora interessa – prevedendo, al paragrafo 2, che «l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali»; per chiudersi, al paragrafo 3, con la statuizione in forza della quale «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione [...] e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

Alla luce della nuova norma, dunque, la tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione europea deriva (o deriverà) da tre fonti distinte: in primo luogo, dalla Carta dei diritti fondamentali (cosiddetta Carta di Nizza), che l'Unione «riconosce» e che «ha lo stesso valore giuridico dei trattati»; in secondo luogo, dalla CEDU, come conseguenza dell'adesione ad essa dell'Unione; infine, dai «principi generali», che – secondo lo schema del previgente art. 6, paragrafo 2, del Trattato – comprendono i diritti sanciti dalla stessa CEDU e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Si tratta, dunque, di un sistema di protezione assai più complesso e articolato del precedente, nel quale ciascuna delle componenti è chiamata ad assolvere a una propria funzione. Il riconoscimento alla Carta di Nizza di un valore giuridico uguale a quello dei Trattati mira, in specie, a migliorare la tutela dei diritti fondamentali nell'ambito del sistema dell'Unione, ancorandola a un testo scritto, preciso e articolato.

Sebbene la Carta «riafferma[i]», come si legge nel quinto punto del relativo preambolo, i diritti derivanti (anche e proprio) dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalla CEDU, il mantenimento di un autonomo richiamo ai «principi generali» e, indirettamente, a dette tradizioni costituzionali comuni e alla CEDU, si giustifica – oltre che a fronte dell'incompleta accettazione della Carta da parte di alcuni degli Stati membri (si veda, in particolare, il Protocollo al Trattato di Lisbona sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Polonia e al Regno Unito) – anche al fine di garantire un certo grado di elasticità al sistema. Si tratta, cioè, di evitare che la Carta “cristallizzi” i diritti fondamentali, impedendo alla Corte di giustizia di individuarne di nuovi, in rapporto all'evoluzione delle fonti indirettamente richiamate.

A sua volta, la prevista adesione dell'Unione europea alla CEDU rafforza la protezione dei diritti umani, autorizzando l'Unione, in quanto tale, a sottoporsi a un sistema internazionale di controllo in ordine al rispetto di tali diritti.

5.3. – Con riferimento a fattispecie quali quella che al presente viene in rilievo, da nessuna delle predette fonti di tutela è, peraltro, possibile ricavare la soluzione prospettata dalla parte privata.

Nessun argomento in tale direzione può essere tratto, anzitutto, dalla prevista adesione dell'Unione europea alla CEDU, per l'assorbente ragione che l'adesione non è ancora avvenuta.

A prescindere da ogni altro possibile rilievo, la statuizione del paragrafo 2 del nuovo art. 6 del Trattato resta, dunque, allo stato, ancora improduttiva di effetti. La puntuale identificazione di essi dipenderà ovviamente dalle specifiche modalità con cui l'adesione stessa verrà realizzata.

5.4. – Quanto, poi, al richiamo alla CEDU contenuto nel paragrafo 3 del medesimo art. 6 – secondo cui i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione «e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» – si tratta di una disposizione che riprende, come già accennato, lo schema del previgente paragrafo 2 dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea: evocando, con ciò, una forma di protezione preesistente al Trattato di Lisbona.

Restano, quindi, tuttora valide le considerazioni svolte da questa Corte in rapporto alla disciplina anteriore, riguardo all'impossibilità, nelle materie cui non sia applicabile il diritto dell'Unione (come nel caso sottoposto a questa Corte), di far derivare la riferibilità alla CEDU dell'art. 11 Cost. dalla qualificazione dei diritti fondamentali in essa riconosciuti come «principi generali» del diritto comunitario (oggi, del diritto dell'Unione). Le variazioni apportate al dettato normativo – e, in particolare, la sostituzione della locuzione «rispetta» (presente nel vecchio testo dell'art. 6 del Trattato) con l'espressione «fanno parte» – non sono, in effetti, tali da intaccare la validità di tale conclusione. Come sottolineato nella citata sentenza n. 349 del 2007, difatti, già la precedente giurisprudenza della Corte di giustizia – che la statuizione in esame è volta a recepire – era costante nel ritenere che i diritti fondamentali, enucleabili dalla CEDU e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, facessero «parte integrante» dei principi generali del diritto comunitario di cui il giudice comunitario era chiamato a garantire il rispetto (ex plurimis, sentenza 26 giugno 2007, C-305/05, Ordini avvocati contro Consiglio, punto 29).

Rimane, perciò, tuttora valida la considerazione per cui i principi in questione rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie cui il diritto comunitario (oggi, il diritto dell'Unione) è applicabile, e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale.

5.5. – Quest'ultimo rilievo è riferibile, peraltro, anche alla restante fonte di tutela: vale a dire la Carta dei diritti fondamentali, la cui equiparazione ai Trattati avrebbe determinato, secondo la parte privata, una «trattatizzazione» indiretta della CEDU, alla luce della «clausola di equivalenza» che figura nell'art. 52, paragrafo 3, della Carta. In base a tale disposizione (compresa nel titolo VII, cui l'art. 6, paragrafo 1, del Trattato fa espresso rinvio ai fini dell'interpretazione dei diritti, delle libertà e dei principi stabiliti dalla Carta), ove quest'ultima «contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione» (ferma restando la possibilità «che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa»). Di conseguenza – sempre secondo la parte privata – i diritti previsti dalla CEDU che trovino un «corrispondente» all'interno della Carta di Nizza (quale, nella specie, il diritto alla pubblicità

delle udienze, enunciato dall'art. 47 della Carta in termini identici a quelli dell'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione) dovrebbero ritenersi ormai tutelati anche a livello di diritto dell'Unione europea.

A prescindere da ogni ulteriore considerazione, occorre peraltro osservare come – analogamente a quanto è avvenuto in rapporto alla prefigurata adesione dell'Unione alla CEDU (art. 6, paragrafo 2, secondo periodo, del Trattato sull'Unione europea; art. 2 del Protocollo al Trattato di Lisbona relativo a detta adesione) – in sede di modifica del Trattato si sia inteso evitare nel modo più netto che l'attribuzione alla Carta di Nizza dello «stesso valore giuridico dei trattati» abbia effetti sul riparto delle competenze fra Stati membri e istituzioni dell'Unione.

L'art. 6, paragrafo 1, primo alinea, del Trattato stabilisce, infatti, che «le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati». A tale previsione fa eco la Dichiarazione n. 1 allegata al Trattato di Lisbona, ove si ribadisce che «la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi dell'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati».

I medesimi principi risultano, peraltro, già espressamente accolti dalla stessa Carta dei diritti, la quale, all'art. 51 (anch'esso compreso nel richiamato titolo VII), stabilisce, al paragrafo 1, che «le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione»; recando, altresì, al paragrafo 2, una statuizione identica a quella della ricordata Dichiarazione n. 1.

Ciò esclude, con ogni evidenza, che la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea, come, del resto, ha reiteratamente affermato la Corte di giustizia, sia prima (tra le più recenti, ordinanza 17 marzo 2009, C-217/08, Mariano) che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (sentenza 5 ottobre 2010, C-400/10 PPU, McB; ordinanza 12 novembre 2010, C-399/10, Krasimir e altri).

Presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è, dunque, che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto.

Nel caso di specie – attinente all'applicazione di misure personali e patrimoniali ante o praeter delictum – detto presupposto difetta: la stessa parte privata, del resto, non ha prospettato alcun tipo di collegamento tra il thema decidendum del giudizio principale e il diritto dell'Unione europea.

5.6. – Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve, dunque, conclusivamente escludere che, in una fattispecie quale quella oggetto del giudizio principale, il giudice possa ritenersi abilitato a non applicare, omisso medio, le norme interne ritenute incompatibili con l'art. 6, paragrafo 1, della CEDU, secondo quanto ipotizzato dalla parte privata.

Restano, per converso, pienamente attuali i principi al riguardo affermati da questa Corte a partire dalle sentenze n. 348 e 349 del 2007: principi, del resto, reiteratamente ribaditi dalla Corte stessa anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (sentenze n. 1 del 2011; n. 196, n. 187 e n. 138 del 2010), pure in rapporto alla tematica oggetto dell'odierno scrutinio (sentenza n. 93 del 2010).

6. – Nel merito, la questione relativa al difetto di pubblicità del giudizio di cassazione in materia di misure di prevenzione non è fondata.

6.1. – Come già rimarcato da questa Corte nella sentenza n. 93 del 2010 (punto 2 del Considerato in diritto) e come rilevato anche dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, con la quale l'odierna ordinanza di rimessione si pone consapevolmente in contrasto, il principio affermato dalla Corte di Strasburgo nelle decisioni poste a fondamento della censura di costituzionalità è riferito esclusivamente ai giudizi presso i tribunali e le corti d'appello, senza che si faccia alcun riferimento al giudizio davanti alla Corte di cassazione.

Contrariamente a quanto sostiene il Collegio rimettente, la mancata menzione del giudizio di legittimità risulta particolarmente significativa – nel senso di assumere una valenza ad *excludendum* – ove si consideri che la Corte europea era chiamata a pronunciarsi su procedimenti di prevenzione che avevano percorso tutti i gradi di giudizio interno, ivi compreso quello di cassazione (ciò, stante il presupposto di legittimazione dell'accesso alla Corte di Strasburgo, rappresentato dall'esaurimento delle vie di ricorso interne: art. 35, paragrafo 1, della CEDU). E se pure è vero che nel caso esaminato dalla più volte citata sentenza 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza contro Italia, i ricorrenti si erano lamentati solo della mancata pubblicità delle udienze nei gradi di merito, analoga limitazione delle censure non si riscontra, invece, nei casi esaminati dalle successive sentenze in materia (sentenza 8 luglio 2008, Perre e altri contro Italia; sentenza 5 gennaio 2010, Bongiorno contro Italia; sentenza 2 febbraio 2010, Leone contro Italia).

La soluzione limitativa adottata in rapporto alla fattispecie che interessa riflette, d'altro canto, il generale orientamento della Corte europea in tema di applicabilità del principio di pubblicità nei giudizi di impugnazione. Tale orientamento si esprime segnatamente nell'affermazione per cui, al fine della verifica del rispetto del principio di pubblicità, occorre guardare alla procedura giudiziaria nazionale nel suo complesso: sicché, a condizione che una pubblica udienza sia stata tenuta in prima istanza, l'assenza di analoga udienza in secondo o in terzo grado può bene trovare giustificazione nelle particolari caratteristiche del giudizio di cui si tratta.

In specie, i giudizi di impugnazione dedicati esclusivamente alla trattazione di questioni di diritto possono soddisfare i requisiti di cui all'art. 6, paragrafo 1, della Convenzione, nonostante la mancata previsione di una pubblica udienza davanti alle corti di appello o alla corte di cassazione (*ex plurimis*, sentenza 21 luglio 2009, Seliwiak contro Polonia; Grande Camera, sentenza 18 ottobre 2006, Hermi contro Italia; sentenza 8 febbraio 2005, Miller contro Svezia; sentenza 25 luglio 2000, Tierce e altri contro San Marino; sentenza 27 marzo 1998, K.D.B. contro Paesi Bassi; sentenza 29 ottobre 1991, Helmers contro Svezia; sentenza 26 maggio 1988, Ekbatani contro Svezia). La valenza del controllo immediato del *quisque de populo* sullo svolgimento delle attività processuali, reso possibile dal libero

accesso all'aula di udienza – uno degli strumenti di garanzia della correttezza dell'amministrazione della giustizia – si apprezza, difatti, secondo un classico, risalente ed acquisito principio, in modo specifico quando il giudice sia chiamato ad assumere prove, specialmente orali-rappresentative, e comunque ad accertare o ricostruire fatti; mentre si attenua grandemente allorché al giudice compete soltanto risolvere questioni interpretative di disposizioni normative.

Si deve, di conseguenza, ritenere che l'avvenuta introduzione nel procedimento di prevenzione, per effetto della sentenza n. 93 del 2010 di questa Corte, del diritto degli interessati di chiedere la pubblica udienza davanti ai tribunali (giudici di prima istanza) e alle corti di appello (giudici di seconda istanza, ma competenti al riesame anche delle questioni di fatto, se non addirittura essi stessi all'assunzione o riassunzione di prove) è sufficiente a garantire la conformità del nostro ordinamento alla CEDU, senza che occorra estendere il suddetto diritto al giudizio davanti alla Corte di cassazione.

6.2. – Al fine di contrastare tale conclusione, non giova la tesi, sostenuta dalla parte privata nel corso della discussione orale, secondo la quale, a seguito della legge 20 febbraio 2006, n. 46 (Modifiche al codice di procedura penale, in materia di inappellabilità delle sentenze di proscioglimento), che ha modificato, in senso ampliativo, i motivi di ricorso per cassazione legati alla mancata assunzione di prove decisive e, soprattutto, ai vizi di motivazione (art. 606, comma 1, lettere d ed e, cod. proc. pen.), il giudizio davanti alla Corte di cassazione non potrebbe più essere considerato un giudizio di mera legittimità.

Pure a prescindere dal rilievo circa la natura, tuttora controversa, delle implicazioni dell'evocata riforma normativa, l'assunto difensivo non è comunque pertinente nella specie, poiché nel procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione il ricorso per cassazione è ammesso solo «per violazione di legge» (art. 4, undicesimo comma, della legge n. 1423 del 1956, richiamato dall'art. 3-ter, secondo comma, della legge n. 575 del 1965), il che significa, per consolidata giurisprudenza, che la deducibilità del vizio di motivazione resta circoscritta ai soli casi di motivazione inesistente o meramente apparente, qualificabile come violazione dell'obbligo di provvedere con decreto motivato imposto al giudice di appello dal nono comma del citato art. 4 della legge n. 1423 del 1956.

6.3. – Parimenti non condivisibile è l'ulteriore assunto del Collegio rimettente e della parte privata, secondo il quale, una volta che si affidi la scelta del rito alla parte, non si vedrebbe perché la pubblicità dell'udienza possa essere richiesta solo nei gradi di merito, e non – anche per la prima volta – nel giudizio di legittimità: ciò, tenuto conto anche dell'esigenza di prevedere «meccanismi correttivi che consentano di recuperare, ora per allora, la pubblicità, dapprima negata o semplicemente non richiesta, sollevando la questione per la prima volta solo dinanzi alla Corte di cassazione».

In proposito, la Corte di Strasburgo ha avuto modo di affermare che il principio, in forza del quale la pubblica udienza non è richiesta nei gradi di impugnazione destinati alla trattazione di sole questioni di diritto (o concernenti comunque materie le cui peculiarità meglio si attagliano a una trattazione scritta), vale anche quando l'udienza pubblica non si è tenuta in prima istanza, perché l'interessato vi ha rinunciato, esplicitamente o implicitamente, omettendo di formulare la relativa richiesta. Nell'interesse a una corretta

amministrazione della giustizia, è, infatti, normalmente più conveniente che un'udienza sia tenuta già in prima istanza, piuttosto che solo davanti al giudice di impugnazione (sentenza 8 febbraio 2005, Miller contro Svezia; sentenza 12 novembre 2002, Dory contro Svezia; sentenza 12 novembre 2002, Lundevall contro Svezia; sentenza 12 novembre 2002, Salomonsson contro Svezia). Ciò contrasta, evidentemente, con l'ipotizzato riconoscimento alla parte del diritto di stabilire, a suo arbitrio, se far celebrare l'udienza pubblica in materia di prevenzione davanti ai giudici di merito o a quello di legittimità.

Quanto, poi, all'asserita esigenza di prevedere «meccanismi correttivi» delle violazioni del principio di pubblicità consumatesi nei gradi di merito, va anzitutto osservato che una simile violazione non appare ravvisabile nel caso di specie. Come già accennato, infatti, non consta che la parte interessata abbia presentato alcuna istanza di trattazione in forma pubblica del procedimento davanti al Tribunale e alla Corte d'appello. Né gioverebbe opporre che detta istanza non avrebbe potuto essere utilmente formulata, dato che le norme censurate prevedevano, all'epoca, che la procedura venisse trattata in sede camerale, senza alcuna alternativa. È agevole replicare, infatti, che l'interessato avrebbe potuto bene chiedere l'udienza pubblica già in sede di merito, eccependo, nel contempo, l'illegittimità costituzionale delle norme stesse in parte qua, così come è avvenuto – con ottenimento del risultato – nel procedimento nel quale è stata sollevata la questione decisa con la sentenza n. 93 del 2010. In termini analoghi si è, del resto, espressa la stessa Corte di cassazione, escludendo che la mancata trattazione in udienza pubblica del procedimento di prevenzione nei gradi di merito possa produrre alcuna conseguenza processuale, ove gli interessati non abbiano mai richiesto, in quella sede, che il giudizio venisse tenuto in forma pubblica (Cass., 22 gennaio 2009-23 aprile 2009, n. 17229; Cass., 18 novembre 2008-17 dicembre 2008, n. 46751).

Si deve aggiungere, peraltro, che ove pure nel giudizio a quo si fosse realizzata la dedotta violazione dell'art. 6, paragrafo 1, della CEDU, essa non verrebbe affatto rimossa per effetto della trattazione in udienza pubblica del ricorso per cassazione. Anche a tale riguardo, sono puntuali le indicazioni della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale ha reiteratamente chiarito come lo svolgimento pubblico di un giudizio di impugnazione che sia a cognizione limitata – in particolare, perché il controllo del giudice di grado superiore è circoscritto ai soli motivi di diritto (come nel caso del giudizio di cassazione) – non basta a compensare la mancanza di pubblicità del giudizio anteriore (sentenza 14 novembre 2000, Riepan contro Austria). Ciò, proprio perché sfuggono all'esame del giudice di legittimità gli aspetti in rapporto ai quali l'esigenza di pubblicità delle udienze è più avvertita, quali l'assunzione delle prove, l'esame dei fatti e l'apprezzamento della proporzionalità tra fatto e sanzione (al riguardo, sentenza 10 febbraio 1983, Albert e Le Compte contro Belgio; sentenza 23 giugno 1981, Le Compte, Van Leuven e De Meyere contro Belgio; nonché, più di recente, Grande Camera, sentenza 11 luglio 2002, Göç contro Turchia).

7. – Sulla base delle considerazioni svolte, la questione sollevata va dunque dichiarata inammissibile, nella parte attinente ai giudizi di merito, e infondata, nella parte relativa al giudizio davanti alla Corte di cassazione.

PQM

Per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

1) dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità) e dell'art. 2-ter della legge 31 maggio 1965, n. 575 (Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniere), nella parte in cui non consentono che, a richiesta di parte, il procedimento davanti al tribunale e alla corte d'appello in materia di applicazione di misure di prevenzione si svolga in udienza pubblica, sollevata, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, dalla Corte di cassazione con l'ordinanza indicata in epigrafe;

2) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge n. 1423 del 1956 e dell'art. 2-ter della legge n. 575 del 1965, nella parte in cui non consentono che, a richiesta di parte, il ricorso per cassazione in materia di misure di prevenzione venga trattato in udienza pubblica, sollevata, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, dalla Corte di cassazione con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 7 marzo 2011.

Depositata in Cancelleria l'11 marzo 2011.

Fonti: Guida al diritto 2017, 26, 70

Classificazioni: REVOCAZIONE (Giudizio di - in materia civile) - In genere

"È infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 106 d.lg. 2 luglio 2010 n. 104 e degli art. 395 e 396 c.p.c., nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo". La Corte costituzionale con una articolata motivazione non amplia i casi di revocazione in presenza di un giudicato amministrativo in contrasto con una sopravvenuta sentenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo, prevista invece dall'art. 630 c.p. Per il giudice delle leggi, infatti, nelle materie diverse da quella penale, dalla giurisprudenza convenzionale non emerge l'esistenza di un obbligo generale di adottare la misura ripristinatoria della riapertura del processo, ma la decisione di prevederla è rimessa agli Stati contraenti, i quali, peraltro, sono incoraggiati a provvedere in tal senso, come, tra l'altro già fatto da Germania, Spagna e Francia. Per la Consulta, poi, "la riapertura del processo non penale, con il conseguente travolgimento del giudicato, esige una delicata ponderazione, alla luce dell'art. 24 cost., fra il diritto di azione degli interessati e il diritto di difesa dei terzi, e tale ponderazione spetta in via prioritaria al legislatore".

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

- Paolo GROSSI Presidente
- Alessandro CRISCUOLO Giudice
- Giorgio LATTANZI "
- Aldo CAROSI "
- Marta CARTABIA "
- Mario Rosario MORELLI "
- Giancarlo CORAGGIO "
- Silvana SCIARRA "
- Daria de PRETIS "
- Nicolò ZANON "
- Franco MODUGNO "
- Augusto Antonio BARBERA "
- Giulio PROSPERETTI "

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 106 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), e degli artt. 395 e 396 del codice di procedura civile, promosso dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nel procedimento

vertente tra S. S. ed altri e l'Università degli studi di Napoli Federico II ed altri, con ordinanza del 4 marzo 2015, iscritta al n. 190 del registro ordinanze 2015 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 39, prima serie speciale, dell'anno 2015.

Visti gli atti di costituzione di F. F. ed altri, di T. C. ed altri, dell'Università degli Studi di Napoli Federico II e dell'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS);

udito nell'udienza pubblica del 7 marzo 2017 il Giudice relatore Giancarlo Coraggio;

uditi gli avvocati Riccardo Marone e Raffaella Veniero per F. F. ed altri, Riccardo Marone Giuseppe Maria Perullo per T. C. ed altri, Angelo Abignente per l'Università degli Studi di Napoli Federico II e Dario Marinuzzi per l'INPS.

Ritenuto in fatto

1.- L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha sollevato, in riferimento agli artt. 24, 111 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione al parametro interposto dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, questione di legittimità costituzionale dell'art. 106 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), e degli artt. 395 e 396 del codice di procedura civile, «nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo».

1.1.- Il rimettente espone in punto di fatto che:

- i ricorrenti avevano svolto dal 1983 al 1997 funzioni assistenziali presso il Policlinico dell'Università degli studi di Napoli Federico II (d'ora in avanti: l'Università o l'Università di Napoli), sulla base di contratti a termine aventi ad oggetto l'esplicazione di attività professionale medica remunerata a gettone;
- con ricorsi proposti nel 2004 innanzi al TAR Campania essi avevano chiesto il riconoscimento dell'esistenza di un rapporto di lavoro di fatto alle dipendenze dell'Università, con conseguente riconoscimento del diritto al versamento dei relativi contributi previdenziali;
- il TAR adito aveva accolto in parte i ricorsi, riconoscendo che l'attività espletata dai ricorrenti era assimilabile a quella dei ricercatori universitari, «non ponendosi quindi problemi in ordine alla sussistenza della giurisdizione amministrativa»;
- diversamente, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, pronunciandosi in sede di appello con la sentenza n. 4 del 2007, aveva ritenuto applicabile alla controversia l'art. 45, comma 17, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 (Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della L. 15 marzo 1997, n. 59), poi confluito nell'attuale art. 69, comma 7, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), il quale dispone, per le liti relative al pubblico

impiego “privatizzato”, che «[l]e controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto anteriore a tale data [30 giugno 1998] restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000»;

– in principio si era ritenuto che la disposizione in parola prevedesse per i ricorsi proposti successivamente a tale data la giurisdizione del giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro; era successivamente prevalso, nella giurisprudenza tanto della Corte di cassazione quanto del Consiglio di Stato, il diverso orientamento che «ricollegava alla scadenza di tale termine la radicale perdita del diritto a far valere, in ogni sede, ogni tipo di contenzioso»; anche la Corte costituzionale aveva avallato tale interpretazione, ritenuta coerente con le esigenze organizzative connesse al trapasso da una giurisdizione all'altra;

– uniformandosi a tale giurisprudenza più recente, l'Adunanza plenaria aveva dichiarato l'inammissibilità per tardività dei ricorsi proposti in primo grado dopo il 15 settembre 2000;

– alcuni dei ricorrenti soccombenti nel giudizio di appello avevano quindi presentato ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo che, con le sentenze Mottola contro Italia e Staibano contro Italia del 4 febbraio 2014 (d'ora in avanti: sentenze Mottola e Staibano), aveva accertato una duplice violazione degli obblighi convenzionali da parte dello Stato italiano;

– in particolare, la Corte di Strasburgo aveva accertato la violazione dell'art. 6, paragrafo 1, della CEDU, relativamente al diritto di accesso a un tribunale, poiché, anche se tale diritto non è assoluto, potendo in astratto essere condizionato, nel caso di specie era risultato ingiustamente leso nella sua sostanza; nonché dell'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione stessa: i ricorrenti erano titolari di un «bene» ai sensi del citato parametro convenzionale, poiché il loro diritto di credito pensionistico aveva una base sufficiente nel diritto interno alla luce della giurisprudenza all'epoca consolidata, e la decisione del Consiglio di Stato aveva svuotato la loro legittima aspettativa al conseguimento di tale bene;

– relativamente, invece, alla domanda di equa soddisfazione formulata ai sensi dell'art. 41 della Convenzione, la Corte EDU si era riservata la decisione «tenuto conto della possibilità che il Governo e i ricorrenti addivengano ad un accordo»;

– alla luce di tali sentenze, i soccombenti nel giudizio di appello definitosi con la citata sentenza n. 4 del 2007 dell'Adunanza plenaria (alcuni dei quali ricorrenti a Strasburgo) hanno iniziato il giudizio a quo per la sua revocazione, chiedendo al Consiglio di Stato di procedere a una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 106 del d.lgs. n. 104 del 2010 (d'ora in avanti: cod. proc. amm.) e degli artt. 395 e 396 cod. proc. civ., ovvero, in subordine, di sollevare questione di legittimità costituzionale di tali articoli, per violazione degli artt. 111 e 117, primo comma, Cost.;

– «[n]el merito», i ricorrenti hanno chiesto al giudice adito, in conformità alle pronunce della Corte EDU, di applicare l'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, «nella sola interpretazione resa possibile dalla sentenza della Corte europea, e cioè nel senso della perdurante giurisdizione amministrativa, delle controversie riguardanti vicende del pubblico impiego, precedenti la traslazione della giurisdizione»; e conseguentemente,

accertata la natura di fatto del loro rapporto d'impiego, di confermare la sentenza del TAR Campania che aveva condannato l'amministrazione resistente al pagamento della contribuzione previdenziale e dell'indennità di fine rapporto;

– nel giudizio a quo si è costituito l'Istituto nazionale per la previdenza sociale (INPS), eccependo l'inammissibilità del ricorso, non vertendosi in alcuno dei casi di revocazione previsti dalla legge; che il giudicato interno non può essere travolto da una sentenza della Corte EDU; e che la Corte costituzionale si era già pronunciata nel senso della non illegittimità dell'art. 69, comma 7, citato;

– si è del pari costituita l'Università di Napoli, eccependo la inammissibilità del ricorso per insussistenza dei presupposti normativi per la revocazione; l'irrilevanza della questione di costituzionalità poiché la riapertura del processo non consentirebbe all'Adunanza plenaria di entrare nel merito della domanda dei ricorrenti, ostandovi l'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001; l'assenza di un obbligo di riaprire il processo alla luce delle sentenze della Corte di Strasburgo; la inutilità di sollevare una questione di legittimità costituzionale, essendosi la Corte costituzionale già pronunciata sul citato art. 69, comma 7.

1.2.– Tanto premesso, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, in punto di «ammissibilità» del ricorso per revocazione, ritiene non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 106 cod. proc. amm. e degli artt. 395 e 396 cod. proc. civ.

Rammenta in primo luogo il rimettente che, alla stregua della consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, il giudice comune non può disapplicare la norma interna che ritenga incompatibile con la CEDU, a differenza di quanto accade per il diritto dell'Unione, dovendo, invece, laddove ravvisi un contrasto tra la prima e la seconda non risolvibile con lo strumento dell'interpretazione convenzionalmente conforme, sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost.

Nel caso in esame vi sarebbe «una tensione tra le norme interne che disciplinano la revocazione della sentenza amministrativa passata in giudicato e l'obbligo assunto dall'Italia di conformarsi alle decisioni della Corte di Strasburgo (art. 46 CEDU)».

Allorquando, infatti, i giudici europei abbiano accertato con sentenza definitiva una violazione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione, sorgerebbe per lo Stato l'obbligo di adottare le misure necessarie per garantire la restitutio in integrum, ossia per porre il ricorrente in una situazione analoga a quella in cui si troverebbe qualora la violazione non vi fosse stata.

L'obbligo di conformarsi alla sentenza della Corte di Strasburgo sussisterebbe anche ove la violazione commessa dallo Stato sorga proprio a causa della sentenza passata in giudicato.

Sul punto, la Corte EDU e gli organi del Consiglio d'Europa – prosegue il Consiglio di Stato – hanno progressivamente individuato la riapertura del processo quale soluzione maggiormente idonea a garantire la restitutio in integrum in favore delle vittime delle violazioni non altrimenti rimediabili: in questi casi, infatti, la rimozione del giudicato formatosi sarebbe indispensabile per rimuovere la violazione dei diritti commessa dallo Stato-giudice nel corso del processo.

Tale obbligo di riapertura dei processi iniqui sarebbe stato affermato con maggior forza con riferimento ai processi penali, dove i valori in gioco, in primis quello della libertà personale, renderebbero «del tutto intollerabile il perdurare di violazioni di diritti fondamentali». Ciò avrebbe portato molti Stati aderenti alla Convenzione a prevedere la possibilità di riapertura dei processi in via legislativa o giurisprudenziale.

Osserva il rimettente che in Italia tanto è avvenuto con riferimento ai processi penali grazie all'intervento della Corte costituzionale, che, con la sentenza n. 113 del 2011, ha introdotto un nuovo caso di revisione, qualora ciò si renda necessario per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte EDU.

Secondo l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, un contrasto tra le norme processuali interne e l'obbligo gravante sullo Stato di conformarsi alle sentenze della Corte di Strasburgo può sussistere anche «nel caso di specie in cui è in discussione l'ammissibilità del ricorso per la revocazione di una sentenza del giudice amministrativo».

Non a caso – prosegue il rimettente – la Raccomandazione R(2000)2 sulla riapertura dei processi, adottata dal Comitato dei ministri il 19 gennaio 2000, pur dedicando particolare attenzione a quelli penali, non esclude quelli civili e amministrativi. Gli Stati sono incoraggiati alla riapertura ove ricorrano due condizioni: a) la parte lesa continui a soffrire serie conseguenze negative a causa della sentenza nazionale che non possano essere adeguatamente rimate attraverso l'equa soddisfazione prevista dall'art. 41 della CEDU; b) la Corte EDU «abbia riconosciuto la sentenza domestica quale fonte di una violazione degli obblighi convenzionali per ragioni sostanziali o procedurali».

Osserva ancora il rimettente che nel caso di specie la Corte di Strasburgo ha accertato che la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 4 del 2007 ha violato tanto il diritto di accesso a un tribunale quanto il diritto di proprietà: qualora non fosse ammissibile la revocazione, «l'ordinamento italiano non fornirebbe ai ricorrenti alcuna possibilità per vedere rimediata la violazione dei diritti fondamentali dagli stessi subita».

Essi, infatti, si vedrebbero definitivamente negato il «diritto di azionabilità delle proprie posizioni soggettive che all'epoca tentarono di fare valere davanti al giudice amministrativo», e, in particolare, la possibilità «di fare valere i diritti pensionistici che assumono essere loro spettanti».

Osserva il Consiglio di Stato, poi, che, sebbene la Corte costituzionale abbia in più occasioni dichiarato non fondate le questioni di costituzionalità dell'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, esse non sarebbero mai state sollevate con riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione ai parametri interposti di natura convenzionale.

Anche davanti al giudice amministrativo verrebbe in rilievo la tutela di diritti fondamentali che potrebbero essere violati e generare responsabilità convenzionale dello Stato: qualora la Corte EDU accerti tale violazione, potrebbero darsi casi in cui la rimozione del giudicato si appalesi quale unico mezzo utile per rimuovere le perduranti violazioni di diritti fondamentali, analogamente a quanto riconosciuto con riferimento al processo penale.

Non a caso molti Stati aderenti alla Convenzione avrebbero previsto la possibilità di riaprire anche i processi civili e amministrativi.

Alla luce di questi rilievi, ritiene il rimettente che le norme processuali nazionali che disciplinano i casi di revocazione delle sentenze del giudice amministrativo «si pongano in tensione» con l'art. 117, primo comma, Cost., in riferimento al parametro interposto dell'art. 46, paragrafo 1, della CEDU, «non contemplando tra i casi di revocazione quella che si renda necessaria per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo».

Secondo il rimettente, l'assenza di un apposito rimedio volto a riaprire il processo giudicato iniquo dalla Corte EDU si porrebbe in contrasto anche con i principi sanciti dagli artt. 24 e 111 Cost., dal momento che «le garanzie di azionabilità delle posizioni soggettive e di equo processo previste dalla nostra Costituzione non sono inferiori a quelle espresse dalla CEDU».

Aggiunge il Consiglio di Stato di non potere disapplicare le norme processuali interne incompatibili con la Convenzione e di non poterne dare una interpretazione adeguatrice, in ragione della tassatività dei casi di revocazione previsti.

1.3.– Infine, il rimettente afferma che la questione è rilevante nel giudizio a quo, in quanto dalla sua soluzione dipende l'ammissibilità del ricorso per revocazione proposto.

La rilevanza non verrebbe meno alla luce del fatto che la Corte costituzionale ha già avuto modo di dichiarare in più occasioni la non fondatezza delle questioni di costituzionalità sollevate nei confronti dell'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, poiché «la questione attinente all'interpretazione e alla legittimità costituzionale di detta norma riguarda una eventuale fase successiva dell'iter logico di decisione [...]. Una volta che verrà eventualmente ritenuto ammissibile il ricorso per revocazione proposto nella fase rescindente, si dovranno valutare, nella fase rescissoria, se, nel merito, vi siano i presupposti per la revocazione della sentenza n. 4/2007 di questa Adunanza plenaria».

2.– Con memoria depositata nella cancelleria di questa Corte il 16 luglio 2015, si sono costituiti T. C., M.E. V., D. P., A. F., F. M., S. S., S. L., P. N., M. L.P., D. M., C. A., D. M., A. L. e F. T., tutti ricorrenti nel giudizio a quo, chiedendo l'accoglimento della questione di costituzionalità sollevata e riservandosi di meglio illustrare in prosieguo le proprie difese.

3.– Con memoria depositata nella cancelleria di questa Corte il 16 luglio 2015, si sono costituiti F. F., P. A., A. D.R., M.A. L., M. M. e M. M., anch'essi ricorrenti nel giudizio a quo, chiedendo l'accoglimento della questione di costituzionalità sollevata e anch'essi riservandosi di meglio illustrare in prosieguo le proprie difese.

4.– Con memoria depositata nella cancelleria di questa Corte il 13 ottobre 2015, si è costituito l'INPS, eccependo, in primo luogo, l'inammissibilità della questione per difetto di rilevanza, poiché il bene della vita anelato dai ricorrenti (il diritto alle prestazioni previdenziali) sarebbe strettamente legato alla «valutazione della legittimità costituzionale della norma decadenziale».

In altri termini, la questione di costituzionalità dell'art. 69, comma 7, del d.lgs. 165 del 2001 non riguarderebbe una fase successiva dell'iter logico-giuridico che il giudice a quo deve seguire, ma atterrebbe «in modo diretto e immediato alla valutazione della rilevanza della attuale questione di costituzionalità».

Poiché la Corte costituzionale avrebbe più volte escluso la illegittimità della disposizione citata, non vi sarebbero gli estremi per giungere alla revocazione della sentenza n. 4 del 2007 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, dal che l'irrelevanza della questione sollevata.

Nel merito essa sarebbe infondata, poiché le sentenze Mottola e Staibano non affermerebbero in alcun modo l'obbligo di revocazione della sentenza del Consiglio di Stato, ed anzi presupporrebbero il contrario, laddove prendono in esame la richiesta di equa soddisfazione avanzata dalle parti, riservandosi di decidere all'esito di un eventuale accordo tra le stesse: il risarcimento in forma specifica e la restitutio in integrum determinerebbero, laddove cumulati, un ingiustificato arricchimento dei ricorrenti.

Osserva ancora l'INPS che il giudizio davanti alla Corte EDU si è svolto tra i ricorrenti e lo Stato italiano, sicché l'eventuale revocazione della sentenza passata in giudicato sarebbe obbligata in forza di una decisione intervenuta all'esito di un processo al quale l'istituto non ha partecipato, con palese violazione del suo diritto costituzionale alla difesa.

Infine, il travolgimento del giudicato nel caso a quo significherebbe disattendere la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale sulla non illegittimità del termine decadenziale previsto dall'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001 e prima ancora dall'art. 45, comma 17, del d.lgs. n. 80 del 1998.

5.- Con memoria depositata nella cancelleria di questa Corte il 13 ottobre 2015, si è costituita l'Università di Napoli, eccependo l'inammissibilità del ricorso per difetto di rilevanza, perché con la riapertura del processo i ricorrenti potrebbero ottenere solo un diritto al versamento dei contributi previdenziali che però sarebbe ormai prescritto ai sensi dell'art. 3 della legge 8 agosto 1995, n. 335 (Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare).

Nel merito, l'Università ritiene che i ricorrenti abbiano avuto ampie possibilità di accedere alla giustizia, come sarebbe dimostrato dal fatto che molti soggetti versanti nella medesima situazione giuridica avevano ottenuto piena soddisfazione giudiziaria delle loro richieste.

Spetterebbe in ogni caso alla Corte costituzionale valutare se la richiesta declaratoria di incostituzionalità delle norme censurate dal rimettente «incontri dei controlimiti invalicabili innanzitutto nei principi costituzionali posti a fondamento dell'ordinamento processuale civile nonché nel principio del buon andamento dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost.».

Verrebbe in rilievo, in primo luogo, «il delicato e ineludibile bilanciamento tra le esigenze sottese all'apertura della revocazione ad ipotesi nuove [...] e il valore costituzionale della stabilità del giudicato desumibile dal combinato disposto degli artt. 24 e 111 Cost.».

La Corte costituzionale avrebbe in più occasioni ricordato che la certezza delle situazioni giuridiche connessa al giudicato è un valore costituzionalmente protetto che giustifica la delimitazione delle ipotesi di revocazione straordinaria; e che il giudicato è uno dei principali strumenti per la realizzazione della tutela giurisdizionale dei diritti e la sua intangibilità un principio fondamentale del nostro ordinamento.

Quanto all'art. 46 della CEDU, l'Università di Napoli ritiene che esso non imponga l'obbligo di riapertura del processo, come sarebbe dimostrato dall'esistenza del rimedio dell'equa

soddisfazione. Andrebbe valutato, poi, nel caso di specie, se il precetto delle sentenze Mottola e Staibano possa essere osservato solo mediante l'eliminazione del giudicato.

Ancora, l'intangibilità del giudicato troverebbe un ancoraggio nel principio di buon andamento della pubblica amministrazione consacrato nell'art. 97 Cost., poiché la revisione per contrasto con la sentenza della Corte EDU incoraggerebbe la riapertura di innumerevoli giudizi, comportando un forte aggravio dell'ingolfamento del sistema giudiziario italiano.

Infine, non sarebbe pertinente il richiamo alla sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011, attese le innegabili ed intrinseche differenze tra il diritto penale e quello civile, quanto a norme procedurali e, soprattutto, a interessi sottesi e tipologia di diritti tutelati: basterebbe considerare che l'art. 30, quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), in tema di efficacia retroattiva delle pronunce di illegittimità costituzionale consente il travolgimento del solo giudicato penale.

Attribuire alla sentenza della Corte EDU una «forza revocatoria del giudicato» civile e amministrativo, significherebbe attribuire alla pronuncia della Corte europea uno status superiore a quello riconosciuto nel nostro ordinamento alle sentenze della Corte costituzionale.

6.- Con memorie rispettivamente depositate il 13 e il 14 febbraio 2017 l'Università di Napoli e l'INPS hanno ribadito le ragioni di inammissibilità e non fondatezza delle questioni già illustrate nelle rispettive memorie di costituzione.

Considerato in diritto

1.- L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato dubita, in riferimento agli artt. 24, 111 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione al parametro interposto dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848, della legittimità costituzionale dell'art. 106 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), e degli artt. 395 e 396 del codice di procedura civile, «nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo».

2.- Il rimettente è stato adito per la revocazione della sentenza n. 4 del 2007, con cui l'Adunanza plenaria aveva dichiarato inammissibili alcuni ricorsi proposti da medici cosiddetti a gettone e volti alla condanna dell'Università di Napoli Federico II al versamento di contributi previdenziali, ritenendo intervenuta la decadenza dall'azione prevista prima dall'art. 45, comma 17, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 (Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della L. 15 marzo 1997, n. 59), e poi dall'art. 69,

comma 7, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), il quale dispone, per le liti relative al pubblico impiego "privatizzato", che «[l]e controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto anteriore a tale data [30 giugno 1998] restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000».

Riferisce l'Adunanza plenaria che la domanda di revocazione costituisce il seguito delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo, Mottola contro Italia e Staibano contro Italia, del 4 febbraio 2014 (d'ora in avanti: sentenze Mottola e Staibano), le quali hanno accertato che lo Stato italiano, con la sentenza n. 4 del 2007 del Consiglio di Stato, ha violato il diritto dei ricorrenti di accesso a un tribunale, garantito dall'art. 6 della CEDU, nonché il diritto al rispetto dei propri beni, garantito dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla CEDU.

Ritiene il rimettente che, qualora l'ordinamento non apprestasse lo strumento della revocazione delle sentenze amministrative passate in giudicato per porre rimedio a qualsivoglia violazione accertata dalla Corte EDU, ne risulterebbe violato l'art. 117, primo comma, Cost., con riferimento all'art. 46, paragrafo 1, della CEDU, che impegna gli Stati contraenti «a conformarsi alle sentenze definitive della Corte [europea dei diritti dell'uomo] sulle controversie nelle quali sono parti».

La mancata previsione di un caso specifico di revocazione – ad avviso del rimettente – comporterebbe anche una violazione degli artt. 24 e 111 Cost., perché «le garanzie di azionabilità delle posizioni soggettive e di equo processo previste dalla nostra Costituzione non sono inferiori a quelle espresse dalla CEDU».

3.– Passando all'esame delle censure, la seconda è inammissibile per difetto di motivazione sulla non manifesta infondatezza (tra le tante, sentenze n. 276 e n. 133 del 2016; ordinanze n. 93 del 2016, n. 261, n. 181 e n. 174 del 2012, n. 236 e n. 126 del 2011).

Il rimettente, infatti, non spiega le ragioni dell'asserito contrasto delle norme censurate con gli evocati artt. 24 e 111 Cost., limitandosi ad affermare in termini generici e senza alcun esame dei parametri costituzionali, l'equivalenza tra la garanzia da essi apprestata e quella offerta dal sistema convenzionale.

4.– Quanto alla prima censura di violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione al parametro interposto dell'art. 46, paragrafo 1, della CEDU, ai fini dell'esame sia della rilevanza che del merito, è opportuno prendere le mosse dal contenuto delle sentenze Mottola e Staibano.

4.1.– Quest'ultime hanno accertato, in primo luogo, la violazione del diritto dei ricorrenti all'equo processo, non essendo stato loro consentito, in concreto, di accedere a un tribunale, dal momento che il termine dell'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, prima interpretato dalla giurisprudenza come termine di proponibilità dell'azione davanti al giudice amministrativo con salvezza di azione davanti al giudice ordinario, è stato poi ritenuto termine di decadenza sostanziale.

Secondo la Corte EDU, il mutamento di indirizzo giurisprudenziale (e non il termine previsto dalla norma, «finalizzato alla buona amministrazione della giustizia» e «in sé non

eccessivamente breve») ha impedito ai ricorrenti di ottenere tutela, nonostante avessero «adito i tribunali amministrativi in completa buona fede e sulla base di un'interpretazione plausibile delle norme sulla ripartizione delle competenze».

Le sentenze hanno inoltre riscontrato una violazione di natura sostanziale: i ricorrenti sono stati lesi anche nel diritto al rispetto dei propri beni garantito dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione, perché il mutamento di indirizzo giurisprudenziale li ha privati del riconoscimento di un diritto di credito – quello ai versamenti dei contributi previdenziali – che «aveva una base sufficiente nel diritto interno, in quanto confermato da una giurisprudenza ben consolidata».

All'accertamento della violazione procedurale e di quella sostanziale la Corte di Strasburgo ha quindi fatto seguire l'esame della domanda di equo indennizzo, riservandosi di decidere laddove le parti non raggiungano un accordo («si riserva la decisione e fisserà l'ulteriore procedimento, tenuto conto della possibilità che il Governo e i ricorrenti arrivino ad un accordo»).

5.- Quanto alla rilevanza, secondo l'Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), essa difetterebbe perché la questione sollevata sarebbe strettamente legata a quella del citato art. 69, comma 7, più volte sottoposto all'esame di questa Corte, che ha sempre ritenuto non fondate le relative questioni di costituzionalità: nel giudizio a quo non ricorrerebbero, dunque, i presupposti per la revocazione della sentenza n. 4 del 2007 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Secondo l'Università degli studi di Napoli Federico II, invece, la rilevanza difetterebbe perché con la riapertura del processo i ricorrenti mirerebbero all'accertamento di un diritto, quello al versamento dei contributi previdenziali, che sarebbe ormai prescritto ai sensi dell'art. 3 della legge 8 agosto 1995, n. 335 (Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare).

5.1.- È noto che il giudizio sulla rilevanza «è riservato al giudice rimettente, sì che l'intervento della Corte deve limitarsi ad accertare l'esistenza di una motivazione sufficiente, non palesemente erranea o contraddittoria, senza spingersi fino ad un esame autonomo degli elementi che hanno portato il giudice a quo a determinate conclusioni. In altre parole, nel giudizio di costituzionalità, ai fini dell'apprezzamento della rilevanza, ciò che conta è la valutazione che il rimettente deve fare in ordine alla possibilità che il procedimento pendente possa o meno essere definito indipendentemente dalla soluzione della questione sollevata, potendo la Corte interferire su tale valutazione solo se essa, a prima vista, appaia assolutamente priva di fondamento (ex plurimis, sentenze n. 91 del 2013, n. 41 del 2011 e n. 270 del 2010)» (sentenza n. 71 del 2015; nello stesso senso, tra le tante successive, sentenza n. 228 del 2016).

Non incorre in questo vizio l'ordinanza di rimessione, nella quale si afferma di dover fare applicazione delle norme censurate per decidere, in sede rescindente, sull'ammissibilità della domanda di revocazione.

È evidente, infatti, che la decisione della questione di costituzionalità influisce sulla prima valutazione che il rimettente è chiamato ad operare circa la riconducibilità del caso di

specie ad uno dei motivi revocatori previsti dalla legge (tra le tante, sentenze n. 20 del 2016, n. 294 del 2011, n. 151 del 2009; ordinanza n. 147 del 2015).

Al contrario, sia la questione della legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 7, sia quella della prescrizione dei diritti azionati in giudizio attengono alla successiva ed eventuale fase del merito rescissorio e quindi, non incidendo sulla verifica preliminare di ammissibilità dell'azione cui è chiamato il rimettente, non mettono in discussione la rilevanza della questione.

5.2.– Neanche incide sulla rilevanza la circostanza che le sentenze Mottola e Staibano non abbiano affermato l'obbligo di riapertura del processo, quale forma dovuta di restitutio in integrum. Ciò infatti non esclude che nel giudizio comune si debba dare una risposta alla domanda della parte ricorrente, intesa a far valere il diritto a uno specifico rimedio processuale, che si assume discendere, di per sé, dall'accertata violazione dell'art. 46 della CEDU.

Stabilire se tale diritto sussista o meno pone, invero, un problema di interpretazione della norma convenzionale interposta, problema che, nella specie, coinvolge il merito della questione di costituzionalità (tra le più recenti, sentenze n. 43 del 2017, n. 276 e n. 193 del 2016).

6.– Nel merito la questione non è fondata.

7.– L'esame della censura sollevata dal rimettente va condotto separatamente per i ricorrenti nel giudizio per revocazione che hanno adito vittoriosamente la Corte di Strasburgo e per quelli che non hanno attivato lo strumento processuale convenzionale, ma versano nella medesima situazione sostanziale.

8.– Per i secondi, questa Corte si è già pronunciata in senso negativo, perché l'obbligo di riapertura del processo, posto dall'art. 46 della CEDU, «nel significato attribuitole dalla Corte di Strasburgo, non concerne i casi, diversi da quello oggetto della pronuncia, nei quali per l'ordinamento interno si è formato il giudicato» (sentenza n. 210 del 2013).

Vi è, infatti, «una radicale differenza tra coloro che, una volta esauriti i ricorsi interni, si sono rivolti al sistema di giustizia della CEDU e coloro che, al contrario, non si sono avvalsi di tale facoltà, con la conseguenza che la loro vicenda processuale, definita ormai con la formazione del giudicato, non è più suscettibile del rimedio convenzionale» (così la citata sentenza n. 210 del 2013).

9.– Per i soggetti che hanno adito vittoriosamente la Corte di Strasburgo, invece, questa Corte, con la sentenza n. 113 del 2011, ha riconosciuto l'esistenza dell'obbligo convenzionale di riapertura del processo penale, allorquando ciò sia necessario per conformarsi a una sentenza della Corte EDU, e conseguentemente ha introdotto nell'art. 630 del codice di procedura penale una specifica ipotesi di revisione della sentenza passata in giudicato.

Ciò che in questa sede va verificato è se tale conclusione sia valida anche per i processi diversi da quelli penali e, in particolare, per quelli amministrativi.

10.– Come osservato da questa Corte nella decisione da ultimo ricordata, sin dalla sentenza della Grande Camera, 13 luglio 2000, Scozzari e Giunta contro Italia, la Corte EDU, leggendo congiuntamente ed evolutivamente gli artt. 41 e 46 della Convenzione, ha ritenuto che

l'obbligo di conformazione alle proprie sentenze implichi, anche cumulativamente, a carico dello Stato condannato: 1) il pagamento dell'equa soddisfazione, ove attribuita dalla Corte ai sensi dell'art. 41 della CEDU; 2) l'adozione, se del caso, di misure individuali necessarie all'eliminazione delle conseguenze della violazione accertata; 3) l'introduzione di misure generali volte a far cessare la violazione derivante da un atto normativo o da prassi amministrative o giurisprudenziali e ad evitare violazioni future (principio ribadito, da ultimo, nelle sentenze della Corte EDU, 14 febbraio 2017, S.K. contro Russia, paragrafo 132; 15 dicembre 2016, Ignatov contro Ucraina, paragrafo 49; 20 settembre 2016, Karelin contro Russia, paragrafo 92; Grande Camera, 17 luglio 2014, Centre for legal resources on behalf of Valentin Campeanu contro Romania, paragrafo 158).

Le misure individuali sono quelle volte a consentire la restitutio in integrum, al fine di porre il ricorrente, per quanto possibile, «in una situazione equivalente a quella in cui si troverebbe se non vi fosse stata una inosservanza delle esigenze della Convenzione» (Grande Camera, 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia, paragrafo 151; nello stesso senso, tra le tante, sentenze Grande Camera, 12 marzo 2014, Kuric e altri contro Slovenia, paragrafo 79; Grande Camera, 30 giugno 2009, Verein Tierfabriken Schweiz (VgT) contro Svizzera, paragrafo 85).

La Corte EDU, peraltro, ha costantemente affermato che in linea di principio non spetta ad essa indicare le misure atte a concretizzare la restitutio in integrum o le misure generali necessarie a porre fine alla violazione convenzionale, restando gli Stati liberi di scegliere i mezzi per l'adempimento di tale obbligo, purché compatibili con le conclusioni contenute nelle sue sentenze (tra le tante, sentenze Grande Camera, 5 febbraio 2015, Bochan contro Ucraina, paragrafo 57; Grande Camera, 17 luglio 2014, Centre for legal resources on behalf of Valentin Campeanu contro Romania, paragrafo 158; Grande Camera, 12 marzo 2014, Kuric e altri contro Slovenia, paragrafo 80), e solo in taluni casi eccezionali ha ritenuto utile indicare il tipo di misure da adottare (tra le ultime, sentenze 30 ottobre 2014, Davydov contro Russia, paragrafo 27; 9 gennaio 2013, Oleksandr Volkov contro Ucraina, paragrafo 195).

Essa, peraltro, nel caso di violazione delle norme sul giusto processo (art. 6 della CEDU), ha anche affermato che la riapertura del processo o il riesame del caso rappresentano, in linea di principio, il mezzo più appropriato per operare la restitutio in integrum (tra le tante, sentenze 20 settembre 2016, Karelin contro Russia, paragrafo 97; Grande Camera, 5 febbraio 2015, Bochan contro Ucraina, paragrafo 58).

10.1.– Di queste ultime misure si occupa anche la Raccomandazione R(2000)2 del 19 gennaio 2000, che, pur non essendo vincolante, è particolarmente importante per la ricostruzione della portata della giurisprudenza convenzionale, e ciò sia perché proviene dall'organo – il Comitato dei ministri – istituzionalmente deputato a vigilare sull'esecuzione delle sentenze di condanna della Corte di Strasburgo, sia perché condiziona la prassi applicativa rilevante sul piano dell'interpretazione della CEDU, ai sensi dell'art. 31, paragrafo 3, della Convenzione di Vienna sui trattati, sia perché, infine, è spesso richiamata dalla Corte nelle sue decisioni, entrando così a far parte del relativo apparato

motivazionale e quindi, in definitiva, contribuendo a riempire di contenuto il significato dei precetti convenzionali.

Nella Raccomandazione si legge che l'obbligo conformativo può «in certe circostanze» ricomprendere misure individuali diverse dall'equo indennizzo; che «in circostanze eccezionali» il riesame del caso o la riapertura dei processi si è dimostrata la misura più adeguata, se non l'unica, per raggiungere la restitutio in integrum; che, infine, quest'ultima appare indicata laddove «la parte continui a soffrire conseguenze negative molto serie a causa della decisione interna, che non possono essere adeguatamente rimosse attraverso l'equa soddisfazione».

11.– Dalla giurisprudenza della Corte EDU e dalla Raccomandazione si ricava, dunque, che l'obbligo di conformazione alle sentenze della Corte ha un contenuto variabile, che le misure ripristinatorie individuali diverse dall'indennizzo sono solo eventuali e vanno adottate esclusivamente laddove siano «necessarie» per dare esecuzione alle sentenze stesse, e che il riesame del caso o la riapertura del processo sono tuttavia da ritenersi le misure più appropriate nel caso di violazione delle norme convenzionali sul giusto processo.

12.– La specifica giurisprudenza della Corte di Strasburgo relativa ai processi civili e amministrativi è sostanzialmente in linea con questi principi.

In particolare, anche nelle sentenze rese in queste materie si sottolinea l'importanza della riapertura del processo o del riesame del caso per la effettività del sistema convenzionale, in presenza di violazioni processuali.

Si deve constatare, tuttavia, che l'indicazione della obbligatorietà della riapertura del processo, quale misura atta a garantire la restitutio in integrum, è presente esclusivamente in sentenze rese nei confronti di Stati i cui ordinamenti interni già prevedono, in caso di violazione delle norme convenzionali, strumenti di revisione delle sentenze passate in giudicato (si vedano, tra le altre, le sentenze 22 novembre 2016, Artemenko contro Russia, paragrafo 34; 26 aprile 2016, Kardoš contro Croazia, paragrafo 67; 26 luglio 2011, T.Ç. e H.Ç contro Turchia, paragrafi 94 e 95; 20 dicembre 2007, Iosif e altri contro Romania, paragrafo 99; 20 dicembre 2007, Paykar Yev Haghtanak LTD contro Armenia, paragrafo 58; 10 agosto 2006, Yanakiev contro Bulgaria, paragrafo 90; 11 luglio 2006, Gurov contro Moldavia, paragrafo 43).

12.1.– Riassume con grande chiarezza l'atteggiamento della Corte EDU nelle materie diverse da quella penale la sentenza della Grande Camera, 5 febbraio 2015, Bochan contro Ucraina.

Quest'ultima, dopo avere riportato i dati di uno studio comparativo sullo stato della legislazione degli Stati contraenti (paragrafi 26 e 27), osserva che non vi è un approccio uniforme sulla possibilità di riaprire i processi civili in seguito a una sentenza della Corte EDU che abbia accertato violazioni convenzionali (paragrafo 57).

La sentenza, poi, pur incoraggiando gli Stati contraenti all'adozione delle misure necessarie per garantire la riapertura del processo, afferma che è rimesso agli Stati medesimi la scelta di come meglio conformarsi alle pronunce della Corte, «senza indebitamente stravolgere i principi della res iudicata o la certezza del diritto nel contenzioso civile, in particolare

quando tale contenzioso riguarda terzi con i propri legittimi interessi da tutelare» (paragrafo 57).

13.– Questo passaggio della motivazione è di particolare rilievo, ai fini della risoluzione dell'odierna questione di costituzionalità, perché, nel perimetrare l'obbligo di conformazione discendente dall'art. 46, paragrafo 1, della CEDU, individua nella tutela dei soggetti diversi dallo Stato che hanno preso parte al giudizio interno la principale differenza fra i processi penali e quelli civili, differenza che riguarda pure quelli amministrativi, anch'essi caratterizzati dalla frequente partecipazione al giudizio di amministrazioni diverse dallo Stato, di parti resistenti private affidatarie di un munus pubblico e di controinteressati.

È la tutela di costoro, unita al rispetto nei loro confronti della certezza del diritto garantita dalla res iudicata (oltre al fatto che nei processi civili e amministrativi non è in gioco la libertà personale), a spiegare l'atteggiamento più cauto della Corte EDU al di fuori della materia penale.

14.– Ciò trova riscontro nella posizione di diversi Stati contraenti, i quali hanno manifestato analoga cautela al riguardo, come notato – si è visto – dalla stessa sentenza Bochan e come emerge sia dal Memorandum esplicativo della Raccomandazione R(2000)2, sia dal Review sull'esecuzione della citata Raccomandazione del 12 maggio del 2006 sia, infine, dall'Overview del comitato di esperti datato 12 febbraio 2016.

15.– Si deve dunque concludere che, nelle materie diverse da quella penale, dalla giurisprudenza convenzionale non emerge, allo stato, l'esistenza di un obbligo generale di adottare la misura ripristinatoria della riapertura del processo, e che la decisione di prevederla è rimessa agli Stati contraenti, i quali, peraltro, sono incoraggiati a provvedere in tal senso, pur con la dovuta attenzione per i vari e confliggenti interessi in gioco.

16.– Questo invito è stato accolto da circa metà degli Stati del Consiglio d'Europa, come emerge dal citato Overview, il quale, alla data del 12 febbraio 2016, indica in ventitré gli Stati che hanno introdotto strumenti atti a consentire la riapertura dei processi civili a seguito di sentenze della Corte EDU di accertamento di violazioni convenzionali.

Tra questi vi è la Germania, ove, con la Zweites Gesetz zur Modernisierung der Justiz – 2. Justizmodernisierungsgesetz del 22 dicembre 2006, il legislatore ha aggiunto ai casi di revocazione straordinaria delle sentenze civili elencati dall'art. 580 del Zivilprozessordnung quello in cui la Corte EDU abbia stabilito che la Convenzione o i suoi protocolli sono stati violati da una sentenza nazionale e quest'ultima si basi su tale violazione. I giudicati amministrativi possono egualmente essere rimessi in discussione, poiché, come nel nostro ordinamento, esiste una norma che, in materia di revocazione, rinvia alle disposizioni del citato codice di rito.

Anche in Spagna, a seguito di diversi tentativi della giurisprudenza di utilizzare in via estensiva gli istituti di impugnazione già presenti nell'ordinamento, a partire dal 1° ottobre 2015, mediante la modifica della Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, è stato introdotto all'art. 5-bis un caso di recurso de revisión di tutte le sentenze in contrasto con una pronuncia definitiva della Corte di Strasburgo, purché la violazione, per la sua

natura e gravità, comporti effetti che persistono e che non possono cessare in altro modo che con la revisione.

Da ultimo, il legislatore francese, con la Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, ha introdotto nel Code de l'organisation judiciaire la possibilità di chiedere la revocazione delle sentenze civili rese in materia di stato delle persone in caso di condanna da parte della Corte EDU, laddove, per la sua natura e gravità, la violazione convenzionale abbia creato un danno non risarcibile con l'equa soddisfazione.

17.- Anche nel nostro ordinamento la riapertura del processo non penale, con il conseguente travolgimento del giudicato, esige una delicata ponderazione, alla luce dell'art. 24 Cost., fra il diritto di azione degli interessati e il diritto di difesa dei terzi, e tale ponderazione spetta in via prioritaria al legislatore.

In questa prospettiva, se è vero che non è irrilevante l'interesse statale ad una disciplina che eviti indennizzi a volte onerosi, per lesioni anche altrimenti riparabili, non si può sottacere che l'invito della Corte EDU potrebbe essere più facilmente recepito in presenza di un adeguato coinvolgimento dei terzi nel processo convenzionale.

È noto, infatti, che quest'ultimo vede come parti necessarie il ricorrente e lo Stato autore della violazione, mentre l'intervento degli altri soggetti che hanno preso parte al giudizio interno – cui peraltro il ricorso non deve essere notificato – è rimesso, ai sensi dell'art. 36, paragrafo 2, della CEDU, alla valutazione discrezionale del Presidente della Corte, il quale «può invitare» «ogni persona interessata diversa dal ricorrente a presentare osservazioni per iscritto o a partecipare alle udienze».

Non vi è dubbio, allora, che una sistematica apertura del processo convenzionale ai terzi – per mutamento delle fonti convenzionali o in forza di una loro interpretazione adeguatrice da parte della Corte EDU – renderebbe più agevole l'opera del legislatore nazionale.

PQM

Per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

1) dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 106 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 (Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo), e degli artt. 395 e 396 del codice di procedura civile, sollevata, in riferimento agli artt. 24 e 111 della Costituzione, dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con l'ordinanza indicata in epigrafe;

2) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 106 del d.lgs. n. 104 del 2010, e degli artt. 395 e 396 cod. proc. civ., sollevata, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 7 marzo 2017.

Depositata in Cancelleria il 26 maggio 2017.

Fonti: Giustizia Civile Massimario 2014

Classificazione: CASSAZIONE CIVILE - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - Consiglio di Stato

CASSAZIONE CIVILE - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - Consiglio di Stato - Rispetto del limite esterno della giurisdizione - Contenuto - Verifica della conformità delle sentenze del Consiglio di Stato al diritto dell'Unione europea - Esclusione - Ragioni.

In materia di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione - che l'art. 111, ultimo comma, Cost. affida alla Corte di cassazione - non include anche una funzione di verifica finale della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea, neppure sotto il profilo dell'osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267, terzo comma, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, dovendosi tener conto, da un lato, che nel plesso della giurisdizione amministrativa spetta al Consiglio di Stato - quale giudice di ultima istanza - garantire, nello specifico ordinamento di settore, la conformità del diritto interno a quello dell'Unione, se del caso avvalendosi dello strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, mentre, per contro, l'ordinamento nazionale contempla - per reagire ad una lesione del principio di effettività della tutela, conseguente ad una decisione del giudice amministrativo assunta in pregiudizio di situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto dell'Unione - altri strumenti di tutela, attivabili a fronte di una violazione del diritto comunitario che sia grave e manifesta.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROVELLI	Luigi Antonio	- Primo Presidente f.f. -
Dott. BERRUTI	Giuseppe	- Presidente di sez. -
Dott. RORDORF	Renato	- Presidente di sez. -
Dott. CECCHERINI	Aldo	- Consigliere -
Dott. MACIOCE	Luigi	- Consigliere -
Dott. DI AMATO	Sergio	- Consigliere -
Dott. AMOROSO	Giovanni	- Consigliere -
Dott. NOBILE	Vittorio	- Consigliere -
Dott. GIUSTI	Alberto	- rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 11240-2013 proposto da:

N.F., rappresentato e difeso, in forza di procura speciale a margine del ricorso, dagli Avv. Intiliano Pietro e Mario Intiliano, con domicilio eletto presso il Dott. Gregorio D'Agostino in Roma, via Lunigiana, n. 6;

- ricorrente -

contro

PRESIDENZA DELLA REGIONE SICILIANA, in persona del Presidente pro tempore, e ASSESSORATO AGRICOLTURA E FORESTE DELLA REGIONE SICILIANA, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi, per legge, dall'Avvocatura generale dello Stato, e presso gli Uffici di questa domiciliati in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

- controricorrenti -

avverso la sentenza del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana n. 860/12 in data 3 ottobre 2012;

Udita la relazione della causa svolta nell'udienza pubblica del 28 gennaio 2014 dal Consigliere relatore Dott. Alberto Giusti;

uditi l'Avvocato Mario Intiliso e l'Avvocato dello Stato Federico di Matteo;

udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato Generale Dott.

APICE Umberto il quale ha concluso per il rigetto del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. - N.F., dipendente della Regione Siciliana - Assessorato agricoltura e foreste a far data dal 15 giugno 1989 con la qualifica di agente tecnico forestale, ha richiesto, ai sensi della L.R. Siciliana 15 giugno 1988, n. 11, art. 11 (Disciplina dello stato giuridico ed economico del personale dell'Amministrazione regionale per il triennio 1985-1987 e modifiche ed integrazioni alla normativa concernente lo stesso personale), il riconoscimento, ai fini della progressione giuridica ed economica, dei servizi non di ruolo prestati, alle dipendenze della Regione, presso l'Ispettorato ripartimentale delle foreste di Messina negli anni compresi tra il 1972 ed il 1989, per complessive 6.774 giornate.

La richiesta dell'interessato è stata rigettata con nota gruppo 8^a prot. n. 21174 in data 31 agosto 1998 dell'Assessorato regionale.

Il ricorso del N. avverso la suddetta nota è stato accolto dal Tribunale amministrativo regionale per la Sicilia, sezione distaccata di Catania, con sentenza in data 14 febbraio 2008.

2. - Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, con sentenza resa pubblica mediante deposito in cancelleria il 3 ottobre 2012, ha accolto l'appello della Presidenza della Regione Siciliana e dell'Assessorato agricoltura e foreste della Regione e, per l'effetto, ha integralmente riformato la decisione di primo grado.

2.1. - Il Consiglio di giustizia amministrativa ha osservato che la L.R. n. 11 del 1988, art. 11 è inapplicabile agli operai forestali per i servizi resi come avventizi presso l'Assessorato agricoltura e foreste, sia per la natura occasionale e provvisoria delle prestazioni rese, sia per l'assunzione tramite chiamata numerica presso gli uffici di collocamento, costituente modalità propria di instaurazione di rapporti di lavoro secondo il diritto privato.

Secondo il Consiglio di giustizia amministrativa, ciò che rileva per l'applicazione della "progressione giuridica ed economica" disposta dal citato art. 11, non è tanto la mera congruenza materiale dei servizi precedentemente resi con i fini istituzionali dell'Azienda

foreste demaniali, quanto piuttosto la connotazione pubblicistica del rapporto in base al quale detta prestazione è resa.

3. - Per la cassazione della sentenza del Consiglio di giustizia amministrativa il N. ha proposto ricorso, con atto notificato l'8 aprile 2013, sulla base di un motivo.

La Presidenza della Regione Siciliana e l'Assessorato agricoltura e foreste hanno resistito con controricorso.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. - Con l'unico mezzo (violazione della giurisdizione in ordine alla commessa violazione dei principi di diritto comunitario ed in particolare della direttiva 1999/70/CEE, così come interpretata dalla Corte di giustizia europea in ordine al divieto di discriminazione tra dipendenti a tempo determinato ed indeterminato) il ricorrente lamenta "una evidente violazione della giurisdizione del giudice amministrativo rientrante nelle ipotesi di violazione del diritto dell'Unione da parte di un organo giurisdizionale di ultimo grado cui si può porre rimedio solo con la proposizione del . .

.ricorso per motivi inerenti la giurisdizione". Il ricorrente richiama il principio enunciato dalla sentenza di queste Sezioni Unite 23 dicembre 2008, n. 30254, secondo cui, ai fini dell'individuazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, si deve tenere conto dell'evoluzione del concetto di giurisdizione dovuta a molteplici fattori, tra cui il ruolo centrale della giurisdizione nel rendere effettivo il primato del diritto comunitario ed il canone dell'effettività della tutela giurisdizionale, essendo mutato il giudizio sulla giurisdizione rimesso alle Sezioni Unite, non più riconducibile ad un giudizio di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo, nè rivolto al semplice accertamento del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato, ma nel senso di tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi, che comprende, dunque, le diverse tutele che l'ordinamento assegna a quei giudici per assicurare l'effettività dell'ordinamento.

Ad avviso del ricorrente, la sentenza impugnata, nel ritenere non sussistenti i presupposti per il riconoscimento dell'equiparazione del servizio prestato dal ricorrente prima dell'immissione in ruolo alle dipendenze della Regione Siciliana in ragione della sola natura del rapporto (di diritto privato o pubblico) senza alcuna indagine in ordine alle mansioni effettivamente svolte, si porrebbe in palese contrasto con il diritto dell'Unione.

Richiamato il principio di non discriminazione di cui alla clausola n. 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, attuato con la direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999, il ricorrente ricorda che le sentenze della Corte di giustizia 8 settembre 2011 (nella causa C-177/10) e 18 ottobre 2012 (nelle cause riunite da C-302/11 a C-305/11) hanno stabilito che detta clausola osta ad una normativa nazionale la quale escluda totalmente che i periodi di servizio compiuti da un lavoratore a tempo determinato alle dipendenze di un'autorità pubblica siano presi in considerazione per determinare l'anzianità del lavoratore stesso al momento della sua assunzione a tempo indeterminato, da parte di questa medesima autorità, come dipendente di ruolo nell'ambito di una specifica procedura di stabilizzazione del suo rapporto di lavoro, a meno che la citata

esclusione sia giustificata da ragioni oggettive, precisando che il semplice fatto che il lavoratore a tempo determinato abbia compiuto i suddetti periodi di servizio sulla base di un contratto o di un rapporto di lavoro a tempo determinato non configura una ragione oggettiva di tal genere.

2. - Il ricorso è inammissibile perchè non deduce alcuna violazione dei limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo.

3. - Ai sensi dell'art. 111 Cost., u.c., contro le decisioni del Consiglio di Stato (il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana va considerato come una sezione del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 23 dello statuto della Regione, approvato con R.D.Lgs. 15 maggio 1946, n. 455, convertito dalla Legge Costituzionale 26 febbraio 1948, n. 2, e della successiva normativa di attuazione, da ultimo recata dal D.Lgs. 24 dicembre 2003, n. 373: Sez. Un., 26 luglio 2004, n. 14064; Sez. Un., 3 maggio 2005, n. 9105) il ricorso per cassazione è ammesso per i soli motivi inerenti alla giurisdizione (v. anche l'art. 362 cod. proc. civ. e l'art. 110 c.p.a., approvato con il D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104).

Per costante giurisprudenza, i motivi inerenti alla giurisdizione vanno identificati o nell'ipotesi in cui la sentenza del Consiglio di Stato abbia violato (in positivo o in negativo) l'ambito della giurisdizione in generale (come quando abbia esercitato la giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa oppure, al contrario, quando abbia negato la giurisdizione sull'erroneo presupposto che la domanda non potesse formare oggetto in modo assoluto di funzione giurisdizionale), o nell'ipotesi in cui abbia violato i cosiddetti limiti esterni della propria giurisdizione (ipotesi, questa, che ricorre quando il Consiglio di Stato abbia giudicato su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, oppure abbia negato la propria giurisdizione nell'erroneo convincimento che essa appartenesse ad altro giudice, ovvero ancora quando, in materia attribuita alla propria giurisdizione limitatamente al solo sindacato della legittimità degli atti amministrativi, abbia compiuto un sindacato di merito). Pertanto, è inammissibile il ricorso con il quale si denunci un cattivo esercizio da parte del Consiglio di Stato della propria giurisdizione, vizio che, attenendo all'esplicazione interna del potere giurisdizionale conferito dalla legge al giudice amministrativo, non può essere dedotto dinanzi alle Sezioni Unite di questa Corte (tra le tante, Sez. Un., 29 aprile 2005, n. 8882; Sez. Un., 29 marzo 2013, n. 7929; Sez. Un., 12 dicembre 2013, n. 27847).

La Corte - muovendo dalla evoluzione del concetto di giurisdizione come strumento per la tutela effettiva per le parti, anche per assicurare il primato del diritto comunitario, e dalla considerazione che è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che da contenuto al potere stabilendo attraverso le forme di tutela in cui esso si estrinseca - ha altresì precisato che, dovendo la tutela giurisdizionale essere effettiva, le norme processuali "debbono prevedere congegni che consentono di riparare l'errore compiuto dalla parte nella scelta del giudice, ma anche di superare l'errore del giudice nel denegare la giurisdizione, perchè altrimenti il diritto alla tutela giurisdizionale risulterebbe frustrato dalle stesse norme che sono ordinate al suo migliore soddisfacimento" (Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254). Su

questa base, si è stabilito (nella sentenza da ultimo citata) che rientra nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice amministrativo la eroghi concretamente, per poi giungere alla conclusione che, proposta al giudice amministrativo domanda risarcitoria autonoma, intesa alla condanna al risarcimento del danno prodotto dall'esercizio illegittimo della funzione amministrativa, "è viziata da violazione di norme sulla giurisdizione ed è soggetta a cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione la decisione del giudice amministrativo che nega la tutela risarcitoria degli interessi legittimi sul presupposto che l'illegittimità dell'atto debba essere stata precedentemente richiesta e dichiarata in sede di annullamento": ciò in quanto l'attribuzione al giudice amministrativo della tutela risarcitoria, in caso di esercizio illegittimo della funzione pubblica, presuppone che quella tutela sia esercitata con la medesima ampiezza, sia per equivalente sia in forma specifica, che davanti al giudice ordinario, spettando, in linea di principio, al titolare dell'interesse sostanziale leso, nel caso in cui alla tutela risarcitoria si aggiunga altra forma di tutela, scegliere a quale far ricorso al fine di ottenere ristoro al pregiudizio subito.

Poichè, dunque, ai fini dell'individuazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, che segnano il confine entro il quale è ammesso il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato, si deve tenere conto del canone dell'effettività della tutela giurisdizionale, rientra nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela per verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111 Cost., u.c., la abbia concretamente erogata rispettandone il contenuto essenziale (Sez. Un., 6 settembre 2010, n. 19048; Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013). In questa prospettiva, il ricorso con il quale venga denunciato un rifiuto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo rientra fra i motivi inerenti alla giurisdizione soltanto se il rifiuto sia stato determinato dall'affermata estraneità della domanda alle attribuzioni giurisdizionali dello stesso giudice, oppure nei casi, estremi, nei quali l'errore si sia tradotto in una decisione anomala o abnorme, frutto di radicale stravolgimento delle norme di riferimento, non quando si prospettino come omissioni dell'esercizio del potere giurisdizionale meri errori in iudicando o in procedendo (Sez. Un., 26 gennaio 2009, n. 1853; Sez. Un., 12 marzo 2012, n. 3854; Sez. Un., 8 febbraio 2013, n. 3037; Sez. Un., 24 luglio 2013, n. 17933; Sez. Un., 9 settembre 2013, n. 20590; Sez. Un., 16 gennaio 2014, n. 774;

Sez. Un., 27 gennaio 2014, n. 1518). L'evoluzione del concetto di giurisdizione nel senso di strumento per la tutela effettiva delle parti non giustifica il ricorso avverso la sentenza del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 111 Cost., u.c., quando non si verta in ipotesi di aprioristico diniego di giustizia, ma la tutela negata si assuma negata dal giudice speciale in conseguenza di errori, di giudizio o processuali, che si prospettino dal medesimo commessi in relazione allo specifico caso sottoposto al suo esame (Sez. Un., 16 gennaio 2014, n. 771).

Con particolare riguardo, poi, alla questione se l'esigenza di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea e la necessità che le disposizioni di legge vigenti siano conformi ai vincoli derivanti dall'appartenenza

all'Unione, ai sensi dell'art. 117 Cost., impongano di ritenere impugnabili per cassazione le sentenze del Consiglio di Stato che abbiano adottato una interpretazione della norma interna non conforme al diritto eurounitario o abbiano violato l'obbligo di disapplicazione per illegittimità comunitaria, queste Sezioni Unite hanno escluso che la violazione del diritto dell'Unione da parte del giudice amministrativo valga, di per sè, ad integrare un superamento delle attribuzioni del giudice amministrativo. La primazia del diritto dell'Unione europea - si è osservato (Sez. Un. 1 marzo 2012, n. 3236) - "non sovverte gli assetti procedurali degli ordinamenti nazionali (e la relativa funzione di garantire certezza e stabilità ai rapporti giuridici)": sicchè, per un verso, "il mancato accoglimento, da parte del Consiglio di Stato (organo di vertice dell'ordinamento giurisdizionale di appartenenza), di una richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia del Lussemburgo ...

è determinazione che, essendo espressione della potestas iudicandi devoluta a quel giudice, non esorbita i limiti interni della sua giurisdizione", e, per l'altro verso, "il ricorso per cassazione, teso ad accertare la ricorrenza, esclusa dal Consiglio di Stato, delle condizioni per il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, è inammissibile, giacchè si risolve in una impugnativa diretta, non già a prospettare una questione attinente alla giurisdizione del giudice amministrativo, ma a denunciarne un (supposto) errore di giudizio". In questa prospettiva, si è ribadito (Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013, cit.) che il mancato rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato alla Corte di giustizia non configura una questione attinente allo sconfinamento dai limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo, e che - impugnata per cassazione una decisione del giudice amministrativo - non sussistono neppure le condizioni perchè la Corte, la cui cognizione è limitata ai motivi attinenti alla giurisdizione, prospetti alla Corte di giustizia "quesiti interpretativi che attengono al merito della vertenza e non al tema della giurisdizione"; non senza ricordare che "l'ordinamento giuridico interno assicura comunque una effettività di tutela rispetto al pregiudizio ipoteticamente subito a fronte della lesione di un diritto riconosciuto dal Trattato europeo, ben potendo il preteso danneggiato ottenere il relativo ristoro in sede risarcitoria" (Sez. Un., 5 luglio 2013, n. 16886).

4. - Nella specie il ricorrente non denuncia un rifiuto di giurisdizione: non si duole, cioè, che il giudice amministrativo, al quale si è rivolto, si sia rifiutato di erogare la richiesta tutela per l'affermata estraneità alle attribuzioni giurisdizionali dello stesso giudice della domanda proposta. Egli lamenta, piuttosto, che il giudice amministrativo, nell'esaminare la domanda, l'abbia rigettata per un errore interpretativo, non avendo dato alla L.R. Siciliana n. 11 del 1988, art. 11 una lettura conforme a quella risultante da pronunce della Corte di giustizia con riguardo alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio.

Il ricorrente contesta la legittimità del concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali attribuite al giudice amministrativo, e quindi finisce in realtà per sollecitare, al di là della prospettazione formale, un sindacato per violazione di legge. La doglianza non attiene alla corretta individuazione dei limiti esterni della giurisdizione - che, come detto, non sono soltanto quelli che separano i diversi plessi giurisdizionali ma anche quelli che stabiliscono

fin dove ciascun giudice è tenuto ad esercitare il potere-dovere di ius dicere - ma investe un vizio del giudizio concernente il singolo e specifico caso.

Senonchè, l'error in iudicando non si trasforma in eccesso di potere giurisdizionale solo perchè viene in gioco, nell'interpretazione della norma sostanziale attributiva di diritti, il diritto dell'Unione. Non ogni pretesa deviazione dal corretto esercizio della giurisdizione, sotto il profilo interpretativo ed applicativo del diritto sostanziale, si risolve in un difetto di giurisdizione sindacabile ad opera della Corte di cassazione, a meno che non ci si trovi di fronte ad un indebito rifiuto di erogare la dovuta tutela giurisdizionale a cagione di una male intesa autolimitazione, in via generale, dei poteri del giudice speciale.

"Qualsiasi erronea interpretazione o applicazione di norme di cui il giudice possa incorrere nell'esercizio della funzione giurisdizionale, ove incida sull'esito della decisione, può essere letta - hanno ricordato queste Sezioni Unite (sentenza 17 maggio 2013, n. 12106) - in chiave di lesione della pienezza della tutela giurisdizionale cui ciascuna parte legittimamente aspira, perchè la tutela si realizza compiutamente soltanto se il giudice interpreta ed applica in modo corretto le norme destinate a regolare il caso sottoposto al suo esame. Non per questo, però, ogni errore di giudizio . . . imputabile al giudice è qualificabile come un eccesso di potere giurisdizionale assoggettabile ai sindacato della Corte di cassazione".

5. - Il Collegio ritiene che, nei confronti delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione che la Costituzione affida alla Corte di cassazione non includa la funzione di finale verifica della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea.

La tesi, prospettata dal ricorrente, di una funzione di nomofilachia della Corte di cassazione estesa fino a comprendere l'esercizio di un sindacato sull'osservanza, da parte del giudice amministrativo, della giurisprudenza della Corte di giustizia o dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, non tiene conto della circostanza che - fermo il compito affidato dalla Costituzione alle Sezioni Unite della Cassazione di verificare il mantenimento delle varie giurisdizioni speciali, compreso il Consiglio di Stato, nei limiti dei loro poteri e delle loro competenze - nel plesso della giurisdizione amministrativa spetta al Consiglio di Stato, alle sue sezioni e all'adunanza plenaria, quale giudice di ultima istanza ai sensi dell'art. 267, comma 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (ex art. 234 TCE), garantire, nello specifico ordinamento di settore, la compatibilità del diritto interno a quello dell'Unione, anche e soprattutto attraverso l'operazione interpretativa del diritto eurounitario, originario e derivato, svolta dalla Corte di giustizia, all'uopo sollecitata, se del caso, mediante il meccanismo della questione pregiudiziale, e così contribuire alla formazione dello *jus commune europaeum*.

Del resto, la soluzione prospettata dal ricorrente, ad essere conseguenti, dovrebbe valere non solo quando l'azione amministrativa rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, ma anche quando essa abbia un'origine esclusivamente nazionale: anche in tal caso, infatti, il principio di effettività della tutela richiederebbe, per coerenza, la garanzia dell'uniformità dell'interpretazione delle norme attributive di diritti soggettivi, tanto più quando sono in gioco i diritti fondamentali della persona (di cui sempre più spesso conosce

il giudice amministrativo, con un catalogo di materie rientranti nella sua giurisdizione esclusiva che si va facendo via via più fitto ed esteso), e quindi una nuova configurazione dell'eccesso di potere giurisdizionale derivante dall'errore interpretativo. A questo risultato, tuttavia, le Sezioni Unite, sinora, non hanno ritenuto di poter pervenire, pur nella consapevolezza dell'esistenza di profili problematici, perchè il principio di eguaglianza postula "l'esigenza della uniforme interpretazione della legge", la quale invece, "stante la non ricorribilità delle sentenze dei giudici amministrativi per violazione di legge", non ha "strumento alcuno per attuarsi a fronte di differenti orientamenti (e di un diverso diritto vivente, quindi) che dovesse (e lo potrebbe) formarsi in ordine a medesime disposizioni . . . nelle non comunicanti giurisprudenze dei giudici ordinari e amministrativi" (Sez. Un., 30 marzo 2000, n. 72).

Certo, può accadere che la decisione del giudice amministrativo di ultima istanza contenga una violazione del diritto comunitario in pregiudizio di situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto dell'Unione.

Ma il principio di effettività della tutela in presenza di danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario imputabili al giudice amministrativo di ultima istanza non impone nè di riaprire quella controversia ormai definitivamente giudicata negli aspetti di merito nè di attribuire alla parte soccombente un nuovo grado di impugnazione dinanzi al giudice regolatore della giurisdizione al fine di rimediare ad un errore che, pur "sufficientemente caratterizzato", non si traduca in uno sconfinamento dai limiti della giurisdizione devoluta al giudice amministrativo. L'ordinamento conosce infatti, là dove la violazione del diritto comunitario sia grave e manifesta, altri strumenti di tutela, secondo una logica di compensazione solidaristica (cfr. Corte di giustizia, sentenza 30 settembre 2003, nel procedimento C-224/01, Kobler e Repubblica d'Austria; Corte di giustizia, sentenza 13 giugno 2006, nel procedimento C-173/03, Traghetti del Mediterraneo s.p.a., in liquidazione, contro Repubblica italiana; Corte di giustizia, sentenza 24 novembre 2011, nella causa C-379/10, Commissione europea contro Repubblica italiana).

6. - La complessità della questione trattata giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese del giudizio di cassazione.

Risultando dagli atti che il procedimento in esame è considerato esente dal pagamento del contributo unificato, non si deve far luogo alla dichiarazione di cui al testo unico approvato con il D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1-quater introdotto dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge di stabilità 2013).

PQM

La Corte dichiara il ricorso inammissibile e dichiara le spese processuali integralmente compensate tra le parti.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 28 gennaio 2014.

Depositato in Cancelleria il 4 febbraio 2014

Fonti: Giustizia Civile Massimario 2015

Classificazione:CASSAZIONE CIVILE - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - Consiglio di Stato

Cassazione civile - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - Consiglio di Stato - Ordinanza sulla sospensione dell'atto impugnato pronunciata in sede di gravame - Ricorso ex art. 111 Cost. - Ammissibilità - Esclusione - Fondamento.

CONFORME S.U. a: 201402403 629620 S

(Dichiara inammissibile, Cons. Giust. Reg. Sicilia Palermo, 14/12/2012)

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. SANTACROCE Giorgio - Primo Presidente -
Dott. ODDO Massimo - Presidente di Sez. -
Dott. AMOROSO Giovanni - Presidente di Sez. -
Dott. DI CERBO Vincenzo - Consigliere -
Dott. NAPOLETANO Giuseppe - rel. Consigliere -
Dott. AMENDOLA Adelaide - Consigliere -
Dott. TRAVAGLINO Giacomo - Consigliere -
Dott. PETITTI Stefano - Consigliere -
Dott. GIUSTI Alberto - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 17804/2013 proposto da:

V.G., elettivamente domiciliato in ROMA, VIA LUNIGIANA
6, presso lo studio dell'avvocato GREGORIO D'AGOSTINO, rappresentato
e difeso dagli avvocati INTILISANO Mario, PIETRO INTILISANO, per
delega a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

ASSESSORATO AGRICOLTURA E FORESTE DELLA REGIONE SICILIANA, PRESIDENZA
DELLA REGIONE SICILIANA, in persona dei rispettivi legali
rappresentanti pro tempore, elettivamente domiciliati in ROMA, VIA
DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che li
rappresenta e difende ope legis;

- controricorrenti -

avverso la sentenza n. 1212/2012 del CONSIGLIO DI GIUSTIZIA
AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA - PALERMO, depositata il
14/12/2012;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del
20/10/2015 dal Consigliere Dott. GIUSEPPE NAPOLETANO;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. GIACALONE Giovanni, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia, riformando la sentenza del TAR Sicilia, sezione di Catania, rigettava la domanda del lavoratore in epigrafe, proposta nei confronti della Presidenza della Regione Siciliana e dell'Assessorato Agricoltura e Foreste della Regione Siciliana, avente ad oggetto l'annullamento della nota con la quale era stata respinta la sua domanda diretta al riconoscimento, della L.R. n. 11 del 1988, ex art. 11, del servizio prestato quale operaio specializzato avventizio alle dipendenze del predetto Assessorato.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Sicilia poneva a base del decisum il rilievo fondante secondo il quale della L.R. n. 11 del 1988, citato art. 11, era inapplicabile agli operai forestali per i servizi resi, come avventizi presso l'Assessorato Agricoltura e Foreste della Regione Siciliana, precedentemente alla loro assunzione nei ruoli pubblici poichè le modalità di assunzione non integravano gli estremi di un rapporto di pubblico impiego, bensì di diritto privato essendo privo ogni carattere di concorsualità.

Avverso questa sentenza il lavoratore in parola ricorre in cassazione sulla base di un'unica censura.

Resistono con un unico controricorso le parti intimiate.

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con l'unico motivo di ricorso, deducendosi violazione della giurisdizione in ordine alla commessa violazione dei principi di diritto comunitario ed in particolare della direttiva 199/70/CEE, così come interpretata dalla Corte di Giustizia Europea, in ordine al divieto di discriminazione fra dipendenti a tempo determinato ed indeterminato, si sostiene sussistente una evidente violazione della giurisdizione del giudice amministrativo per aver questi reso una pronuncia in palese violazione dei denunciati principi di diritto comunitario. Il ricorso è, alla stregua di specifico precedente di queste Sezioni Unite in fattispecie del tutto sovrapponibile alla presente, cui va data continuità giuridica, inammissibile.

Si è, infatti, sancito il principio che in materia di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione - che l'art. 111 Cost., u.c., affida alla Corte di Cassazione - non include anche una funzione di verifica finale della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea, neppure sotto il profilo dell'osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267, comma 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, dovendosi tener conto, da un lato, che nel plesso della giurisdizione amministrativa spetta al Consiglio di Stato - quale giudice di ultima istanza - garantire, nello specifico ordinamento di settore, la conformità del diritto interno a quello dell'Unione, se del caso avvalendosi dello strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, mentre, per contro, l'ordinamento nazionale

contempla - per reagire ad una lesione del principio di effettività della tutela, conseguente ad una decisione del giudice amministrativo assunta in pregiudizio di situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto dell'Unione - altri strumenti di tutela, attivabili a fronte di una violazione del diritto comunitario che sia grave e manifesta (Cass. S.U. 4 febbraio 2014 n. 2403).

Senza necessità di dovere ripercorrere i vari passaggi motivazionali della richiamata sentenza, cui comunque si rinvia, è sufficiente, in questa sede, rimarcare che, con riferimento alla questione dell'esigenza di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione europea e della necessità che le disposizioni di legge vigenti siano conformi ai vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione, ai sensi dell'art. 117 Cost., queste Sezioni Unite avevano già escluso che la violazione del diritto dell'Unione da parte del giudice amministrativo potesse valere, di per sé, ad integrare un superamento delle attribuzioni del giudice amministrativo rilevandosi (Cass. S.U. 1 marzo 201 n. 3236) che la primazia del diritto dell'Unione europea non sovverte gli assetti procedurali degli ordinamenti nazionali (e la relativa funzione di garantire certezza e stabilità ai rapporti giuridici) sicchè, per un verso, il mancato accoglimento, da parte del Consiglio di Stato (organo di vertice dell'ordinamento giurisdizionale di appartenenza), di una richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia del Lussemburgo ...

è determinazione che, essendo espressione della potestas iudicandi devoluta a quel giudice, non esorbita i limiti interni della sua giurisdizione, e, per l'altro verso, il ricorso per cassazione, teso ad accertare la ricorrenza, esclusa dal Consiglio di Stato, delle condizioni per il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, è inammissibile, giacchè si risolve in una impugnativa diretta, non già a prospettare una questione attinente alla giurisdizione del giudice amministrativo, ma a denunciarne un (supposto) errore di giudizio.

Nè il mancato rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato alla Corte di giustizia è stato ritenuto integrante una questione attinente allo sconfinamento dai limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo, e tanto affermandosi altresì che, impugnata per cassazione una decisione del giudice amministrativo, non sussistono neppure le condizioni perchè la Corte, la cui cognizione è limitata ai motivi attinenti alla giurisdizione, prospetti alla Corte di giustizia "quesiti interpretativi che attengono al merito della vertenza e non al tema della giurisdizione" (Cass. S.U. 20 gennaio 2014 n. 1013).

Del resto l'ordinamento giuridico interno assicura comunque un'effettività di tutela rispetto al pregiudizio ipoteticamente subito a fronte della lesione di un diritto riconosciuto dal Trattato europeo, ben potendo il preteso danneggiato ottenere il relativo ristoro in sede risarcitoria (Cass. S.U. 5 luglio 2013 n. 16886).

Nel caso concreto il ricorrente non denuncia un rifiuto di giurisdizione. Non si deduce, difatti, che il giudice amministrativo si sia rifiutato di erogare la richiesta tutela per l'affermata estraneità alle attribuzioni giurisdizionali dello stesso giudice della domanda proposta. Si denuncia, invece, che il giudice amministrativo, nel pronunciarsi sulla domanda, l'ha rigettata incorrendo in un errore interpretativo, non avendo dato alla L.R. Siciliana n. 11 del 1988, art. 11, una lettura conforme a quella risultante da pronunce della Corte di giustizia con riguardo alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio.

In questa sede, quindi, si critica la legittimità del concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali attribuite al giudice amministrativo, e sostanzialmente si chiede un sindacato per violazione di legge.

Nè questa Corte ritiene, in continuità giuridica con la sentenza del febbraio 2014 n. 2403 cit., che, nei confronti delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione che la Costituzione affida alla Corte di cassazione includa anche la funzione di finale verifica della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea.

La prospettazione, come si è osservato nella sentenza da ultimo citata, "di una funzione di nomofilachia della Corte di cassazione estesa fino a comprendere l'esercizio di un sindacato sull'osservanza, da parte del giudice amministrativo, della giurisprudenza della Corte di giustizia o dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, non tiene conto della circostanza che - fermo il compito affidato dalla Costituzione alle Sezioni Unite della Cassazione di verificare il mantenimento delle varie giurisdizioni speciali, compreso il Consiglio di Stato, nei limiti dei loro poteri e delle loro competenze - nel plesso della giurisdizione amministrativa spetta al Consiglio di Stato, alle sue sezioni e all'adunanza plenaria, quale giudice di ultima istanza ai sensi dell'art. 267, comma 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (ex art. 234 TCE), garantire, nello specifico ordinamento di settore, la compatibilità del diritto interno a quello dell'Unione, anche e soprattutto attraverso l'operazione interpretativa del diritto eurounitario, originario e derivato, svolta dalla Corte di giustizia, all'uopo sollecitata, se del caso, mediante il meccanismo della questione pregiudiziale, e così contribuire alla formazione dello jus commune europaeum".

La complessità della questione trattata induce alla compensazione tra le parti delle spese del giudizio di cassazione.

Si dà atto della sussistenza dei presupposti di cui al D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, introdotto dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17, per il versamento da parte del ricorrente di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso.

PQM

La Corte, a Sezioni Unite dichiara il ricorso inammissibile e compensa le spese del giudizio di legittimità.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, introdotto dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17, si dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento da parte del ricorrente di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso.

P.Q.M. Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite, il 20 ottobre 2015.

Depositato in Cancelleria il 17 novembre 2015

Fonti: Giustizia Civile Massimario 2016 - Foro Amministrativo (II) 2016, 3, 556 (s.m)

Classificazione: CASSAZIONE CIVILE - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - Consiglio di Stato

Cassazione civile - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - Consiglio di Stato - Controllo sul limite esterno della giurisdizione - Portata - Conformità della decisione al diritto europeo - Esclusione - Limite del diniego di giurisdizione - Fattispecie relativa alle competenze degli ingegneri nella direzione dei lavori su immobili di interesse storico e artistico.

In tema di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo della Corte di cassazione sul rispetto del limite esterno della giurisdizione non include la verifica di conformità della decisione al diritto dell'Unione europea, fatta salva l'ipotesi "estrema" in cui la decisione contrasti con quelle della Corte di giustizia sì da precludere l'accesso alla tutela giurisdizionale; questa ipotesi non ricorre nella decisione del Consiglio di Stato che, giudicando sull'esclusione amministrativa degli ingegneri dalla direzione dei lavori su immobili di pregio storico e artistico riservata agli architetti, abbia negato la sussistenza di una "discriminazione alla rovescia" in danno degli ingegneri italiani, giacché tale decisione non contiene un aprioristico diniego di giurisdizione ed è assunta alla luce delle pronunce della Corte di giustizia.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. MACIOCE Luigi - Primo Presidente f.f. -
Dott. AMOROSO Giovanni - Presidente di Sez. -
Dott. DI CERBO Vincenzo - Presidente di Sez. -
Dott. RAGONESI Vittorio - Consigliere -
Dott. CURZIO Pietro - Consigliere -
Dott. AMBROSIO Annamaria - Consigliere -
Dott. TRAVAGLINO Giacomo - Consigliere -
Dott. CIRILLO Ettore - Consigliere -
Dott. GIUSTI Alberto - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 17880/2014 proposto da:

ORDINE DEGLI INGEGNERI DELLA PROVINCIA DI VERONA, ORDINE DEGLI INGEGNERI DELLA PROVINCIA DI VENEZIA, in persona dei rispettivi Presidenti pro tempore, elettivamente domiciliati in ROMA, VIALE MAZZINI 11, presso lo studio dell'Avvocato STOPPA Alfredo, che li rappresenta e difende unitamente agli Avvocati FRANCESCO CURATO, PAOLO PIVA, GIAN PAOLO SARDOS ALBERTINI e BRUNO NASCIMBENE, per delega a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI ARCHITETTI, PIANIFICATORI, PAESAGGISTI E CONSERVATORI, in persona del Presidente pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIALE PARIOLI 180, presso lo STUDIO LEGALE SANINO, rappresentato e difeso dagli Avvocati SANINO Mario e CARLO CELANI, per delega a margine del controricorso;

- controricorrente -

contro

MINISTERO DEI BENI E DELLE ATTIVITA' CULTURALI E DEL TURISMO, in persona del Ministro pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che lo rappresenta e difende ope legis;

- resistente -

e contro

IRE - ISTITUZIONI DI RICOVERO E DI EDUCAZIONE DI VENEZIA, ORDINE DEGLI ARCHITETTI PIANIFICATORI PAESAGGISTI E CONSERVATORI DELLA PROVINCIA DI VERONA, ORDINE DEGLI ARCHITETTI PIANIFICATORI PAESAGGISTI E CONSERVATORI DELLA PROVINCIA DI VENEZIA, FACCIO ENGINEERING S.R.L., LITHOS S.N.C., CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI, COMUNE DI SAN MARTINO BUON ALBERGO, M.A.;

- intimati -

avverso la sentenza n. 21/2014 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 09/01/2014;

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 23/02/2016 dal Consigliere Dott. ALBERTO GIUSTI;

uditi gli Avvocati BRUNO NASCIMBENE, PAOLO PIVA e CARLO CELANI;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott.

SGROI Carmelo, che ha concluso per l'inammissibilità, in subordine

rigetto del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. - Il Ministero per i beni e le attività culturali ha proposto appello al Consiglio di Stato avverso la sentenza del TAR del Veneto 15 novembre 2007, n. 3630, con cui è stato accolto il ricorso proposto dall'ing. M.A. e dall'Ordine degli ingegneri di Verona e Provincia e per l'effetto - previa disapplicazione delle disposizioni di cui al R.D. 23 ottobre 1925, n. 2537, art. 52 (Approvazione del regolamento per le professioni d'ingegnere e di architetto) - è stato disposto l'annullamento del provvedimento con cui la competente Soprintendenza aveva negato il subentro dell'ing. M. nella direzione di alcuni lavori da realizzarsi su un immobile sottoposto a vincolo ai sensi del D.Lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 (Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma della L. 8 ottobre 1997, n. 352, art. 1).

Sette Ordini degli ingegneri della Regione Veneto (l'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Venezia ed altri) hanno, a loro volta, proposto appello avverso la sentenza del TAR del Veneto 25 novembre 2008, n. 3651, con cui è stato respinto il ricorso da essi proposto avverso il bando e il disciplinare di gara per l'affidamento del servizio di direzione dei lavori e di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione dei lavori di restauro e recupero funzionale di alcuni immobili sottoposti a vincolo ai sensi del richiamato D.Lgs. n. 490 del 1999.

2. - Pronunciando sugli appelli riuniti, il Consiglio di Stato, con sentenza resa pubblica mediante deposito in cancelleria il 9 gennaio 2014, ha per un verso accolto il gravame del Ministero (e per l'effetto, in riforma della pronuncia del TAR, ha respinto il ricorso di primo grado dell'ing. M. e dell'Ordine degli ingegneri di Verona e Provincia), e ha per l'altro verso rigettato l'impugnazione proposta dagli Ordini degli ingegneri delle Province di Venezia, Padova, Treviso, Vicenza, Verona, Rovigo e Belluno.

2.1. - Il Consiglio di Stato ha premesso che, con riguardo alla riserva ai soli architetti (e non anche agli ingegneri civili) degli interventi professionali sugli immobili di pregio storico-artistico, ai sensi del R.D. n. 2537 del 1925, art. 52, comma 2, la giurisprudenza amministrativa esclude la sussistenza di profili di incompatibilità con i pertinenti dettami del diritto dell'Unione europea.

Secondo il Consiglio di Stato, il citato art. 52 non è suscettibile di determinare, in danno degli ingegneri italiani, un fenomeno di discriminazione alla rovescia.

A tal fine, la sentenza impugnata osserva, in ordine alla delimitazione dell'ambito oggettivo della richiamata, parziale riserva, che, ai sensi dell'art. 52, non la totalità degli interventi concernenti gli immobili di interesse storico e artistico deve essere affidata alla specifica professionalità dell'architetto, ma solo le parti di intervento di edilizia civile che riguardano scelte culturali connesse alla maggiore preparazione accademica conseguita dagli architetti nell'ambito del restauro e risanamento degli immobili di interesse storico e artistico, restando invece nella competenza dell'ingegnere civile la c.d. parte tecnica, ossia le attività progettuali e di direzione dei lavori che concernono l'edilizia civile vera e propria.

Ricorda ancora il Consiglio di Stato che la Corte di giustizia (la quale è stata adita due volte nel corso della presente vicenda contenziosa ai sensi dell'art. 234 del TCE - in seguito: art. 267 del TFUE -) ha pronunciato statuizioni che risultano determinanti al fine di delimitare e definire la controversia nel suo complesso.

Con la prima di tali decisioni (si tratta dell'ordinanza in data 5 aprile 2004 sul ricorso C-3/02, resa sull'ordinanza di rimessione del TAR del Veneto n. 4236/2001), la Corte del Lussemburgo ha chiarito:

che del R.D. n. 2537 del 1925, art. 52, comma 2, non è di per sè incompatibile con la direttiva del Consiglio 10 giugno 1985, n. 85/384/CEE, concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli del settore dell'architettura e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione di servizi, in quanto quest'ultima non si propone di disciplinare le condizioni di accesso alla professione di architetto nè di definire la natura delle attività svolte da chi esercita tale professione, ma soltanto di garantire "il reciproco

riconoscimento, da parte degli Stati membri, dei diplomi, dei certificati e degli altri titoli rispondenti a determinati requisiti qualitativi e quantitativi minimi in materia di formazione allo scopo di agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi per le attività del settore dell'architettura";

che la richiamata direttiva non obbliga in alcun modo gli Stati membri a porre i diplomi di laurea in architettura ed in ingegneria civile (con particolare riguardo a quelli indicati all'art. 11) su un piano di perfetta parità ai fini dell'accesso alla professione di architetto in Italia, ma, in coerenza con il principio di non discriminazione tra Stati membri, impone soltanto di non escludere da tale accesso in Italia coloro che siano in possesso di un diploma di ingegneria civile o di un titolo analogo rilasciato da un altro Stato membro, laddove tuttavia tale titolo risulti abilitante - in base alla normativa di quello Stato membro - all'esercizio di attività nel settore dell'architettura;

che la direttiva 85/384/CEE non trova in definitiva applicazione in relazione alla fattispecie di causa, poichè le relative disposizioni non impongono in alcun modo all'Italia di non escludere gli ingegneri civili che hanno conseguito in Italia il proprio titolo dall'attività di cui all'art. 52, comma 2 (ma le impongono soltanto di non escludere - nella logica del mutuo riconoscimento e della libera circolazione che caratterizza la direttiva - gli ingegneri civili o possessori di analoghi titoli conseguiti in altri Stati membri al ricorrere delle condizioni dinanzi richiamate).

Sottolinea il Consiglio di Stato che, con la richiamata decisione, la Corte di giustizia ha anche affermato che "è vero che, come sostiene la Commissione, ne può derivare una discriminazione alla rovescia, poichè gli ingegneri civili che hanno conseguito i loro titoli in Italia non hanno accesso, in tale Stato membro, all'attività di cui al R.D. n. 2537 del 1925, art. 52, comma 2, mentre tale accesso non può essere negato alle persone in possesso di un diploma di ingegnere civile o di un titolo analogo rilasciato in un altro Stato membro, qualora tale titolo sia menzionato nell'elenco redatto ai sensi dell'art. 7 della direttiva 85/384/CEE o in quello di cui all'art. 1 della detta direttiva. Tuttavia, dalla giurisprudenza della Corte emerge che, quando si tratta di una situazione puramente interna come quella di cui alla causa principale, il principio della parità di trattamento sancito dal diritto comunitario non può essere fatto valere. In una situazione del genere spetta al giudice nazionale stabilire se vi sia una discriminazione vietata dal diritto nazionale e, se del caso, decidere come essa debba essere eliminata (...)". Di conseguenza, la Corte ha concluso nel senso che "quando si tratti di una situazione puramente interna ad uno Stato membro, nè la direttiva 85/384 - in particolare i suoi art. 10 e art. 11, lett. g) - nè il principio della parità di trattamento ostano ad una normativa nazionale che riconosce, in linea di principio, l'equivalenza dei titoli di architetto e di ingegnere civile, ma riserva ai soli architetti i lavori riguardanti in particolare gli immobili vincolati appartenenti al patrimonio artistico".

Prosegue il Consiglio di Stato che, con la seconda delle richiamate decisioni (si tratta della sentenza della 5^a Sezione del 21 febbraio 2013 sul ricorso C-111/12, resa sull'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato n. 386/2012), la Corte di giustizia ha concluso nel senso che gli artt. 10 e 11 della direttiva 85/384/CEE devono essere interpretati nel senso che essi ostano ad una normativa nazionale (rectius, a una prassi applicativa, quale quella ipotizzata

in sede di ordinanza di rimessione) secondo cui persone in possesso di un titolo rilasciato da uno Stato membro diverso dallo Stato membro ospitante (titolo, questo, abilitante all'esercizio di attività nel settore dell'architettura ed espressamente menzionato al citato art. 11), possono svolgere, in quest'ultimo Stato, attività riguardanti immobili di interesse artistico solamente qualora dimostrino, eventualmente nell'ambito di una specifica verifica della loro idoneità professionale, di possedere particolari qualifiche nel settore dei beni culturali. In definitiva - osserva il Consiglio di Stato - la Corte ha ritenuto di non potersi pronunciare in modo espresso sul se la normativa italiana rilevante comporti o meno un fenomeno di discriminazione alla rovescia in danno dei professionisti italiani (giacchè ciò esula dalle sue competenze istituzionali, le quali non includono le situazioni puramente interne, al cui ambito sono pacificamente da ricondurre le controversie in esame).

Chiarito che, nello stato attuale di evoluzione del diritto dell'Unione, la disciplina sostanziale dell'attività degli architetti e degli ingegneri non costituisce oggetto di armonizzazione, nè di ravvicinamento delle legislazioni, così come risulta allo stato non armonizzata la disciplina delle condizioni di accesso a tali professioni, la sentenza impugnata esclude che l'ordinamento comunitario riconosca a tutti gli ingegneri di Paesi UE diversi dall'Italia (con esclusione dei soli ingegneri italiani) l'indiscriminato esercizio delle attività tipiche della professione di architetto (fra cui - ai fini che qui rilevano - le attività afferenti le opere di edilizia civile che presentano rilevante carattere artistico, ovvero relative ad immobili di interesse storico e artistico); al contrario, in base alla pertinente normativa UE, l'esercizio di tali attività - in regime di mutuo riconoscimento - è consentito ai soli professionisti i quali (al di là del nomen iuris del titolo professionale posseduto) possano vantare un percorso formativo adeguatamente finalizzato all'esercizio delle attività tipiche della professione di architetto (l'art. 3 della direttiva 85/384/CEE include infatti in modo espresso gli studi della storia e delle teorie dell'architettura nonchè delle belle arti e delle scienze umane fra quelli che integrano il bagaglio culturale minimo e necessario perchè un professionista possa svolgere in regime di mutuo riconoscimento le richiamate attività anche in relazione ai beni di interesse storico e culturale). Allo stesso modo, secondo il Consiglio di Stato la sussistenza dei richiamati profili di discriminazione alla rovescia è da escludere alla luce dell'art. 11, lett. g), della direttiva 85/384/CEE: infatti, in base a tale disposizione, i soggetti che abbiano conseguito in Italia il diploma di laurea in ingegneria nel settore della costruzione civile rilasciato da Università o da istituti politecnici possono nondimeno esercitare le attività tipiche degli architetti (ivi comprese quelle di cui al citato art. 52) a condizione che abbiano altresì conseguito il diploma di abilitazione all'esercizio indipendente di una professione nel settore dell'architettura, rilasciato dal Ministro della pubblica istruzione a seguito del superamento dell'esame di Stato che abilita all'esercizio indipendente della professione.

Secondo la sentenza impugnata, anche per quanto riguarda il particolare sistema transitorio e derogatorio di cui agli artt. 10 e 11 della direttiva 85/384/CEE, sono da escludere i paventati profili di discriminazione alla rovescia in danno degli ingegneri civili italiani, considerando:

che, dall'esame degli "elenchi delle professioni ammesse dagli altri Stati membri al regime di immediata applicazione al mutuo riconoscimento", non è dato rinvenire pressochè alcun caso di professioni che, anche dal punto di vista del nomen iuris, si discostino dal tipico ambito della professione di architetto, fino a coincidere con il tipico ambito della professione di ingegnere. Le uniche eccezioni a questa regola sostanzialmente generalizzata sono rappresentate: a) dal caso belga dei diplomi di "ingegnere civile-architetto" e di "ingegnere-architetto" rilasciati dalle facoltà di scienze applicate delle Università e dal Politecnico di Mons; b) dal caso portoghese del diploma di genio civile (licenciatura em engharia civil) rilasciato dall'Istituto superiore tecnico dell'Università tecnica di Lisbona; c) dai casi greci dei diplomi di "ingegnere-architetto" rilasciati da alcuni Istituti di formazione e dei diplomi di "ingegnere-ingegnere civile" rilasciati dal Metsovion Polytechnion di (OMISSIS) (in ambo i casi, peraltro, a condizione che il possesso dei richiamati diplomi si accompagni a un attestato rilasciato dalla Camera tecnica di Grecia e conferente il diritto di esercitare le attività nel settore dell'architettura). Si tratta, però, precisa la sentenza impugnata, di "eccezioni talmente puntuali e limitate da non poter essere assunte" (in un'ottica di carattere sostanzialistico) "quali indizi dell'esistenza di un effettivo fenomeno di reverse discrimination in danno degli ingegneri civili italiani e in favore di una platea indiscriminata o quanto meno significativa di ingegneri di altri Paesi dell'Unione europea";

che, dall'esame degli elenchi nazionali di cui al richiamato art. 11, è proprio il caso italiano dei professionisti in possesso del diploma di laurea in ingegneria nel settore della costruzione civile (e nondimeno abilitati per il diritto italiano all'esercizio indipendente di una professione nel settore dell'architettura) a presentare (al pari dei richiamati casi belgi, portoghesi e greci) possibili profili di vantaggio in favore dei professionisti nazionali, con potenziali effetti distortivi in danno degli ingegneri di altri Paesi dell'UE la cui normativa nazionale di riferimento non consenta agli ingegneri di conseguire una analoga abilitazione; che, in ogni caso, anche a voler ammettere che la disciplina transitoria e derogatoria di cui ai richiamati artt. 10 e 11 consenta in talune ipotesi a un limitato numero di ingegneri di alcuni Paesi dell'UE di svolgere in regime di mutuo riconoscimento (e quindi anche in Italia) talune attività nel settore dell'architettura sui beni di interesse storico e culturale (attività tipicamente sottratte agli ingegneri italiani); ebbene, anche in questo caso, non vi sarebbero ragioni sufficienti per ritenere la sussistenza di un'ipotesi di discriminazione alla rovescia in danno degli ingegneri italiani, sì da indurre alla generalizzata disapplicazione della previsione di cui al R.D. n. 2537 del 1925, art. 52. Secondo il Consiglio di Stato, infatti, "non appare metodologicamente corretto assumere quale parametro stabile di valutazione, nell'ambito di un giudizio volto a stabilire se una discriminazione vi sia oppure no, talune situazioni per definizione transitorie ed eccezionali (quali quelle contemplate dagli artt. 10 e 11 della citata direttiva del 1985)".

Per quanto concerne, poi, il sistema a regime delineato dall'art. 7 della direttiva, secondo la sentenza impugnata l'assenza dei profili di discriminazione alla rovescia è comprovata dal fatto che:

l'iscrizione di una categoria di professionisti nell'ambito degli elenchi nazionali presuppone che il rilascio dei relativi diplomi, certificati o titoli faccia seguito a percorsi formativi i cui contenuti minimi e necessari siano conformi alle previsioni di cui all'art. 3 della direttiva (e tali percorsi formativi devono comprendere in via necessaria un'adeguata conoscenza della storia e delle tecniche dell'architettura, nonché delle belle arti e delle scienze umane); anche ad ammettere che un professionista di Paese dell'UE in possesso del titolo di ingegnere possa essere incluso negli elenchi di cui all'art. 7, cit. (e sia, quindi, ammesso ad esercitare in Italia le attività tipiche dell'architetto anche in relazione ai beni di interesse storico ed artistico), ciò non costituisce di per sé una discriminazione in danno dell'ingegnere italiano (nei cui confronti l'esercizio di quelle stesse attività resta tipicamente escluso), giacché l'inclusione di quella particolare tipologia di ingegnere UE nell'ambito degli elenchi di cui all'art. 7 dimostra ex se che quel professionista ha seguito un percorso formativo idoneo (anche nei campi della storia e delle tecniche dell'architettura, nonché delle belle arti e delle scienze umane) tale da giustificare in modo pieno l'esercizio da parte di quel professionista ingegnere (e al di là delle limitazioni recate dal nomen iuris della qualifica professionale posseduta) delle attività abitualmente esercitate con il titolo professionale di architetto.

3. - Per la cassazione della sentenza del Consiglio di Stato l'Ordine degli ingegneri della Provincia di Verona e l'Ordine degli ingegneri della Provincia di Venezia hanno proposto ricorso, con atto notificato il 9, il 15 ed il 16 luglio 2014, sulla base di tre motivi.

Il Consiglio nazionale degli architetti, pianificatori, paesaggisti e conservatori ha resistito con controricorso.

Il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo ha depositato un atto di costituzione al solo fine dell'eventuale partecipazione all'udienza di discussione.

Gli altri intimati non hanno svolto attività difensiva in questa sede.

In prossimità dell'udienza i ricorrenti hanno depositato una memoria illustrativa.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. - Il ricorso per cassazione avverso la sentenza del Consiglio di Stato è affidato a tre motivi.

Con il primo motivo i ricorrenti denunciano violazione dell'art. 111 Cost., per ineffettività della tutela offerta dal Consiglio di Stato nella misura in cui ha violato in modo grave e manifesto il diritto dell'Unione europea (in particolare la direttiva n. 384/85) nonché l'art. 4.3 del Trattato sull'Unione europea (TUE) (c.d. obbligo di fedeltà all'Unione) e gli artt. 267 e 288 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (violazione grave e manifesta del principio del primato). Dopo aver premesso che la violazione grave e manifesta del diritto dell'Unione è suscettibile della tutela giurisdizionale ex art. 111 Cost., quando l'errore si sia tradotto in una decisione anomala o abnorme, frutto di radicale stravolgimento delle norme di riferimento, i ricorrenti si dolgono che il Consiglio di Stato, con la decisione impugnata, abbia modificato il contenuto della direttiva 85/384 e la lettura offertane dalla Corte di giustizia con la sentenza in data 21 febbraio 2013. Laddove il diritto processuale nazionale acconsenta ad eccezionali rimedi per la tutela di norme di ordine pubblico (e, ad

avviso dei ricorrenti, il caso dell'eccesso di potere giurisdizionale per stravolgimento delle norme positive ex parte iudicis costituirebbe un principio di ordine pubblico che, per l'appunto, giustifica l'intervento rettificatore delle Sezioni Unite della Corte di cassazione ex art. 111 Cost.), tali rimedi dovrebbero essere estesi a violazioni fondamentali del diritto dell'Unione. In via subordinata, i ricorrenti chiedono che sia sottoposta alla Corte di giustizia la seguente questione pregiudiziale: "premesso che, in diritto italiano, la Corte di cassazione consente il rimedio di cui all'art. 111 Cost., nei casi, estremi, nei quali l'errore si sia tradotto in una decisione anomala o abnorme, frutto di radicale stravolgimento delle norme di riferimento, dica la Corte di giustizia se, in un caso di decisione abnorme del giudice amministrativo di ultimo grado che stravolge le norme di diritto dell'Unione europea di riferimento, sia possibile per l'ordinamento interno (a) distinguere tra situazioni aventi causa petendi in norma comunitaria, da situazioni analoghe non aventi invece copertura comunitaria, al fine di consentire il rimedio eccezionale di cassazione di cui all'art. 111 Cost. (per violazione, cioè, del principio di effettività della tutela) solo alle seconde situazioni, oppure (b) se analogo rimedio debba, invece, essere riservato o consentito anche per violazioni grave e manifeste del diritto dell'Unione europea da parte del medesimo giudice".

Il secondo motivo lamenta eccesso di potere giurisdizionale per avere il Consiglio di Stato esercitato la giurisdizione nella sfera riservata al legislatore (violazione dell'art. 111 Cost., in riferimento all'art. 360 c.p.c., n. 1). Secondo i ricorrenti, il Consiglio di Stato non si sarebbe limitato ad un'attività interpretativa erronea: anzichè assumere il contenuto della direttiva n. 85/384, così come vincolativamente interpretata dalla Corte di giustizia, il giudice amministrativo d'appello si sarebbe "avventurato volutamente al di fuori del terreno interpretativo, arrogandosi finanche il diritto di applicare norme non esistenti (ma da lui chiaramente create) al fine di disconoscere in concreto la sussistenza della discriminazione al rovescio". Il Consiglio di Stato avrebbe ignorato il fatto che è il legislatore dell'Unione (e prima i legislatori nazionali che hanno comunicato i diplomi) ad avere parificato, ai fini dell'accesso alle attività professionali, i titoli in questione; e sarebbe giunto ad escludere la sussistenza di qualsiasi profilo di illegittimità della controversa disposizione interna, là dove la Corte di giustizia si è espressa inequivocabilmente nel senso che gli artt. 10 e 11 della direttiva ostano ad una normativa nazionale quale quella disposta dal R.D. n. 2537 del 1925, art. 52.

Con il terzo motivo i ricorrenti lamentano la violazione dell'art. 111 Cost., per ineffettività della tutela per mancata applicazione di norma di contenuto materialmente costituzionale (L. 24 dicembre 2012, n. 234, art. 53), nonchè violazione del principio fondamentale di cui all'art. 112 c.p.c., per mancata corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato e violazione del principio di effettività di cui agli artt. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Avendo negato a priori tutela agli ingegneri italiani per il semplice fatto che si versa in una situazione puramente interna, il Consiglio di Stato avrebbe finito con l'ignorare il contenuto di una norma - della L. n. 234 del 2012, art. 53 - che intende portare rimedio alle discriminazione al rovescio (e cioè proprio a situazioni puramente interne di discriminazione) indotte dal diritto

dell'Unione europea, la cui necessitata applicazione potrebbe comunque comportare inammissibili disparità di trattamento a danno dei cittadini e delle imprese italiane. Inoltre, il mancato riscontro di precise doglianze avrebbe di fatto impedito ai ricorrenti l'esercizio dei propri diritti in modo equo, concreto ed efficace.

2. - Secondo la costante giurisprudenza di queste Sezioni Unite (Sez. Un., 4 febbraio 2014, n. 2403; Sez. Un., 17 novembre 2015, n. 23460), in materia di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione - che l'art. 111 Cost., u.c., affida alla Corte di cassazione - non include anche una funzione di verifica finale della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea, dovendosi tener conto, da un lato, che nel plesso della giurisdizione amministrativa spetta al Consiglio di Stato, quale giudice di ultima istanza, garantire, nello specifico ordinamento di settore, la conformità del diritto interno a quello dell'Unione, se del caso avvalendosi dello strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, mentre, per contro, l'ordinamento nazionale contempla - per reagire ad una lesione del principio di effettività della tutela, conseguente ad una decisione del giudice amministrativo assunta in pregiudizio di situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto dell'Unione - altri strumenti, attivabili a fronte di una violazione del diritto dell'Unione europea che sia manifesta.

Nel confermare questo indirizzo, si è affermato (Sez. Un. 6 febbraio 2015, n. 2242) che è fatta salva l'ipotesi in cui l'errore si sia tradotto in una interpretazione delle norme europee di riferimento in contrasto con quelle fornite dalla Corte di giustizia, sì da precludere l'accesso alla tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo. In tale prospettiva, si è statuito che inerisce alla questione di giurisdizione, ed è quindi soggetta al sindacato della Corte di cassazione, l'impugnazione della sentenza del Consiglio di Stato che, in presenza di due soli partecipanti alla procedura di gara che propongano reciprocamente censure escludenti attinenti entrambe alla medesima fase procedimentale, disponga, in violazione di quanto enunciato dalla sentenza della Corte di giustizia 4 luglio 2013, nella causa C-100/12, Fastweb-Telecom, l'accoglimento del ricorso incidentale senza il contemporaneo esame delle censure contenute nel ricorso principale.

3. - Nella presente impugnativa, si è al di fuori dell'ipotesi, "estrema", dell'aprioristico diniego di giurisdizione, ossia del diniego derivante da una interpretazione delle norme, ad opera del Consiglio di Stato, risolvendosi nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo, accesso che sarebbe invece tutelato con l'interpretazione della pertinente disposizione comunitaria elaborata dalla Corte di giustizia.

4. - Con la sentenza qui impugnata, infatti, il Consiglio di Stato ha esaminato nel merito le impugnative avverso le determinazioni amministrative che escludono gli ingegneri dall'affidamento della direzione dei lavori su immobili di interesse storico-artistico sottoposti a tutela. Dopo aver premesso che del R.D. n. 2537 del 1925, art. 52, comma 2, va interpretato nel senso che, non la totalità degli interventi concernenti gli immobili di interesse storico e artistico deve essere affidata alla specifica professionalità dell'architetto, ma solo le parti di intervento di edilizia che riguardano scelte culturali

connesse alla maggiore preparazione accademica conseguita dagli architetti nell'ambito del restauro e risanamento degli immobili di interesse storico e artistico, restando invece nella competenza dell'ingegnere civile la c.d. parte tecnica, ossia le attività progettuali e di direzione dei lavori attinenti all'edilizia civile vera e propria, il Consiglio di Stato ha escluso che la citata norma del regolamento per le professioni d'ingegnere e di architetto contrasti con il diritto dell'Unione europea e che gli effetti indiretti della direttiva del Consiglio 10 giugno 1985, n. 85/384/CEE, siano suscettibili di determinare il rischio di discriminazioni ai danni degli ingegneri civili italiani.

A tal fine, il Consiglio di Stato, nell'esaminare la portata della citata direttiva, alla luce delle pronunce rese dalla Corte di giustizia (ordinanza 5 aprile 2004, nel procedimento C-3/02; sentenza 21 febbraio 2013, nella causa C-111/12), ha negato che l'ordinamento dell'Unione europea riconosca a tutti gli ingegneri di Paesi UE diversi dall'Italia (con esclusione dei soli ingegneri italiani) l'indiscriminato esercizio delle attività tipiche della professione di architetto (fra cui le attività afferenti le opere di edilizia civile che presentano rilevante carattere artistico, ovvero relative ad immobili di interesse storico ed artistico); e ciò sul rilievo che l'esercizio di tali attività è consentito, in regime di mutuo riconoscimento, ai soli professionisti i quali (al di là del nomen iuris del titolo professionale posseduto) possano vantare un percorso formativo adeguatamente finalizzato all'esercizio delle attività tipiche della professione di architetto. Quanto, poi, alla disciplina transitoria recata dalla direttiva, la sentenza impugnata ha evidenziato che quasi nessuno degli Stati membri ha indicato titoli coincidenti con il tipico ambito della professione di ingegnere, ad eccezione del Belgio, del Portogallo e della Grecia, ed ha precisato che tali eccezioni, proprio perchè circoscritte, non possono essere assunte come indici del configurarsi di una discriminazione alla rovescia in danno degli ingegneri civili italiani.

5. - Nessun rifiuto od omissione di giurisdizione è dunque riscontrabile nella specie.

Gli stessi ricorrenti non si dolgono, in realtà, che il giudice amministrativo, al quale si sono rivolti, si sia rifiutato di erogare la richiesta tutela per l'affermata estraneità alle attribuzioni giurisdizionali dello stesso giudice della domanda proposta. Essi lamentano, piuttosto, che il giudice amministrativo, nell'esaminare la domanda, l'abbia rigettata per un errore interpretativo, non avendo riconosciuto la sussistenza di un'ipotesi di discriminazione alla rovescia indotta dalla possibilità di circolazione in Italia di professionisti provenienti da altri Stati membri, in possesso di titoli analoghi a quello italiano di ingegnere in ingegneria civile. I ricorrenti contestano la legittimità del concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali attribuite al giudice amministrativo, e quindi finiscono in realtà per sollecitare, al di là della prospettazione formale, un sindacato per violazione di legge. Le doglianze articolate non attengono alla corretta individuazione dei limiti esterni della giurisdizione, ma investono un vizio del giudizio concernente il singolo e specifico caso.

I motivi di ricorso scambiano per diniego di giurisdizione o per ineffettività della tutela quello che invece è stato, con tutta evidenza, un esercizio della giurisdizione, sebbene in modo non conforme alle aspettative ed alle attese degli Ordini ricorrenti.

L'evoluzione del concetto di giurisdizione nel senso di strumento per la tutela effettiva delle parti non giustifica il ricorso avverso la sentenza del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art.

111 Cost., u.c., quando, come nella specie, non si verta in ipotesi di aprioristico diniego di giurisdizione, ma la tutela la si assuma negata dal giudice speciale in conseguenza di errori di giudizio che si prospettino dal medesimo commessi in relazione allo specifico caso sottoposto al suo esame (Sez. Un., 16 gennaio 2014, n. 771).

La decisione del Consiglio di Stato - là dove per un verso nega che la normativa italiana che riserva ai soli architetti i lavori riguardanti gli immobili vincolati appartenenti al patrimonio artistico, violi il principio di parità di trattamento; e, per l'altro verso, esclude che per effetto della direttiva n. 85/384/CEE sul reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli del settore dell'architettura, si assista ad un accesso indiscriminato alla professione di architetto degli ingegneri non italiani e ad un corrispondente rischio di discriminazioni a rovescio per gli ingegneri civili italiani - resta pur sempre iscritta, e circoscritta, entro l'orbita della competenza giurisdizionale del giudice amministrativo, i cui eventuali errori di diritto non possono essere censurati in questa sede, non essendo rinvenibile una aprioristica affermazione nel senso della impossibilità di assicurare la richiesta tutela per ragioni di sistema attributivo.

6. - Non appare in particolare riscontrabile il denunciato vizio di "abnormità della decisione" per "radicale stravolgimento delle norme di riferimento", discendente da quella che viene prospettata come una "modificazione" del contenuto della direttiva e della "lettura offertane dalla Corte di giustizia". Invero, la sentenza qui impugnata ha preso le mosse proprio dal duplice enunciato della Corte di giustizia, ossia: (a) dal rilievo (discendente dall'ordinanza 5 aprile 2004) che "quando si tratti di una situazione puramente interna ad uno Stato membro, nè la direttiva 85/384 - in particolare i suoi art. 10 e art. 11, lett. g) - nè il principio della parità di trattamento ostano ad una normativa nazionale che riconosce, in linea di principio, l'equivalenza dei titoli di architetto e di ingegnere civile, ma riserva ai soli architetti i lavori riguardanti in particolare gli immobili vincolati appartenenti al patrimonio artistico"; e (b) dalla sottolineatura (espressa dalla sentenza 21 febbraio 2013) che la direttiva 384/85 preclude di chiedere ai soggetti in possesso di titoli rilasciati da uno Stato membro diverso dallo Stato membro ospitante, titoli abilitanti secondo la disciplina transitoria, una ulteriore verifica di idoneità professionale per accedere alle attività di cui al citato art. 52, comma 2 del R.D..

Muovendosi in quest'ambito, la decisione, qui impugnata, del Consiglio di Stato segna, semmai, un mutamento di prospettiva "interno", rispetto all'ordinanza di rinvio alla Corte di giustizia:

mentre con questa il Consiglio di Stato domandava appunto se era possibile richiedere alle persone munite di un titolo rilasciato da un altro Stato membro che consente l'esercizio delle attività rientranti nel settore dell'architettura di sottoporsi, per quanto riguarda le attività riservate dal regio decreto ai soli architetti, ad una specifica verifica della loro idoneità professionale; con la sentenza che ha definito il giudizio di appello lo stesso giudice amministrativo ha escluso che gli effetti indiretti della direttiva siano suscettibili di determinare, dato l'esiguo numero di eccezioni, il denunciato rischio di discriminazioni ai danni degli ingegneri civili italiani.

7. - Non è neppure configurabile il lamentato eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore. Esso sussiste solo qualora il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete (Sez. Un., 1 febbraio 2016, n. 1840); non quando, come nella specie, il Consiglio di Stato si sia attenuto al compito interpretativo che gli è proprio, attraverso il coordinamento sistematico delle disposizioni pertinenti alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia intervenuta a chiarire, su sollecitazione degli stessi giudici nel processo a quo, la portata della direttiva comunitaria applicabile.

Tale operazione, tutt'al più, può dar luogo ad un error in iudicando, ove si ritenga discutibile la conclusione raggiunta dalla sentenza impugnata, conclusione nel senso che, affinché una disparità di trattamento possa essere qualificata come discriminazione alla rovescia e quindi determini l'applicazione dei rimedi approntati dall'ordinamento nazionale (in particolare con della L. n. 234 del 2012, art. 53) per evitare che i cittadini italiani subiscano simili effetti discriminatori, occorre che la discriminazione sia quantitativamente apprezzabile e raggiunga una dimensione consistente. Ma tale esito ermeneutico di ricostruzione della portata delle disposizioni applicabili - in ogni caso - non dà luogo alla violazione dei limiti esterni della giurisdizione del giudice speciale, mancando l'ipotizzato sconfinamento nel campo del legislatore.

8. - Priva di rilevanza, e quindi inammissibile per astrattezza, si appalesa la richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia formulata dai ricorrenti. Essa, infatti, non solo postula che si sia in presenza di una decisione anomala o abnorme, che invece non è dato qui riscontrare; ma anche presuppone una diversità di ambito e di ampiezza del sindacato delle Sezioni Unite sulle decisioni del Consiglio di Stato, a seconda che entrino in gioco situazioni aventi, o non aventi, copertura comunitaria, diversità che invece non è configurabile, essendo al contrario la giurisprudenza di queste Sezioni Unite ferma nella ricostruzione unitaria degli errores significativi di un eccesso di potere giurisdizionale e nell'escludere che la violazione del diritto o l'errore interpretativo, quale che sia la fonte coinvolta, valga, di per sè, ad integrare un superamento delle attribuzioni del giudice amministrativo.

9. - Il ricorso è rigettato.

Le spese del giudizio di cassazione, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

10. - Poichè il ricorso è stato proposto successivamente al 30 gennaio 2013 ed è respinto, sussistono le condizioni per dare atto - ai sensi della L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato Legge di stabilità 2013), che ha aggiunto del T.U. di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1-quater - della sussistenza dell'obbligo di versamento, da parte dei ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione integralmente rigettata.

PQM

La Corte rigetta il ricorso e condanna i ricorrenti, in solido tra loro, al rimborso delle spese processuali sostenute dal Consiglio nazionale controricorrente, che liquida in complessivi Euro 5.200, di cui Euro 5.000 per compensi, oltre a spese generali nella misura del 15% e ad accessori di legge.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-quater, inserito dalla L. n. 228 del 2012, art. 1, comma 17, dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dei ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1-bis.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 23 febbraio 2016.

Depositato in Cancelleria il 29 febbraio 2016

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RORDORF Renato - Primo Presidente f.f. -
Dott. AMOROSO Giovanni - Presidente di Sez. -
Dott. DIDONE Antonio - rel. Presidente di Sez. -
Dott. DI IASI Camilla - Presidente di Sez. -
Dott. PETITTI Stefano - Presidente di Sez. -
Dott. D'ANTONIO Enrica - Consigliere -
Dott. ARMANO Uliana - Consigliere -
Dott. CRISTIANO Magda - Consigliere -
Dott. SCARANO Luigi Alessandro - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 29424/2015 proposto da:

D.L., S.F., G.R., R.D.,
F.A., C.L., T.M., GA.RO.,
P.A., GU.MA., Z.F., B.G.,

M.R., elettivamente domiciliati in ROMA, VIA CICERONE 44, presso lo studio dell'avvocato GIOVANNI CORBYONS, che li rappresenta e difende unitamente agli avvocati PAOLO PIVA, ENRICO MINNEI e ENRICO GAZ;
- ricorrenti -

contro

BANCA D'ITALIA, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA NAZIONALE 91, presso l'Avvocatura della Banca stessa, rappresentata e difesa dagli avvocati MARCO MANCINI e NICOLA DE GIORGI;

- controricorrente -

contro

MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, BANCA DI CREDITO COOPERATIVO DEL VENEZIANO SCARL;

- intimati -

avverso la sentenza del CONSIGLIO DI STATO depositata in data 8/05/2015.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 21/02/2017 dal Presidente Dott. ANTONIO DIDONE;
uditi gli Avvocati Paolo Piva e Nicola De Giorgi;
udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. MATERA Marcello, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso.

Fatto

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

1.- P.A., C.L., D.L., T.M., M.R., Gu.Ma., G.R., B.G., Ga.Ro., S.F., R.D., Z.F. e F.A. hanno proposto ricorso al TAR per il Lazio avverso il decreto 11 marzo 2013 n. 31, con il quale il Ministro dell'Economia e delle Finanze aveva disposto lo scioglimento degli organi di amministrazione e di controllo della Banca del Veneziano; nonchè contro la Delib. n. 144 del 2013, con la quale il Direttore Generale della Banca d'Italia aveva nominato gli organi straordinari.

Con sentenza 16 gennaio 2014 n. 623, il TAR ha rigettato il loro ricorso, in particolare affermando:

- "a fronte di carenze gestionali integranti gravi irregolarità dell'amministrazione della banca, la Banca d'Italia... ha proposto lo scioglimento degli organi amministrativi e la sottoposizione dell'azienda ad amministrazione straordinaria, reputando l'adozione di tali misure necessaria a preservare la funzionalità aziendale a tutela dell'interesse pubblico alla sana e prudente gestione degli intermediari, alla stabilità del sistema creditizio e all'osservanza delle disposizioni in materia". Pertanto, in quanto le misure risultano fondate su esigenze debitamente rappresentate, è da escludere qualunque sviamento di potere, ed in particolare - come lamentato dai ricorrenti - che gli atti sarebbero destinati a soddisfare esigenze penalistiche e fallimentari rispettivamente della Procura e del Tribunale fallimentare di Napoli;
- è da escludere che "il procedimento di sottoposizione di una banca ad amministrazione straordinaria sia soggetto alle norme sulla comunicazione di avvio del procedimento amministrativo e sulla partecipazione al medesimo";
- non vi è violazione del principio del ne bis in idem, posto che "del tutto legittimamente gli stessi fatti oggetto di accertamento da parte dell'Autorità di vigilanza possono condurre, al ricorrere dei presupposti di legge, sia all'irrogazione di sanzioni amministrative a carico degli esponenti che al commissariamento del soggetto vigilato, attesa l'autonomia dei procedimenti, delle disposizioni normative su cui essi si fondano nonchè delle finalità pubbliche al perseguimento delle quali sono gli stessi preordinati";
- il merito dell'attività ispettiva sugli istituti creditizi "è incensurabile dal giudice amministrativo se non per illogicità manifesta", non rinvenibile nel caso di specie, dove i ricorrenti lamentano in sostanza che "l'amministrazione straordinaria sarebbe stata motivata in relazione a una sola operazione, un singolo accordo contrattuale.... ossia la posizione Gavioli";
- non può sussistere il vizio di eccesso di potere per disparità di trattamento (in relazione ad altre banche, pur esposte con il gruppo Gavioli), posto che esso "postula identità di situazioni giuridiche non rinvenibili nella specie";
- alle cariche attribuite nell'ambito di procedure di gestione della crisi non trova applicazione quanto previsto dal D.L. n. 201 del 2011, art. 36, posto che "la disciplina dei poteri e del funzionamento degli organi straordinari, prevista dall'art. 72 TUB, rende manifeste le differenze tra essi e i normali organi di gestione, sorveglianza e controllo delle società".

2.- Con la sentenza impugnata il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello proposto dai predetti ricorrenti i quali ricorrono per cassazione ai sensi dell'art. 362 c.p.c., denunciando eccesso di potere giurisdizionale sulla base di tre motivi.

Resiste con controricorso la Banca d'Italia mentre non hanno svolto difese il Ministero dell'Economia e Finanza e la Banca di Credito Cooperativo del Veneziano soc. coop. per az. A r.l.

3.1.- Con il primo motivo i ricorrenti denunciano "violazione dell'art. 111 Cost.. Ineffettività della tutela offerta dal Consiglio di Stato nella misura in cui ha violato in modo grave e manifesto il diritto dell'Unione europea (in particolare, art. 55, Direttiva n. 48/2006, ora sostituita dalla Direttiva 2013/36/UE; nonché Direttiva n. 59/2014/UE, in particolare art. 29) nonché il Trattato sull'Unione europea (TUE), in particolare all'art. 4.3 (cd. Obbligo di fedeltà all'Unione) e il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), in particolare i suoi artt. 267 e 288, così come interpretati pacificamente dalla Corte di giustizia. Violazione grave e manifesta del principio del primato".

3.2.- Con il secondo motivo i ricorrenti denunciano "eccesso di potere giurisdizionale per aver il Consiglio di Stato esercitato la giurisdizione nella sfera riservata al legislatore. Violazione L. n. 262 del 2005, art. 24. Omissione di pronuncia".

3.3.- Con il terzo motivo i ricorrenti denunciano "violazione dell'art. 111 Cost., per ineffettività della tutela per mancata applicazione di principi di contenuto materialmente costituzionale. Violazione del principio fondamentale di cui all'art. 112 c.p.c.. Mancata corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato. Violazione del principio di effettività di cui agli artt. 6 e 13 CEDU".

Sollecitano il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia da parte delle Sezioni unite in relazione ai limiti del sindacato delle sentenze del Consiglio di Stato.

4.- Il ricorso deve essere dichiarato inammissibile.

Le sezioni unite della Corte di Cassazione, dinanzi alle quali siano impugnate decisioni di un giudice speciale per motivi attinenti alla giurisdizione, possono rilevare unicamente l'eventuale superamento dei limiti esterni della giurisdizione medesima, non essendo loro consentito di estendere il proprio sindacato anche al modo in cui la giurisdizione è stata esercitata, in rapporto a quanto denunciato dalle parti; sicchè rientrano nei limiti interni della giurisdizione e restano perciò estranei al sindacato di questa corte eventuali errori in iudicando o in procedendo che il ricorrente imputi al giudice amministrativo o al giudice contabile (cfr. di recente, ex multis, Sez. un. n. 9687 del 2013, n. 24149 del 2013, n. 1518 del 2014, n. 8993 del 2014).

Le censure che nel caso in esame i ricorrenti formulano nei confronti dell'impugnata sentenza del Consiglio di Stato - indipendentemente da ogni valutazione in ordine alla fondatezza o infondatezza delle argomentazioni su cui riposano - non attengono in realtà al superamento dei limiti esterni della giurisdizione di detto giudice.

Quella giurisdizione si è esplicita nella pronuncia di rigetto della domanda di annullamento di atti amministrativi - scioglimento degli organi dell'istituto di credito e nomina del Commissario Straordinario - in ordine alla legittimità dei quali il sindacato giurisdizionale incontestabilmente competeva al giudice amministrativo, che lo ha in concreto esercitato.

Va ribadito, invero, che l'eccesso di potere giurisdizionale, denunciabile ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 3, sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, è configurabile solo quando l'indagine svolta non sia rimasta nei limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, ma sia stata strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce a quella dell'amministrazione. Il che vuol dire che il giudice, procedendo ad un sindacato di merito, emette una pronuncia autoesecutiva, intendendosi come tale quella che abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa (v. per tutte Sez. U, n. 774 del 2014).

I ricorrenti contestano la legittimità del concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali attribuite al giudice amministrativo, e quindi finiscono in realtà per sollecitare, al di là della prospettazione formale, un sindacato per violazione di legge.

Le doglianze articolate non attengono alla corretta individuazione dei limiti esterni della giurisdizione, ma investono un vizio del giudizio concernente il singolo e specifico caso.

I motivi di ricorso scambiano per diniego di giurisdizione o per ineffettività della tutela quello che invece è stato, con tutta evidenza, un esercizio della giurisdizione, sebbene in modo non conforme alle aspettative ed alle attese dei ricorrenti, come ad esempio, la diversa interpretazione del D.Lgs. n. 395 del 1993, art. 70, quanto alla compatibilità con le norme di cui alla L. n. 241 del 1990, in relazione alla partecipazione procedimentale.

Nè si sottraggono all'inammissibilità le denunciate violazioni dell'art. 112 c.p.c. (secondo e terzo motivo), posto che eventuali vizi di omessa pronuncia integrerebbero errores in procedendo, e non certo violazioni di norme in tema di giurisdizione (Sez. U, n. 1013 del 2014).

L'evoluzione del concetto di giurisdizione nel senso di strumento per la tutela effettiva delle parti non giustifica il ricorso avverso la sentenza del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 111 Cost., u.c., quando, come nella specie, non si verta in ipotesi di aprioristico diniego di giurisdizione, ma la tutela la si assuma negata dal giudice speciale in conseguenza di errori di giudizio che si prospettino dal medesimo commessi in relazione allo specifico caso sottoposto al suo esame (Sez. Un., n. 771 del 2014).

Quanto al primo motivo, in particolare, giova ricordare che il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione - che l'art. 111 Cost., u.c., affida alla Corte di Cassazione - non include anche una funzione di verifica finale della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea, neppure sotto il profilo dell'osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267, comma 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, dovendosi tener conto, da un lato, che nel plesso della giurisdizione amministrativa spetta al Consiglio di Stato - quale giudice di ultima istanza - garantire, nello specifico ordinamento di settore, la conformità del diritto interno a quello dell'Unione, se del caso avvalendosi dello strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, mentre, per contro, l'ordinamento nazionale contempla - per reagire ad una lesione del principio di effettività della tutela, conseguente ad una decisione del giudice

amministrativo assunta in pregiudizio di situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto dell'Unione - altri strumenti di tutela, attivabili a fronte di una violazione del diritto comunitario che sia grave e manifesta (Sez. U., n. 2403 del 2014; Sez. U, n. 23460 del 2015). Quanto al secondo motivo, è costante orientamento di queste Sezioni unite che l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è configurabile solo qualora il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete. L'ipotesi non ricorre quando il Consiglio di Stato - come nella specie - si sia attenuto al compito interpretativo che gli è proprio, ricercando la "voluntas legis" applicabile nel caso concreto, anche se questa abbia desunto non dal tenore letterale delle singole disposizioni, ma dalla "ratio" che il loro coordinamento sistematico disvela, tale operazione ermeneutica potendo dare luogo, tutt'al più, ad un "error in iudicando", non alla violazione dei limiti esterni della giurisdizione speciale (Sez. U, n. 22784 del 2012).

Infine, quanto al terzo motivo, è appena il caso di aggiungere che un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia non potrebbe, in una fattispecie come questa, provenire direttamente dalla Corte di cassazione. Infatti questa corte è chiamata - come già ampiamente sottolineato - unicamente a vagliare il rispetto da parte del giudice amministrativo dei limiti esterni della sua giurisdizione, e non è dato ravvisare norme europee che afferiscano a tale funzione di controllo sui limiti della giurisdizione in ordine alle quali possano porsi eventuali quesiti interpretativi (Sez. un., n. 10501 del 2016).

Da ultimo, del tutto irrilevante è il richiamo all'art. 6 CEDU, considerato che i ricorrenti - pur volendo prescindere dalla non deducibilità come violazione dei limiti esterni della giurisdizione pretendono sia applicabile il previo contraddittorio ad un provvedimento urgente, di natura cautelare e assolutamente riservato, come quello disciplinato dall'art. 70 T.U.B..

Le spese del giudizio di legittimità - liquidate in dispositivo - seguono la soccombenza.

PQM

La Corte dichiara inammissibile il ricorso e condanna i ricorrenti in solido al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, liquidate nella misura di Euro 5.200,00, di cui Euro 200,00 per esborsi, oltre accessori.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-quater, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dei ricorrenti, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del cit. art. 13, comma 1 bis.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 21 febbraio 2017.

Depositato in Cancelleria il 21 marzo 2017

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CANZIO Giovanni - Primo Presidente -
Dott. RORDORF Renato - Primo Presidente aggiunto -
Dott. AMOROSO Giovanni - Presidente di sez. -
Dott. RAGONESI Vittorio - Consigliere -
Dott. BIELLI Stefano - rel. Consigliere -
Dott. DIDONE Antonio - Consigliere -
Dott. BRONZINI Giuseppe - Consigliere -
Dott. TRAVAGLINO Giacomo - Consigliere -
Dott. DI IASI Camilla - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

AUTORITA' PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI (AGCOM), con sede a (OMISSIS), in persona del Presidente e legale rappresentante

C.A.M., rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

- ricorrente -

contro

s.p.a. WIND TELECOMUNICAZIONI, con azionista unico, Direzione e coordinamento di VimpelCom Ltd, con sede a (OMISSIS), in persona della Procuratrice avvocatessa F.E., elettivamente domiciliata in Roma, via di Porta Pinciana n. 6, presso lo studio dell'avvocato professor Beniamino Caravita di Toritto e dell'avvocata Sara Fiorucci, che la rappresentano e difendono giusta procura speciale a margine del controricorso;

- controricorrente -

e

s.p.a. TELECOM ITALIA, con sede a (OMISSIS), elettivamente domiciliata - nel giudizio davanti al Consiglio di Stato - in Roma, via Giovanni Pierluigi da Palestrina n. 47, presso lo studio degli avvocati Francesco Cardarelli e Filippo Cardarelli che la rappresentavano e difendevano;

- intimata -

e

VODAFONE OMNITEL B.V., con sede legale in (OMISSIS) e sede dell'amministrazione gestionale ad (OMISSIS), in persona del procuratore avvocato Co.An. (per procura rilasciata dall'amministratore delegato, ricevuta il 16 aprile 2012 dal notaio

in Milano Z.L., n. rep. (OMISSIS)), elettivamente domiciliata in Roma, via Boezio n. 14, presso lo studio dell'avvocato professor Mario Libertini, che, unitamente all'avvocato professore Vincenzo Cerulli Irelli, la rappresenta e difende (anche disgiuntamente) giusta procura speciale in calce al controricorso;

- controricorrente -

e

s.p.a. FASTWEB, con azionista unico e soggetta all'attività di direzione e coordinamento di Swisscom AG, con sede legale a (OMISSIS), in persona dell'amministratore delegato e direttore generale Ca.Al., nonché del direttore affari legali e regolamentari M.G. (per poteri conferiti con procura di cui all'atto del notaio T.E. in data (OMISSIS)),

elettivamente domiciliata in Roma, via di San Nicola da Tolentino n. 67, presso lo studio degli avvocati Daniele Geronzi (Legance - Avvocati associati), Gilberto Nava, Filippo Pacciani e Valerio Mosca, che la rappresentano e difendono (anche disgiuntamente) giusta procura speciale a margine del controricorso;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 1274/15 del Consiglio di Stato, depositata l'11 marzo 2015, non notificata;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza dell'11 ottobre 2016 dal consigliere dottor Stefano Bielli;

udito, per la ricorrente AGCOM, l'avvocato dello Stato Sergio Fiorentino, che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

uditi, per la controricorrente s.p.a. WIND TELECOMUNICAZIONI, l'avvocato professor Beniamino Caravita di Toritto e l'avvocata Sara Fiorucci, che hanno chiesto la declaratoria di inammissibilità od il rigetto del ricorso;

udito, per la controricorrente VODAFONE OMNITEL B.V., l'avvocato professore Mario Libertini, che ha chiesto la declaratoria di inammissibilità od il rigetto del ricorso;

udito, per la controricorrente s.p.a. FASTWEB, l'avvocato Filippo Pacciani, che ha chiesto il rigetto del ricorso;

udito il P.M., nella persona del sostituto Procuratore generale dottor FUZIO Riccardo, che ha concluso per l'inammissibilità o, in subordine, per il rigetto del ricorso.

Fatto

FATTI DEL PROCESSO

1.- Con sentenza n. 1274/15, depositata l'11 marzo 2015 e non notificata, la terza sezione del Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale (hinc: "CdS"), rigettava (con motivazione parzialmente diversa rispetto a quella del giudice di primo grado) l'appello congiuntamente proposto dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (hinc: "AGCOM"), dal Presidente del Consiglio dei ministri e dal Ministero dell'economia e delle finanze nei confronti della resistente s.p.a. Wind Telecomunicazioni e delle intervenute ad adiuvandum Vodafone

Omnitel B.V., s.p.a. Telecom Italia e s.p.a. Fastweb avverso la sentenza del TAR Lazio-Roma, sezione 2, n. 2538/2014 (hinc: "TAR"), depositata il 5 marzo 2014, che aveva annullato le Delib. n. 599/10/CONS dell'11 novembre 2010 (relativa alla disciplina della contribuzione per l'anno 2011) e Delib. n. 131/11/CONS del 23 marzo 2011 (relativa al versamento integrativo della contribuzione per gli anni dal 2006 al 2010), con le quali l'AGCOM aveva inteso determinare e recuperare - richiamando la L. n. 266 del 2005, art. 1, commi 65 e 66 - i contributi dovuti da operatori dei mercati delle comunicazioni elettroniche in relazione alla gestione del regime di autorizzazione e alla concessione dei diritti d'uso per telefonia mobile. Il giudice di appello compensava tra le parti le spese di lite ed ordinava all'Autorità amministrativa l'esecuzione della sentenza.

Il CdS premetteva che: a) con le delibere impugnate, l'AGCOM aveva avanzato nei confronti della s.p.a. Wind Telecomunicazioni (titolare di una autorizzazione generale per l'esercizio di servizi di telefonia mobile in Italia) pretese di pagamento di somme a titolo di contribuzione, sulla base di due presupposti: a.1.) il primo, che dovessero essere considerati imponibili tutti i ricavi conseguiti dalla società nel settore delle telecomunicazioni e, quindi, non solo quelli riferibili a servizi regolamentati dall'Autorità nazionale di regolamentazione per la gestione del regime di autorizzazione e per la concessione dei diritti d'uso (hinc: "ANR", coincidente nella specie con l'AGCOM), ma anche quelli riferibili a servizi non regolamentati (che, pur non soggetti ad autorizzazione ex ante, richiedevano l'intervento ed il controllo dell'ANR); a.2.) il secondo, che il prelievo era diretto alla copertura di tutte le spese di funzionamento dell'AGCOM; a.3.) b) la società aveva impugnato le delibere sostenendo l'illegittimità di tale retroattiva estensione della base imponibile e dell'entità del prelievo; c) il TAR, davanti al quale era pervenuto il contenzioso, aveva sollevato davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea (hinc: "CGUE") questione pregiudiziale interpretativa della normativa comunitaria, specificamente dell'art. 12 della Direttiva 2002/20/CE del parlamento e del Consiglio del 7 marzo 2002 (Direttiva autorizzazioni), ritenendo che tale normativa giustificasse l'imposizione di diritti amministrativi agli operatori a copertura esclusivamente dei costi in concreto sopportati dalle ANR in funzione dell'esercizio dell'attività di regolamentazione del mercato ex ante strumentale al rilascio di autorizzazioni e non anche dei costi affrontati per lo svolgimento di attività diverse e chiedendo, pertanto, se detta disciplina fosse ostativa alla normativa italiana di cui alla L. n. 481 del 1995, art. 2, comma 38, lett. b), della L. n. 249 del 1997, art. 6, comma 2, e della L. n. 266 del 2005, art. 1, commi 65, 66 e 68, come in concreto applicata in sede regolamentare; d) la CGUE, riunite varie controversie, con sentenza del 18 luglio 2013 (Vodafone Omnitel NV, Fastweb SpA, Telecomunicazioni SpA, Telecom Italia SpA, Sky Italia srl, nelle cause riunite da C-228/12 a C-232/12 e da C-254/12 a C258/12), aveva dichiarato che l'art. 12 della Direttiva autorizzazioni deve essere interpretato nel senso che esso non osta alla disciplina di uno Stato membro, come quella di cui trattasi, a condizione: d.1.) che il prelievo sia esclusivamente destinato alla copertura di costi relativi alle attività menzionate al par. 1, lett. a) tale disposizione; d.2.) che il gettito non superi i costi complessivi per tali attività; d.3.) che l'imposizione sia effettuata in modo proporzionato, obiettivo e trasparente; e) dopo la pronuncia della CGUE e la riassunzione

dei giudizi davanti a sè, il TAR, con la sentenza appellata, aveva ritenuto che non ricorressero le tre condizioni menzionate dalla CGUE e, pertanto, aveva accolto i ricorsi della società, disapplicato la disciplina nazionale posta a base delle delibere e annullato le delibere, in base alla considerazione che, per la normativa unionale, il prelievo era legittimo solo se riferito, da un lato, ai ricavi inerenti alle tipologie di attività oggetto di regolamentazione generale ex ante delle telecomunicazioni, con esclusione di quelle per i servizi non regolamentati, e, dall'altro, ai diritti amministrativi di cui all'art. 12, par. 12 della Direttiva autorizzazioni, destinati, cioè, alla copertura del complesso delle effettive spese sostenute dalla AGCOM (specificamente ed annualmente rendicontate e non semplicemente considerate in bilancio) per le tipologie di attività inerenti, appunto, alla regolamentazione generale ex ante delle telecomunicazioni, con esclusione di quelle inerenti a servizi non regolamentati; f) l'AGCOM "e consorti" avevano appellato la decisione del TAR deducendo che: f.1) la disapplicazione della normativa nazionale era erronea anche a causa della confusione in cui era incorso il giudice tra la conformità di tale normativa a quella dell'UE, da un lato, e la legittimità delle norme regolamentari adottate dall'AGCOM per ciascun periodo d'imposta, dall'altro; f.2) non era stati precisati i costi dell'ANR suscettibili di essere coperti con il prelievo a carico degli operatori del settore delle comunicazioni elettroniche; f.3) la CGUE aveva escluso il contrasto tra norme nazionali e norme dell'UE e, pertanto, erano erronee, immotivate ed irragionevoli (in quanto escludenti i costi per la vigilanza sugli operatori, le analisi di mercato, le nuove tecnologie, la collaborazione con le ANR straniere) le affermazioni della sentenza concernenti sia la limitazione del prelievo riferendolo solo all'attività di regolazione ex ante, sia l'applicazione di un asserito principio di minimizzazione dei costi aggiuntivi e degli oneri accessori, sia la necessaria stretta correlazione tra il prelievo ed i costi della suddetta attività; f.4) nel diritto unionale mancavano regole specifiche sulla determinazione della base imponibile e la riscossione del prelievo ed anzi il difetto della asserita stretta correlazione tra il prelievo e la "quantità di attività compiuto nel singolo procedimento" si evinceva dai punti 29 e 30 della sentenza della CGUE (che richiamavano l'art. 6, paragrafo 2, della Direttiva autorizzazioni e, quindi le varie attività connesse all'autorizzazione generale di cui al D.Lgs. n. 259 del 2003, art. 25 recante il Codice delle comunicazioni elettroniche) nonchè dalla giurisprudenza dell'UE; f.5) il prelievo era conforme al diritto unionale e, ai sensi della L. n. 266 del 2005, art. 1, comma 66, dell'art. 34 Codice delle comunicazioni (costituenti l'evoluzione della L. n. 481 del 1995, art. 2, comma 38, lett. b, nonchè della L. n. 249 del 1997, art. 6) e dell'art. 12 della Direttiva autorizzazioni, non poteva coprire i costi di qualsiasi attività dell'AGCOM; f.6) il TAR (facendo erroneo riferimento alla normativa nazionale previgente) aveva confuso i costi di funzionamento dell'AGCOM e i ricavi degli operatori ed aveva perciò illogicamente limitato l'imponibile ed il prelievo all'attività di autorizzazione ex ante, nonchè consentito una retroattiva individuazione dei cespiti tassabili e (in particolare) escluso dall'imponibile i proventi per i servizi VAS (diversi dalla telefonia vocale); f.7) tali servizi VAS erano pur sempre soggetti alla regolazione ed alla vigilanza dell'AGCOM; f.8) la sentenza era errata in punto di ricavi per l'interconnessione sul mercato internazionale; f.9) la medesima sentenza era incorsa in

extrapetizione in quanto il difetto dei "tre elementi essenziali del prelievo" atteneva, se mai, alla (il)legittimità degli atti impositivi e non alla difformità della normativa nazionale rispetto all'ordinamento unionale, "dove l'inammissibilità d'ogni statuizione sulle delibere annuali dell'Autorità mai impugnate in primo grado".

Poste queste premesse in punto di fatto, il CdS, nel rigettare l'appello e "in parziale modifica della sentenza del TAR", osservava che: a) il D.Lgs. n. 259 del 2003, art. 34 (recante il Codice delle comunicazioni elettroniche), in attuazione dell'art. 12 Direttiva autorizzazioni, così individua i tre elementi essenziali del prelievo in discorso ("diritti amministrativi"): 1) destinazione a coprire i soli costi amministrativi sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale oltre a quelli inerenti alle attività collaterali strettamente collegate; 2) incidenza in modo proporzionato, obiettivo e trasparente - sulle imprese che forniscono reti o servizi ai sensi dell'autorizzazione generale; 3) minimizzazione dei costi amministrativi aggiuntivi (intesi come sovracosti derivanti da una non corretta gestione dell'AGCOM o da spese imprevedute o comunque non riferibili al regime di autorizzazione) e degli oneri accessori (intesi come altri inutili oneri di riscossione, anche documentali); b) le ANR (ivi compresa l'AGCOM) sono tenute, ai sensi dell'art. 12, par. 2 Direttiva autorizzazioni, a pubblicare un rendiconto annuo (da ritenersi, contrariamente a quanto affermato dall'Autorità, non coincidente con il bilancio) sia dei propri costi amministrativi, sia dell'importo complessivo dei diritti riscossi; c) tale normativa interna e dell'UE andava intesa, come confermato anche dai considerando n. 30 e n. 31 della medesima Direttiva, nel senso che, con riguardo ai "diritti amministrativi", v'è "un rapporto di diretta proporzionalità tra aliquota, base imponibile e presupposto, da un lato, ed entità dei costi sostenuti dalle ANR per le sole attività di regolazione ex ante" (cioè per mercati non efficienti e non ancora competitivi, che abbiano bisogno, pertanto, di una tale regolazione) nonchè per la concessione dei diritti d'uso, dall'altro; d) infatti, anche in forza della L. n. 266 del 2005, art. 1, comma 65 - nonostante una apparente mancata presa di posizione di tale comma sulla definizione della base imponibile (pag. 18) - le spese di funzionamento dell'AGCOM sono finanziate "dal mercato di competenza, per la parte non coperta da finanziamento a carico del bilancio dello Stato, secondo modalità previste dalla normativa vigente ed entità di contribuzione determinate con propria deliberazione da ciascuna Autorità, nel rispetto dei limiti massimi previsti per legge, versate direttamente alle medesime Autorità" e quindi (con riguardo al settore dei prodotti e servizi per le comunicazioni elettroniche) dal mercato all'ingrosso di terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili (raccomandazione della Commissione UE del 9 ottobre 2014, in base alla precedente raccomandazione del 17 dicembre 2007; Delib. n. 34/06/CONS dell'AGCOM, sulla scorta della raccomandazione dell'11 febbraio 2007, in sede di prima applicazione della Direttiva n. 2002/21/CE), per il quale vige il regime di autorizzazione generale di cui all'art. 25 Codice delle comunicazioni elettroniche; e) in altri termini, il prelievo di cui ai suddetti "diritti amministrativi" integra una "tassa di scopo "parzialmente commutativa", diretta a finanziare il servizio reso agli operatori di quella sola frazione del settore afferente il mercato della telefonia vocale mobile (se ed in quanto questa abbia bisogno di regolamentazione), con un "montante predefinito"

(corrispondente ai costi effettivi generati dalla gestione di tutti gli aspetti della regolamentazione di quel mercato), "non già una sovrimposta su ricavi iscritti a bilancio"; f) i contribuenti e la loro attitudine contributiva, in particolare, vanno identificati nei soggetti operanti nel settore delle comunicazioni, ma distinti secondo "ciascuna categoria per lo specifico mercato di competenza (identificato dalle raccomandazioni della Commissione UE e, in Italia, dall'AGCOM), in relazione, cioè al contenuto del rispettivo regime autorizzativo e di regolazione ex ante ed al fine di finanziare detta Autorità con ricavi strettamente corrispondenti e a detto mercato ed ai costi di gestione (previ e successivi al rilascio dell'autorizzazione), negli ovi limiti di concorrenza a tali spese e con ripartizione proporzionata"; g) era, per questo, manifestamente irrilevante, nella specie, ogni questione sull'omessa impugnazione di atti impositivi pregressi; h) inoltre, a fronte della pretesa dell'AGCOM di ampliare, con effetto retroattivo (secondo i criteri di cui alle Delib. n. 693/08/CONS per il 2009 e Delib. n. 722/09/CONS per il 2010), la base imponibile e la platea dei contribuenti - attraendo a tassazione anche i ricavi VAS della società e ciò al fine di finanziare anche "costi spuri ed estranei" allo specifico mercato di riferimento (quale definito dalle delibere dell'ANR e soggetto ad autorizzazione generale ex ante) -, doveva essere riconosciuta la necessità del rinvio pregiudiziale effettuato dal TAR alla CGUE, la quale aveva dichiarato legittimo il prelievo di cui alla suddetta normativa nazionale solo nel caso in cui fossero state rispettate le condizioni indicate dall'art. 12 della Direttiva autorizzazioni; i) era, pertanto, immune da vizi la decisione del TAR che, riscontrato il mancato rispetto di tali condizioni, aveva concluso per la illegittimità del suddetto ampliamento, data la necessità di "stretta corrispondenza tra prelievo e costi della regolazione" in un settore, quale quello delle comunicazioni elettroniche, che si presenta variamente articolato in una "pluralità di mercati rilevanti, ciascuno dei quali con proprie caratteristiche d'efficienza, di competitività e di dominanza" e, quindi, con un non uniforme livello di spesa pubblica di regolazione e controllo; l) era poi irrilevante ai fini di causa il sopravvenuto L. n. 191 del 2009, art. 2, comma 241, (secondo cui l'AGCOM ha l'obbligo, in via temporanea, di distrarre parte del gettito del prelievo in favore di altre ANR); m) la diversa ricostruzione del tributo prospettata dall'AGCOM (ad avviso della quale sono attratti nel prelievo, per una sola aliquota ed un'unica modalità di calcolo del prelievo, anche cespiti per servizi o attività d'impresa nel settore delle comunicazioni elettroniche su cui non vi sia "esercizio effettivo di potestà regolative", come i servizi e ricavi VAS e SMS e, quindi, anche ove non vi sia stata una specifica spesa pubblica per la regolamentazione ed il controllo) era contraria sia alla buona fede che deve presiedere alla valutazione degli atti amministrativi (anche di contenuto generale), sia all'interpretazione basata sulle "effettive intenzioni della norma e delle parti dell'obbligazione tributaria per ciascuna specifica categoria di operatori chiamati alla contribuzione" (in applicazione di "quanto dispone l'art. 1362 cod. civ."), sia alle fonti dell'UE (con la conseguenza che doveva ritenersi illegittima, per contrasto con il diritto comunitario, "tutta la filiera della fattispecie imponibile, senza possibilità di sfuggire alla sanzione della disapplicazione" delle norme italiane, in quanto queste non prevedono una stretta correlazione tra imponibile e spesa per la regolamentazione ex ante di mercati); n) più in dettaglio, non era stata dimostrata la

sussistenza di attuali "necessità regolatorie" per i servizi VAS, quali quelli "MMS" e internet in banda stretta via terminale mobile (la Delib. n. 46/06/CONS aveva ammesso la regolabilità del servizio SMS solo se ed in quanto gli operatori nazionali mobili non permettano a quelli sprovvisti di proprie risorse radio di fornire tutti i servizi finali mercato).

2.- Avverso la sentenza di appello l'AGCOM, dichiarando un valore "indeterminabile", ha proposto ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8 prospettando un unico, complesso motivo e chiedendo l'annullamento dell'impugnata sentenza con ogni consequenziale statuizione anche in ordine alle spese. Il ricorso risulta notificato: il 9 giugno 2015 alla s.p.a. Wind Telecomunicazioni ed alla s.p.a. Fastweb; nonché il 9-10 giugno 2015 alla Vodafone Omnitel B.V. ed alla s.p.a. Telecom Italia.

3.- Resistono la s.p.a. Wind Telecomunicazioni, la s.p.a. Fastweb e la Vodafone Omnitel B.V. con controricorsi notificati rispettivamente: 1.a) all'AGCOM; 1.b) alla s.p.a. Fastweb; 1.c) alla Vodafone Omnitel B.V.; 1.d) alla s.p.a. Telecom Italia; 2.a) all'AGCOM; 2.b) alla s.p.a. Wind Telecomunicazioni; 2.c) alla Vodafone Omnitel B.V.; 2.d) alla s.p.a. Telecom Italia; 3.a) all'AGCOM; 3.b) alla s.p.a. Fastweb; 3.c) alla s.p.a. Wind Telecomunicazioni; 3.d) alla s.p.a. Telecom Italia.

4.- Le controricorrenti illustrano la loro posizione depositando memoria.

Diritto

RAGIONI DELLA DECISIONE

1.- Con un unico, complesso motivo di ricorso, proposto ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8 la ricorrente AGCOM deduce che il CdS, con la sentenza impugnata, ha ecceduto i limiti esterni della sua giurisdizione sotto tre profili, tra loro connessi, avendo invaso: 1) la sfera giurisdizionale della CGUE, per avere "sostanzialmente riformato" la sentenza resa da detta Corte a sèguito di rinvio pregiudiziale effettuato dal TAR nel corso del medesimo giudizio (sentenza della CGUE del 18 luglio 2013, Vodafone Omnitel NV, Fastweb SpA, Telecomunicazioni SpA, Telecom Italia SpA, Sky Italia srl, nelle cause riunite da C-228/12 a C-232/12 e da C-254/12 a C-258/12); 2) la sfera di attribuzioni del legislatore italiano, per avere disapplicato, nonostante la mancanza di qualsiasi contrasto con l'ordinamento dell'Unione europea, le norme nazionali disciplinanti il finanziamento dell'AGCOM; 3) la sfera di competenza riservata all'AGCOM, per avere privato tale Autorità (per effetto della disapplicazione delle suddette norme nazionali) della potestà di emettere gli atti regolamentari attuativi del prelievo, diretti a determinare l'ammontare del suo fabbisogno finanziario e la misura dei "diritti amministrativi" dovuti dagli operatori del mercato di riferimento.

1.1.- Sotto il primo profilo, relativo alla denunciata invasione della sfera giurisdizionale della CGUE, la ricorrente (che prospetta anche il rischio dell'instaurazione di una procedura di infrazione a carico dell'Italia) osserva che: a) la sentenza della CGUE afferma che: "l'articolo 12 della direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni), deve essere interpretato nel senso che esso non osta alla

disciplina di uno Stato membro, come quella di cui trattasi nei procedimenti principali, ai sensi della quale le imprese che prestano servizi o reti di comunicazione elettronica sono tenute a versare un diritto destinato a coprire i costi complessivamente sostenuti dall'autorità nazionale di regolamentazione e non finanziati dallo Stato, il cui importo è determinato in funzione dei ricavi realizzati da tali imprese, a condizione: che tale diritto sia esclusivamente destinato alla copertura di costi relativi alle attività menzionate al par. 1, lett. a), di tale disposizione (cioè: "costi amministrativi che saranno sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale, dei diritti d'uso e degli obblighi specifici di cui all'art. 6, par. 2, che possono comprendere i costi di cooperazione internazionale, di armonizzazione e di standardizzazione, di analisi di mercato, di sorveglianza del rispetto delle disposizioni e di altri controlli di mercato, nonché di preparazione e di applicazione del diritto derivato e delle decisioni amministrative, quali decisioni in materia di accesso e interconnessione"), che la totalità dei ricavi ottenuti a titolo di detto diritto non superi i costi complessivi relativi a tali attività e che lo stesso diritto sia imposto alle singole imprese in modo proporzionato, obiettivo e trasparente, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare."; b) la stessa sentenza della CGUE precisa che gli Stati membri possono imporre alle imprese che prestano servizi o reti ai sensi dell'autorizzazione generale o che hanno ricevuto una concessione dei diritti d'uso di radiofrequenze o di numeri, soltanto diritti amministrativi che coprono complessivamente i costi amministrativi sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale, dei diritti d'uso e degli obblighi specifici di cui all'art. 6, par. 2, di tale direttiva, che possono comprendere i costi di cooperazione internazionale, di armonizzazione e di standardizzazione, di analisi di mercato, di sorveglianza e di altri controlli di mercato, nonché di preparazione e di applicazione del diritto derivato e delle decisioni amministrative, quali decisioni in materia di accesso e interconnessione; d) la CGUE, dunque (in coerenza con la propria precedente giurisprudenza, tra cui la sentenza del 21 luglio 2011, Telefonica de Espana SA contro Administracion del Estado, in causa C-284/10), ha "chiaramente affermato" che il citato art. 12 della Direttiva autorizzazioni consente di imporre il pagamento di diritti amministrativi finalizzati alla copertura non solo dei costi per lo svolgimento delle attività di regolamentazione ex ante, ma anche dei costi complessivi sostenuti dalle ANR per assolvere i molteplici compiti istituzionali ad esse attribuiti dall'ordinamento europeo nel settore delle comunicazioni elettroniche, lasciando agli Stati membri il compito di determinare la base imponibile e precisando che il "diritto amministrativo" percepito dall'AGCOM non deve essere rapportato agli specifici costi dei servizi resi ai singoli operatori e neppure ai costi relativi ai singoli mercati in cui si ripartisce il settore delle comunicazioni elettroniche, ma può essere determinato mediante la ripartizione dei costi complessivi tra tutti gli operatori del settore; e) la sentenza del CdS - in violazione di tale principio di diritto e confondendo il tema della determinazione della base imponibile con quello della determinazione dei costi da coprire - afferma invece che, in base al diritto dell'UE, i diritti amministrativi dovuti all'AGCOM, da un lato, debbono avere come base imponibile i soli ricavi prodotti nello specifico mercato regolamentato di competenza del

singolo operatore e, dall'altro, sono destinati a coprire esclusivamente i costi strettamente connessi alla regolamentazione (per mezzo di un'autorizzazione generale ex ante) di detto specifico mercato, ed ha conseguentemente disapplicato la normativa italiana che non pone tali limitazioni; f) il punto della decisione del CdS in cui viene affermato un contrasto tra le norme nazionali e la normativa dell'UE che è, invece, espressamente negato dalla citata sentenza della CGUE non è influenzato dal dovere del giudice nazionale di verificare sia i costi da coprire con il gettito dei diritti amministrativi (da "minimizzare" e rendicontare), sia la corrispondenza tra gettito e costi da coprire, sia la correttezza delle modalità del prelievo (che deve essere proporzionato, obiettivo e trasparente).

1.2.- Sotto il secondo profilo, relativo alla denunciata invasione della sfera di competenza del legislatore italiano, la ricorrente osserva che il CdS, nel disapplicare la disciplina interna sul finanziamento dell'AGCOM, ha privato alcune leggi nazionali dell'efficacia loro propria, adducendo a giustificazione un presupposto (il loro contrasto con l'ordinamento dell'UE) dichiarato insussistente dalla CGUE.

1.3.- Sotto il terzo profilo, relativo alla denunciata invasione della sfera di competenza riservata all'AGCOM, la ricorrente osserva che il CdS, nel dichiarare illegittimamente la contrarietà della legge nazionale all'ordinamento dell'UE e nel disapplicare (senza averne il potere) tale legge, ha precluso all'AGCOM il regolare esercizio della potestà a questa riservata di determinare e riscuotere i "diritti amministrativi", al fine di provvedere, con la necessaria autonomia, all'acquisizione delle risorse necessarie al proprio funzionamento.

1.4.- La ricorrente, così delimitato il prospettato thema decidendum, precisa che già in appello non aveva reiterato l'eccezione pregiudiziale di difetto della giurisdizione del giudice amministrativo (per essere la controversia devoluta alla cognizione del giudice tributario) e che non intende denunciare i pur numerosi vizi logici e le pur evidenti violazioni di legge da cui, a suo avviso, era affetta la sentenza di appello.

1.- Con un unico, complesso motivo di ricorso, proposto ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8 la ricorrente AGCOM deduce che il CdS, con la sentenza impugnata, ha ecceduto i limiti esterni della sua giurisdizione sotto tre profili, tra loro connessi, avendo invaso: 1) la sfera giurisdizionale della CGUE, per avere "sostanzialmente riformato" la sentenza resa da detta Corte a sèguito di rinvio pregiudiziale effettuato dal TAR nel corso del medesimo giudizio (sentenza della CGUE del 18 luglio 2013, Vodafone Omnitel NV, Fastweb SpA, Telecomunicazioni SpA, Telecom Italia SpA, Sky Italia srl, nelle cause riunite da C-228/12 a C-232/12 e da C-254/12 a C-258/12); 2) la sfera di attribuzioni del legislatore italiano, per avere disapplicato, nonostante la mancanza di qualsiasi contrasto con l'ordinamento dell'Unione europea, le norme nazionali disciplinanti il finanziamento dell'AGCOM; 3) la sfera di competenza riservata all'AGCOM, per avere privato tale Autorità (per effetto della disapplicazione delle suddette norme nazionali) della potestà di emettere gli atti regolamentari attuativi del prelievo, diretti a determinare l'ammontare del suo fabbisogno finanziario e la misura dei "diritti amministrativi" dovuti dagli operatori del mercato di riferimento.

1.1.- Sotto il primo profilo, relativo alla denunciata invasione della sfera giurisdizionale della CGUE, la ricorrente (che prospetta anche il rischio dell'instaurazione di una procedura

di infrazione a carico dell'Italia) osserva che: a) la sentenza della CGUE afferma che: "l'art. 12 della direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni), deve essere interpretato nel senso che esso non osta alla disciplina di uno Stato membro, come quella di cui trattasi nei procedimenti principali, ai sensi della quale le imprese che prestano servizi o reti di comunicazione elettronica sono tenute a versare un diritto destinato a coprire i costi complessivamente sostenuti dall'autorità nazionale di regolamentazione e non finanziati dallo Stato, il cui importo è determinato in funzione dei ricavi realizzati da tali imprese, a condizione: a.1) che tale diritto sia esclusivamente destinato alla copertura di costi relativi alle attività menzionate al paragrafo 1, lettera a), di tale disposizione (cioè: "costi amministrativi che saranno sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale, dei diritti d'uso e degli obblighi specifici di cui all'art. 6, par. 2, che possono comprendere i costi di cooperazione internazionale, di armonizzazione e di standardizzazione, di analisi di mercato, di sorveglianza del rispetto delle disposizioni e di altri controlli di mercato, nonché di preparazione e di applicazione del diritto derivato e delle decisioni amministrative, quali decisioni in materia di accesso e interconnessione"); a.2.) che la totalità dei ricavi ottenuti a titolo di detto diritto non superi i costi complessivi relativi a tali attività; a.3.) e che lo stesso diritto sia imposto alle singole imprese in modo proporzionato, obiettivo e trasparente, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare."; b) la stessa sentenza della CGUE precisa che gli Stati membri possono imporre alle imprese che prestano servizi o reti ai sensi dell'autorizzazione generale o che hanno ricevuto una concessione dei diritti d'uso di radiofrequenze o di numeri, soltanto diritti amministrativi che coprono complessivamente i costi amministrativi sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale, dei diritti d'uso e degli obblighi specifici di cui all'art. 6, par. 2, di tale direttiva, che possono comprendere i costi di cooperazione internazionale, di armonizzazione e di standardizzazione, di analisi di mercato, di sorveglianza e di altri controlli di mercato, nonché di preparazione e di applicazione del diritto derivato e delle decisioni amministrative, quali decisioni in materia di accesso e interconnessione; c) la CGUE, dunque (in coerenza con la propria precedente giurisprudenza, come la sentenza del 21 luglio 2011, Telefonica de Espana SA contro Administracion del Estado, in causa C-284/10), ha "chiaramente affermato" che il citato art. 12 della Direttiva autorizzazioni consente di imporre il pagamento di diritti amministrativi finalizzati alla copertura non solo dei costi per lo svolgimento delle attività di regolamentazione ex unte, ma anche dei costi complessivi sostenuti dalle ANR per assolvere i molteplici compiti istituzionali ad esse attribuiti dall'ordinamento europeo nel settore delle comunicazioni elettroniche, lasciando agli Stati membri il compito di determinare la base imponibile e precisando che il "diritto amministrativo" percepito dall'AGCOM non deve essere rapportato agli specifici costi dei servizi resi ai singoli operatori e neppure ai costi relativi ai singoli mercati in cui si ripartisce il settore delle comunicazioni elettroniche, ma può essere determinato mediante la ripartizione dei costi complessivi tra tutti gli operatori del settore; d) la sentenza del CdS - in violazione di tale principio di diritto e confondendo il tema della determinazione della

base imponibile con quello della determinazione dei costi da coprire - afferma invece che, in base al diritto dell'UE, i diritti amministrativi dovuti all'AGCOM, da un lato, debbono avere come base imponibile i soli ricavi prodotti nello specifico mercato regolamentato di competenza del singolo operatore e, dall'altro, sono destinati a coprire esclusivamente i costi strettamente connessi alla regolamentazione (per mezzo di un'autorizzazione generale ex ante) di detto specifico mercato, ed ha conseguentemente disapplicato la normativa italiana che non pone tali limitazioni; e) il punto della decisione del CdS in cui viene affermato un contrasto tra le norme nazionali e la normativa dell'UE che è, invece, espressamente negato dalla citata sentenza della CGUE non è influenzato dal dovere del giudice nazionale di verificare sia i costi da coprire con il gettito dei diritti amministrativi (da "minimizzare" e rendicontare), sia la corrispondenza tra gettito e costi da coprire, sia la correttezza delle modalità del prelievo (che deve essere proporzionato, obiettivo e trasparente).

1.2.- Sotto il secondo profilo, relativo alla denunciata invasione della sfera di competenza del legislatore italiano, la ricorrente osserva che il CdS, nel disapplicare la disciplina interna sul finanziamento dell'AGCOM, ha privato alcune leggi nazionali dell'efficacia loro propria, adducendo a giustificazione un presupposto (il loro contrasto con l'ordinamento dell'UE) dichiarato insussistente dalla CGUE.

1.3.- Sotto il terzo profilo, relativo alla denunciata invasione della sfera di competenza riservata all'AGCOM, la ricorrente osserva che il CdS, nel dichiarare illegittimamente la contrarietà della legge nazionale all'ordinamento dell'UE e nel disapplicare (senza averne il potere) tale legge, ha precluso all'AGCOM il regolare esercizio della potestà a questa riservata di determinare e riscuotere i "diritti amministrativi", al fine di provvedere, con la necessaria autonomia, all'acquisizione delle risorse necessarie al proprio funzionamento.

1.4.- La ricorrente, così delimitato il prospettato thema decidendum, precisa che già in appello non aveva reiterato l'eccezione pregiudiziale di difetto della giurisdizione del giudice amministrativo (per essere la controversia devoluta alla cognizione del giudice tributario) e che non intende denunciare i pur numerosi vizi logici e le pur evidenti violazioni di legge da cui, a suo avviso, era affetta la sentenza di appello.

2.- Il ricorso è inammissibile sotto tutti i profili, perchè non prospetta, in realtà, alcuna violazione dei limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo.

2.1.- Con la sentenza impugnata il CdS ha affrontato la questione riguardante sostanzialmente la compatibilità della vigente disciplina nazionale in tema di finanziamento dell'AGCOM (L. n. 266 del 2005, art. 1, commi 65 e 66) con l'ordinamento dell'UE (art. 12 della Direttiva autorizzazioni, cioè della Direttiva 2002/20/CE del parlamento e del Consiglio del 7 marzo 2002) quale interpretato dalla sentenza della CGUE del 18 luglio 2013, nelle cause riunite da C-228/12 a C-232/12 e da C-254/12 a C-258/12, resa a sèguito di rinvio pregiudiziale effettuato dal TAR nel corso del giudizio per cui è causa. Il CdS ritiene che il prelievo tributario previsto dalla normativa nazionale ed applicato dalle delibere impuginate davanti al giudice amministrativo (con un imponibile esteso anche a ricavi derivanti da attività non soggette alla regolazione di mercato dell'AGCOM e con un gettito non limitato ai costi complessivi sostenuti dall'Autorità per le sole attività di regolazione)

sia incompatibile con la Direttiva autorizzazioni, la quale - come sarebbe stato precisato, a suo avviso, dalla citata sentenza della CGUE del 18 luglio 2013 - circoscrive invece il prelievo (denominato, nella Direttiva, "diritti amministrativi") a quanto necessario alla copertura dei soli costi dell'attività di gestione, controllo e applicazione del regime di autorizzazione generale del mercato e dei diritti d'uso ed obblighi accessori, secondo modalità impositive di proporzionalità, obiettività e trasparenza.

2.2.- Con il ricorso, la parte ricorrente deduce innanzitutto, come visto, che il CdS ha superato i limiti esterni della propria giurisdizione, perchè si è posto in contrasto con il diritto unionale, quale interpretato dalla suddetta sentenza della CGUE, ed ha così invaso la sfera giurisdizionale di competenza di tale Corte.

In contrario va qui ribadita la costante giurisprudenza di queste sezioni unite secondo cui deve escludersi che la violazione del diritto dell'Unione da parte del giudice amministrativo valga, di per sè, ad integrare un superamento delle attribuzioni di tale giudice. La primazia del diritto dell'Unione europea, infatti, non sovverte gli assetti procedurali degli ordinamenti nazionali (sezioni unite, n. 3236 del 2012) e la dedotta erroneità dell'interpretazione della sentenza della CGUE fornita dal CdS con la sentenza impugnata si risolve, in realtà, nella contestazione della legittimità del concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali attribuite al giudice amministrativo e, quindi, in una censura di violazione di legge, non di esorbitanza dai limiti esterni della giurisdizione. Rientra, in modo caratteristico, nel potere giurisdizionale del giudice amministrativo valutare la portata della sentenza della CGUE incidente nel giudizio in corso (indipendentemente, come è ovvio, dalla effettiva correttezza di tale valutazione) ed applicare alla fattispecie di causa le norme unionali come interpretate dalla Corte di giustizia. In altri termini, come già rilevato in casi simili da queste sezioni unite in materia di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione - che l'art. 111 Cost., u.c., affida alla Corte di cassazione - non include anche una funzione di verifica della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea (sezioni unite, n. 14043, n. 14042 e n. 10501 del 2016) e l'error in iudicando non si trasforma in eccesso di potere giurisdizionale sol perchè venga denunciata la violazione di norme unionali, quali chiarite dalla Corte di giustizia (ex plurimis, sezioni unite, n. 3915 del 2016; n. 2403 del 2014; n. 16886 del 2013).

2.3.- Come più volte affermato da questa Corte (ex plurimis, sezioni unite, n. 2403 del 2014, n. 27847 e n. 7929 del 2013, n. 8882 del 2005), il ricorso per cassazione dinanzi alle sezioni unite avverso le pronunce del CdS è consentito solo per motivi inerenti alla giurisdizione (artt. 111 Cost., comma 8; ma vedi anche l'art. 362 c.p.c. e l'art. 110 c.p.a., approvato con il D.Lgs. n. 104 del 2010) e, quindi: a) nell'ipotesi in cui la sentenza abbia violato l'ambito della giurisdizione in generale (esercitando la giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa oppure negando la giurisdizione sull'erroneo presupposto che la domanda non potesse costituire in modo assoluto oggetto di esame giurisdizionale); b) nell'ipotesi di violazione dei cosiddetti limiti esterni della propria giurisdizione (giudicando in materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, oppure negando la propria giurisdizione sull'erroneo presupposto

che questa spetti ad altro giudice, oppure esercitando un sindacato di merito in materia attribuita esclusivamente alla propria giurisdizione di legittimità degli atti amministrativi).

Ne consegue l'inammissibilità del ricorso che, come quello in esame, denunci in realtà solo un cattivo esercizio da parte del CdS della propria giurisdizione, cioè un vizio che attiene all'esplicazione interna del potere giurisdizionale conferito dalla legge a detto giudice.

2.4.- E' opportuno precisare che l'ipotesi per cui è causa non rientra nei "casi estremi", menzionati da alcune sentenze delle sezioni della Cassazione (sezioni unite, n. 14043, n. 14042, n. 11380, n. 10501 e n. 3915 del 2016; n. 2242 del 2015; n. 2403 del 2014; n. 30254 del 2008), in cui un error in iudicando del CdS per contrarietà ad una pronuncia della CGUE, ove idoneo a realizzare "un radicale stravolgimento delle norme europee di riferimento, così come interpretate dalla Corte di giustizia" (sezioni unite n. 11380 del 2016, n. 2242 del 2015 e n. 15428 del 2012), si risolve eccezionalmente in un eccesso giurisdizionale, tale da consentire il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione. Tali "casi", infatti, vanno identificati in fattispecie in cui la decisione del CdS contraria alla giurisprudenza unionale preclude, rendendola non effettiva, la difesa giudiziale, con conseguente ingiustificato (anche dal punto di vista costituzionale) vuoto di tutela giurisdizionale per l'indicato "indebito rifiuto di erogare" tale tutela "a cagione di una male intesa autolimitazione, in via generale, dei poteri del giudice speciale" (sezioni unite n. 2403 del 2014, citata), con un "aprioristico diniego di giurisdizione" (sezioni unite n. 771 del 2014). A tal riguardo va ricordato che è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto al potere stabilendo le forme di tutela in cui esso si estrinseca (per tutte, Cass., sezioni unite, n. 2242 del 2015; n. 30254 del 2008).

Nel caso in esame, il CdS non ha denegato la giurisdizione, ma ha inteso (come visto) applicare in concreto la norma unionale, quale interpretata dalla CGUE, con ciò fornendo (e non negando) tutela giurisdizionale.

2.5.- Per le considerazioni che precedono va esclusa anche la denunciata invasione della sfera di attribuzioni del legislatore italiano. Il CdS, infatti, si è limitato a non applicare la normativa nazionale nella parte ritenuta in contrasto con le norme unionali, quali interpretate dalla CGUE, e, quindi, ad esercitare un'attività caratteristica della propria funzione giurisdizionale di giudice amministrativo.

2.6.- Va infine esclusa, per le medesime ragioni, la denunciata invasione della sfera di competenza riservata all'AGCOM. La sentenza impugnata, come già sottolineato, ha solo provveduto a non applicare la normativa nazionale ritenuta incompatibile con l'ordinamento unionale, senza invadere la sfera di attribuzioni riservata alla P.A., intendendo applicare la sentenza della CGUE del 18 luglio 2013, emessa nelle cause riunite C-228/12 a C-232/12 e C-254/12 a C258/12, la quale ha espressamente demandato al giudice del rinvio il controllo che: 1) il prelievo sia esclusivamente destinato alla copertura dei costi relativi alle attività menzionate all'art. 12, par. 1, lett. a, della direttiva autorizzazioni; 2) la totalità dei ricavi ottenuti a titolo di detto prelievo non superi i costi complessivi relativi a tali attività; 3) lo stesso prelievo sia imposto alle singole imprese in modo proporzionato, obiettivo e trasparente.

3.- L'inammissibilità del ricorso comporta la condanna della ricorrente alle spese di lite in favore delle controricorrenti, con liquidazione come da dispositivo.

4.- Non ricorrono i presupposti per l'applicazione del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater, perchè la parte ricorrente rientra tra le amministrazioni pubbliche ammesse alla prenotazione a debito del contributo unificato, ai sensi dell'art. 158 medesimo D.P.R. (in generale, per le amministrazioni dello Stato ed equiparate, vedi ex plurimis Cass. n. 1778 del 2016 e n. 5955 del 2014).

PQM

La Corte, pronunciando a sezioni unite, dichiara inammissibile il ricorso, condanna la ricorrente a rimborsare alle controricorrenti le spese di lite, che si liquidano, per ciascuna controricorrente, in complessivi Euro 10.000,00, oltre Euro 200,00 per spese ed oltre accessori di legge.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio delle sezioni unite civili, il 11 ottobre 2016.

Depositato in Cancelleria il 17 gennaio 2017

Fonti: Giust. civ. Mass. 2013

Classificazione: CASSAZIONE CIVILE - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - Consiglio di Stato **CASSAZIONE CIVILE - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - Consiglio di Stato - Sentenza del Consiglio di Stato - Mancato accoglimento di richiesta di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CEE - Motivo di ricorso per cassazione - Ammissibilità - Esclusione - Fondamento.**

La Corte di Giustizia Europea, nell'esercizio del potere di interpretazione di cui all'art. 234 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, non opera come giudice del caso concreto, bensì come interprete di disposizioni ritenute rilevanti ai fini del decidere da parte del giudice nazionale, in capo al quale permane in via esclusiva la funzione giurisdizionale. Ne consegue che il mancato rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato alla Corte di giustizia del Lussemburgo, non configurando una questione attinente allo sconfinamento dalla giurisdizione del giudice amministrativo, rende inammissibile il ricorso per cassazione avverso la decisione di detto Consiglio.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. LUCCIOLI Maria Gabriella - Primo Presidente f.f. -
Dott. RORDORF Renato - Presidente di Sez. -
Dott. SEGRETO Antonio - Consigliere -
Dott. CECCHERINI Aldo - Consigliere -
Dott. PICCININNI Carlo - rel. Consigliere -
Dott. CHIARINI Maria Margherita - Consigliere -
Dott. MAMMONE Giovanni - Consigliere -
Dott. VIRGILIO Biagio - Consigliere -
Dott. D'ASCOLA Pasquale - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

Wind Telecomunicazioni s.p.a. in persona del legale rappresentante, elettivamente domiciliata in Roma, P. Borghese 3, presso l'avv. Guarino Andrea, che con l'avv. Roberti Gian Michele la rappresenta e difende giusta delega in atti;

- ricorrente -

contro

Telecom Italia s.p.a. in persona del legale rappresentante, elettivamente domiciliata in Roma, via Salaria 259, presso lo Studio Bonelli Erede Pappalardo, rappresentata e difesa dall'avv. Tesauro Claudio giusta delega in atti;

- controricorrente ricorrente incidentale -

Vodafone Omnitel N.V. in persona del legale rappresentante, elettivamente domiciliata in Roma via Boezio 14 presso l'avv. Libertini Mario, che con l'avv. Boso Caretta Alessandro la rappresenta e difende giusta delega in atti;

- controricorrente -

Fastweb s.p.a. in persona del legale rappresentante, elettivamente domiciliata in Roma via E.Q. Visconti 20 presso l'avv. Ristuccia Renzo, che la rappresenta e difende giusta delega in atti;

- controricorrente -

Eutelia s.p.a. in amministrazione straordinaria in persona del legale rappresentante, elettivamente domiciliata in Roma via XXIV Maggio 43, presso l'avv. Scanzano Francesco che con l'avv. Monaco Eutimio la rappresenta e difende giusta delega in atti;

- controricorrente -

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, B.T. Italia s.p.a., Colt Telecom Italia s.p.a., Trans World Communication s.r.l., Conform s.r.l. in liquidazione, Teletu s.p.a., Associazione Italiana Internet Providers (Aaip), in persona dei rispettivi legali rappresentanti;

- intimati -

avverso la sentenza del Consiglio di Stato n. 2438 del 20.4.2011.

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 14.5.2013 dal Relatore Cons. Dr. Carlo Piccininni;

Uditi gli avv. Roberti e Guarino per Wind, Boso Caretta per Vodafone, Ristuccia per Fastweb, Scanzano per Eutelia, Tesauro per Telecom;

Udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. Apice Umberto, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza del 20.4.2011 il Consiglio di Stato rigettava gli appelli proposti da Wind Telecomunicazioni s.p.a., Telecom Italia s.p.a. e Eutelia s.p.a. contro sentenza del TAR Lazio, che aveva confermato il provvedimento con il quale l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato aveva riscontrato l'abuso di posizioni dominanti in violazione dell'art. 82 del Trattato CE (ora art. 102 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea), disponendo le conseguenti misure sanzionatorie.

In particolare il Consiglio di Stato disattendeva nel merito le argomentazioni degli appellanti finalizzate ad escludere la sussistenza dell'addebito loro contestato e, per la parte di interesse, non dava corso alla richiesta di sottoporre in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE (ora 267 TFUE) la corretta interpretazione dell'art. 102 TFUE, rispetto alla quale sarebbe risultato dubbio, secondo gli appellanti, se ai fini dell'accertamento dell'effetto escludente fosse sufficiente la verifica del fatto in sé ritenuto illecito, ovvero fosse anche necessario riscontrare la sussistenza concreta di effetti

pregiudizievoli, che viceversa sarebbero da escludere ove, pur sussistendo una posizione preminente della società nel mercato "a monte", la stessa posizione non fosse detenuta nel mercato "a valle".

Avverso la detta decisione Wind Telecomunicazioni ha proposto ricorso basato su un solo motivo ai sensi dell'art. 111 Cost., cui hanno resistito con controricorso Telecom Italia, che ha eccepito l'inammissibilità del ricorso ed ha pure proposto ricorso incidentale anch'esso affidato ad un motivo, Fastweb s.p.a., Vodafone Omnitel N.V., Eutelia s.p.a. in amministrazione straordinaria.

Wind, Fastweb ed Eutelia depositavano infine memoria. La controversia veniva quindi decisa all'esito dell'udienza pubblica del 14.5.2013.

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il ricorso principale Wind Telecomunicazioni ha lamentato che il Consiglio di Stato avrebbe illegittimamente statuito travalicando i limiti della propria giurisdizione, non avendo dato corso alla richiesta formulata da esso, ricorrente di investire la Corte di Giustizia della questione relativa all'interpretazione di una norma del Trattato di cui era stata sollecitata l'applicazione.

In particolare, secondo l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, il comportamento ritenuto meritevole di sanzione avrebbe avuto ad oggetto la condotta posta in essere sul mercato all'ingrosso del servizio di terminazione delle chiamate sulla propria rete mobile, con effetti in un diverso mercato rispetto a quello della terminazione mobile.

Si tratta cioè del mercato dei servizi di telecomunicazione originati da una rete fissa, terminati su rete mobile e destinati ad una clientela di affari, e rispetto alla condotta oggetto di attenzione l'Autorità aveva ritenuto di accertare che la Wind avesse praticato alla proprie divisioni commerciali condizioni economiche più favorevoli di quelle praticate agli altri operatori di rete fissa, con l'ulteriore effetto tendenziale dell'esclusione dei concorrenti dal mercato dei servizi fisso - mobile. A fronte di detto addebito essa ricorrente aveva dunque sviluppato articolate difese, fra le quali quella concernente l'inidoneità della condotta censurata a produrre effetti pregiudizievoli per i concorrenti operanti nel mercato a valle.

Pertanto la configurabilità dell'infrazione contestata avrebbe potuto essere affermata solo se accertata l'idoneità della condotta della Wind ad incidere negativamente sulla capacità competitiva degli altri concorrenti, accertamento che avrebbe presupposto la esatta interpretazione dell'art. 102 del Trattato, con riferimento sia alla corretta qualificazione giuridica del comportamento censurato (art. 102, lett. a) o c), che alla individuazione degli elementi costitutivi della fattispecie di abuso.

Sui due punti ora segnalati la Corte di Giustizia dell'Unione Europea non si sarebbe espressa in termini univoci, e ciò avrebbe dovuto comportare l'accoglimento dell'istanza finalizzata a sollecitare alla detta Corte l'interpretazione del citato art. 102 ai sensi dell'art. 267 TFUE, nel quale era stato trasfuso il precedente art. 234 TCE. Il Consiglio di Stato aveva

invece provveduto ad interpretare direttamente la norma europea, così sostituendosi alla Corte di Giustizia ed asseritamente esorbitando dall'ambito della propria giurisdizione. Identica censura ha poi formulato Telecom Italia con il ricorso incidentale, con il quale la società ha per l'appunto denunciato l'illegittimità della statuizione del Consiglio di Stato, sotto il profilo dell'indebito travalicamento della propria giurisdizione. Ed infatti con il ricorso era stata rappresentata la necessità di analizzare le offerte nel loro complesso, anziché limitatamente alla "terminazione on net", in quanto le pretese discriminazioni rilevate in quest'ultimo settore non avrebbero necessariamente precluso "la possibilità di competere ad armi pari nel mercato dei servizi finali".

Nella giurisprudenza comunitaria, tuttavia, il concreto effetto escludente sarebbe stato "talvolta considerato elemento costitutivo della fattispecie dell'abuso ex art. 102 TFUE, talaltra come un mero elemento di valutazione della gravità dell'infrazione", e ciò avrebbe dovuto comportare la sottoposizione pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 267 TFUE della questione concernente l'interpretazione dell'art. 102 TFUE, per stabilire se la norma impedisca o meno di proporre offerte "on net" aventi prezzi inferiori alla propria tariffa di terminazione, anche "quando le offerte formulate nel mercato (a valle) dei servizi di fonia fisso - mobile siano nel loro complesso replicabili dai concorrenti".

Osserva il Collegio che va innanzitutto disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso, sollevata dalla Telecom Italia in ragione del fatto che l'impugnazione sarebbe stata proposta oltre il termine di sei mesi indicato dall'art. 327 c.p.c.. Al riguardo occorre infatti rilevare che il citato art. 327 c.p.c. stabiliva, per quanto qui interessa, che il ricorso per cassazione non potesse essere più proposto una volta decorso un anno dalla pubblicazione della sentenza ed il detto termine è stato poi ridotto nella misura sopra specificata, per effetto della L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 46, comma 17.

L'art. 58 di quest'ultima legge ha però limitato l'applicazione dei nuovi termini ai giudizi instaurati dopo l'entrata in vigore della legge (avvenuta il 4.7.2009), dovendosi a tal fine fare riferimento al momento dell'introduzione originaria della lite, e non già a quello riferito all'inizio del giudizio di impugnazione (C. 12/22838, C. 12/17060, C. 12/6007). Nella specie la sentenza del TAR, successivamente confermata dal Consiglio di Stato con la decisione oggetto di impugnazione, è stata pronunciata il 7.4.2008, e ciò comporta che nel caso in esame il termine lungo per la proposizione del ricorso per cassazione era di un anno.

Ne discende ulteriormente che, essendo stata pubblicata la sentenza impugnata (che non risulta essere stata notificata) in data 20.4.2011, il ricorso per cassazione, notificato il 4.6.2012, è certamente tempestivo.

Nel merito la questione prospettata, rappresentata dalla ricorrente con articolate argomentazioni, essenzialmente consiste nella configurabilità o meno di una violazione da parte del Consiglio di Stato dei limiti della propria giurisdizione, in relazione al fatto che il parametro di riferimento normativo, ai fini del sollecitato accertamento dell'inesistenza di una posizione dominante, sarebbe stato individuabile nel disposto dell'art. 102 TFUE, e l'interpretazione di quest'ultima norma avrebbe dovuto essere devoluta, come richiesta pregiudiziale, alla Corte di Giustizia Europea.

Il Consiglio di Stato, viceversa, avrebbe interpretato direttamente la disposizione in questione e quindi, indipendentemente da ogni giudizio in ordine alla fondatezza della soluzione adottata, il vizio ravvisato sarebbe stato individuabile nel fatto che la soluzione della questione interpretativa era stata data "autonomamente dal Consiglio di Stato, quando doveva essere data dalla Corte di Giustizia" (p. 14 del ricorso).

A quest'ultima competerebbe infatti, ai sensi dell'art. 267 TFUE, la giurisdizione esclusiva in materia di interpretazione finale delle disposizioni dell'Unione Europea, e la difforme decisione adottata nella specie dal Consiglio di Stato integrerebbe gli estremi della violazione dei limiti esterni della propria giurisdizione.

Il rilievo è privo di pregio.

Ed infatti la delibazione del ricorso per motivi attinenti alla giurisdizione presuppone la delimitazione concettuale della relativa funzione che, sotto il profilo di interesse, non può non essere intesa che come sollecitazione nei confronti del giudice all'attuazione del diritto vigente e al riconoscimento della fondatezza della situazione giuridica soggettiva fatta valere, con conseguente reintegrazione dell'ordine giuridico asseritamente violato.

Nella specie era stata contestata la legittimità delle sanzioni irrogate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in relazione a condotte che le società sanzionate avrebbero posto in essere e che sarebbero state configurabili come pratiche discriminatorie nei rispettivi mercati all'ingrosso. Tale contestazione era stata dunque azionata presso il giudice amministrativo (dapprima TAR e quindi Consiglio di Stato) ritenuto deputato a dirimerla, profilo quest'ultimo sul quale nè il giudice adito nè alcuna delle parti ha sollevato riserve di sorta, e che quindi ne determina l'individuazione quale organo chiamato a "iuris dicere" nella vicenda in oggetto. Wind Telecomunicazioni, per vero, ha però ritenuto ugualmente configurabile una questione di giurisdizione nella vicenda oggetto di giudizio, in relazione al duplice fatto che la controversia avrebbe dovuto essere risolta sulla base di disposizione (art. 102) contenuta in corpo normativo (TFUE), la cui interpretazione autentica sarebbe rimessa ad altro giudice (Corte di Giustizia Europea).

L'assunto non è tuttavia condivisibile perchè, come questa Corte ha già avuto modo di precisare, nell'esercizio del sollecitato potere interpretativo la Corte Europea non interviene come giudice del caso concreto, ma piuttosto si limita ad indicare l'interpretazione delle disposizioni che il giudice nazionale ha ritenuto rilevanti ai fini del decidere. Ne consegue dunque che in capo a quest'ultimo permane in via esclusiva la funzione giurisdizionale, il cui esercizio era stato richiesto con l'atto introduttivo del giudizio, e che pertanto, tenuto conto del "petitum" sostanziale fatto valere, non è ravvisabile il denunciato sconfinamento, da parte del Consiglio di Stato, nell'ambito di altra giurisdizione (C. 05/26228).

D'altra parte, come considerazione di carattere generale non è inutile ribadire che il ricorso per cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato è ammesso solo per motivi attinenti alla giurisdizione, e cioè ai suoi cosiddetti limiti esterni, dal cui ambito rimane quindi escluso ogni sindacato sul modo di esercizio della funzione giurisdizionale, veicolato attraverso la denuncia di violazione di norme di diritto (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3), di norme che regolano il processo (art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4), di vizi motivazionali (art.

360 c.p.c., comma 1, n. 5), (C. 12/3236, C. 08/2285, C. 06/13178, C. 06/13786, C. 06/10828, C. 05/8882, C. 99/910, C. 98/7348).

In applicazione dei principi ora delineati questa Corte, dunque, ha già avuto modo specificamente di affermare l'inammissibilità della doglianza concernente la violazione del medesimo art. 234 del Trattato, prospettata sotto il profilo dell'inosservanza dell'obbligo di rimettere in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia l'interpretazione di norma comunitaria.

La detta Corte infatti, così come precedentemente già rilevato, nell'esercizio del potere ad essa conferito dall'articolo in questione opera soltanto quale interprete di disposizioni ritenute di incerta lettura dal giudice nazionale, e da ciò deriva che il rigetto della richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 234 del Trattato risulta riconducibile al potere decisionale del giudice adito, sicchè la relativa determinazione non esorbita i limiti interni della propria giurisdizione, ma è piuttosto espressione di giudizio, di cui si assume l'erroneità (C. 12/3236, C. 05/26228 cit., C. 05/8882).

Non valgono infine neanche le ulteriori considerazioni svolte dalla ricorrente Wind a sostegno della proposta impugnazione, considerazioni essenzialmente consistenti: nell'autonomia del profilo rispetto al quale sarebbe evocabile la giurisdizione di un giudice diverso da quello nazionale; nell'esigenza di assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione Europea; nella necessità che le disposizioni di legge vigenti siano conformi ai vincoli derivanti dall'appartenenza a detta Unione ai sensi dell'art. 117 Cost.; nella incostituzionalità del D.Lgs. n. 104 del 2010, art. 92, comma 3, per contrasto con l'art. 25 Cost., comma 1, art. 111 Cost., art. 117 Cost., comma 1, in relazione all'art. 267 TFUE, art. 6 CEDU, art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, art. 19 TFUE, ove interpretata la norma nel senso che non sia consentito proporre ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. contro una sentenza del Consiglio di Stato che abbia deciso una questione interpretativa avente ad oggetto l'art. 102 TFUE, senza effettuare il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Ed invero l'autonomia della questione prospettata, esterna anche se asseritamente funzionale alla determinazione della decisione da adottare, non vale ad incidere sui limiti esterni della giurisdizione del giudice adito, ove si intenda per quest'ultimo (come precedentemente delineato) l'organo deputato a dirimere la controversia prospettata dalle parti (e cioè il giudice amministrativo); l'ordinamento giuridico interno assicura comunque una effettività di tutela rispetto al pregiudizio ipoteticamente subito a fronte della lesione di un diritto riconosciuto dal Trattato Europeo, ben potendo il preteso danneggiato ottenere il relativo ristoro in sede risarcitoria; la dedotta questione di costituzionalità (del D.Lgs. n. 104 del 2010, art. 92, comma 3, per contrasto con gli artt. 25, 111 e 117 Cost.), oltre ad essere ininfluenza sulla decisione, per aver il Consiglio di Stato ritenuto che i quesiti interpretativi formulati proponessero profili di merito in relazione ai quali l'applicazione del diritto dell'Unione Europea non avrebbe legittimato dubbi di sorta sulla soluzione da adottare, appare anche manifestamente infondata.

Non è infatti configurabile la violazione dell'art. 25, comma 1, poichè la Corte Europea, per le ragioni sopra indicate, non può essere considerato giudice naturale della controversia in oggetto;

non è ugualmente configurabile la violazione dell'art. 111, poichè non è in discussione la costituzionalità della disposizione che ha limitato il ricorso per cassazione contro le sentenze del Consiglio di Stato ai motivi inerenti alla giurisdizione, e nella specie l'affermata esclusione della censurabilità della sentenza oggetto di esame è riconducibile al fatto che, quella prospettata, non risulta essere questione di giurisdizione; non è infine configurabile la violazione dell'art. 117, poichè la formulazione del citato D.Lgs., art. 92 non si pone in contrasto con i vincoli dello Stato derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, nè può ritenersi che tale contrasto sia nel concreto ravvisabile per il fatto che il giudice nazionale, deputato a dirimere la controversia, abbia stimato sufficientemente chiara la normativa applicabile ed abbia conseguentemente ommesso di sollecitare i poteri interpretativi della Corte di Giustizia sul punto, ai sensi dell'art. 267 TFUE. Conclusivamente deve essere dichiarato inammissibile il ricorso principale, esito dal quale discende l'inefficacia del ricorso incidentale tardivo di Telecom Italia s.p.a., ai sensi dell'art. 334 c.p.c., comma 2.

Quanto infine alle spese processuali, il Collegio ritiene di doverle compensare per quanto riguarda il rapporto fra Wind Telecomunicazioni, Vodafone Omnitel e Telecom Italia, essendo la denuncia formulata dalle prime due ugualmente consistente nella pretesa violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa in cui sarebbe incorso il Consiglio di Stato, per aver deciso una questione che sarebbe stata riservata alla giurisdizione della Corte di Giustizia, ed avendo la terza - che pure ha resistito, come detto, al ricorso Wind - prospettato una doglianza sostanzialmente analoga.

Per il resto devono essere poste a carico della ricorrente soccombente, nella misura liquidata in dispositivo.

PQM

Dichiara inammissibile il ricorso principale e inefficace quello incidentale, compensa le spese del giudizio di legittimità fra Wind, Vodafone e Telecom, condanna Wind al pagamento delle spese processuali sostenute da Fastweb ed Eutelia in questo giudizio, che liquida in Euro 9.200, di cui Euro 9.000 per compenso, per ciascuno dei due controricorrenti indicati.

Così deciso in Roma, il 14 maggio 2013.

Depositato in Cancelleria il 5 luglio 2013

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROVELLI Luigi Antonio - Primo Presidente f.f. -
Dott. MIANI CANEVARI Fabrizio - Presidente Sezione -
Dott. PICCIALLI Luigi - Consigliere -
Dott. CECCHERINI Aldo - Consigliere -
Dott. AMATUCCI Alfonso - Consigliere -
Dott. TOFFOLI Saverio - Consigliere -
Dott. CAPPABIANCA Aurelio - rel. Consigliere -
Dott. MAMMONE Giovanni - Consigliere -
Dott. VIVALDI Roberta - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 15119-2010 proposto da:

AMBIENTE ENERGIA TERRITORIO S.P.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA CREMONA 21, presso lo studio dell'avvocato PETULLA' FRANCESCA, rappresentata e difesa dall'avvocato ARNULFO CARLO per procura in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

COMUNE DI ROCCA PRIORA, in persona del Sindaco pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DI SAN BASILIO 61, presso lo studio dell'avvocato FICOZZA EUGENIO, che lo rappresenta e difende per delega a margine del controricorso;

- controricorrente -

e contro

IPI S.R.L., INTERPARK SERVIZI PER ECOLOGIA S.R.L., F.
F.;

- intimati -

avverso la decisione n. 1420/2010 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 11/03/2010;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 07/02/2012 dal Consigliere Dott. AURELIO CAPPABIANCA;

udito l'Avvocato FRANCESCA PETULLA per delega e l'Avvocato EUGENIO FICOZZA;

udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott. CICCOLO Pasquale Paolo Maria che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

L'Azienda Servizi Pubblici (oggi: Ambiente Energia e Territorio) s.p.a. propose ricorso, innanzi al T.a.r. Lazio, avverso l'esclusione dalla gara indetta dal Comune di Rocca Priora nel 2008, per l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani, determinata dalla mancata produzione del certificato di versamento del contributo all'Autorità di Vigilanza di cui alla L. n. 266 del 2005, art. 1, comma 67.

Il giudice adito accolse il ricorso, sul presupposto che il pagamento del contributo era comunque tempestivamente avvenuto, cosicchè doveva reputarsi irrilevante il fatto della mancata allegazione della ricevuta. In esito all'appello del Comune, la decisione fu, tuttavia, riformata dal Consiglio di Stato, in base al rilievo che, dall'esame degli atti, emergeva che, in realtà, l'ordine di bonifico era stato impartito tre giorni dopo il termine di scadenza indicato nel bando.

Avverso la decisione del Consiglio di Stato, Ambiente Energia e Territorio ha proposto ricorso per cassazione "ex artt. 360 e ss.

c.p.c.", in cinque motivi.

Il Comune ha resistito con controricorso, eccependo l'inammissibilità del ricorso.

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con i proposti cinque motivi di ricorso, la società contribuente, specificamente deduce: a) "violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost., dell'art. 5, comma 3, del trattato che istituisce la Comunità europea, del D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 2 e s.m.i. in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3"; b) "violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 163 del 2006, art. 6, comma 1, e delle successive deliberazioni dell'Autorità di vigilanza del 10/01/2007 e del 24.1.2008 in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3") c) "violazione e falsa applicazione dell'art. 234 (ex art. 177) del Trattato istitutivo della Comunità Europea in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3"; d) "nullità della sentenza in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 4"; e) "omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 5".

Il ricorso è inammissibile.

Invero, il ricorso per cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato è ammesso solo per motivi attinenti alla giurisdizione, cioè ai suoi cosiddetti "limiti esterni" (art. 111 Cost., comma 3 e art. 362 c.p.c., comma 1), con esclusione, invece, di ogni sindacato sul modo di esercizio della funzione giurisdizionale e, quindi, dei motivi di violazione di norme di diritto (art. 360 c.p.c., n. 3) o di norme che regolano il processo davanti al giudice amministrativo o ne disciplinano i poteri (art. 360, n. 4) nonchè dei motivi fondati su vizi motivazionali (v. Cass. s.u. 2285/08, 13178/06, 10828/06, 8882/05, 910/99, 7348/98).

Con il ricorso in esame, Ambiente Energia e Territorio, laddove non denuncia mere violazioni processuali e vizi di motivazione, prospetta (cfr. primo e terzo motivo) violazioni di norme comunitarie e dell'obbligo di rimetterne l'interpretazione, in via pregiudiziale, alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 234 del Trattato.

Anche in tale specifica prospettiva, il ricorso è, tuttavia, inammissibile.

Difatti - come questa Corte ha già avuto modo di puntualizzare (cfr. Cass. ss.uu. 26228/05 e 8882/05) - la Corte di Giustizia europea, nell'esercizio del potere di interpretazione di cui all'art. 234 del Trattato, non è giudice del caso concreto (come non lo è la Corte costituzionale in rapporto al suo sindacato di legittimità), ma opera quale interprete di disposizioni ritenute d'incerta lettura e rilevanti ai fini della decisione dal giudice nazionale, in capo al quale permane, in via esclusiva, la funzione giurisdizionale.

Ne deriva che il mancato accoglimento, da parte del Consiglio di Stato (organo di vertice nell'ordinamento giurisdizionale di appartenenza), di una richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia del Lussemburgo ai sensi dell'art. 234 del Trattato, è determinazione, che, essendo espressione della potestas iudicandi devoluta a quel giudice, non esorbita i "limiti interni" alla sua giurisdizione e, conseguentemente, che il ricorso per Cassazione, teso ad accertare la ricorrenza, esclusa dal Consiglio di Stato, delle condizioni per il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, è inammissibile, giacchè si risolve in impugnativa diretta, non già a prospettare una questione attinente alla giurisdizione del giudice amministrativo, ma a denunciarne un (supposto) errore di giudizio.

Alla stregua delle considerazioni che precedono - ed atteso che la cd. "primazia" del diritto comunitario (anche nella sua più lata accezione) non sovverte gli assetti procedurali degli ordinamenti nazionali (e la relativa funzione di garantire certezza e stabilità ai rapporti giuridici), inducendone la disapplicazione solo in presenza di fattori assolutamente eccezionali (cfr.: C.G. 3.9.2009, in causa C-2/08, Olympicclub, C.G. 16.3.2006, in causa C - 234/04, Kapferer, C.G. 30.9.2003, in causa C-224/01, Kobler; Cass. 25320/10) qui non ricorrenti - s'impone la declaratoria d'inammissibilità del ricorso.

Per la soccombenza, Ambiente Energia e Territorio va condannata alla refusione delle spese del giudizio, liquidate come in dispositivo.

PQM

PQM

la Corte, a sezioni unite, dichiara inammissibile il ricorso;
condanna la società ricorrente alla refusione delle spese del giudizio, liquidate in complessivi Euro 13.100,00 (di cui Euro 13.000,00 per onorario), oltre spese generali ed accessori di legge.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio, il 7 febbraio 2012.

Depositato in Cancelleria il 1 marzo 2012

Fonti: Giustizia Civile Massimario 2016

Classificazione: CASSAZIONE CIVILE - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - Consiglio di Stato

Cassazione civile - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - Consiglio di Stato - Interpretazione e disapplicazione di atti amministrativi - Attività riservata alla P.A. - Esclusione - Eccesso di potere giurisdizionale - Configurabilità - Esclusione - Fattispecie.

L'interpretazione della legge o la sua disapplicazione non costituiscono un'attività riservata all'autorità amministrativa, ma rappresentano il "proprium" della funzione giurisdizionale e non possono, dunque, integrare la violazione dei limiti esterni della giurisdizione da parte del giudice amministrativo, così da giustificare il ricorso previsto dall'art. 111, comma 8, Cost., fatti salvi i casi del radicale stravolgimento delle norme o dell'applicazione di una norma creata "ad hoc" dal giudice speciale. (Nella specie, la S.C. ha escluso la sussistenza dell'eccesso di potere giurisdizionale, essendosi il giudice amministrativo limitato a qualificare gli effetti di due atti amministrativi con i quali, a seguito della soppressione di una sede rurale, veniva rideterminata la pianta organica delle farmacie senza alcun trasferimento di sede).

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RORDORF Renato - Primo Presidente f.f. -
Dott. AMOROSO Giovanni - Presidente di Sez. -
Dott. NAPPI Aniello - Consigliere -
Dott. CIRILLO Ettore - Consigliere -
Dott. BIANCHINI Bruno - Consigliere -
Dott. AMENDOLA Adelaide - Consigliere -
Dott. BRONZINI Giuseppe - Consigliere -
Dott. DE CHIARA Carlo - Consigliere -
Dott. DE STEFANO Franco - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 21646/2013 proposto da:

P.M., elettivamente domiciliata in ROMA, VIA ORAZIO 3,
presso lo studio dell'avvocato FRANCESCO TAFURO, che la rappresenta
e difende, per delega a margine del ricorso;
- ricorrente -

contro

ASSESSORATO DELLA SALUTE DELLA REGIONE SICILIANA, in persona
dell'Assessore pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA
DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che lo
rappresenta e difende ope legis;

AZIENDA SANITARIA PROVINCIALE DI (OMISSIS), in persona del Commissario Straordinario pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DEI GRACCHI 187, presso lo studio dell'avvocato MARCELLO MAGNANO DI SAN LIO, rappresentata e difesa dall'avvocato MICHELE ALI', per delega a margine del controricorso;

- controricorrenti -

Z.M., elettivamente domiciliato in ROMA, PIAZZALE CLODIO 13, presso lo studio dell'avvocato OLGA GERACI, rappresentato e difeso dall'avvocato BENEDETTO CALPONA, per delega a margine del controricorso e ricorso incidentale condizionato;

- controricorrente e ricorrente incidentale -
contro

P.M., elettivamente domiciliata e difesa come sopra;

- controricorrente all'incidentale -
e contro

COMUNE DI BARCELLONA POZZO DI GOTTO, ORDINE DEI FARMACISTI DI (OMISSIS), REGIONE SICILIA;

- intimati -

avverso la sentenza n. 500/2013 del CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA - PALERMO, depositata il 29/05/2013;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 03/05/2016 dal Consigliere Dott. FRANCO DE STEFANO;

uditi gli avvocati Francesco TAFURO, Benedetto CALPONA e Pietro GAROFOLI per l'Avvocatura Generale dello Stato;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale dott. BASILE Tommaso, che ha concluso per l'inammissibilità, in subordine rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. - Sulle domande svolte davanti al giudice amministrativo da P.M. collegate alla pronunzia della sua decadenza della sede farmaceutica rurale in frazione (OMISSIS) del Comune di Barcellona Pozzo di Gotto, della quale ella era stata titolare, intervenne in grado di appello la pronunzia di rigetto da parte del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana, n. 500 del 29.5.2013, per la cui cassazione ricorre oggi la P. nel contraddittorio degli enti pubblici coinvolti nella vicenda (l'Assessorato della salute della Regione siciliana, l'Azienda provinciale sanitaria di (OMISSIS), la Regione Sicilia, il Comune di Barcellona Pozzo di Gotto, l'Ordine dei Farmacisti di (OMISSIS)) e del farmacista divenuto titolare della stessa sede, Z. M..

2. - Con distinti ricorsi al tribunale amministrativo regionale di Catania, la stessa P. aveva impugnato:

- da un lato (ricorso iscritto al n. 6102/00 r.g.), il verbale della conferenza di servizi del 29.9.00 per l'istruttoria sulla revisione della pianta organica delle farmacie nel territorio di quel Comune e la nota del 31.10.00 del competente assessorato di rigetto dell'istanza di gestione provvisoria della sede rurale in questione;

per poi impugnare, con motivi aggiunti, il provvedimento di approvazione della revisione della pianta organica dell'Assessorato regionale del 26.3.01;

- dall'altro (ricorso iscritto al n. 857/01 r.g.) il provvedimento di pronuncia della sua decadenza per essere ella risultata assegnataria di altra sede farmaceutica in (OMISSIS), con contestuale revoca dell'autorizzazione e chiusura della farmacia di cui era in origine titolare in Barcellona P. di G. (provvedimento AUSL del 29.12.00), formulando domanda di risarcimento del danno, nonchè motivi aggiunti avverso i provvedimenti che consentivano allo Z. di subentrarle nella gestione della sede di (OMISSIS).

3. - L'adito T.A.R. respinse, riunitele, tutte le domande della P. con sentenza n. 25 del 10 gennaio 2012: ma ella interpose appello, articolato su tre motivi, censurando la ritenuta inapplicabilità agli atti impugnati del R.D. 27 luglio 1934, art. 110, la ritenuta idoneità della motivazione dei provvedimenti di revisione delle sedi farmaceutiche e la reputata legittimità di questi stessi, nonchè la reiezione della domanda di risarcimento del danno sulla base del R.D. n. 1265 del 1934, art. 110.

4. - Il Consiglio di Giustizia amministrativa della Regione siciliana:

- ricostruì in fatto la vicenda, secondo l'ordine temporale: la conferenza di servizi del 29.9.00 propose la rideterminazione della pianta organica, richiamata l'accettazione, da parte della P., dell'assegnazione a sede farmaceutica in (OMISSIS) e prospettata la conseguente decadenza di lei; seguì la proposta di classificare la sede della frazione (OMISSIS) da rurale a sede in zona di decentramento non appena si fosse concretizzata l'ipotesi di decadenza; fu emesso il provvedimento del 29.12.00 di decadenza della di P. per l'apertura della settima sede farmaceutica a sua nome in (OMISSIS); seguì il provvedimento del 28.3.01 dell'Assessorato regionale, di presa d'atto della decadenza della P. e di rideterminazione della pianta organica, soppressione della terza sede - rurale - in (OMISSIS) e suo accorpamento come decentramento alla prima sede rurale;

- dichiarò legittima la declaratoria di decadenza, già oggetto di ricorso iscr. al n. 857/01 r.g. TAR, perchè nessuno poteva essere titolare di due autorizzazioni, sicchè si era concretata una decadenza di diritto; ritenne, inoltre, che il R.D. n. 1706 del 1938, art. 61, si riferisse ad altra ipotesi di decadenza, mentre il R.D. n. 1265 del 1934, art. 129, involgeva poteri ampiamente discrezionali - in ogni modo, correttamente esercitati - e non dava luogo ad illegittimità del provvedimento; stabilì che la L. n. 362 del 1991, art. 4, non si applicava perchè non si trattava di sede vacante o di nuova istituzione, ma di indizione di nuovo concorso per previa revisione di pianta organica;

- precisò di tralasciare l'esame delle eccezioni in rito dell'appellato per la manifesta infondatezza nel merito del gravame;

- sul primo motivo di appello (con cui era stata tra l'altro invocata l'applicazione del R.D. n. 1265 del 1934, art. 110), qualificò correttamente esercitato il potere discrezionale di

revisione della pianta organica, sicchè bene doveva concludersi che l'autorizzazione rilasciata al controinteressato non riguardava una farmacia di non nuova istituzione;

- sul secondo motivo di appello (sull'adeguatezza della motivazione dei provvedimenti di revisione e sulla loro legittimità, anche per una commistione non consentita tra la procedura di decentramento d'ufficio L. n. 362 del 1991, ex art. 5, comma 1 e quella ad istanza di parte ex comma 2), argomentò nel senso che nella specie si era avuta una complessiva rideterminazione della pianta organica a seguito della soppressione e di un nuovo ambito territoriale, quindi non già un trasferimento;

- sul terzo motivo di appello (sulla reiezione della domanda di risarcimento), osservò che il controinteressato non era stato semplicemente trasferito in una sede di non nuova istituzione, ma, se non altro con esclusivo riferimento al caso concreto, si era trattato di una nuova istituzione di farmacia e non di una copertura di sede vacante.

5. - Per la cassazione di tale sentenza, notificata in data 11.6.13, ricorre oggi, affidandosi a quattro motivi, P.M.;

resistono con separati controricorsi l'Assessorato della Salute della Regione Siciliana, l'Azienda provinciale sanitaria di (OMISSIS) e Z.M., che dispiega ricorso incidentale condizionato, articolato su quattro motivi; dal canto loro, la Regione Sicilia, il Comune di Barcellona Pozzo di Gotto e l'Ordine dei Farmacisti di (OMISSIS) non espletano attività difensiva in questa sede. E, per la pubblica udienza del 3.5.16, depositano memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c., la P., lo Z. e l'Assessorato.

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

6. - La ricorrente articola quattro motivi, dolendosi:

- con il primo, di "eccesso di potere giurisdizionale", prospettando essersi sostituito il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana alla pubblica amministrazione, interpretando gli atti amministrativi con disapplicazione della norma vigente;

- con il secondo, di "eccesso di potere giurisdizionale", prospettando essersi sostituito il CGARS alla pubblica amministrazione nell'interpretazione della legge da applicare alla fattispecie in modo da eluderne l'applicazione;

- con il terzo, di "rifiuto di giurisdizione" e di "omessa tutela giurisdizionale", in dipendenza della sussunzione falsa od errata della fattispecie nell'ambito di normative ad essa non applicabili;

- con il quarto, di "rifiuto di giurisdizione", in relazione all'art. 110 TULS, per il mancato riconoscimento del suo diritto all'indennità di avviamento, poi prospettando, quale conseguenza dell'accoglimento, pure il diritto al risarcimento dei danni e la revoca delle condanne alle spese.

7. - Degli intimati, l'Assessorato della Salute della Regione siciliana contesta l'ammissibilità del ricorso ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, non essendo violati i limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo.

8. - L'altra intimata Azienda Sanitaria Provinciale di (OMISSIS) eccepisce l'inammissibilità del ricorso, siccome non attinente a motivi inerenti alla giurisdizione, ma contesta nel merito e

partitamente i tre mezzi di doglianza avversari (per essere indispensabile, anche nella giurisdizione di legittimità, la valutazione della congruità e la logicità del modo in cui la pubblica amministrazione ha motivato l'adozione dell'atto impugnato; per essere escluso qualsiasi stravolgimento delle norme regolatrici della fattispecie; per la correttezza delle valutazioni e delle interpretazioni dei giudici di primo e di secondo grado; per l'inconferenza del richiamo a precedenti che non avevano, quali presupposti, la decadenza della titolare della sede coinvolta).

9. - Più articolata posizione assume l'intimato Z.M..

Egli eccepisce, in primo luogo, l'inammissibilità del ricorso, sia perchè esso prospetterebbe censure non attinenti la violazione dei limiti esterni della giurisdizione, sia perchè non sono stati impugnati profili motivazionali costituenti autonoma ratio decidendi (soprattutto per l'intervenuta decadenza della precedente titolare), sia per mancata impugnazione dei provvedimenti successivi di complessiva revisione della pianta organica delle farmacie del Comune di Barcellona P. di G., sia per difetto di integrità del contraddittorio nei confronti di esso Z. (non sanato dal suo intervento volontario) in entrambi i ricorsi e di tale V. A. nel primo, sia per mancata formulazione in appello della domanda di indennità di avviamento; nel merito, contesta ciascuna delle censure mosse dalla ricorrente, sia perchè rientrava nel perimetro dei limiti interni alla giurisdizione l'attività di interpretazione della legge, sia perchè nessuna valutazione diretta aveva compiuto il giudice amministrativo dell'opportunità e della convenienza dell'atto, sia perchè non vi è stato rifiuto di giurisdizione, ma soltanto il rigetto nel merito delle domande della controparte.

10. - Inoltre, lo Z., col medesimo controricorso e per il caso di ritenuta ammissibilità del principale, dispiega ricorso incidentale condizionato, articolato su quattro motivi: omessa pronuncia sull'improcedibilità del ricorso per mancata impugnazione di provvedimenti successivi; omessa pronuncia sulle eccezioni di difetto di integrità del contraddittorio; omessa pronuncia sulle eccezioni di inammissibilità del ricorso per mancata formulazione in appello della domanda di pagamento dell'indennità di avviamento ex art. 110 TULS; omessa pronuncia sull'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse (in quanto titolare di altra sede farmaceutica in (OMISSIS)).

11. - Al ricorso incidentale condizionato replica la ricorrente principale con controricorso, deducendo l'inammissibilità dei motivi in relazione dell'art. 111 Cost., comma 8, ma comunque sostenendo pure la loro infondatezza, con richiamo a tutte le argomentazioni già sviluppate in precedenza.

12. - Va premesso che il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana ha lo status e le funzioni di una sezione del Consiglio di Stato e, quindi, il sindacato di questa Corte è circoscritto ai motivi attinenti alla giurisdizione (fin da Cass. Sez. Un. n. 1907/1956; tra le ultime, in senso espresso: Cass. Sez. Un., 8 febbraio 2013, n. 3037; Cass. Sez. Un., 1 dicembre 2010, n. 24301; presuppongono l'equiparazione anche le più recenti Cass. Sez. Un. 17 novembre 2015, n. 23461, nonchè Cass. Sez. Un., 27 ottobre 2014, n. 22742), secondo l'interpretazione dell'art. 111 Cost., comma 8, elaborata dalla giurisprudenza di legittimità ed assolutamente costante: come, proprio con riferimento ad un'impugnativa dinanzi a questa Corte di una sentenza del detto Consiglio, ricorda Cass. Sez. Un., 21 aprile

2015, n. 8073, a mente della quale "il sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato è circoscritto all'osservanza dei limiti esterni della giurisdizione, per cui possono essere denunciati solo vizi attinenti all'esistenza stessa della giurisdizione (come quando il Consiglio di Stato abbia esercitato la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, oppure, al contrario, quando abbia negato la propria giurisdizione sull'erroneo presupposto che la materia non possa formare oggetto in modo assoluto di funzione giurisdizionale) ovvero vizi riguardanti i limiti della giurisdizione (come quando il Consiglio di Stato abbia giudicato su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale), ma non anche i vizi attinenti al modo di esercizio della giurisdizione (quali quelli inerenti ai presupposti processuali e alle condizioni dell'azione, alla sufficienza e logicità della motivazione della decisione, alla valutazione delle situazioni di illegittimità denunciate, all'interpretazione di atti amministrativi, all'accertamento della loro definitività)".

13. - Tanto premesso, possono esaminarsi i primi due motivi del ricorso principale, basati entrambi sulla prospettazione di un eccesso di potere giurisdizionale.

Quest'ultimo, com'è noto, si configura quando con la sua decisione il giudice amministrativo, eccedendo i limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato e sconfinando nella sfera del merito, istituzionalmente riservato alla pubblica amministrazione, compia una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'Amministrazione, così esercitando una giurisdizione di merito in situazioni che avrebbero potuto dare ingresso soltanto a una giurisdizione di legittimità (dunque, all'esercizio di poteri cognitivi e non anche esecutivi) o esclusiva o che comunque ad essa non avrebbero potuto dare ingresso (Cass. Sez. Un., 9 novembre 2011, n. 23302).

14. - Occorre, quindi, per la configurabilità dell'eccesso di potere giurisdizionale e la conseguente ammissibilità del ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, uno sconfinamento nella sfera del merito, in quanto la decisione finale dei giudici amministrativi d'appello, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprime la volontà dell'organo giudicante di sostituirsi a quella dell'amministrazione, procedendo ad un sindacato di merito. Ma, in ogni caso, "le sezioni unite della Corte di cassazione, dinanzi alle quali siano impugnate decisioni di un giudice speciale per motivi attinenti alla giurisdizione, possono rilevare unicamente l'eventuale superamento dei limiti esterni della giurisdizione medesima, non essendo loro consentito di estendere il proprio sindacato anche al modo in cui la giurisdizione è stata esercitata, in rapporto a quanto denunciato dalle parti; sicchè rientrano nei limiti interni della giurisdizione e restano perciò estranei al sindacato di questa Corte eventuali errori in iudicando o in procedendo che il ricorrente imputi al giudice amministrativo" (Cass. Sez. Un., 17 aprile 2014, n. 8993, p.2.1; Cass. Sez. Un., 12 aprile 2016, n. 7114, p.2).

15. - Ora, nè l'interpretazione - o qualificazione dell'esatto contenuto e degli effetti - di ciascuno degli atti amministrativi impugnati, nè l'interpretazione della legge da applicare integrano, per il giudice amministrativo, un'attività riservata all'autorità amministrativa:

costituendo invece l'una e l'altra, a maggior ragione quando l'impugnazione è rigettata, il proprium della funzione giurisdizionale, quando ha ad oggetto il vaglio di conformità dell'atto impugnato appunto ai canoni normativi invocati, onde valutare, correttamente ricostruita la fattispecie concreta, la sua sussumibilità entro quella prevista in astratto dalla normativa.

16. - Nella specie, come si è visto, il giudice amministrativo si è limitato a qualificare bene esercitato il potere discrezionale di revisione della pianta organica e ad escludere, descritta la peculiare fattispecie come complessiva rideterminazione della pianta organica a seguito della soppressione della sede rurale e della definizione di un nuovo ambito territoriale, che vi fosse stato un trasferimento di sede, invece che una sostanziale nuova istituzione, benchè del tutto peculiare: ciò che ha posto a fondamento della reiezione definitiva, in sede di gravame, delle domande della P., sia contro i provvedimenti amministrativi via via impugnati, sia per il risarcimento del danno, sia per la corresponsione di quanto reclamato ai sensi dell'art. 110 r.d.

1265/34.

17. - E' evidente che tale decisione costituisce l'estrinsecazione della potestà giurisdizionale propria del giudice amministrativo e che si mantiene bene all'interno dei relativi limiti: invero, l'interpretazione della legge, la sua disapplicazione e perfino un'eventuale sua violazione non integrano giammai la violazione dei limiti esterni, sola a legittimare il ricorso previsto dell'art. 111 Cost., comma 8, tranne il solo caso - che peraltro con tutta evidenza qui non ricorre - del radicale stravolgimento delle norme o l'applicazione di una norma creata dal giudice speciale per la fattispecie (Cass. Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9145; Cass. Sez. Un., 5 settembre 2013, n. 20360).

18. - Anche gli ultimi due motivi, che pure possono trattarsi congiuntamente per evidente connessione, sono infondati, non potendosi rilevare il prospettato rifiuto di giurisdizione nella reiezione nel merito delle domande: un tale rifiuto, idoneo a fondare il ricorso previsto dell'art. 111 Cost., u.c., è solo quello basato sull'affermazione dell'impossibilità di conoscere la domanda per estraneità alle attribuzioni giurisdizionali da parte dello stesso giudice cui quella è sottoposta e non quando il diniego di tutela dipenda dall'interpretazione delle norme invocate (da ultimo: Cass. Sez. Un., 15 marzo 2016, n. 5077; Cass. Sez. Un. 22 dicembre 2015, n. 25772; Cass. Sez. Un., 8 febbraio 2013, n. 3037). E la conclusione vale certamente in caso di rigetto anche solo implicito, come ben può accadere quando si esclude espressamente il presupposto di fondatezza della pretesa a base di una ulteriore o specifica domanda:

e, nella specie, si ha non equivoca declaratoria di insussistenza della lamentata illegittimità degli atti impugnati e di non configurabilità del trasferimento rilevante ai fini del richiamato R.D. n. 1265 del 1934, art. 110, con il che qualunque ulteriore pretesa della P., fondata su quella illegittimità e su quel trasferimento, risulta priva in radice di fondamento.

19. - Pertanto, il ricorso è inammissibile, in quanto il Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana non ha violato i limiti esterni della giurisdizione nella reiezione degli appelli proposti dalla farmacia contro il rigetto delle impugnazioni degli atti e provvedimenti correlati alla sua decadenza da una sede farmaceutica rurale - peraltro poi

soppressa a seguito di ridefinizione complessiva della pianta organica delle farmacie di un Comune, con qualificazione dell'originaria sede come di nuova istituzione in zona di decentramento - e delle sue domande risarcitorie o di corresponsione dell'indennità prevista dal R.D. 27 luglio 1934, n. 1265, art. 110.

20. - La declaratoria di inammissibilità del ricorso principale assorbe il ricorso incidentale condizionato di Z.M. e comporta la condanna della ricorrente principale, soccombente, alle spese del giudizio di legittimità in favore di ciascuno dei controricorrenti.

21. - Infine, trova applicazione - mancando ogni discrezionalità al riguardo (Cass. 14 marzo 2014, n. 5955) - del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1-quater, inserito della L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, in tema di contributo unificato per i gradi o i giudizi di impugnazione, ma solo per la ricorrente incidentale, visto che il ricorso principale è stato, benchè in parte, accolto:

norma in forza della quale il giudice dell'impugnazione è vincolato, pronunciando il provvedimento che definisce quest'ultima, a dare atto della sussistenza dei presupposti (rigetto integrale o inammissibilità o improcedibilità dell'impugnazione) per il versamento, da parte dell'impugnante soccombente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione da essa proposta, a norma del detto art. 13, comma 1-bis.

PQM

La Corte, pronunciando a sezioni unite:

- dichiara inammissibile il ricorso principale; - dichiara assorbito il ricorso incidentale condizionato;
- condanna P.M. al pagamento delle spese del giudizio di legittimità in favore di Z.M., liquidate in Euro 5.000,00 per compensi, oltre Euro 200,00 per esborsi, nonchè oltre maggiorazione per spese generali, CPA ed IVA nella misura di legge;
- condanna P.M. al pagamento delle spese del giudizio di legittimità in favore dell'Azienda Sanitaria Provinciale di (OMISSIS), in persona del legale rappresentante pro tempore, liquidate in Euro 5.000,00 per compensi, oltre Euro 200,00 per esborsi, nonchè oltre maggiorazione per spese generali, CPA ed IVA nella misura di legge;
- condanna P.M. al pagamento delle spese del giudizio di legittimità in favore dell'Assessorato della Salute della Regione Siciliana, liquidate in Euro 4.000,00 per compensi, oltre spese prenotate a debito, nonchè oltre maggiorazione per spese generali, CPA ed IVA nella misura di legge;
- ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-quater, come modif. dalla L. n. 228 del 2012, art. 13, comma 1-quater, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso da essa proposto, a norma dello stesso art. 13, comma 1-bis.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili della Corte Suprema di Cassazione, il 3 maggio 2016.

Depositato in Cancelleria il 31 maggio 2016

Fonti: Foro Amministrativo (II) 2016, 4, 785 (s.m) - Giustizia Civile Massimario 2016 - Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni (II) 2016, 1-2, II, 233

Classificazione: GIURISDIZIONE CIVILE - Giurisdizione ordinaria e amministrativa: impiego pubblico - - in genere

Giurisdizione civile - Giurisdizione ordinaria e amministrativa: impiego pubblico - Questione di legittimità dell'art. 69, comma 7, del d.lg. n. 165 del 2001, in relazione all'art. 117, comma 1, Cost., nella parte in cui prevede il termine di decadenza del 15 settembre 2000 - Non manifesta infondatezza - Ragioni.

Impiegato dello Stato e pubblico - Pubblico impiego contrattualizzato - Controversie di lavoro - Passaggio di giurisdizione - Periodo transitorio - Decadenza - Questione di costituzionalità.

In tema di pubblico impiego, non è manifestamente infondata la questione di legittimità dell'art. 69, comma 7, del d.lg. n. 165 del 2001, in relazione all'art. 117, comma 1, Cost., nella parte in cui prevede che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998 restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000, atteso il potenziale contrasto della norma interna con l'art. 6 CEDU, nell'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo (sentenze 4 febbraio 2014, Mottola c. Italia e Staibano c. Italia).

Fonti: Foro it. 2016, 5, I, 1667

Classificazione: GIURISDIZIONE CIVILE - Giurisdizione ordinaria e amministrativa: impiego pubblico - in genere

Non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 69, comma 7, d.lg. 30 marzo 2001 n. 165, nella parte in cui prevede che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998 restino attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000, in riferimento all'art. 117, comma 1, cost.

Fonti: Foro it. 2016, 5, I, 1667

Classificazione: CASSAZIONE CIVILE - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - - Consiglio di Stato

È configurabile omissione di esercizio del potere giurisdizionale da parte del Consiglio di Stato, come tale sindacabile dalle sezioni unite della Corte di cassazione, qualora la sentenza sia destinata ad esplicare i propri effetti in maniera contrastante con una norma sovranazionale (nella specie, della convenzione europea dei diritti dell'uomo) cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione.

Fonti: Diritto & Giustizia 2016, 11 aprile (nota di: CORRADO)

Classificazione: CORTE COSTITUZIONALE - Costituzionalità (questione di) - - in genere

Quando un contrasto tra norma nazionale e norma convenzionale è insuperabile in via interpretativa, l'unico strumento a cui ricorrere è il giudizio di costituzionalità, tenendo conto che le norme della Convenzione assumono rilevanza nell'ordinamento interno quali norme interposte, con un'efficacia intermedia tra legge e Costituzione: in questo modo, si rispettano quegli 'obblighi internazionali' a cui lo stesso art. 117 Cost. ricollega l'obbligo di conformazione (fattispecie relativa all'azione intrapresa da alcuni medici, in regime di collaborazione libero-professionale in attuazione di apposita convenzione con l'Università di Napoli e prestanti servizio presso le istituzioni sanitarie della stessa, per l'accertamento di un rapporto di pubblico impiego di fatto e che fosse loro concessa copertura previdenziale per il periodo di svolgimento della relativa attività -anni 1981-1988. I giudici amministrativi respingevano tale pretesa, ritenendo realizzata la decadenza prevista dall'art. 69, comma 7, d.lg. n. 165 del 2001, trattandosi di domanda attinente a rapporto di lavoro anteriore al 30 giugno 1998, attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo se proposta dopo il 15 settembre 2000

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. SALME' Giuseppe - Primo Presidente f.f. -
Dott. AMOROSO Giovanni - Presidente Sezione -
Dott. RAGONESI Vittorio - Consigliere -
Dott. CHIARINI Maria Margherita - Consigliere -
Dott. MAMMONE Giovanni - rel. Consigliere -
Dott. VIVALDI Roberta - Consigliere -
Dott. AMENDOLA Adelaide - Consigliere -
Dott. DI BLASI Antonino - Consigliere -
Dott. D'ASCOLA Pasquale - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA INTERLOCUTORIA

sul ricorso 7528/2014 proposto da:

R.G., L.V., LA.FR., P.

M.C., elettivamente domiciliati in ROMA, CORSO TRIESTE
16, presso lo studio dell'avvocato SALVATORE NAPOLITANO, che li
rappresenta e difende, per delega a margine del ricorso;
- ricorrenti -

contro

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI (OMISSIS), in persona del
legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in
ROMA, PIAZZA BENEDETTO CAIROLI 2, presso lo studio dell'avvocato
ANGELO ABIGNENTE, che la rappresenta e difende, per delega a
margine del controricorso;
I.N.P.S. - ISTITUTO NAZIONALE DELLA PREVIDENZA SOCIALE, quale

successore ex lege dell'INPDAP, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA CESARE BECCARIA 29, presso gli Uffici dell'Istituto stesso, rappresentato e difeso dall'Avvocato MARIA MORRONE, per delega a margine del controricorso;

- controricorrenti -

avverso la sentenza n. 4001/2013 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 30/07/2013;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 17/11/2015 dal Consigliere Dott. GIOVANNI MAMMONE;

uditi gli avvocati Salvatore NAPOLITANO, Maria MORRONE, Angelo ABIGNENTE;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CAPASSO Lucio, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso.

RITENUTO IN FATTO E DIRITTO

1. P.M.C., R.G., La.Fr.

con un primo ricorso e L.V. con un secondo, tutti medici esercenti la libera professione, adivano il Tribunale amministrativo regionale della Campania esponendo di aver svolto per il periodo gennaio 1988 - dicembre 1997 attività medico-assistenziale, dapprima presso il Policlinico universitario della Facoltà di medicina e chirurgia dell'Università (OMISSIS) e successivamente presso l'Azienda Policlinico universitario, tutti in regime di collaborazione libero-professionale in attuazione di apposita convenzione predisposta dall'Università (c.d. medici a gettone). Tanto premesso, chiedevano che fosse accertato che il loro rapporto si era svolto in regime di pubblico impiego e che l'Università e l'Azienda sopra nominate fossero condannate al pagamento delle differenze tra il trattamento economico spettante per tale titolo e quanto percepito a titolo di gettone e al versamento dei relativi contributi previdenziali ed al pagamento dell'indennità di buonuscita.

2. Costitutosi il contraddittorio con le Amministrazioni convenute, il TAR Campania (sentenze 11.04.03 n. 3731 e 3732) accoglieva parzialmente i ricorsi e condannava le Amministrazioni in questione, ciascuna per il periodo di competenza, a richiedere l'iscrizione dei ricorrenti ad un ente previdenziale per il periodo 1.01.88-31.12.97.

In particolare il Tribunale, richiamando la giurisprudenza del Consiglio di Stato, respingeva la domanda in punto di conversione del rapporto di collaborazione professionale in rapporto di pubblico impiego e di pagamento delle differenze retributive, e l'accoglieva nei limiti dell'accertamento che tra le parti era intercorso un rapporto di pubblico impiego di fatto che imponeva la regolarizzazione della posizione previdenziale dei ricorrenti per 120 ore mensili, equiparabili alla durata della prestazione dei medici a tempo definito.

3. I quattro medici interessati, nel 2007, assieme ad altri colleghi, adivano nuovamente il TAR Campania, deducendo di aver espletato l'attività di assistenza presso il Policlinico

universitario anche negli anni dal 1981 al 1988, e chiedevano che, previa qualificazione del rapporto quale pubblico impiego di fatto, fosse loro concessa la copertura previdenziale per tale ulteriore periodo. Il TAR (sentenza 23.06.09 n. 3452), tuttavia, dichiarava inammissibile la domanda ritenendo realizzata la decadenza prevista dal D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 69, comma 7, (già D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 45, comma 17), trattandosi di domanda attinente a rapporto di lavoro anteriore al 30.06.98, attribuita alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, proposta dopo il 15.09.00.

4. I soccombenti proponevano, dunque, appello al Consiglio di Stato, il quale con sentenza 30.07.13 n. 4001 (Sesta Sezione giurisdizionale) rigettava l'impugnazione, ritenendo che la decadenza in questione opera anche per il diritto alla tutela previdenziale, al pari che per gli altri diritti riconnessi al rapporto di lavoro.

Nella specie, pur trattandosi di rapporto di fatto, assimilabile al pubblico impiego, l'azione avrebbe dovuto essere esercitata dinanzi al giudice amministrativo nel rispetto di tutti i presupposti, le condizioni ed i limiti dell'azione ivi posti dalla legge, ed in particolare nel rispetto del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 69, comma 7.

5. Nelle more del giudizio altri medici vertenti nella stessa condizione giuridica degli odierni ricorrenti avevano fatto ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) rilevando che l'interpretazione del richiamato art. 69, comma 7, accolta dal Consiglio di Stato, già presente in precedenti pronunzie, li privava del diritto di ottenere il trattamento previdenziale per un periodo in cui avevano svolto una prestazione lavorativa, come tale riconosciuta. Ne derivava la violazione dell'art. 6, comma 1, della Convenzione EDU, per il quale "ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile...".

6. La Corte EDU con sentenza del 4.02.14 (Mottola ed altri C. Italia, ruolo n. 29932/07), assieme ad altra pronunzia in pari data, relativa a fattispecie concernente analoga censura di violazione della Convenzione (Staibano ed altri c. Italia, ruolo n. 29907/07), riteneva che la legge italiana, nel fissare la decadenza prevista dal D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 69, comma 7, avesse posto un ostacolo procedurale costituente sostanziale negazione del diritto invocato.

La Corte prendeva atto dell'evoluzione giurisprudenziale in punto di interpretazione della norma in questione, che in un primo momento si era orientata nel senso di ritenere che i ricorsi per questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30.06.98, dopo il 15.09.00, avrebbero dovuto essere proposti non al giudice amministrativo, ove operava la decadenza, ma al giudice ordinario, in modo da garantire la fruizione della giurisdizione. Rilevava, però, che la giurisprudenza, del giudice civile e di quello amministrativo, si era evoluta nel senso che la decadenza comminata aveva carattere sostanziale, con il conseguente difetto assoluto di giurisdizione e la definitiva perdita del diritto di coloro che non avessero agito prima del 15.09.00.

Mancava, dunque, un giusto equilibrio tra gli interessi pubblici e privati in gioco; e la decisione del Consiglio di Stato, nel ritenere realizzata la decadenza aveva privato i

ricorrenti della legittima aspettativa di vedere riconosciuto il loro diritto al trattamento previdenziale. Tenuto inoltre conto che il diritto a pensione, pur dando luogo ad un credito di prestazione, avrebbe costituito un bene della persona ove stabilmente riconosciuto, la Corte riteneva violati l'art. 6, comma 1, della Convenzione e l'art. 1 del Protocollo aggiuntivo n. 1.

7. Con queste premesse i dottori P., R., L. e La. propongono ricorso avverso la sentenza del Consiglio di Stato n. 4001/13 (v. n. 4) sostenendo che, alla luce della sentenza della Corte EDU Moitaia, l'interpretazione data alla norma dall'art. 69, c. 7, del d.lgs. 165 del 2001 dal giudice amministrativo si risolve in un diniego di tutela, contrastante con il diritto alla tutela giurisdizionale riconosciuto dall'art. 6 della Convenzione, come tale sanzionabile dinanzi alle Sezioni unite ai sensi dell'art. 362 c.p.c., comma 1. Il Consiglio di Stato sarebbe, dunque, incorso nel diniego di giurisdizione evidenziato dalla Corte RDU ponendosi in contrasto con il diritto alla tutela affermato dall'art. 6, comma 1, della Convenzione. Il giudice avrebbe dovuto, invece, interpretare la norma nel senso non di escludere il ricorso a qualsiasi giurisdizione, ma di riconoscere la persistente azionabilità del diritto pur dopo il 15.09.00, in ragione dell'obbligo del giudice nazionale di interpretare la norma interna in termini concordanti con la Convenzione.

8. Con lo stesso ricorso i predetti propongono eccezione di illegittimità costituzionale, in quanto, ove il giudice non riesca a ricomporre in via interpretativa l'antinomia tra norma interna e Convenzione EDU, ne risulterebbero violati gli artt. 117 e 38 Cost., in quanto la norma del D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 69, comma 7, da un lato risulterebbe in contrasto con gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con l'adesione alla Convenzione EDU (art. 6) ed al Protocollo aggiuntivo (art. 1), ma d'altro canto violerebbe anche l'art. 38, c. 2, della Costituzione, che considera il godimento della pensione diritto fondamentale del lavoratore.

9. Rispondono con controricorso l'Università degli Studi di Napoli Federico Secondo e l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS), quale successore ex lege dell'Istituto Nazionale per la Previdenza dei Dipendenti dell'Amministrazione Pubblica (INPDAP).

Fissata la discussione del ricorso all'odierna pubblica udienza, prese in esame le memorie prodotte dalle parti, udita la discussione dei difensori e del Procuratore generale, la Corte, pronunciando a Sezioni unite, ritiene fondata l'eccezione di costituzionalità nei termini che seguono.

10. Con il ricorso oppi in esame si chiede al Collegio di indicare una via per superare il contrasto tra la legislazione nazionale e la Convenzione EDU, come evidenziato dalle sentenze della Corte di Strasburgo. Al pari di quanto ritenuto nella stessa materia dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, seppure sulla base di parametri legislativi e costituzionali diversi da quelli oggi in considerazione (v. ord. 4.03.15 n. 2), il Collegio ritiene che in tale evenienza debba percorrersi la via della verifica costituzionale della norma interessata, prospettandosi rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 69, comma 7, in relazione all'art. 117 Cost., comma 1.

11. Preliminare all'esame di qualsiasi altra questione è verificare se esistano le condizioni per il ricorso alle Sezioni unite della Corte di cassazione, per motivi inerenti la giurisdizione ai sensi dell'art. 362 c.p.c., e art. 110 c.p.a., contro la sentenza del Consiglio di Stato n. 4001 del 2013, che ha rigettato l'appello dei ricorrenti contro la sentenza del TAR. La sentenza n. 4001 della Sezione Sesta giur. risulta depositata in 30.07.13, di modo che, ai sensi del combinato disposto dell'art. 362, comma 1, artt. 325 e 327, ed in mancanza della notificazione prevista dall'art. 326 c.p.c., comma 1, la decadenza dall'impugnazione mediante ricorso per cassazione si sarebbe realizzata solamente allo scadere di un anno dalla pubblicazione della sentenza (art. 327, comma 1). A tale riguardo giova rilevare che nella specie non trova applicazione la formulazione dell'art. 327 c.p.c., comma 1, introdotta dalla L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 46, (che riduce il detto termine di decadenza a sei mesi dalla pubblicazione della sentenza), atteso che il seguente art. 58, nel dettare le disposizioni transitorie, prevede che le disposizioni che modificano il codice di procedura civile si applicano ai giudizi instaurati dopo la data di entrata in vigore della stessa legge (4.08.09). Dovendo a tal fine prendersi a riferimento l'inizio del giudizio di primo grado e non il momento della proposizione dell'impugnazione (Cass. 5.10.12 n. 17060, 4.05.12 n. 6784 e 17.04.12 n. 6007), nel caso di specie l'impugnazione deve ritenersi proposta ritualmente in pendenza del richiamato termine di decadenza, essendo stato il ricorso presentato al TAR Campania nell'anno 2007 ed essendo stato il ricorso per cassazione notificato all'Università Federico Secondo presso il suo difensore il 21.03.14 cd al legale rappresentante dell'INPS (soggetto non costituito nel giudizio dinanzi al giudice amministrativo) il 19.04.14. Ne consegue che, non essendosi ancora creato un giudicato al riguardo, la questione della corretta affermazione della giurisdizione è tuttora aperta.

12. Nel caso di specie, nella controversia conclusasi con la sentenza 30.07.13 n. 4001 nè le parti in causa, nè il giudice si erano chiesti se il D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 69, comma 7, si ponesse in contrasto con le disposizioni della Convenzione e del Protocollo aggiuntivo. La questione è emersa solo dopo la sentenza, ma in costanza del termine per proporre l'impugnazione per motivo inerente la giurisdizione, successivamente alle indicate pronunzie della Corte EDU, intervenute in data 4.02.14. I principi enunziati dalla Corte della Convenzione sono oggi invocati dai ricorrenti, che in sede di impugnazione sostengono, nella sostanza, che se il Consiglio di Stato avesse conosciuto il principio in questione non avrebbe potuto rigettare l'appello, affermando che la domanda era estranea alle sue attribuzioni giurisdizionali, ma avrebbe dovuto o conformarsi ai principi in questione, mediante il canone ermeneutico dell'interpretazione in senso "convenzionalmente conforme", oppure, nell'impossibilità di risolvere in via interpretativa il contrasto tra la norma interna e la Convenzione, investire la Corte costituzionale.

13. Tanto premesso, deve rilevarsi che è principio consolidatosi nella giurisprudenza di queste Sezioni unite che il sindacato esercitato dalla Corte di cassazione sulle decisioni rese dal Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 362 c.p.c., comma 1, e art. 110 c.p.a., è consentito ove si richieda l'accertamento dell'eventuale sconfinamento del Consiglio dai limiti esterni della propria giurisdizione, per il riscontro di vizi che riguardano l'essenza della funzione giurisdizionale e non il modo del suo esercizio, restando, per converso, escluso ogni

sindacato sui limiti interni della giurisdizione, cui attengono gli erronei in indicando o in procedendo (vedi, tra le altre, le sentenze 16.02.09 n. 3688 e 9.06.11 n. 12539). Il rimedio in questione "è esperibile nell'ipotesi in cui la sentenza del Consiglio di Stato abbia violato l'ambito della giurisdizione in generale - ad esempio esercitando la giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa, oppure, al contrario negando la giurisdizione sull'erroneo presupposto che la domanda non possa formare oggetto in modo assoluto di funzione giurisdizionale - ovvero nell'ipotesi in cui abbia violato i cosiddetti limiti esterni della propria giurisdizione. Il giudice amministrativo incorre in tale ultima violazione laddove si pronunci su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, oppure neghi la propria giurisdizione nell'erroneo convincimento che essa appartenga ad altro giudice" (sentenza 23.07.15 n. 15476).

14. Quanto al confine oltre il quale non può spingersi il sindacato delle Sezioni unite sull'esercizio della giurisdizione da parte del Consiglio di Stato, è andata affermandosi una nozione di "limite esterno" collegato all'evoluzione del concetto di giurisdizione, da intendere in senso dinamico, nel senso dell'effettività della tutela giurisdizionale. Il diritto a tale tutela, secondo tale visione, non è costituito dalla possibilità non solo di accedere in senso Formale alla giurisdizione mediante il diritto all'azione, ma anche dalla possibilità di ottenere una concreta tutela giudiziale, esercitata secondo i canoni del giusto processo.

In quest'ambito, il giudizio sulla giurisdizione rimesso alle Sezioni unite non è più riconducibile ad una verifica di pura qualificazione della situazione soggettiva dedotta, alla stregua del diritto oggettivo, nè è rivolto al semplice accertamento del potere di conoscere date controversie attribuito ai diversi ordini di giudici di cui l'ordinamento è dotato, ma costituisce uno strumento per affermare il diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi. Dunque, "è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca" (S.u. 23.12.08 n. 30254).

A tale principio le Sezioni unite hanno fatto ricorso in un caso in cui il Consiglio di Stato aveva interpretato la norma di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell'Unione europea, secondo quanto risultante da una pronuncia della Corte di Giustizia successivamente intervenuta, ove si riteneva la cassazione della sentenza impugnata "indispensabile per impedire... che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo, espliciti i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario,... con grave nocimento per l'ordinamento europeo e nazionale e con palese violazione del principio secondo cui l'attività di tutti gli organi degli Stati membri deve conformarsi alla normativa comunitaria". Le Sezioni unite, in altri termini, ritenevano che la Corte di cassazione, investita di un motivo di difetto di giurisdizione, "applica, nel momento in cui decide, la regola che risulta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e, se riscontra che la regola applicata dal Consiglio di Stato è diversa, cassa la decisione impugnata" (v. S.u. 6.02.15 n. 2403).

La tutela giurisdizionale che gli odierni ricorrenti assumono negata trova fondamento non nel diritto dell'unione, ma nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La situazione

giuridica creatasi, tuttavia, è analoga, in quanto anche in questo caso il giudice dell'impugnazione si trova nella condizione di evitare che il provvedimento giudiziario impugnato, una volta divenuto definitivo espliciti i suoi effetti in maniera contrastante con una norma sovranazionale cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione.

Ad avviso del Collegio la situazione in questione rientra in uno di quei "casi estremi" in cui il giudice adotta una decisione anomala o abnorme, omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per errores in indicando o in procedendo che danno luogo al superamento del limite esterno (v. S.u. 4.02.14 n. 2403 e la giurisprudenza ivi citata).

La conclusione è che l'impugnazione, per come oggi proposta, è in linea generale idonea a promuovere l'intervento rescindente delle Sezioni unite, così rendendo rilevante la questione di costituzionalità di seguito indicata.

15. Nell'ambito di un contenzioso analogo (ma non coincidente) a quello ora in esame, la questione della conformità dell'art. 69, comma 7, all'art. 117 Cost., è stata già sottoposta a queste Sezioni unite, le quali con la sentenza 30.09.14 n. 20566 ne ritennero l'irrilevanza. L'incostituzionalità in quella occasione era stata dedotta nell'ambito di un giudizio promosso dinanzi al giudice del lavoro, di modo che fu giocoforza rilevare che, essendo la richiesta di regolarizzazione previdenziale consequenziale a quella di accertamento del rapporto di pubblico impiego di fatto, l'aver proposto la domanda - relativa a rapporto di lavoro cessato prima del 30.06.98 - dinanzi al giudice ordinario rendeva il difetto di giurisdizione sulla domanda previdenziale conseguente al difetto rilevabile per la domanda di accertamento del rapporto.

Nel caso oggi in esame, invece, la questione si pone in termini del tutto diversi. L'odierna controversia è stata proposta, innanzitutto, dinanzi al giudice amministrativo (giudice del rapporto, trattandosi di rapporto ante 30.06.98), di modo che le Sezioni unite, per poter pronunciare sull'odierna impugnazione - che rende di attualità un aspetto della giurisdizione non emerso nel corso dei due gradi di giudizio - ed essere in grado di affermare se il Consiglio di Stato abbia fatto corretto governo della propria giurisdizione, sono poste dinanzi alla questione della rispondenza di detto art. 69, comma 7, al parametro costituzionale dell'art. 117 Cost., comma 1. Detto art. 69, infatti, costituisce la norma interna posta dal Consiglio di Stato a sostegno dell'accertamento dell'avvenuta decadenza e del conseguente diniego assoluto di giurisdizione. Pertanto, ogni considerazione circa la correttezza di tale diniego è subordinata all'accertamento della legittimità costituzionale della norma in questione, il che rende rilevante la questione di costituzionalità sotto il primo aspetto dedotto, e cioè il contrasto con l'art. 117 Cost., comma 1.

16. La questione, oltre che rilevante, è anche non manifestamente infondata.

17. Il D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 69, comma 7, ora sospettato di incostituzionalità, prevede che "sono attribuite al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie di cui all'art. 63, del presente decreto, relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998. Le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore a tale data restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000".

Quanto alle controversie inerenti questioni attinenti il periodo del rapporto di lavoro antecedente al 30.06.98, sottoposte al giudice dopo il 15.09.00, come in altra parte rilevato, si creò un primo orientamento giurisprudenziale favorevole a ricomprendere le controversie in questione nella giurisdizione del giudice ordinario.

Nel tempo è tuttavia prevalso un diverso orientamento tanto della Corte di cassazione che del Consiglio di Stato, che ricollega alla scadenza del termine la radicale impossibilità di far valere il diritto dinanzi ad un giudice (v., tra le altre, S.u. 30.01.03 n. 1511 e 3.05.05 n. 9101, nonché Ad. pl. 21.02.07 n. 4).

Tale orientamento è stato ritenuto non in contrasto con la Costituzione da numerose pronunzie della Corte costituzionale, la quale ha ritenuto la norma conforme all'art. 3, in quanto "la disparità di trattamento tra i dipendenti privati e quelli pubblici, soggetti - relativamente ai diritti sorti anteriormente alla data del 30.06.98 - ad un termine di decadenza, è ragionevolmente giustificata dall'esigenza di contenere gli effetti, temuti dal legislatore come pregiudizievoli per il regolare svolgimento dell'attività giurisdizionale, prodotti dal trasferimento della competenza giurisdizionale al giudice ordinario e dal temporaneo mantenimento di tale competenza in capo ai tribunali amministrativi, ed in quanto è ampia la discrezionalità del legislatore nell'operare le scelte più opportune, purchè non manifestamente irragionevoli e arbitrarie, per disciplinare la successione di leggi processuali nel tempo". Parimenti, fu esclusa la violazione dell'art. 24, "dal momento che, da un lato, non è certamente ingiustificata la previsione di un termine di decadenza e, dall'altro lato, tale termine (di oltre ventisei mesi) non è certamente tale da rendere oltremodo difficoltosa la tutela giurisdizionale" (v. per tutte Corte cost., ord. 7.10.05 n. 382).

18. Questa impostazione si pone in contrasto con il principio desumibile dall'art. 6 della Convenzione, secondo l'interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo con le sentenze Mortola e Staibano, che la legge italiana, nel fissare la decadenza prevista dal richiamato art. 69, comma 7, pone un ostacolo procedurale che costituisce una sostanziale negazione del diritto invocato ed esclude un giusto equilibrio tra gli interessi pubblici e privati in gioco.

Essendo il contrasto tra norma nazionale e norma convenzionale insuperabile in sede interpretativa, in ragione della ormai consolidata interpretazione sopra riferita, è legittimo porsi il dubbio che la norma del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 69, comma 7, si ponga in contrasto con l'art. 117 Cost., comma 1, nella parte in cui prevede che la potestà legislativa sia esercitata dallo Stato nel rispetto degli obblighi internazionali, quale l'obbligo assunto con l'adesione alla Convenzione EDU, ratificata e posta in esecuzione con la L. 4 agosto 1955, n. 848.

Di fronte a tale dubbio il giudice - e con lui le Sezioni unite - è tenuto a risolvere il contrasto sollevando apposita questione di legittimità della disposizione di legge, in ragione del noto principio più volte affermato dalla Corte costituzionale, secondo cui le norme della Convenzione, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, assumono rilevanza nell'ordinamento interno quali norme interposte, assumendo esse un'efficacia intermedia tra legge e Costituzione, idonea a dare corpo agli "obblighi internazionali" costituenti

parametro normativo cui l'art. 117, comma 1, ricollega l'obbligo di conformazione (valga per tutte il riferimento alle più volte citate sentenze mi. 348 e 349 del 2007).

19. Sotto questo punto di vista è, pertanto, non manifestamente infondata la questione di costituzionalità del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 69, comma 7, in relazione all'art. 117 Cost., comma 1, nella parte in cui prevede che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30.06.98 restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000.

20. E', invece, manifestamente infondata la seconda questione di costituzionalità sollevata dagli odierni ricorrenti concernente l'esistenza di un contrasto tra la norma di detto art. 69, comma 7, e l'art. 38 Cost., in quanto la comminata decadenza impedirebbe al lavoratore, al di fuori di ogni principio di ragionevolezza, la fruizione della tutela previdenziale.

Il parametro costituzionale di cui si assume la violazione è, con tutta evidenza, la disposizione dell'art. 38, comma 2, secondo cui "i lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria". La giurisprudenza della Corte costituzionale in più occasioni ha rilevato che tale norma attiene all'adeguamento dei mezzi di carattere previdenziale alle esigenze di vita dell'interessato, piuttosto che alle modalità necessarie a conseguirle. In particolare "non è in contraddizione con il carattere di imprescrittibilità della pensione il fatto che vicende volte a determinare i presupposti di consistenza quantitativa si svolgano entro limiti temporali, come pure il principio, secondo cui ogni diritto, anche costituzionalmente garantito, può essere dalla legge regolato e sottoposto a limitazioni, mentre il termine di decadenza per conseguire il trattamento di quiescenza è frutto di una scelta discrezionale del legislatore, coerente con il sistema previdenziale e giustificabile se non altro per ragioni di certezza della situazione finanziaria dell'Ente erogatore" (v. per tutte Corte cost. 10.05.05 n. 192).

Non proponendo gli interessati argomenti tali da porre in discussione il principio appena enunciato, la questione in oggetto deve essere dichiarata manifestamente infondata.

21. In conclusione, il Collegio ritiene non manifestamente infondata solamente la questione di costituzionalità del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 69, comma 7, in relazione all'art. 117 Cost., comma 1, nei termini sopra indicati.

PQM

La Corte di cassazione, pronunciando a Sezioni unite, visti l'art. 134 Cost., la Legge Costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, art. 1, e la L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 23:

- dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 69, comma 7, in relazione all'art. 117 Cost., comma 1, nella parte in cui prevede che le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore al 30.06.98 restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000;

- dichiara manifestamente infondata la questione di costituzionalità di detto art. 69, comma 7, per violazione dell'art. 38 Cost., comma 2;
- dispone la sospensione del presente giudizio e ordina la trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale;
- ordina che a cura della Cancelleria la presente ordinanza sia notificata alle parti in causa al Procuratore Generale ed al Presidente del Consiglio dei Ministri e sia comunicata ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica;
- riserva al definitivo ogni altra decisione.

Così deciso in Roma, il 17 novembre 2015.

Depositato in Cancelleria il 8 aprile 2016

En l'affaire Mottola et autres c. Italie,

La Cour européenne des droits de l'homme (deuxième section), siégeant en une chambre composée de :

Işıl Karakaş, présidente,
Guido Raimondi,
Dragoljub Popović,
András Sajó,
Nebojša Vučinić,
Paulo Pinto de Albuquerque,
Helen Keller, juges,

et de Stanley Naismith, greffier de section,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil le 14 janvier 2014,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette date :

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (no 29932/07) dirigée contre la République italienne et dont six ressortissants de cet État, MM. Michele Mottola, Pasquale Abete, Franco Fulciniti et Antonio Fusco, et Mmes Amalia De Renzo et Maria Angela Losi (« les requérants »), ont saisi la Cour le 6 juillet 2007 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Les requérants ont été représentés par Mes R. Marone, R. Veniero et G. Cataldi, avocats à Naples. Le gouvernement italien (« le Gouvernement ») a été représenté par son agent, Mme E. Spatafora, et par son co-agent, Mme P. Accardo.

3. Les requérants allèguent que l'irrecevabilité de leur recours devant la justice administrative les a privés de leurs droits à pension et de tout accès à un tribunal. Ils s'estiment en outre victimes d'une discrimination par rapport à certains de leurs collègues.

4. Le 4 avril 2013, la requête a été communiquée au Gouvernement. Comme le permet l'article 29 § 1 de la Convention, il a en outre été décidé que la chambre se prononcerait en même temps sur la recevabilité et sur le fond.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

5. La liste des requérants figure en annexe.

6. Les requérants sont des médecins. Entre 1983 et 1997, ils travaillèrent auprès de la policlinique de l'université « Federico II » de Naples sur la base de contrats à durée déterminée ayant pour objet l'exercice d'une activité professionnelle rémunérée « au jeton », c'est-à-dire à la vacation (*attività professionale remunerata « a gettone »*). Ils furent ensuite embauchés sur la base d'un contrat de travail à durée indéterminée.

7. Plusieurs autres médecins qui se trouvaient dans la même situation que les requérants saisirent les juridictions administratives afin d'obtenir la reconnaissance de l'existence d'un rapport de travail à durée indéterminée entre eux et l'université et – en conséquence – de leur droit au versement des contributions afférentes pour la sécurité sociale et la retraite. Toutes ces actions furent couronnées de succès, tant devant le tribunal administratif régional (TAR) que devant le Conseil d'État. L'université de Naples donna ensuite exécution à ces décisions de justice.

8. En 2004, les requérants saisirent le TAR de la Campanie d'un recours similaire à ceux de leurs collègues.

9. Par un jugement n° 2526 du 10 mars 2005, le TAR accueillit la demande des requérants.

Il retint en effet que, bien que formellement défini comme une collaboration libre et sans lien de subordination, le rapport contractuel entre l'université Federico II de Naples et ses médecins vacataires (*a gettone*) avait tous les caractères qui identifiaient la relation d'emploi dans le secteur public.

Le TAR nota entre autres dans ses motifs que, en septembre 1996, le juge d'instance de Naples, statuant comme juge du travail, avait condamné l'université à verser à la caisse de sécurité sociale (INPS) une somme de près de 56 milliards de lires italiennes (ITL – environ 28 921 586 euros (EUR)) au titre des contributions sociales non payées. Au vu de ce jugement, l'université avait arrêté, à partir du 1^{er} janvier 1997, toute collaboration professionnelle avec les médecins vacataires.

10. Dans sa défense, l'université avait excipé de l'irrecevabilité du recours des requérants en vertu de l'article 69 § 7 du décret législatif n° 165 du 30 mars 2001 (dit « texte unifié » (*testo unico*) sur l'emploi public, qui codifiait un certain nombre de dispositions adoptées entre 1993 et 1998). Aux termes dudit article,

« Le juge ordinaire, statuant comme juge du travail, est compétent dans les litiges décrits à l'article 63 du présent décret [litiges relatifs au rapport d'emploi dans le secteur public] en ce qui concerne les questions se rapportant à une période de travail postérieure au 30 juin 1998. Les litiges concernant des questions relatives à une période de travail antérieure à cette date sont attribués à la juridiction exclusive du juge administratif à condition, sous peine d'irrecevabilité, d'avoir été introduits avant le 15 septembre 2000. »

11. Le TAR estima que cette exception ne pouvait être accueillie, car l'article 63 § 4 du même décret législatif disposait :

« Restent de la compétence du juge administratif les litiges en matière de procédure de recrutement pour l'embauche des employés des administrations publiques, ainsi que, à titre de compétence exclusive, les litiges relatifs aux rapports de travail décrits à l'article 3, y compris ceux qui concernent des droits patrimoniaux connexes. »

12. Le TAR nota que parmi les rapports de travail décrits à l'article 3 précité figuraient ceux des professeurs et des chercheurs universitaires. Or, les tâches assignées aux requérants étaient comparables à celles des chercheurs universitaires.

13. Se référant, entre autres, à la jurisprudence du Conseil d'État en la matière, le TAR estima que le rapport qui avait lié les requérants à l'université était un rapport d'emploi public.

14. L'université interjeta appel de ce jugement. Elle objecta, entre autres, que les médecins vacataires ne pouvaient pas être assimilés aux chercheurs universitaires, car ils n'avaient à aucun moment accompli un travail de recherche ou d'enseignement.

15. Compte tenu du fait que l'affaire posait des questions d'intérêt général en matière de compétence des juridictions administratives, la sixième section du Conseil d'État se dessaisit en faveur des chambres réunies (*adunanza plenaria*).

16. Par un arrêt du 13 novembre 2006, dont le texte fut déposé au greffe le 21 février 2007, le Conseil d'État, siégeant en chambres réunies, accueille l'appel de l'université. Il annula le jugement du TAR et déclara le recours des requérants irrecevable.

17. Dans ses motifs, le Conseil d'État observa tout d'abord que la deuxième partie de l'article 69 § 7 du texte unifié sur l'emploi public – aux termes de laquelle la compétence exclusive du juge administratif subsistait seulement si le recours avait été introduit avant le 15 septembre 2000 – avait, dans un premier temps, été interprétée dans le sens que les recours postérieurs à cette date pouvaient être réintroduits devant les juridictions judiciaires (à savoir, devant le juge du travail). Cette interprétation avait cependant évolué par la suite, tant du côté des juges administratifs que du côté de la Cour de cassation, qui s'accordaient à affirmer que le dépassement de la date limite du 15 septembre 2000 impliquait la perte du droit de faire valoir les prétentions contenues dans le recours. Il fut considéré en effet que le but de ces règles était d'éviter aux juridictions ordinaires d'avoir à statuer sur des litiges relatifs à des rapports d'emploi ayant pris naissance à une époque où elles n'étaient pas encore compétentes pour en connaître. La Cour constitutionnelle avait estimé que cette interprétation ne violait pas la Constitution (voir les ordonnances n^{os} 214 de 2004, 213 de 2005, 382 de 2005, et 197 de 2006).

18. Par ailleurs, la compétence du juge administratif subsistait même si le rapport de travail était né sous la forme de prestations rémunérées à la vacation et même s'il était entaché de nullité. En l'espèce, le recours des requérants avait été introduit en 2004, et donc bien après la date butoir du 15 septembre 2000. Il était donc irrecevable.

2. Dans le même arrêt du 13 novembre 2006, le Conseil d'État statua également sur le cas d'un médecin vacataire qui avait, lui, introduit son action avant le 15 septembre 2000. Il confirma l'appréciation portée par le TAR, selon laquelle le rapport qui avait lié ce médecin à l'université était un rapport d'emploi public.

EN DROIT

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 6 § 1 DE LA CONVENTION

20. Les requérants se plaignent de ne pas avoir eu accès à un tribunal pour obtenir la reconnaissance de l'existence d'une relation d'emploi public entre eux et l'université de Naples, et, par voie de conséquence, le versement des cotisations afférentes pour leur retraite.

Ils invoquent l'article 6 § 1 de la Convention, qui, en ses parties pertinentes, est ainsi libellé :

« Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) par un tribunal (...) qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...). »

21. Le Gouvernement combat la thèse des requérants.

A. Sur la recevabilité

22. La Cour constate que ce grief n'est pas manifestement mal fondé au sens de l'article 35 § 3 a) de la Convention. Elle relève par ailleurs qu'il ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité. Il convient donc de le déclarer recevable.

B. Sur le fond

1. Arguments des parties

a) Le Gouvernement

3. Le Gouvernement observe que les requérants ont disposé de plus de trois ans – et donc d'un laps de temps suffisant – pour introduire leur action en justice sans se heurter à la sanction de l'irrecevabilité, qu'ils encouraient seulement à partir du 16 septembre 2000. En effet, à partir de la publication du décret législatif n° 80 du 31 mars 1998 (ensuite transposé de façon substantiellement inchangée dans le texte unifié sur l'emploi public), ils savaient ou auraient dû savoir que la date en question avait vocation à constituer le délai ultime et contraignant pour introduire toute action judiciaire se rapportant à des périodes de travail antérieures au 30 juin 1998.

24. Dans ces circonstances, le Gouvernement estime qu'on ne saurait déceler aucune entrave excessive au droit des requérants d'obtenir un examen sur le fond de leurs prétentions. Par ailleurs, les intéressés n'auraient pas pu obtenir la reconnaissance de l'existence d'une relation d'emploi public, mais seulement l'inclusion de la période travaillée à la vacation dans le calcul de leur retraite. Enfin, le Conseil d'État n'a pas posé de question de constitutionnalité à la Cour constitutionnelle car cette dernière avait déjà, à plusieurs reprises, jugé infondées des questions analogues (voir notamment les ordonnances n^{os} 214 de 2004, 213 et 382 de 2205 et 197 de 2006).

b) Les requérants

25. Les requérants affirment qu'en matière de reconnaissance de l'existence d'un rapport de travail avec l'administration publique, le juge compétent est le juge administratif, et non le juge civil. Ils observent que l'interprétation donnée par le Conseil d'État de l'article 69 § 7 du texte unifié sur l'emploi public les a privés de toute possibilité de soumettre leurs doléances à un tribunal interne et d'obtenir une pension au titre de leurs périodes de travail en qualité de vacataires, ce qui s'analyserait en une entrave excessive à leur droit d'accès à la justice.

26. La décision du Conseil d'État a empêché les requérants de porter le débat devant la Cour constitutionnelle, alors que la question de constitutionnalité qu'ils soulevaient à titre incident était nouvelle et délicate. Ils avaient bien excipé de l'inconstitutionnalité de l'article 69 § 7 précité, mais le Conseil d'État ne s'est pas prononcé sur leur exception.

2. Appréciation de la Cour

4. La Cour rappelle que le « droit à un tribunal », dont le droit d'accès – à savoir le droit de saisir un tribunal en matière civile – constitue un aspect, n'est pas absolu, mais qu'il peut donner lieu à des limitations implicitement admises. Néanmoins, ces limitations ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, elles ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles poursuivent un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (voir, parmi beaucoup d'autres, *Khalfaoui c. France*, n° 34791/97, §§ 35-36, CEDH 1999-IX ; *Papon c. France*, n° 54210/00, § 90, CEDH 2002-VII ; et *Pennino c. Italie*, n° 43892/04, § 73, 24 septembre 2013 ; voir également le rappel des principes pertinents dans *Fayed c. Royaume-Uni*, 21 septembre 1994, § 65, série A n° 294-B).

5. La Cour observe que l'irrecevabilité du recours administratif des requérants était la conséquence de l'application des règles sur la répartition des compétences et les délais de procédure prévues à l'article 69 § 7 du texte unifié sur l'emploi public. Cette disposition poursuivait un but d'intérêt général, en l'occurrence celui d'une répartition cohérente et rationnelle de la compétence en matière de « rapport d'emploi public » entre les juridictions administratives et les juridictions judiciaires. Par ailleurs, la fixation de délais de procédure poursuivait le but légitime d'assurer une bonne administration de la justice.

29. La Cour rappelle également que c'est d'abord aux autorités nationales, et tout spécialement, aux cours et tribunaux, qu'il incombe d'interpréter le droit interne, et qu'il ne lui appartient pas de substituer sa propre interprétation du droit à la leur en l'absence d'arbitraire. C'est particulièrement vrai s'agissant de l'interprétation par les tribunaux des règles de nature procédurale telles que les délais régissant l'introduction de recours. C'est en principe aux juridictions internes de veiller à l'observation des règles de délai dans le déroulement de leurs propres procédures (*Tejedor García c. Espagne*, 16 décembre 1997, § 31, *Recueil* 1997-VIII).

30. Il n'en demeure pas moins que les requérants, qui avaient saisi les juridictions administratives de bonne foi et dans un cadre légal pouvant donner lieu à une pluralité d'interprétations, ont été privés de la possibilité de réintroduire leurs recours devant la juridiction finalement considérée comme compétente, à savoir le juge du travail (voir également, dans le cadre de l'examen du grief tiré de l'article 1 du Protocole n° 1, les paragraphes 54-56 ci-après).

31. Leur droit d'accès à un tribunal s'en est trouvé atteint dans sa substance. Il y a donc eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 1 DU PROTOCOLE N° 1

32. Les requérants se plaignent d'avoir été privés de leur droit à pension pour la période travaillée en qualité de vacataires, leur recours administratif ayant échoué sur les conditions de recevabilité imposées.

Ils invoquent l'article 1 du Protocole n° 1, ainsi libellé :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

33. Le Gouvernement conteste la thèse des requérants.

34. La Cour relève que ce grief est lié à celui examiné ci-dessus et doit donc aussi être déclaré recevable.

A. Arguments des parties

1. Le Gouvernement

65. Le Gouvernement fait observer que la situation des médecins vacataires avait été marquée par des problèmes juridiques. En effet, certaines universités publiques utilisaient lesdits médecins en dehors du cadre d'une relation d'« emploi », pour faire face à des nécessités dans des situations où il était impossible d'attendre l'issue d'un concours de recrutement. En novembre 1997, l'université de Naples avait offert aux médecins vacataires un contrat de travail pour une durée de trois ans. Cette offre fut refusée par une partie de ses destinataires, qui ne voulaient pas renoncer à la possibilité de collaborer avec d'autres entités.

7. A la lumière de ce qui précède, le Gouvernement estime qu'en ce qui concerne la prise en compte, pour le calcul de la retraite, de la période travaillée à la vacation, les requérants n'étaient pas titulaires d'un « bien » au sens de l'article 1 du Protocole n° 1, mais d'une simple « espérance protégée par la possibilité d'obtenir la vérification judiciaire de leur droit » supposé, possibilité à exercer jusqu'au 15 septembre 2000. Aucune charge excessive et exorbitante ne leur a donc selon lui été imposée, et la limitation qu'ils ont soufferte correspondait à un intérêt collectif.

2. Les requérants

8. Les requérants contestent l'interprétation donnée par le Conseil d'État de l'article 69 § 7 du texte unifié sur l'emploi public et allèguent que, selon la Cour constitutionnelle, le droit à pension n'est sujet à aucune prescription. Il serait donc contraire à la Constitution d'imposer un délai de forclusion de trois ans (inférieur au délai normal de cinq ans) pour en réclamer la juste mise en œuvre. Ce délai de forclusion aurait en l'espèce fonctionné comme un délai de prescription : les juridictions civiles ne peuvent plus se prononcer sur la demande des requérants pour des raisons de tardivité, tandis que les juridictions administratives ne sont plus compétentes pour en connaître.

98. Les requérants rappellent qu'une créance relative à un droit à pension peut constituer un « bien » au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 si elle est suffisamment établie pour être exigible (*Pravednaya c. Russie*, n° 69529/01, § 38, 18 novembre 2004). En l'espèce, l'obligation de versement par leur employeur des cotisations pour leur retraite

avait une base suffisante en droit interne et était confirmée par une jurisprudence bien établie. La décision du Conseil d'État aurait donc porté atteinte à leurs biens en réduisant leur droit de créance à néant.

109. De plus, l'État n'aurait pas respecté le juste équilibre devant régner entre les exigences de l'intérêt général et la protection des droits fondamentaux des requérants car l'interprétation du Conseil d'État a privé une catégorie entière d'individus de leur droit à pension pour la période de travail rémunérée à la vacation, les obligeant par-là à supporter une charge excessive et exorbitante.

B. Appréciation de la Cour

1. Sur la question de savoir si les requérants étaient titulaires d'un « bien »

a) Principes généraux

40. La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence, un requérant ne peut alléguer une violation de l'article 1 du Protocole n° 1 que dans la mesure où les décisions qu'il incrimine se rapportent à ses « biens » au sens de cette disposition. La notion de « biens » peut recouvrir tant des « biens actuels » que des valeurs patrimoniales, y compris, dans certaines situations bien définies, des créances. Pour qu'une créance puisse être considérée comme une « valeur patrimoniale » tombant sous le coup de l'article 1 du Protocole n° 1, il faut que le titulaire de la créance démontre que celle-ci a une base suffisante en droit interne, par exemple qu'elle est confirmée par une jurisprudence bien établie des tribunaux. Dès lors que cela est acquis, peut entrer en jeu la notion d'« espérance légitime » (*Maurice c. France* [GC], n° 11810/03, § 63, CEDH 2005-IX).

41. L'article 1 du Protocole n° 1 ne garantit pas un droit à acquérir des biens (*Van der Musselle c. Belgique*, 23 novembre 1983, § 48, série A n° 70 ; *Slivenko c. Lettonie* (déc.) [GC], n° 48321/99, § 121, CEDH 2002-II ; et *Kopecký c. Slovaquie* [GC], n° 44912/98, § 35 b), CEDH 2004-IX). De plus, il ne saurait s'interpréter comme ouvrant aux personnes qui ont cotisé à un régime de sécurité sociale le droit à une pension d'un montant déterminé (voir, par exemple, *Domalewski c. Pologne* (déc.), n° 34610/97, CEDH 1999-V ; *Janković c. Croatie* (déc.), n° 43440/98, CEDH 2000-X ; et *Kjartan Ásmundsson c. Islande*, n° 60669/00, § 39, CEDH 2004-IX). Cependant, une créance concernant une pension peut constituer un « bien » au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 lorsqu'elle a une base suffisante en droit national, par exemple lorsqu'elle est confirmée par un jugement définitif (*Pravednaya*, précité, §§ 37-39 ; *Maggio et autres c. Italie*, n°^{os} 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 et 56001/08, § 55, 31 mai 2011 ; et *Varesi et autres c. Italie* (déc.), n° 49407/08, § 35, 12 mars 2013).

b) Application de ces principes au cas d'espèce

11. La Cour relève que, ayant travaillé pour l'université de Naples sur la base de contrats à durée déterminée ayant pour objet l'exercice d'une activité professionnelle rémunérée à la vacation (paragraphe 6 ci-dessus), les requérants n'avaient normalement

pas droit au versement des contributions pour la sécurité sociale et la retraite. Cependant, plusieurs autres médecins se trouvant dans une situation analogue à la leur avaient obtenu des juridictions administratives la reconnaissance de l'existence entre eux et l'université d'un rapport de travail à durée indéterminée, avec pour conséquence le droit pour eux au versement des cotisations pour leur retraite. L'université de Naples s'était pliée à ces décisions de justice (paragraphe 7 ci-dessus).

43. Dans l'affaire des requérants, cette jurisprudence a dans un premier temps été confirmée par le TAR, qui a réaffirmé que le rapport qui liait l'université aux médecins travaillant en tant que vacataires était un rapport d'emploi public donnant droit au versement des contributions sociales de la part de l'employeur (paragraphe 9 et 13 ci-dessus). Les sections réunies du Conseil d'État lui-même ont aussi souscrit à cette thèse au sujet d'un médecin vacataire qui avait introduit son recours avant le 15 septembre 2000 (paragraphe 19 ci-dessus)

44. Dans ces circonstances, la Cour estime que la créance des requérants concernant leurs droits à pension avait une base suffisante en droit interne, en ce qu'elle était confirmée par une jurisprudence bien établie des tribunaux. Dès lors, ils avaient une espérance légitime de se voir reconnaître, à l'instar de leurs collègues, le droit au versement, par l'université de Naples, des cotisations de retraite. Ils pouvaient donc passer pour titulaires d'un « bien » au sens de l'article 1 du Protocole n° 1. Partant, cette disposition trouve à s'appliquer en l'espèce.

2. Sur l'existence d'une ingérence dans le droit des requérants au respect de leurs biens

125. La Cour relève qu'en annulant pour cause d'irrecevabilité de leur action le jugement du TAR favorable aux intéressés tout en sachant que le délai pour réintroduire une action aux mêmes fins devant les juridictions civiles avait désormais expiré, le Conseil d'État les a *de facto* privés de toute possibilité de faire valoir leur droit au versement des cotisations de retraite relatives à la période travaillée sous le statut de vacataire.

136. Il y a donc eu une ingérence dans le droit des requérants au respect de leurs biens.

3. Sur la justification de l'ingérence

a) Principes généraux

147. L'article 1 du Protocole n° 1 exige, avant tout et surtout, qu'une ingérence de l'autorité publique dans la jouissance du droit au respect de biens soit légale. De plus, une telle ingérence n'est justifiée que si elle poursuit un intérêt public (ou général) légitime. Grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est « d'utilité publique ». Dans le mécanisme de protection créé par la Convention, il leur appartient par conséquent de se prononcer les premières sur l'existence d'un problème d'intérêt général. Dès lors, elles jouissent ici d'une certaine marge d'appréciation, comme en d'autres domaines auxquels s'étendent les garanties de la Convention (*Wieczorek c. Pologne*, n° 18176/05, § 59, 8 décembre 2009).

48. L'article 1 du Protocole n° 1 exige également, pour toute ingérence, un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (*Jahn et autres c. Allemagne* [GC], n°s 46720/99, 72203/01 et 72552/01, §§ 81-94, CEDH 2005-VI). Ce juste équilibre est rompu si la personne concernée doit supporter une charge excessive et exorbitante (*Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982, §§ 69-74, série A n° 52, et *Maggio et autres*, précité, § 57). A cet égard, il faut souligner que l'incertitude – législative, administrative, ou tenante aux pratiques des autorités – est un facteur qu'il faut prendre en compte pour apprécier la conduite de l'Etat. En effet, lorsqu'une question d'intérêt général est en jeu, les pouvoirs publics sont tenus de réagir en temps utile, de façon correcte et avec la plus grande cohérence (*Vasilescu c. Roumanie*, 22 mai 1998, § 51, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-III, et *Archidiocèse catholique d'Alba Iulia c. Roumanie*, n° 33003/03, § 90, 25 septembre 2012).

15. Lorsque le montant d'une prestation sociale est réduit ou annulé, il peut y avoir une ingérence dans le droit au respect des biens qui nécessite d'être justifiée (*Kjartan Ásmundsson*, précité, § 40 ; *Rasmussen c. Pologne*, n° 38886/05, § 71, 28 avril 2009 ; *Maggio et autres*, précité, § 58 ; et *Varesi et autres*, décision précitée, § 38).

b) Application de ces principes au cas d'espèce

160. En l'espèce, l'ingérence litigieuse avait une base légale en droit interne, l'article 69 § 7 du texte unifié sur l'emploi public (paragraphe 10 ci-dessus). Cette disposition poursuivait un but d'intérêt général, en l'occurrence celui d'une répartition cohérente et rationnelle de la compétence en matière de « rapport d'emploi public » entre les juridictions administratives et les juridictions judiciaires. En particulier, ces dernières étaient compétentes pour tout litige concernant les périodes de travail postérieures au 30 juin 1998. Lorsque, comme en l'espèce, un litige concernait une période de travail antérieure à cette date, l'affaire était dévolue au juge administratif, mais seulement à la condition que le recours y relatif ait été introduit avant le 15 septembre 2000. Le non-respect de ce délai était sanctionné par l'irrecevabilité du recours.

51. La Cour estime que la fixation de délais de procédure a pour objet une bonne administration de la justice et est donc conforme à l'intérêt général. Par ailleurs, les requérants avaient cessé leur collaboration comme vacataires avec l'université de Naples au plus tard en 1997, et les dispositions codifiées par le texte unifié sur l'emploi public étaient entrées en vigueur entre 1993 et 1998 (paragraphe 10 ci-dessus). Le délai pour saisir les juridictions administratives, fixé au 15 septembre 2000, n'était donc pas excessivement court. Or, il n'est pas contesté par les parties que les intéressés n'ont pas respecté le délai en question, et les requérants n'ont pas invoqué l'existence d'obstacles qui les auraient empêchés d'introduire leur recours devant le TAR en temps utile.

52. Il n'en demeure pas moins que des incertitudes persistaient quant à l'applicabilité du délai litigieux à l'affaire des requérants. En effet, le texte unifié sur l'emploi public contenait également une autre disposition, l'article 63 § 4, qui, lu en conjonction avec l'article 3, attribuait à la compétence exclusive du juge administratif les litiges relatifs aux rapports de travail des chercheurs universitaires. S'appuyant sur cette disposition, le TAR

s'était estimé compétent pour connaître de l'affaire des requérants, et ce indépendamment du respect du délai précité. Le TAR avait en effet considéré que les tâches assignées aux requérants étaient comparables à celles des chercheurs universitaires (paragraphe 11 et 12 ci-dessus).

53. A la suite de l'appel de l'université (paragraphe 14 ci-dessus), la sixième section du Conseil d'Etat s'est dessaisie en faveur des chambres réunies, au motif que l'affaire posait des questions d'intérêt général en matière de compétence des juridictions administratives (paragraphe 15 ci-dessus). Par là même, la sixième section a reconnu être en présence d'un point de droit présentant une certaine complexité et nécessitant des clarifications.

54. Dans l'exercice de leur mission d'interpréter et d'appliquer le droit interne qui est la leur, les chambres réunies du Conseil d'Etat ont estimé que les requérants ne pouvaient pas être assimilés aux chercheurs universitaires et que le délai expirant le 15 septembre 2000 trouvait à s'appliquer à leur recours (paragraphe 17 et 18 ci-dessus). La Cour ne saurait critiquer une telle interprétation, qui n'apparaît ni manifestement illogique ni arbitraire.

175. Il n'en demeure pas moins que les requérants avaient saisi les juridictions administratives en toute bonne foi et sur la base d'une interprétation plausible des règles sur la répartition des compétences. Par ailleurs, la jurisprudence interne leur garantissait une protection en cas de déclaration d'irrecevabilité de leur recours, car il était admis qu'un recours tardif devant le juge administratif pouvait être réintroduit devant les juridictions judiciaires (paragraphe 17 ci-dessus). Il s'agissait d'une garantie importante, visant à assurer une voie pour faire valoir ses droits patrimoniaux au justiciable qui, dans un cadre légal pouvant donner lieu à des interprétations divergentes, s'était adressé à une juridiction incompétente.

186. Toutefois, cette garantie a été effacée par une jurisprudence postérieure, qui a été suivie par le Conseil d'Etat dans l'affaire des requérants. Selon cette nouvelle interprétation, le non-respect du délai ouvert jusqu'au 15 septembre 2000 pour saisir les juridictions administratives entraînait la perte définitive du droit de faire valoir les prétentions contenues dans le recours, y compris devant les juridictions ordinaires (paragraphe 17 ci-dessus).

197. En conséquence de ce revirement de jurisprudence, les requérants ont été privés de toute possibilité d'obtenir une décision de justice reconnaissant leur droit au versement des contributions sociales – et donc leurs droits corrélatifs en termes de pension de retraite – pour la période travaillée par eux en tant que vacataires pour l'université de Naples.

4. Conclusion

58. Compte tenu des incertitudes pouvant subsister quant à l'interprétation des dispositions pertinentes du texte unifié sur l'emploi public, la Cour considère que l'Etat n'a pas ménagé un juste équilibre entre les intérêts publics et privés en jeu, et que la décision du Conseil d'Etat a vidé de toute substance l'espérance légitime des requérants de voir

reconnaître leurs droits à pension. Les intéressés ont donc dû supporter une charge excessive et exorbitante, ce qui a emporté violation de l'article 1 du Protocole n° 1.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 DE LA CONVENTION, COMBINÉ AVEC LES ARTICLES 6 § 1 DE LA CONVENTION ET 1 DU PROTOCOLE N° 1

59. Les requérants se plaignent de la différence de traitement qu'ils ont subie par rapport à d'autres médecins vacataires de l'université de Naples qui, eux, ont obtenu la reconnaissance de leur droit au versement des cotisations pour la retraite.

Ils invoquent l'article 14 de la Convention, lu en conjonction avec les articles 6 § 1 de la Convention et 1 du Protocole n° 1.

L'article 14 se lit comme suit :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

60. Le Gouvernement combat la thèse des requérants.

61. La Cour relève que ce grief est lié à ceux examinés ci-dessus et doit donc aussi être déclaré recevable.

A. Arguments des parties

1. Le Gouvernement

62. Le Gouvernement considère que les requérants n'ont subi aucune discrimination vis-à-vis de ceux de leurs collègues qui ont introduit une action en justice en temps utile et obtenu gain de cause.

2. Les requérants

63. Les requérants observent que d'autres personnes se trouvant dans une situation similaire à la leur ont pu bénéficier de leurs droits à pension pour la période travaillée à la vacation. Cette différence de traitement est basée sur un délai de forclusion dont l'institution était selon eux contraire à la Constitution et à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. A leurs yeux ce délai n'était ni raisonnable ni objectivement justifié, car il portait atteinte à un droit imprescriptible.

B. Appréciation de la Cour

64. Eu égard aux conclusions auxquelles elle est parvenue sous l'angle des articles 1 du Protocole n° 1 et 6 § 1 de la Convention (paragraphes 31 et 58 ci-dessus), la Cour estime qu'il n'y a pas lieu d'examiner s'il y a eu, en l'espèce, violation de l'article 14 de la Convention, combiné avec les deux dispositions précitées.

IV. SUR L'APPLICATION DE L'ARTICLE 41 DE LA CONVENTION

205. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

« Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable. »

216. Les requérants réclament 253 500 EUR chacun (soit une somme totale de 1 521 000 EUR pour l'ensemble des requêtes) au titre du préjudice matériel qu'ils auraient subi. Ce montant est calculé sur la base de la feuille de paie du personnel de l'administration publique de rang comparable à celui des requérants. Ils se réservent de préciser leurs prétentions sur la base d'un rapport d'expertise comptable. A titre subsidiaire, ils demandent à la Cour de nommer d'office un expert.

227. Les requérants considèrent en outre avoir subi un préjudice moral et demandent 10 000 EUR chacun (soit une somme totale de 60 000 EUR pour l'ensemble des requêtes) à ce titre.

238. Les requérants sollicitent enfin le remboursement des frais et dépens engagés tant devant les juridictions internes que devant la Cour. Ils demandent à la Cour d'en fixer le montant en équité.

249. Le Gouvernement estime qu'il serait erroné de se fonder, comme le font les requérants, sur la feuille de paie du personnel de l'administration publique, car le seul bénéfice auquel pouvaient prétendre les médecins vacataires se limitait à la prise en compte de la période travaillée en cette qualité dans le calcul de leurs droits à pension pour la retraite.

70. La Cour estime que la question de l'application de l'article 41 ne se trouve pas en état. En conséquence, elle la réserve et fixera la procédure ultérieure, compte tenu de la possibilité que le Gouvernement et les requérants parviennent à un accord.

PAR CES MOTIFS, LA COUR, À L'UNANIMITÉ,

1. *Déclare* la requête recevable ;
2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention ;
3. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 1 du Protocole n° 1 ;
4. *Dit* qu'il n'y a pas lieu d'examiner le grief tiré de l'article 14 de la Convention, combiné avec les articles 6 § 1 de la Convention et 1 du Protocole n° 1 ;
5. *Dit* que la question de l'application de l'article 41 de la Convention ne se trouve pas en état ;
en conséquence,

- a) la *réserve* en entier ;
- b) *invite* le Gouvernement et les requérants à lui adresser par écrit, dans le délai de trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, leurs observations sur cette question et notamment à lui donner connaissance de tout accord auquel ils pourraient aboutir ;
- c) *réserve* la procédure ultérieure et délègue à la présidente de la chambre le soin de la fixer au besoin.

Fait en français, puis communiqué par écrit le 4 février 2014, en application de l'article 77 §§ 2 et 3 du règlement.

Nella causa Staibano e altri c. Italia,

La Corte europea dei diritti dell'uomo (Seconda Sezione), riunita in una camera composta da:

1511 Karaka5, Presidente,

Guido Raimondi,

Dragoljub Popović,

Andràs Sajó,

Nebojàa Vuelnie,

Paulo Pinto de Albuquerque,

Helen Keller, giudici,

e da Stanley Naismith, cancelliere di sezione,

Dopo aver deliberato in Camera di Consiglio il 14 gennaio 2014,

rende la seguente sentenza, adottata in tale data:

PROCEDURA

1. All'origine della causa vi è il ricorso (n. 29907/07) contro la Repubblica Italiana, a mezzo del quale undici cittadini, Stefania Staibano, Caterina Andrianou, Clelia Casa, Carmela Esposito, Rosa Imperatore, Daniela Palmieri e Maria Erennia Vitullo, e Tullio Cafiero, Enzo D'Alessio, Salvatore Marotta e Federico Toni (« i ricorrenti »), hanno adito la Corte il 6 luglio 2007 in virtù dell'articolo 34 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (« la Convenzione »).

2. I ricorrenti sono stati rappresentati da R. Marone e G. Cataldi, avvocati presso il foro di Napoli. Il Governo italiano (« il Governo ») è stato rappresentato dal proprio agente, E. Spatafora, e dal co-agente, P. Accardo.

3. I ricorrenti lamentano che l'inammissibilità del loro ricorso dinanzi al giudice amministrativo li abbia privati del loro diritto alla pensione e di ogni accesso ad un tribunale. Si ritengono inoltre vittime di discriminazione rispetto ad alcuni loro colleghi.

4. Il 27 marzo 2013, il ricorso è stato comunicato al Governo. In base all'articolo 29 § 1 della Convenzione, è stato inoltre deciso che la Camera si sarebbe pronunciata contestualmente sulla ricevibilità e sul merito della causa.

IN FATTO

I. LE CIRCOSTANZE DEL CASO DI SPECIE

5. La lista dei ricorrenti figura in allegato.

6. I ricorrenti sono medici. Tra il 1983 e il 1997, lavoravano presso il Policlinico dell'Università « Federico II » di Napoli in forza di contratti a tempo determinato aventi ad

oggetto l'esercizio di un'attività professionale remunerata « a gettone ». Gli stessi, venivano poi assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato.

7. Trovandosi nella stessa situazione degli odierni ricorrenti, altri medici adivano i tribunali amministrativi per ottenere l'accertamento dell'esistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con l'Università e - di conseguenza - del diritto al versamento dei relativi contributi previdenziali. Queste azioni ottenevano esito positivo, sia dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale (TAR) che dinanzi al Consiglio di Stato. L'Università di Napoli dava dunque esecuzione a queste sentenze.

8. Nel 2004, i ricorrenti adivano il TAR Campania con un ricorso avente lo stesso oggetto di quello dei loro colleghi.

9. Con sentenza n. 2527 del 24 marzo 2005, il TAR accoglieva tale ricorso.

Ritenevano i Giudici Amministrativi, infatti, che anche se formalmente definita come una collaborazione libera e senza alcun legame di subordinazione, il rapporto contrattuale tra l'Università Federico II di Napoli e i suoi medici precari (a gettone) presentava tutte le caratteristiche dell'impiego nel settore pubblico.

Tra le altre sue motivazioni, il TAR notava che, nel settembre 1996, deliberando in funzione di giudice del lavoro, il giudice di Napoli aveva condannato l'Università a versare alla cassa di previdenza sociale (INPS) una somma di circa 56 miliardi di lire italiane (ITL - circa 28 921 586 euro (EUR)) a titolo di contributi previdenziali non pagati. Preso atto di siffatta decisione, l'Università sospendeva, a partire dal 1 gennaio 1997, ogni collaborazione professionale con i medici precari.

10. Nella sua difesa, l'Università aveva eccepito l'inammissibilità del ricorso amministrativo di Staibano ed altri in virtù dell'articolo 69, comma 7 del decreto legislativo n. 165 del 30 marzo 2001 (Testo Unico sul Pubblico Impiego, che codificava una serie di disposizioni adottate tra il 1993 e il 1998). Ai sensi del suddetto articolo,

« Sono attribuite al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie di cui all'articolo 63 del presente decreto, relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998. Le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore a tale data restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000. »

11. Il TAR riteneva che questa eccezione non potesse essere accolta, poiché l'articolo 63 comma 4 dello stesso decreto legislativo disponeva (quanto segue):

« Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi. »

12. Il TAR notava che tra i rapporti di lavoro descritti al precitato articolo 63 figuravano quelli dei professori e dei ricercatori universitari. Ora, le mansioni assegnate ai ricorrenti erano comparabili a quelle dei ricercatori universitari.

13. Facendo riferimento, tra l'altro, alla giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia, il TAR valutava che il rapporto che legava i ricorrenti all'Università fosse, a tutti gli effetti, un rapporto di pubblico impiego.

14. L'Università impugnava dunque tale decisione, adducendo, tra l'altro, che i medici precari non potessero essere assimilati ai ricercatori universitari, non avendo giammai svolto mansioni di ricerca o di insegnamento.

15. Considerato che la causa poneva delle questioni di interesse generale in materia di competenza dei tribunali amministrativi, la Sesta Sezione del Consiglio di Stato dichiarava la propria incompetenza in favore dell'Adunanza Plenaria.

16. Con sentenza del 13 novembre 2006, motivazioni depositate il 21 febbraio 2007, il Consiglio di Stato, riunito in adunanza plenaria, accoglieva l'appello dell'Università, dichiarando l'originario ricorso inammissibile ed annullando dunque il giudizio del TAR.

17. Nelle sue motivazioni, il Consiglio di Stato osservava innanzitutto che, in un primo momento, la seconda parte dell'articolo 69 § 7 del Testo Unico sul Pubblico Impiego - ai sensi del quale la competenza esclusiva del giudice amministrativo sussisteva solo se i ricorsi erano stati introdotti prima del 15 settembre 2000 -, era stato interpretato nel senso che i ricorsi posteriori a questa data potevano essere riassunti dinanzi le giurisdizioni ordinarie (ovvero, dinanzi al giudice del lavoro). Tuttavia, tale interpretazione veniva poi superata tanto dalla giurisprudenza amministrativa quanto da quella di legittimità, affermandosi il diverso principio secondo il quale il superamento della data limite del 15 settembre 2000 implicasse la perdita del diritto a far valere le pretese contenute nel ricorso. Scopo di queste regole, secondo tale ultimo orientamento, era evitare ai tribunali ordinari di dover statuire su liti concernenti i rapporti di impiego nati in un momento in cui questi non erano ancora competenti per la loro trattazione. La Corte Costituzionale riteneva che questa interpretazione non violasse la Costituzione (v. le ordinanze n. 214 del 2004, 213 del 2005, 382 del 2005, e 197 del 2006).

18. Peraltro, la competenza del giudice amministrativo sussisteva anche nel caso in cui il rapporto fosse nato sotto forma di prestazione retribuita a gettone ed anche se inficiato da nullità. Nella fattispecie concreta, il ricorso era stato introdotto nel 2004, e dunque molto oltre la data limite del 15 settembre 2000; lo stesso era dunque da dichiararsi inammissibile.

19. Nella stessa sentenza del 13 novembre 2006, il Consiglio di Stato deliberava contestualmente sul caso di un medico precario che aveva introdotto la sua azione prima del 15 settembre 2000, confermando in questo caso la valutazione del TAR, secondo il quale il rapporto che aveva legato questi medici all'Università era un rapporto di pubblico impiego.

IN DIRITTO

SULLA DEDOTTA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 6 § 1 DELLA CONVENZIONE

20. I ricorrenti lamentano di non aver avuto accesso a un tribunale per ottenere il riconoscimento dell'esistenza di una relazione di pubblico impiego tra loro e l'Università di Napoli, e, di conseguenza, il versamento delle quote relative alla loro pensione. Essi invocano l'articolo 6 § 1 della Convenzione, che, nelle sue parti pertinenti, dispone:

« Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza (...), davanti a un tribunale (...), al fine della determinazione sia dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile (...), che gli venga rivolta (...). »

21. Il Governo si oppone alla tesi dei ricorrenti.

A. Sulla ricevibilità

22. La Corte ritiene che il motivo di ricorso non sia manifestamente infondato ai sensi dell'articolo 35 § 3 a) della Convenzione. Non ravvisa inoltre altro motivo di irricevibilità. Conviene dunque di dichiarare il ricorso ricevibile.

B. Nel merito

1. Argomenti delle parti

a) Il Governo

23. Il Governo osserva che i ricorrenti hanno avuto a loro disposizione più di tre anni - e dunque un lasso di tempo sufficiente - per introdurre le loro azioni senza incappare nella sanzione di inammissibilità, in cui sarebbero incorsi solo a partire dal 16 settembre 2000. Infatti, a partire dalla pubblicazione del decreto legislativo n. 80 del 31 marzo 1998 (in seguito trasposto in maniera sostanzialmente inalterata nel testo Unico sul Pubblico Impiego), essi erano a conoscenza - o avrebbero dovuto esserlo - del fatto che la data in questione fosse suscettibile di costituire il termine ultimo e obbligatorio per introdurre ogni azione giudiziaria relativa a rapporti di lavoro instaurati precedentemente al 30 giugno 1998.

24. In tali circostanze, il Governo ritiene non sussistente alcun intralcio eccessivo al diritto dei ricorrenti ad ottenere un esame nel merito delle loro pretese. Peraltro, gli interessati non avrebbero comunque potuto ottenere il riconoscimento dell'esistenza di una relazione di pubblico impiego, ma solo l'inclusione del periodo di lavoro precario nel computo valido ai fini pensionistici. Infine, il Consiglio di Stato non ha sollevato questioni di legittimità costituzionale poiché la Consulta aveva già, a più riprese, giudicato infondate questioni analoghe (v. in particolare le ordinanze n. 214 del 2004, 213 e 382 del 2005 e 197 del 2006).

b) I ricorrenti

25. I ricorrenti affermano che in materia di accertamento di un rapporto di pubblico impiego, il giudice competente è il giudice amministrativo, e non il giudice civile. Essi osservano che l'interpretazione data dal Consiglio di Stato all'articolo 69, comma 7 del Testo Unico sul Pubblico Impiego li abbia privati di ogni possibilità di sottoporre le loro doglianze a un tribunale interno e di ottenere quindi il riconoscimento, ai fini pensionistici, del periodo di lavoro precario; ciò si risolverebbe, dunque, in un intralcio eccessivo al loro diritto di accesso alla giustizia.

26. La decisione del Consiglio di Stato ha impedito il vaglio della questione di legittimità costituzionale incidentalmente sollevata dai ricorrenti, pur essendo questa nuova rispetto alle precedenti già decise, e pur ponendo questioni delicate in punto di diritto. Essi avevano infatti eccepito l'incostituzionalità dell'articolo 69, comma 7 precitato, ma il Consiglio di Stato non si è pronunciato affatto sulla questione.

2. Valutazioni della Corte

27. La Corte ricorda che il « diritto a un tribunale », di cui il diritto all'accesso - ovvero il diritto di adire un tribunale in materia civile - costituisce un aspetto, non è assoluto, potendo essere condizionato a limiti implicitamente ammessi. Tuttavia, tali limiti non debbono restringere il diritto all'accesso ad un tribunale spettante all'individuo in maniera tale, o a tal punto, che il diritto risulti compromesso nella sua stessa sostanza. Inoltre, limiti siffatti sarebbero da considerarsi in violazione dell'articolo 6 § 1 a meno che non perseguano uno scopo legittimo e che esista un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito (v., tra molti altri, *Khalfaoui c. Francia*, n. 34791/97, §§ 35-36, CEDU 1999-IX; *Papon c. Francia*, n. 54210/00, § 90, CEDU 2002-VII; e *Pennino c. Italia*, n. 43892/04, § 73, 24 settembre 2013; vedere anche il richiamo ai principi pertinenti in *Fayed c. Regno Unito*, 21 settembre 1994, § 65, serie A n. 294-B.)

28. La Corte osserva come la declaratoria di inammissibilità del ricorso amministrativo sia stata diretta conseguenza dell'applicazione delle regole sulla ripartizione delle competenze e del termine decadenziale previsto all'articolo 69, comma 7 del Testo Unico sul Pubblico Impiego. Questa disposizione perseguiva uno scopo d'interesse generale, e, nello specifico, quello di una ripartizione coerente e razionale della competenza in materia di « rapporto di pubblico impiego » tra i tribunali amministrativi e i tribunali ordinari. Inoltre, la previsione del termine di decadenza perseguiva lo scopo legittimo di assicurare una buona (corretta) amministrazione della giustizia.

29. La Corte ricorda inoltre che grava in prima istanza sulle autorità nazionali, e in particolare, alle corti e ai tribunali, l'onere e la responsabilità di interpretare il diritto interno, ed afferma che non è propria competente a sostituire la propria interpretazione a quella nazionale, salvo che in presenza di decisioni manifestamente arbitrarie. Tale principio è particolarmente pregnante in relazione all'interpretazione da parte dei tribunali delle norme di natura procedurale, quali i termini che disciplinano l'introduzione dei ricorsi. In linea di principio, compete ai tribunali interni il controllo sull'osservanza delle norme proprie relative ai termini nello svolgimento dei processi (*Tejedor García c. Spagna*, 16 dicembre 1997, § 31, Raccolta 1997-VIII).

30. Resta il fatto che i ricorrenti, che avevano adito i giudici amministrativi in buona fede e in un regime giuridico che poteva dar luogo ad una pluralità di interpretazioni plausibili, sono stati privati della possibilità di reintrodurre i loro ricorsi dinanzi ai tribunali definitivamente individuati come competenti, ovvero il giudice del lavoro (v. inoltre, nell'ambito dell'esame del ricorso ai sensi del Protocollo n. 1, paragrafi 54-56 qui di seguito).

31. Il diritto d'accesso a un tribunale è risultato quindi leso nella sua sostanza. Vi è stata dunque una violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione.

II. SULLA VIOLAZIONE ADDOTTA DELL'ARTICOLO 1 DEL PROTOCOLLO N. 1

32. I ricorrenti si lamentano di essere stati privati del loro diritto alla pensione per il periodo di lavoro effettuato in qualità di precari; i loro ricorsi amministrativi non hanno infatti avuto buon esito sulla base delle condizioni di ammissibilità imposte. Essi invocano l'articolo 1 del Protocollo I, che recita come segue:

« Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende. »

33. Il Governo contesta la tesi dei ricorrenti.

34. La Corte rileva che tale doglianza è legata a quella già esaminata e deve perciò essere dichiarata ammissibile.

A. Argomenti delle parti

1. Il Governo

35. Il Governo osserva che la situazione dei medici precari era caratterizzata da problemi giuridici. In effetti, alcune Università pubbliche utilizzavano i suddetti medici al di fuori del quadro di una relazione di « impiego », per far fronte a delle necessità nelle situazioni in cui era impossibile attendere l'esito di un concorso di reclutamento. Nel novembre 1997, l'Università di Napoli aveva offerto ai medici precari un contratto di lavoro per una durata di tre anni. Tale offerta fu rifiutata da una parte dei destinatari, che non volevano rinunciare alla possibilità di collaborare con altri enti.

36. Alla luce di ciò che precede, il Governo ritiene che per quanto attiene al calcolo della pensione nel periodo di lavoro precario, i ricorrenti non fossero titolari di un « bene » ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo I, ma di una semplice e presunta « aspettativa protetta dalla possibilità di ottenere l'accertamento giudiziario del loro diritto », possibilità esperibile sino al 15 settembre 2000. Nessun onere eccessivo ed esorbitante sarebbe dunque stato imposto secondo il Governo, potendosi considerare i limiti sofferti dai ricorrenti corrispondenti ad un interesse collettivo.

2. I ricorrenti

37. I ricorrenti contestano l'interpretazione data dal Consiglio di Stato all'articolo 69, comma 7 del Testo Unico sul Pubblico Impiego ed adducono che, secondo la Corte Costituzionale, il diritto alla pensione non è soggetto ad alcuna prescrizione. Sarebbe dunque contrario alla Costituzione imporre un termine di decadenza di tre anni (inferiore al normale termine di cinque anni) per rivendicarne la giusta operatività. Tale termine di decadenza avrebbe funzionato in questo caso come un termine di prescrizione: da un lato, i giudici civili non possono più pronunciarsi sulla domanda dei ricorrenti per il limite della decadenza, mentre, dall'altro, i giudici amministrativi non sono più competenti sulla questione.

38. I ricorrenti ricordano che un credito relativo a un diritto pensionistico può costituire un « bene » ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 se è fondato al punto da essere esigibile (Pravednaya c. Russia, n. 69529/01, § 38, 18 novembre 2004). Nel caso di specie, l'obbligo di versamento contributivo da parte del loro datore di lavoro costituiva una base giuridica sufficiente, tanto da essere confermata da giurisprudenza ben consolidata. La decisione del Consiglio di Stato avrebbe dunque violato il loro diritto alla proprietà riducendo il credito da essi vantato a zero.

39. Inoltre, lo Stato non avrebbe rispettato il giusto equilibrio necessario tra le esigenze di interesse generale e la protezione dei diritti fondamentali dei ricorrenti avendo l'interpretazione del Consiglio di Stato privato un'intera categoria di individui del diritto alla pensione per il periodo di lavoro precario, obbligando costoro a sopportare un onere eccessivo ed esorbitante.

B. Valutazioni della Corte

1. Sulla questione se i ricorrenti potessero considerarsi titolari di « bene »

a) Principi generali

40. La Corte ricorda che, secondo la sua giurisprudenza, un ricorrente può addurre una violazione dell'articolo 1 del Protocollo I soltanto nella misura in cui le decisioni impugnate si rapportino a «beni» propri ai sensi di questa disposizione. La nozione di «beni » può ricoprire tanto i « beni attuali » che i valori patrimoniali, compresi, in certe situazioni ben definite, anche i crediti. Perché un credito possa essere considerato come un «valore patrimoniale », rientrando dunque nel campo di applicazione dell'articolo 1 Protocollo I, è necessario che il titolare dello stesso dimostri che la sua pretesa abbia una base giuridica sufficiente nel diritto nazionale, quale, ad esempio, una giurisprudenza favorevole consolidata. Nel caso in cui ciò venga accertato, può entrare in gioco la nozione di « aspettativa legittima » (Maurice c. Francia [GC], n. 11810/03, § 63, CEDU 2005 IX).

41. L'articolo 1 del Protocollo I non garantisce il diritto ad acquisire dei beni (la proprietà) (Van der Musselle c. Belgio, 23 novembre 1983, § 48, serie A n. 70 ; Slivenko c. Lettonia (dec.) [GC], n. 48321/99, § 121, CEDU 2002 II ; e KopeckSr c. Slovacchia [GC], n. 44912/98, § 35 b), CEDU 2004 IX). Inoltre, non potrebbe interpretarsi nel senso di attribuire, alle persone che hanno versato contributi in base ad un certo regime previdenziale, il diritto a una pensione di un importo determinato (vedere, per esempio, Domalewski c. Polonia (dec.), n. 34610/97, CEDU 1999-V; Jankovic c. Croazia (dec.), n. 43440/98, CEDU 2000-X; e Kjartan Asmundsson c. Islanda, n. 60669/00, § 39, CEDU 2004-IX). Tuttavia, un diritto di credito previdenziale può costituire un «bene » ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo I se dotato di base giuridica sufficiente, quale, ad esempio, una sentenza definitiva (Pravednaya, precitato, §§ 37-39; Maggio e altri c. Italia, nn. 46286/09, 52851/08, 53727/08, 54486/08 et 56001/08, § 55, 31 maggio 2011; e Varesi e altri c. Italia (dec.), n. 49407/08, § 35, 12 marzo 2013).

b) Applicazione dei principi al caso di specie

42. La Corte osserva che, avendo lavorato per l'Università di Napoli sulla base di contratti a tempo determinato aventi per oggetto l'esercizio di un'attività professionale retribuita a gettone (v. sopra paragrafo 6), i ricorrenti non avevano normalmente diritto al versamento dei contributi per la previdenza sociale e la pensione. Tuttavia, numerosi altri medici in situazione analoga, avevano ottenuto dai tribunali amministrativi l'accertamento di un rapporto di pubblico impiego a tempo indeterminato, con il conseguente riconoscimento del diritto alla corresponsione dei contributi previdenziali. L'Università di Napoli aveva dato esecuzione a questa decisione (v. sopra, paragrafo 7).

43. Nella causa dei ricorrenti, tale giurisprudenza è stata confermata in un primo momento dal TAR, che ha riaffermato come il rapporto intercorrente tra Università e medici precari fosse un rapporto di pubblico impiego e dal quale, dunque, scaturiva il diritto al trattamento previdenziale (v. sopra, paragrafi 9 e 13). Le sezioni riunite del Consiglio di Stato stesso hanno confermato questa tesi nel caso di un medico precario che aveva introdotto un ricorso prima del 15 settembre 2000 (v. sopra paragrafo 19).

44. In queste circostanze, la Corte ritiene che il diritto di credito dei ricorrenti avesse una base sufficiente nel diritto interno, in quanto confermato da una giurisprudenza ben consolidata. Essi sono dunque titolari di un'aspettativa legittima, al pari dei loro colleghi, inerente il versamento dei contributi pensionistici da parte dell'Università di Napoli. Costoro possono dunque essere ritenuti titolari di un « bene » ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo I. Tale disposizione è quindi applicabile al caso di specie.

2. Sull'esistenza di un'ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della loro proprietà

45. La Corte rileva che annullando la decisione del TAR per motivi legati all'ammissibilità del ricorso, nella piena consapevolezza che il termine per riassumere l'azione dinanzi al giudice ordinario era ormai scaduto, il Consiglio di Stato ha, de facto, privato i ricorrenti di ogni possibilità di far valere il proprio diritto di credito relativo al trattamento pensionistico.

46. C'è stata dunque un'ingerenza nel diritto dei ricorrenti al rispetto della proprietà.

3. Sulla giustificazione dell'ingerenza

a) Principi generali

47. L'articolo 1 del Protocollo I esige, prima di tutto e soprattutto, che l'ingerenza dell'autorità pubblica nel godimento del diritto di proprietà sia prevista dalla legge. Inoltre, una simile ingerenza è giustificabile soltanto se finalizzata alla tutela di un interesse pubblico (o generale) legittimo. Stante la conoscenza diretta della società e delle sue esigenze, le autorità nazionali si trovano in una posizione privilegiata rispetto al giudice internazionale per determinare ciò che è « di utilità pubblica ». Secondo il sistema di tutela istituito dalla Convenzione, appartiene di conseguenza ad essi pronunciarsi per primi sull'esistenza di un problema di interesse generale. Pertanto, le autorità nazionali godono

in materia di un certo margine di apprezzamento, come in altri ambiti ai quali si estendono le garanzie della Convenzione (Wieczorek c. Polonia, n. 18176/05, § 59, 8 dicembre 2009).

48. L'articolo 1 del Protocollo I esige allo stesso modo, per ogni ingerenza, un rapporto ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito (Jahn e altri c. Germania [GC], nn. 46720/99, 72203/01 e 72552/01, §§ 81-94, CEDU 2005-VI). Questo giusto equilibrio è da ritenersi infranto qualora il soggetto destinatario dell'ingerenza debba sopportare un onere eccessivo ed esorbitante (Sporrong e Liinnroth c. Svezia, 23 settembre 1982, §§ 69-74, serie A n. 52, e Maggio e altri, precitato, § 57). A tal proposito, bisogna sottolineare che l'incertezza –legislativa, amministrativa, o riguardante le pratiche delle autorità - è un fattore da prendere in considerazione nel valutare la condotta dello Stato. Infatti, quando una questione di interesse generale è in gioco, i poteri pubblici sono tenuti a rispondere in tempo utile, in modo corretto e con la più ampia coerenza possibile (Vasilescu c. Romania, 22 maggio 1998, § 51, Raccolta delle sentenze e decisioni 1998 III, e Arcidiocesi cattolica d'Alba Iulia c. Romania, n. 33003/03, § 90, 25 settembre 2012).

49. Qualora l'importo di una prestazione sociale sia ridotto o annullato, può esservi una ingerenza nel diritto al rispetto della proprietà che deve essere giustificato (Kjartan Asmundsson, precitata, § 40; Rasmussen c. Polonia, n. 38886/05, § 71, 28 aprile 2009 ; Maggio e altri, precitata, § 58; e Varesi e altri, decisione precitata, § 38).

b) Applicazione di tali principi al caso di specie

50. Nella fattispecie, l'ingerenza in esame aveva una base legale in diritto interno, l'articolo 69, comma 7 del Testo Unico sul Pubblico Impiego (v. sopra paragrafo 10). Tale disposizione perseguiva uno scopo di interesse generale e, nello specifico, quello di una ripartizione coerente e razionale della competenza in materia di « rapporto di pubblico impiego » tra i tribunali amministrativi e i tribunali ordinari. In particolare, questi ultimi erano competenti per ogni lite riguardante i periodi di lavoro successivi al 30 giugno 1998. Laddove, come nel caso di specie, la controversia riguardasse un periodo anteriore a questa data, il caso era devoluto al giudice amministrativo, ma solamente a condizione che il relativo ricorso fosse stato introdotto prima del 15 settembre 2000. Il mancato rispetto di tale termine era sanzionato con l'inammissibilità del ricorso.

51. La Corte considera che la fissazione del termine di decadenza sia finalizzato alla buona amministrazione della giustizia e sia dunque conforme al perseguimento di un'interesse generale. Inoltre, i ricorrenti avevano cessato la loro collaborazione come precari con l'Università di Napoli al più tardi nel 1997, e le disposizioni codificate dal Testo Unico sul Pubblico Impiego erano entrate in vigore tra il 1993 e il 1998 (v. sopra paragrafo 10). Il termine per adire i tribunali amministrativi, fissato al 15 settembre 2000, non era dunque eccessivamente breve. Tuttavia, è incontestato tra le parti che gli interessati non abbiano rispettato il termine in questione, ed i ricorrenti non hanno neppure invocato l'esistenza di ostacoli tali da impedire l'introduzione del ricorso al TAR in tempo utile.

52. Resta l'incertezza relativa all'applicabilità del suddetto termine al caso dei ricorrenti. Infatti, il Testo Unico sul Pubblico Impiego conteneva anche un'altra disposizione, l'articolo 63 comma 4, che, letto in combinato con l'articolo 3, attribuiva alla competenza esclusiva

del giudice amministrativo le controversie relative ai rapporti di lavoro di ricercatori universitari. Sulla base di questa disposizione, il TAR si ritenne competente per conoscere il caso dei ricorrenti, e ciò a prescindere dal rispetto del termine precitato. Il TAR aveva infatti considerato le mansioni assegnate ai ricorrenti comparabili a quelle dei ricercatori universitari (v. sopra paragrafo 11 e 12).

53. Investita dall'appello dell'Università (v. sopra paragrafo 14), la Sesta Sezione del Consiglio di Stato si è spogliata della competenza in favore dell'Adunanza Plenaria, sollevando, il caso, questioni di interesse generale in materia di competenza dei tribunali amministrativi (v. sopra paragrafo 15). Di conseguenza, la Sesta Sezione ha riconosciuto di essere di fronte ad una questione di diritto di una certa complessità che necessita di ulteriori chiarimenti.

54. Nell'esercizio della sua funzione ermeneutica, il Consiglio di Stato ha ritenuto che i ricorrenti non potessero essere assimilati ai ricercatori universitari e che il termine di decadenza del 15 settembre 2000 trovasse dunque applicazione al loro ricorso (v. sopra paragrafo 17 e 18). La Corte non potrebbe criticare una tale interpretazione, che non appare manifestamente illogica o arbitraria.

55. Resta il fatto che i ricorrenti avevano adito i tribunali amministrativi in completa buona fede e sulla base di un'interpretazione plausibile delle norme sulla ripartizione delle competenze. Inoltre, la giurisprudenza interna garantiva loro un rimedio in caso di declaratoria di inammissibilità, essendo ammessa la riassunzione del ricorso amministrativo tardivo dinanzi ai tribunali ordinari (v. sopra paragrafo 17). Si trattava di una garanzia importante, che mirava ad assicurare un mezzo di ricorso per far valere i propri diritti patrimoniali alla parte che, in un quadro giuridico che poteva dare luogo a delle interpretazioni divergenti, si era rivolta ad un tribunale incompetente.

56. Tuttavia, tale garanzia è stata cancellata dalla giurisprudenza successiva, seguita dal Consiglio di Stato nel caso dei ricorrenti. Secondo questa nuova interpretazione, il mancato rispetto del termine del 15 settembre 2000 comportava la perdita definitiva del diritto di far valere le pretese contenute nel ricorso, anche dinanzi ai tribunali ordinari (v. sopra paragrafo 17).

57. Come conseguenza di tale mutamento giurisprudenziale, i ricorrenti sono stati privati di ogni possibilità di ottenere una decisione giudiziaria che riconoscesse il loro diritto al versamento dei contributi sociali - e dunque i loro correlati diritti pensionistici - per il periodo di lavoro precario presso l'Università di Napoli.

4. Conclusioni

58. Tenuto conto delle incertezze che potevano sorgere rispetto all'interpretazione delle disposizioni pertinenti del Testo Unico sul Pubblico Impiego, la Corte considera che lo Stato non abbia garantito un giusto equilibrio tra gli interessi pubblici e privati in gioco, e che la decisione del Consiglio di Stato ha svuotato di ogni sostanza l'aspettativa legittima dei ricorrenti. Gli interessati hanno dunque dovuto sopportare un onere eccessivo ed esorbitante, che ha costituito violazione dell'articolo 1 del Protocollo n. 1.

III. SULLA VIOLAZIONE DELL'ARTICOLO 14 DELLA CONVENZIONE, IN COMBINATO DISPOSTO CON GLI ARTICOLI 6 § 1 DELLA CONVENZIONE E 1 DEL PROTOCOLLO I

59. I ricorrenti lamentano la differenza di trattamento subita rispetto ad altri medici precari dell'Università di Napoli, che hanno invece ottenuto il riconoscimento del loro diritto al versamento dei contributi previdenziali.

Invocano l'articolo 14 della Convenzione, letto in combinato disposto con gli articoli 6 § 1 della Convenzione e 1 del Protocollo n. 1.

L'articolo 14 recita come segue:

« Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione. »

60. Il Governo si oppone alla tesi dei ricorrenti.

61. La Corte rileva che questa doglianza è legata a quelle esaminate sopra e deve dunque anch'essa essere dichiarata ricevibile.

A. Argomenti delle parti

1. Il Governo

62. Il Governo ritiene che i ricorrenti non abbiano subito alcuna discriminazione rispetto ai loro colleghi, avendo quest'ultimi introdotto l'azione giudiziaria in tempo utile ed ottenuto quanto legittimamente richiesto.

2. I ricorrenti

63. I ricorrenti osservano che altre persone, pur trovandosi in una situazione simile alla loro, hanno potuto beneficiare del loro diritto alla pensione per il periodo di lavoro a gettone. Tale differenza di trattamento è basata su un termine di decadenza la cui istituzione era secondo loro, contraria alla Costituzione e alla giurisprudenza della Corte Costituzionale. Ai loro occhi tale termine non era né ragionevole né obiettivamente giustificato, poiché violava un diritto imprescrittibile.

B. Valutazioni della Corte

64. Tenuto conto delle conclusioni alle quali è pervenuta dal punto di vista degli articoli 1 del Protocollo I e 6 § 1 della Convenzione (v. sopra paragrafi 31 e 58), la Corte considera che non vi sia alcuna necessità di esaminare, nella fattispecie, la violazione dell'articolo 14 della Convenzione, combinato con le due disposizioni precitate.

IV. SULL'APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 41 DELLA CONVENZIONE

65. Ai sensi dell'articolo 41 della Convenzione,

« Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette che in modo incompleto di riparare le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, quando è il caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa. »

66. I ricorrenti reclamano 253 500 EUR ciascuno (2 788 500 EUR per l'insieme dei ricorsi) a titolo di risarcimento del danno materiale subito. Tale ammontare è calcolato

sulla base delle retribuzioni del personale dell'amministrazione pubblica di rango e mansioni analoghi a quello dei ricorrenti. Essi si riservano di precisare le loro pretese sulla base di una consulenza a cura di un esperto contabile. A titolo sussidiario, chiedono alla Corte di nominare un esperto d'ufficio.

67. I ricorrenti ritengono inoltre di aver subito un pregiudizio morale e chiedono 10 000 EUR ciascuno (110 000 EUR per l'insieme dei ricorsi) a titolo di risarcimento per siffatto danno.

68. I ricorrenti chiedono infine il rimborso dei costi e delle spese sostenuti sia dinanzi ai tribunali interni sia dinanzi la Corte. Chiedono alla Corte di fissarne l'importo equamente.

69. Il Governo stima che sarebbe sbagliato fondarsi, come fanno i ricorrenti, sulle retribuzioni del personale di P.A., poiché il solo beneficio che potevano pretendere i medici precari si limitava al computo, del periodo di lavoro in tale qualità, ai fini pensionistici.

70. La Corte stima che, allo stato attuale, non vi sia luogo per decidere sull'applicazione dell'articolo 41. Di conseguenza, si riserva la decisione e fisserà l'ulteriore procedimento, tenuto conto della possibilità che il Governo e i ricorrenti addividengano ad un accordo.

PQM

PER QUESTI MOTIVI, LA CORTE, ALL'UNANIMITÀ,

1. Dichiarà il ricorso ricevibile;
2. dichiara che c'è stata violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione;
3. dichiara che c'è stata violazione dell'articolo 1 del Protocollo I;
4. dichiara che non è necessario esaminare la doglianza relativa all'articolo 14 della Convenzione in combinato disposto con gli articoli 6 § 1 della Convenzione e dell'articolo 1 del Protocollo I;
5. afferma che non v'è luogo per pronunciarsi sull'applicazione dell'articolo 41 della Convenzione allo stato attuale.

di conseguenza,

- a) si riserva sulla questione;
- b) invita il Governo e i ricorrenti ad indirizzare per iscritto le loro osservazioni sul punto, nel termine di tre mesi a partire dal giorno in cui la sentenza sarà divenuta definitiva conformemente all'articolo 44 § 2 della Convenzione, ed a mettere la Corte a conoscenza di tutti gli accordi ai quali potrebbero pervenire;
- c) si riserva il prosieguo della procedura e delega al presidente della camera l'onere di fissarla all'occorrenza.

Fonti: Foro it. 2017, 2, I, 580 (nota di: CALZOLAIO)

Classificazione: CASSAZIONE CIVILE - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - - Consiglio di Stato. UNIONE EUROPEA - Sistema giurisdizionale - - rinvio pregiudiziale

Posto che il mancato rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato alla Corte di giustizia non configura una questione attinente allo sconfinamento dalla giurisdizione del giudice amministrativo, il relativo ricorso per cassazione è inammissibile.

(Dichiara inammissibile ricorso avverso Cons. Stato, sez. IV, 22 settembre 2014, n. 4729)

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RORDORF Renato - Primo Presidente aggiunto -
Dott. AMOROSO Giovanni - Presidente di sez. -
Dott. DIDONE Antonio - Presidente di sez. -
Dott. DI IASI Camilla - Presidente di sez. -
Dott. PETITTI Stefano - Presidente di sez. -
Dott. CAMPANILE Pietro - Consigliere -
Dott. ARMANO Uliana - Consigliere -
Dott. MANNA Antonio - Consigliere -
Dott. DE STEFANO Franco - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 5563-2015 proposto da:

AZIENDA AGRARIA GREEN FARM DI G.L.D. E C. società
semplice, in persona del legale rappresentante pro tempore,
elettivamente domiciliata in ROMA, VIA MERULANA 76, presso lo studio
dell'avvocato FRANCESCO ORECCHIA, che la rappresenta e difende
unitamente all'avvocato ANDREA CALZOLAIO, per delega a margine del
ricorso;

- ricorrente -

contro

V.G., R.F., B.A., G.S.

in proprio e quale titolare del B&B Campo di Sole,

GI.MA.GR., P.T., N.C., C.F.,

PI.TI., I.G. in proprio e quale titolare del B&B

Hammam, S.I., SA.FR. in proprio e quale

titolare della Country House Airone, L.D.,

ME.FA., PE.DE., GE.MA., RI.MA.,

CA.FR., PO.MO., MA.GI., RE.LU., elettivamente

domiciliati in ROMA, VIA CONCA D'ORO 194/190, presso lo studio

dell'avvocato MAURIZIO DISCEPOLO, che li rappresenta e difende, per

deleghe a margine del controricorso;
REGIONE MARCHE, in persona del Presidente pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA D. MORICHINI 41, presso lo studio dell'avvocato MICHELE ROMANO, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato PASQUALE DE BELLIS, per delega a margine del controricorso;

- controricorrenti -

contro

PROVINCIA Di ANCONA, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZALE CLODIO 56, presso lo studio nell'avvocato GIOVANNI BONACCIO, rappresentata e difeso dall'avvocato CLAUDIA DOMIZIO, per procura speciale del notaio dott. O.L. di Ancona, rep. (OMISSIS), in atti;

MINISTERO PER I BENI E LE ATTIVITA' CULTURALI, in persona del Ministro pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che lo rappresenta e difende ope legis;

- resistenti -

e contro

COMANDO PROVINCIALE DEI VIGILI DEL FUOCO DI ANCONA, CORPO FORESTALE DELLO STATO COMANDO PROVINCIALE DI ANCONA, COMUNE DI OSINO, ARPAM DIPARTIMENTO PROVINCIALE DI ANCONA, GSE - GESTORE DEI SERVIZI ENERGETICI S.P.A.;

- intimati -

avverso la sentenza n. 4729/2014 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 22/09/2014;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 15/11/2016 dal Consigliere Dott. FRANCO DE STEFANO;

uditi gli avvocati Andrea CALZOLAIO, Michele ROMANO, Paolo GRASSO per l'Avvocatura Generale dello Stato, Claudia DOMIZIO, Diego PERUCCA per delega dell'avvocato Maurizio Discepolo;

udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott. FUZIO Riccardo, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1.- La controversia ha ad oggetto l'impugnativa - in relazione alla necessità o meno della valutazione di impatto ambientale - dei decreti della Regione Marche di Autorizzazione Unica ai sensi del D.Lgs. n. 387 del 2003, recanti i nn. 22/EFR del 20.4.12 e 104/EFR del 24.10.12, pronunciati a conclusione del procedimento seguito all'istanza del 15.10.09 della s.s. Azienda Agraria Green Farm di G.L.D. & C. per un impianto di produzione di energia elettrica alimentato a biogas da biomasse in Comune di Osimo (della potenza termica in ingresso di 2,46 MWt e della potenza nominale di 0,99 MWe).

2.- In particolare, nel corso del relativo procedimento il progetto originario era stato assoggettato a Valutazione di Impatto Ambientale con decreto n. 95 del 3.5.11 della Provincia di Ancona, modificato in conseguenza dei rilievi di questa ed infine definitivamente riformulato alla luce dell'entrata in vigore della L.R. 31 ottobre 2011, n. 20, che, per quel che qui rileva, tra l'altro escludeva dalla V.I.A. appunto gli impianti tra cui rientrava quello in esame, tanto che il decreto finale era emesso senza il previo espletamento di tale procedura.

3.- L'Autorizzazione Unica era stata impugnata davanti al TAR Marche da parte di un gruppo di privati cittadini con ricorso che, non concessa alcuna sospensiva e pertanto realizzato ed entrato in funzione l'impianto, era stato respinto con sentenza n. 301 del 18.4.13; ma, a seguito della sentenza n. 93/13 della Corte costituzionale, di declaratoria di illegittimità costituzionale della L.R. n. 3 del 2012 in tema di procedimento di V.I.A. per la Regione Marche (e nella parte in cui non imponeva di tener conto comunque dei criteri indicati nell'allegato 3^a alla Direttiva 92/11/CE), tale sentenza era stata appellata ed il Consiglio di Stato l'aveva riformata, dopo averne sospeso l'esecutività, per il mancato espletamento del procedimento di V.I.A. alla luce della pur sopravvenuta sentenza della Consulta: e l'impianto fu spento.

4.- Per la cassazione della sentenza del Consiglio di Stato, resa il 22.9.14 con il n. 4729, ha proposto ricorso l'Azienda Agraria Green Farm, affidandosi ad un unico complesso motivo; hanno resistito con controricorso gli originari appellanti in Consiglio di Stato (Ca.Fr., + ALTRI OMESSI

5.- E, per la pubblica udienza del 15.11.16, sia la ricorrente principale Azienda Agraria Green Farm che il Ca. e gli altri intimati che con lui hanno formulato l'unitario controricorso depositano memorie ai sensi dell'art. 378 c.p.c..

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

6.- La ricorrente si duole, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 1, di violazione dei limiti esterni della giurisdizione, con riferimento all'art. 267 TFUE ed all'art. 6, par. 1 CEDU, alla luce della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo Dhabbi c. Italia del giorno 8 aprile 2014, per la totale pretermissione della richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, pure formulata dall'odierna ricorrente al Consiglio di Stato quale organo giurisdizionale di ultima istanza.

7.- In particolare, riproposto analiticamente in ricorso ogni passaggio del giudizio di merito in cui tale rinvio pregiudiziale era stato invano richiesto, la ricorrente prospetta quest'ultimo come un vero e proprio limite esterno alla giurisdizione, tanto che la oltretutto immotivata negazione del primo si risolve in un diniego del diritto al giudice ed il mancato rinvio in una violazione dei limiti esterni, denunciabile appunto ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, a queste Sezioni Unite.

8.- Nella specie, la ricorrente ampiamente illustra la sua tesi della nuova normativa regionale come introduttiva di una disciplina nuova ed originale rispetto ai precedenti affrontati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, diffusamente

illustrandone le ragioni e concludendo per la non evitabilità della rimessione appunto a quest'ultima della verifica di compatibilità con la normativa eurounitaria, tanto da chiedere a queste Sezioni Unite la cassazione della sentenza gravata ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo su quesito appositamente formulato, o, in subordine, il rinvio al Consiglio di Stato con vincolo a proporre il rinvio pregiudiziale medesimo.

9.- Nel suo controricorso la Regione Marche condivide, con argomenti in parte autonomi ma sostanzialmente convergenti, le conclusioni del ricorso principale: tanto da potersi qualificare come ricorrente adesiva, con ogni conseguenza anche poi in ordine al regime delle spese del presente giudizio di legittimità.

10.- Al contrario, gli originari appellanti Ca. ed altri deducono preliminarmente l'inammissibilità del ricorso, non potendo configurare il mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia una violazione dei limiti esterni della giurisdizione; e, sia pure solo nel corso della discussione orale, tanto la Provincia di Ancona - che aveva (imitato fino ad allora la sua difesa al deposito di una procura speciale notarile - che l'intimato Ministero concludono in senso analogo.

11.- Il ricorso è effettivamente inammissibile: queste Sezioni Unite sono ferme nel rilevare come il mancato rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato alla Corte di giustizia del Lussemburgo non configuri una questione attinente allo sconfinamento dalla giurisdizione del giudice amministrativo, visto che tale Corte, nell'esercizio del potere di interpretazione di cui all'art. 234 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, non opera come giudice del caso concreto, bensì come interprete di disposizioni ritenute rilevanti ai fini del decidere da parte del giudice nazionale, in capo al quale permane in via esclusiva la funzione giurisdizionale (in tali esatti termini: Cass. Sez. Un., 5 luglio 2013, n. 16886; più di recente, ancora: Cass. Sez. Un., nn. 2403/14, 2242/15, 23460/15, 23461/15, 10501/16 e 14043/16).

12.- Nè il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, o messo dal Consiglio di Stato, può essere disposto, sulla medesima questione, dalle Sezioni Unite della Suprema Corte innanzi alle quali sia stata impugnata la corrispondente decisione, spettando ad esse solo di vagliare il rispetto, da parte del primo, dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, senza che, su tale attribuzione di controllo, siano evidenziabili norme dell'Unione Europea su cui possano ipotizzarsi quesiti interpretativi (in tali espressi termini: Cass. Sez. Un., 8 luglio 2016, n. 14042).

13.- Sul punto, è sufficiente ad integrare i canoni del giusto processo di cui all'art. 6 della relativa Convenzione il richiamo di questa Corte ai propri limiti istituzionali nel controllo di legittimità ad essa devoluto, anche nel caso di non accoglimento di un'istanza di rinvio alla Corte di giustizia, oltretutto potendo le ragioni del mancato rinvio desumersi da una motivazione implicita.

14.- Va invero al riguardo premesso che, nell'attuale sistema dei rapporti tra l'ordinamento nazionale e quello della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, come disegnato dalla costante giurisprudenza costituzionale (bastando al riguardo un richiamo, tra le ultime, a Corte cost. n. 49 del 2015), non può dirsi che l'obbligo, per il giudice italiano, di interpretare ed applicare anche la norma

processuale in senso "convenzionalmente" orientato, cioè conforme alla Convenzione europea come letta dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, possa reputarsi in grado di spingersi fino a consentire in via ermeneutica un ampliamento dell'ambito del sindacato delle sentenze del Consiglio di Stato consentito alle Sezioni Unite della Corte di cassazione dal tenore testuale di una norma di rango costituzionale.

15.- Fermo che al giudice amministrativo di appello bene poteva bastare una motivazione anche soltanto implicita a sostegno dell'omesso rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea (per tutte, Corte eur. dir. Uomo, 4 sez., 21 luglio 2015, Schipani e aa. c/ Italia, punti 69 ss., ove ulteriori riferimenti), quale ritraibile dagli argomenti incompatibili con i presupposti della richiesta di rinvio (evidentemente, ai fini della prospettazione di un acte claire tale da escludere appunto la necessità di quest'ultimo; al cui riguardo potrebbe forse considerarsi la penultima pagina della qui gravata sentenza, con la verifica della tesi della persistente doverosità della valutazione di impatto ambientale proprio alla stregua dei principi di precauzione e dell'azione preventiva propri del diritto comunitario di cui all'art. 191 T.F.U.E.), basti qui rilevare come il richiamo ai limiti istituzionali della Corte di legittimità sia già stato ritenuto idoneo pure dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo a giustificare l'impossibilità di un più penetrante sindacato sulla sentenza del Consiglio di Stato, proprio nel caso di omesso rinvio alla Corte di giustizia della Unione Europea (Corte eur. dir. Uomo, 4^a sez., 8 settembre 2015, Wind Telecomunicazioni spa c/ Italia, ric. n. 5159/14; Cass. Sez. Un. 14042 del 2016, cit.): ciò che consente di disattendere la specifica doglianza sul punto dell'odierna ricorrente.

16.- Ne consegue che non sono violati i limiti esterni della giurisdizione, nemmeno sotto il profilo della compressione o violazione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo: e che, pertanto, il ricorso - ai sensi del comma ottavo dell'art. 111 Cost. - è inammissibile.

17.- Le spese del presente giudizio di legittimità non possono che seguire la soccombenza della ricorrente principale, ma pure di quella adesiva Regione Marche, con solidale condanna dei rispettivi legali rappresentanti per l'identità dell'interesse alla decisione, in favore degli altri controricorrenti diversi dalla Provincia di Ancona e, per il Ca. e gli altri originari appellanti (Ca.Fr., + ALTRI OMESSI

18.- Infine, trova applicazione - mancando ogni discrezionalità al riguardo (Cass. 14 marzo 2014, n. 5955) - il D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater, inserito dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, in tema di contributo unificato per i gradi o i giudizi di impugnazione: norma in forza della quale il giudice dell'impugnazione è vincolato, pronunciando il provvedimento che definisce quest'ultima, a dare atto della sussistenza dei presupposti (rigetto integrale o inammissibilità o improcedibilità dell'impugnazione) per il versamento, da parte dell'impugnante soccombente che lo ha versato all'atto dell'iscrizione a ruolo del proprio ricorso, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione da essa proposta, a norma del detto art. 13, comma 1 bis.

La Corte, pronunciando a sezioni unite:

1) dichiara inammissibile il ricorso;

2) condanna l'Azienda Agraria Green Farm di G.L.D. & C. società semplice e la Regione Marche, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t. e tra loro in solido, al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, liquidate, in ogni caso e per ciascuna delle parti oltre maggiorazione per spese generali, CPA ed IVA nella misura di legge:

- in favore di Ca.Fr., + ALTRI OMESSI

- in favore del Ministero per i Beni e le Attività Culturali, in pers. del Ministro p.t.: in Euro 5.000,00 per compensi, oltre spese prenotate a debito;

3) compensa integralmente le spese del giudizio di legittimità tra la ricorrente principale e quella adesiva, da un lato, e la Provincia di Ancona, dall'altro;

4) ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater come modif. dalla L. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso da essa proposto, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle sezioni unite civili della Corte suprema di cassazione, il 15 novembre 2016.

Depositato in Cancelleria il 14 dicembre 2016

Fonti: Redazione Giuffrè amministrativo 2014

Classificazione: AMBIENTE - Valutazione di impatto ambientale (V.I.A.)

Ogni normativa nazionale contrastante con la normativa comunitaria in materia ambientale, che impone la V.I.A. quale provvedimento volto a valutare la compatibilità degli insediamenti produttivi con le esigenze di tutela dell'ecosistema, deve essere disapplicata.

(Annulla TAR Marche n. 301 del 2013)

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7009 del 2013, proposto dai signori:

Fr. Ca., Ti. Pi., Cl. No., Ma. Ri., Gi. Va., Ma. Ge., Gi. Ma., Fl. Ca., Fr. Sa., Da. La., Lu. R., Fa. Me., Gi. Ib., Sa. Ga., Mo. Po., Ti. Pi., Il. Si., De. Pe., Al. Ba., Ma. Gr. Gi., Fe. Ro. e dalla Country House Airone e da B & B Ha., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avv.ti Maurizio Discepolo, Lucia Ferroni, con domicilio eletto presso Maurizio Discepolo in Roma, via Conca D'Oro, 184/190 Pal.D;

contro

Regione Marche, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Paolo Costanzi, Pasquale De Bellis, Michele Romano, con domicilio eletto presso Michele Romano in Roma, via Domenico Morichini N. 41;

Comune di Osimo, in persona del Sindaco pro tempore, non costituito;

nei confronti di

Azienda Agraria Green Farm di Le. Di. & C., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Calzolaio, Federico Tedeschini, con domicilio eletto presso Federico Tedeschini in Roma, largo Messico, 7;

Provincia di Ancona, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Claudia Domizio, con domicilio eletto presso Giovanni Bonaccio in Roma, Piazzale Clodio, 56 IV Piano, Int. 8;

Arpam - Dipartimento Provinciale di Ancona, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita;

Corpo Forestale dello Stato - Comando Provinciale di Ancona e Comando

Provinciale dei Vigili del Fuoco di Ancona, in persona dei rispettivi

legali rappresentanti pro tempore, e Ministero per i Beni e le

Attività Culturali - Ufficio della Soprintendenza ai Beni Culturali e

Paesaggistici di Ancona, in persona del Ministro pro tempore,

rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura, domiciliata in

Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. MARCHE - ANCONA: SEZIONE I n. 00301/2013, resa tra le parti, con cui è stato respinto il ricorso promosso dai ricorrenti per ottenere l'annullamento: dell'autorizzazione ex art. 12 del d.lgs. nr. 387/2003 rilasciata con decreto del Dirigente della P.F. Autorizzazioni Energetiche della Regione Marche nr. 22/CFR del 20 aprile 2012 all'azienda agricola Green Farm di Le. Di. s.s. per la realizzazione nel Comune di Osimo di un impianto di produzione di energia elettrica da FER della potenza di 990 KW, nonché delle relative opere connesse, come da progetto presentato con domanda del 20 dicembre 2011 ed aggiornato con successive integrazioni tecniche; del verbale della conferenza di servizi del 14 febbraio 2012 e della correlata attività istruttoria; del certificato di assetto territoriale rilasciato in data 13 gennaio 2012 alla società contro interessata dal Comune di Osimo - Ufficio Dipartimento del Territorio; di tutti gli altri atti presupposti, inerenti e consequenziali; nonché per ottenere l'integrale risarcimento di tutti i danni arrecati ai ricorrenti in conseguenza degli atti e dei provvedimenti impugnati per la denegata ipotesi che fossero adottati atti consequenziali attuativi del progetto proposto dalla società contro interessata, sia per deprezzamento delle loro proprietà che per il pregiudizio all'integrità psico-fisico personale, nell'importo da quantificare in corso di procedura.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Marche, della Azienda Agraria Green Farm di Le. Di. & C., della Provincia di Ancona, del Corpo Forestale dello Stato - Comando Provinciale di Ancona, del Comando Provinciale dei Vigili del Fuoco di Ancona e del Ministero Per i Beni e Le Attività Culturali - Ufficio della Soprintendenza Ai Beni Culturali e Paesaggistici di Ancona;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 aprile 2014 il Cons.

Michele Corradino e uditi per le parti gli avvocati Federico

Tedeschini, Michele Romano, Claudia Domizio e l'Avvocato dello Stato Federica Varrone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il decreto n. 22/CFR del 20/04/2012, firmato dal Dirigente della P.F. Rete Elettrica Regionale, Autorizzazioni Energetiche, Gas ed Idrocarburi della Regione Marche, l'azienda agricola Green Farm, odierna appellata, veniva autorizzata, ai sensi dell'art. 12 d.lgs. n. 387/2003, a realizzare un impianto di produzione elettrica da biogas, con le relative

infrastrutture e le opere connesse da ubicare nel Comune di Osimo, della potenza nominale di 999 kWe.

Il progetto veniva sottoposto a screening (verifica per l'eventuale sottoposizione a VIA), presso la Provincia di Ancona, ed il procedimento si concludeva (con determina provinciale n. 95/03/05/2011) nel senso della sottoposizione del progetto a via.

La Green Farm, tuttavia, non dava seguito alle fasi successive, necessarie per l'autorizzazione.

Successivamente, la stessa, avendo presentato modifiche significative al progetto originariamente autorizzato, veniva autorizzata, con decreto n. 104/EFR del 24/10/2012, dalla Regione Marche.

L'autorizzazione posteriore, si noti, veniva rilasciata senza sottoporre il progetto alla valutazione d'impatto ambientale (VIA), la cui doverosità veniva esclusa sulla scorta dell'art. 24, comma 1, l. r. n. 20/2011, che, espressamente, esonerava dalla procedura di VIA gli impianti di potenza nominale termica inferiore alla soglia di 3 MWt.

Il Sign. Capomagi Franco ed altri impugnavano l'autorizzazione n. 22/CFR del 20/04/2012, proprio perché intervenuta senza il previo espletamento della procedura di V.I.A..

Con la sentenza n. 301/2013, il Tar Marche rigettava il ricorso, sull'assunto dell'applicabilità al procedimento di cui è causa dell'art. 24, comma 1, l.r. n. 20/2011, che, espressamente, esonerava gli impianti di potenza nominale termica inferiore alla soglia di 3 MWt dalla procedura di VIA, e non, invece, della l.r. n. 3/2012 e, dunque, della relativa declaratoria d'incostituzionalità (nella parte in cui "nell'individuare i criteri per identificare i progetti da sottoporre a VIA regionale o provinciale e a verifica di assoggettabilità regionale o provinciale, non prevedono che si debba tener conto, caso per caso, di tutti i criteri indicati nell'Allegato III alla Direttiva 13 Dicembre 2011, n. 2011/92/UE, concernente la valutazione d'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati").

Avverso la sopra citata pronuncia hanno proposto rituale appello gli originari ricorrenti, al fine di ottenere l'annullamento dell'autorizzazione, rilasciata senza il previo espletamento della V.I.A., nonché il risarcimento del danno derivante all'ambiente ed alla salute pubblica.

La Green Farm, visto l'atto di impugnazione in appello degli originari ricorrenti, ha proposto appello incidentale, adducendo sia il difetto di legittimazione attiva degli appellanti, sia l'inammissibilità/improcedibilità del ricorso principale.

Con memoria depositata in vista dell'udienza del 29 aprile 2014, si è costituita la Regione Marche, al fine di chiedere l'accoglimento dell'appello incidentale ed il rigetto dell'principale, in quanto irricevibile, inammissibile, improcedibile e, comunque, infondato; nonché la Provincia di Ancona, in posizione di neutralità, per monitorare l'andamento della causa in corso, attenendo la controversia a questioni di particolare interesse per la medesima Amministrazione.

Alla camera di consiglio del 29 aprile 2014 la causa è stata trattenuta in decisione, come da verbale.

DIRITTO

Ritiene il Collegio di dover preliminarmente prendere in considerazione l'appello incidentale, proposto dalla Green Farm, odierna appellata.

A fondamento dell'appello incidentale, l'appellata ha addotto, in particolare, due argomentazioni, concernenti, rispettivamente, la prima, il difetto di legittimazione attiva degli appellanti, in quanto i ricorrenti non avrebbero provato lo specifico pregiudizio subito, onere quest'ultimo che espressamente incombe su coloro i quali sono proprietari confinanti con edificio, a sua volta, confinante con quello oggetto di intervento edilizio; la seconda, l'inammissibilità/improcedibilità del ricorso principale, derivante dalla mancata impugnazione dell'autorizzazione della variante rilasciata in corso d'opera.

L'appello incidentale è infondato.

Ad avviso del Collegio, sussiste, in linea con quanto ritenuto dal giudice di prime cure, la legittimazione attiva degli appellanti, data l'idoneità dell'impianto in questione a produrre un impatto sotto vari profili tra i quali rilevano anzitutto il traffico e le emissioni in atmosfera.

Ritiene il Collegio di dover, del pari, respingere la censura relativa all'inammissibilità/improcedibilità del ricorso principale, derivante dalla mancata impugnazione dell'autorizzazione della variante rilasciata in corso d'opera.

Come, correttamente, ritenuto dal giudice di prime cure, infatti, la variante approvata dalla Regione non è da considerarsi sostanziale e, pertanto, la relativa omessa impugnazione non risulta idonea a paralizzare l'appello de quo.

Il ricorso principale è invece fondato.

Con l'appello in esame, i ricorrenti originari ripropongono l'istanza di annullamento della sopra citata autorizzazione, essendo stata rilasciata la stessa senza il previo esperimento della V.I.A..

In particolare, gli appellanti, nell'affermare l'applicabilità al caso di specie l.r. n. 3/2012, essendo stata rilasciata l'autorizzazione contestata proprio il giorno dell'entrata in vigore della medesima legge, della quale, peraltro, l'incostituzionalità, da sempre sostenuta, è, poi, stata effettivamente dichiarata dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 93/2013), osservano come, anche a voler ritenere l'applicabilità nel caso di specie della l.r. n. 20/2011, gli effetti della decisione avrebbero dovuto essere diametralmente opposti, data l'incompatibilità tra la stessa e la normativa comunitaria.

La censura merita accoglimento.

Ritiene il Collegio, infatti, che, essendosi concluso il procedimento de quo in data 20/04/2012, lo stesso, per essere legittimo, avrebbe dovuto conformarsi alla normativa vigente alla data di adozione dello stesso.

In ogni caso, ad avviso del Collegio, la vigenza o meno della l.r. n. 3/2012 configura una circostanza del tutto irrilevante.

Infatti, anche se si volesse ritenere che alla procedura di cui è causa si sarebbe dovuto applicare unicamente l'art. 24 della l.r. n.20/11, nulla sarebbe cambiato, dato che una particolare prudenza nel decidere – come pure ricavabile dalla citata sentenza della Corte costituzionale - sarebbe stata imposta al giudicante alla stregua dei principi comunitari.

Il giudice, infatti, anche ex officio, avrebbe dovuto, porsi il problema della compatibilità costituzionale e comunitaria della normativa statuente l'esenzione da Via per gli impianti di potenza inferiore ad una data soglia e, dunque, dell'eventuale disapplicazione della stessa. In proposito, si deve rilevare come, infatti, a fondare la tesi della doverosità della V.I.A. concorrano i principi di precauzione e dell'azione preventiva, propri del diritto comunitario, sanciti all'art. 191 del T.F.U.E., ove il legislatore, nell'affermare che "la politica della Comunità in materia ambientale mira ad un elevato livello di tutela (...)", induce a ritenere che la V.I.A. non possa, certamente, escludersi sulla semplice base della soglia di potenza. Ogni normativa contrastante con la normativa comunitaria in materia ambientale che impone la V.I.A. quale provvedimento volto a valutarla compatibilità degli insediamenti produttivi con le esigenze di tutela dell'ecosistema doveva pertanto essere disapplicata. Né d'altra parte può ritenersi che la V.I.A. possa essere sostituita da accertamenti presuntivamente equivalenti sia perché il Collegio non può sostituirsi all'amministrazione nella valutazioni di complesse valutazioni scientifiche sia perché il procedimento di rilascio della V.I.A. presenta specificità che la rendono infungibile.

Alla luce delle suesposte considerazioni, l'appello principale deve essere accolto.

Ritiene, tuttavia, il Collegio di dover rigettare l'istanza, prospettata dagli odierni appellati, volta ad ottenere il risarcimento del danno, non ravvisandosi nel caso di specie, allo stato, tutti gli elementi che, ex art. 2043 c.c., devono, invece, sussistere affinché il dato oggettivo della violazione di una norma possa integrare gli estremi di una condotta cui si colleghi l'obbligo risarcitorio.

Gli appellanti, infatti, non hanno adeguatamente soddisfatto la prova dell'elemento del danno che assumono di aver patito.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Nonostante la soccombenza, il Collegio ritiene che, in considerazione della natura della questione, sussistano comunque giustificati motivi per disporre la compensazione integrale delle spese tra le parti.

PQM

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, rigetta l'appello incidentale e accoglie l'appello principale, come in epigrafe proposto, nei limiti di cui in motivazione e per l'effetto accoglie, nei medesimi limiti, il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Virgilio, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Michele Corradino, Consigliere, Estensore

Fabio Taormina, Consigliere
Andrea Migliozi, Consigliere
DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 22 SET. 2014.

Fonti: Giustizia Civile Massimario 2016 - Diritto & Giustizia 2017, 4 gennaio

Classificazione: CASSAZIONE CIVILE - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - - Consiglio di Stato

Cassazione civile - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - Consiglio di Stato – Mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia - Possibilità per le Sezioni Unite di disporlo autonomamente - Esclusione - Ambito di valutazione delle stesse limitato al controllo sui limiti esterni della giurisdizione - Inesistenza di norme dell'Unione Europea.

Il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, omesso dal Consiglio di Stato, non può essere disposto, sulla medesima questione, dalle Sezioni Unite della Suprema Corte innanzi alle quali sia stata impugnata la corrispondente decisione, spettando ad esse solo di vagliare il rispetto, da parte del primo, dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, senza che, su tale attribuzione di controllo, siano evidenziabili norme dell'Unione Europea su cui possano ipotizzarsi quesiti interpretativi.

(Rigetta, Cons. Stato, n.3185 del 23/06/2014)

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RORDORF Renato - Primo Presidente f.f. -
Dott. AMOROSO Giovanni - Presidente di sez. -
Dott. BERNABAI Renato - Consigliere -
Dott. BIELLI Stefano - Consigliere -
Dott. BIANCHINI Bruno - Consigliere -
Dott. DIDONE Antonio - Consigliere -
Dott. CURZIO Pietro - Consigliere -
Dott. DI IASI Camilla - Consigliere -
Dott. CIRILLO Ettore - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 26549-2014 proposto da:

SOCIETA' FONDIARIA INDUSTRIALE ROMAGNOLA S.F.I.R. S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DORA 1, presso lo studio degli avvocati ALESSIA MONTANI e VINCENZO CERULLI IRELLI, che la rappresentano e difendono, per delega a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

A.G.E.A. AGENZIA PER LE EROGAZIONI IN AGRICOLTURA, MINISTERO DELLE POLITICHE AGRICOLE, ALIMENTARI E FORESTALI;

- intimati -

avverso la sentenza n. 3185/2014 del CONSIGLIO DI STATO, depositata

il 23/06/2014;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 21/06/2016 dal Consigliere Dott. ETTORE CIRILLO;

udito l'Avvocato Alessia MONTANI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. PRATIS Pierfelice, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. SFIR - Società fondiaria industriale romagnola - S.p.A. è impresa saccarifera che ha aderito al piano comunitario di ristrutturazione dell'industria dello zucchero, presentando al Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali domanda di concessione per l'aiuto integrale, corredata dal piano di ristrutturazione degli stabilimenti interessati prevedente lo smantellamento di tutti gli impianti legati alla linea produttiva e il mantenimento di taluni silos di stoccaggio a lungo termine e degli impianti di confezionamento e commercializzazione, in quanto utilizzati non per la produzione, bensì appunto per le attività di confezionamento e commercializzazione dello zucchero prodotto in altri stabilimenti o da altre imprese.

Tuttavia, con nota n. 2095 del 15 marzo 2011, il Ministero ha comunicato a SFIR che, a seguito di altre ispezioni effettuate nel mese di settembre 2010, i revisori della Commissione hanno riscontrato l'esistenza di silos presso alcuni stabilimenti dismessi e per la prima volta formulato rilievi, formalizzati con nota Ares n. 922678 del 9 dicembre 2010. In particolare, hanno ritenuto che il mantenimento dei silos non sia conforme ai regolamenti C.E. nn. 320/2006 e 968/2006 ai fini dell'ammissibilità a tasso pieno dell'aiuto, implicante il completo smantellamento di tutti i manufatti direttamente connessi alla produzione, quali appunto i silos da considerarsi come "direttamente connessi alla produzione dello zucchero" in quanto "impianti di imballaggio" di cui all'art. 4, par. 1, lett. c) del cit. regolamento C.E. n. 968/2006. Poi, con nota n. 327 del 22 marzo 2011, l'AGEA ha diffidato l'interessata a procedere allo smantellamento totale mediante la completa dismissione dei silos entro il termine dettato dal regolamento comunitario (30 settembre 2011, poi 31 marzo 2012), nonchè ha comunicato di non poter svincolare le cauzioni presentate dall'impresa a garanzia degli impegni assunti, stante la raccomandazione "all'Italia di non rilasciare nessuna ulteriore cauzione alle imprese interessate", formulata dalla Commissione europea e ribadita dal Ministero con nota 2 marzo 2011 n. 1732.

2. Con sentenza n. 9481 del primo dicembre 2011 il TAR ha accolto parzialmente il ricorso avverso i suddetti atti, ossia unicamente nella parte intesa ad ottenere lo svincolo parziale della cauzione in corrispondenza dell'aiuto per smantellamento parziale, dunque con esclusione della quota differenziale. Sono stati invece respinti i motivi di ricorso intesi a sostenere che lo "smantellamento totale" degli impianti di produzione, dante luogo ad aiuto maggiore rispetto a quello relativo allo "smantellamento parziale", non comprendesse la demolizione dei silos di stoccaggio, in quanto connessi alla diversa fase di commercializzazione (e non di produzione).

SFIR ha appellato detta sentenza dinanzi al Consiglio di Stato che, con ordinanza n. 2069 del 12 aprile 2012, ha rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione europea la risoluzione di talune questioni pregiudiziali.

3. Con sentenza del 14 novembre 2013, resa nelle cause riunite da C187/12 a C-189/12, la Corte di giustizia da un lato ha affermato che l'esame delle questioni "non ha evidenziato alcun elemento atto a inficiare la validità degli artt. 3 e 4 del regolamento n. 320/2006 e dell'art. 4 del regolamento n. 968/2006", nel resto ha stabilito:

"Gli artt. 3 e 4 del regolamento (CE) n. 320/2006 del Consiglio, del 20 febbraio 2006, relativo a un regime temporaneo per la ristrutturazione dell'industria dello zucchero nella Comunità e che modifica il regolamento (CE) n. 1290/2005 relativo al finanziamento della politica agricola comune, e l'art. 4 del regolamento (CE) n. 968/2006 della Commissione, del 27 giugno 2006, recante modalità di applicazione del regolamento n. 320/2006, devono essere interpretati nel senso che, ai loro fini, la nozione di "impianti di produzione" comprende i silos destinati allo stoccaggio dello zucchero del beneficiario dell'aiuto, a prescindere se questi siano utilizzati anche per altri usi. Non rientrano in tale nozione nè i silos utilizzati unicamente per lo stoccaggio di zucchero, prodotto entro quota, depositato da altri produttori o acquistato da questi ultimi, nè quelli utilizzati solamente per il confezionamento o l'imbballaggio di zucchero ai fini della sua commercializzazione.

Spetta al giudice nazionale valutare caso per caso, tenendo conto delle caratteristiche tecniche o del vero uso che è fatto dei silos di cui trattasi".

4. Indi, riattivatosi in giudizio di merito, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 3185 del 2014, ha rigettato il gravame.

Secondo il giudice d'appello la normativa in discussione, la quale non si poneva in contrasto con gli invocati principi di proporzionalità e di parità di trattamento, consentiva la permanenza dei silos solo in via di eccezione ed in ben ristretti casi. Quindi occorre verificare se, con riferimento al periodo di attività produttiva dello zuccherificio, con particolare al punto n. 40 della decisione della Corte di giustizia, per il silo dello stabilimento di (OMISSIS) e per i due silos dello stabilimento di (OMISSIS), qui in discussione, fosse dimostrato che ricorressero a suo tempo singolarmente e di fatto le condizioni che ne consentissero l'esenzione dallo smantellamento. Tali condizioni, secondo la Corte di giustizia, consistevano "nella pregressa utilizzazione, per ragioni tecniche o commerciali, dell'impianto di stoccaggio esclusivamente per zucchero prodotto entro quota altrove, sia dallo stesso produttore che da altri produttori e da loro depositato o venduto, ossia nell'utilizzazione del silo nell'ambito della sola commercializzazione e non della produzione intesa nei sensi espressi dalla stessa Corte, unicamente in questo caso potendosi escludere il silo dal novero degli impianti di produzione da smantellare per mantenere il diritto all'aiuto integrale".

Tuttavia, dagli atti di causa non emergeva alcuna prova in tal senso.

Ne derivava, per il Consiglio di Stato, che andavano qualificati come "impianti produttivi" tutti e tre i silos, peraltro definiti "di stoccaggio a lungo termine" dalla commissione ministeriale di valutazione, come evidenziato dalla stessa appellante.

5. Contro la sentenza, SFIR propone ricorso per cassazione denunciando che il Consiglio di Stato abbia travalicato i limiti esterni della propria giurisdizione, indebitamente sostituendosi alla Corte di giustizia nell'interpretare la regolamentazione dell'UE in materia di ristrutturazione dell'industria zaccarifera in una vicenda in cui la corretta interpretazione della fonte eurounitaria era cruciale per la soluzione della controversia, in particolare riguardo a quale fosse il momento nel tempo rispetto al quale di dovesse svolgere l'analisi "caso per caso" al fine di verificare la caratteristiche dei silos. Trattavasi, secondo la ricorrente, di questione non toccata dalla decisione della Corte di giustizia che avrebbe dovuto essere nuovamente investita della questione prima che il giudice nazionale definisse l'appello. In proposito formula anche richiesta di rinvio pregiudiziale. Gli intimati non hanno svolto alcuna attività difensiva.

Diritto

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso va disatteso dovendosi dare ulteriore continuità ai principi di diritto recentemente enunciati dalle sezioni unite di questa Corte in analoga vertenza (Cassazione civile, sez. un., 20/05/2016, n. 10501). Tale decisione ribadisce che, in materia di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione - che l'art. 111 Cost., u.c. affida alla Corte di cassazione - non include anche una funzione di verifica finale della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea, neppure sotto il profilo dell'osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267, comma 3 TFUE. Si deve, infatti, tener conto che nel plesso della giurisdizione amministrativa spetta al Consiglio di Stato - quale giudice di ultima istanza - garantire, nello specifico ordinamento di settore, la conformità del diritto interno a quello dell'Unione, se del caso avvalendosi dello strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Di contro, l'ordinamento nazionale contempla - per reagire ad una lesione del principio di effettività della tutela, conseguente ad una decisione del giudice amministrativo assunta in pregiudizio di situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto dell'Unione - altri strumenti di garanzia, attivabili a fronte di una violazione del diritto comunitario che sia grave e manifesta (Cassazione civile, sez. un., 04/02/2014, n. 2403). Si rammenta che la Corte di giustizia, nell'esercizio del potere di interpretazione, non opera come giudice del caso concreto, bensì come interprete di disposizioni ritenute rilevanti ai fini del decidere da parte del giudice nazionale, in capo al quale permane in via esclusiva la funzione giurisdizionale. Ne consegue che il mancato rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato alla Corte di giustizia, non configura una questione attinente allo sconfinamento dalla giurisdizione del giudice amministrativo (Cassazione civile, sez. un., 05/07/2013, n. 16886).

2. Costituisce *jus receptum* il principio di diritto secondo cui, ai fini dell'individuazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. Pertanto, rientra nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla

giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8 la eroghi concretamente e nel vincolarlo ad esercitare la giurisdizione rispettandone il contenuto essenziale (Cassazione civile, sez. un., 23/12/2008, n. 30254). Però il controllo del limite esterno non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare errori in iudicando o in procedendo per contrasto con il diritto dell'Unione europea, salva l'ipotesi, estrema, in cui l'errore si sia tradotto in una interpretazione delle norme europee di riferimento in contrasto con quelle fornite dalla Corte di giustizia, sì da precludere l'accesso alla tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo (Cassazione civile, sez. un., 06/02/2015, n. 2242). Il che non ricorre se la decisione del Consiglio di Stato non contiene un aprioristico diniego di giurisdizione e, anzi, è assunta alla luce di pronuncia della Corte di giustizia (Cassazione civile, sez. un., 29/02/2016, n. 3915).

A tal proposito si è osservato che la primazia del diritto dell'UE "non sovverte gli assetti procedurali degli ordinamenti nazionali (e la relativa funzione di garantire certezza e stabilità ai rapporti giuridici)"; sicchè, per un verso, "il mancato accoglimento, da parte del Consiglio di Stato..., di una richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia del Lussemburgo...è determinazione che, essendo espressione della potestas iudicandi devoluta a quel giudice, non esorbita i limiti interni della sua giurisdizione", e, per l'altro verso, "il ricorso per cassazione, teso ad accertare la ricorrenza... delle condizioni per il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, è inammissibile, giacchè si risolve in una impugnativa diretta, non già a prospettare una questione attinente alla giurisdizione del giudice amministrativo, ma a denunciare un (supposto) errore di giudizio" (Cassazione civile, sez. un., 01/03/2012, n. 3236).

3. Inoltre va ribadito quanto enunciato in analoga vertenza, cioè che "dirimente, poi, appare, nella concreta fattispecie, la stessa prospettazione della doglianza, la quale concerne non già l'omesso rinvio pregiudiziale al fine dell'interpretazione della normativa europea bensì l'omesso reinvio degli atti alla Corte di Giustizia - già adita dal giudice amministrativo - al fine di ottenere un chiarimento sull'interpretazione pregiudiziale già fornita (Cassazione civile, sez. un., 20/05/2016, n. 10501, cit.).

Di contro, il Consiglio di Stato ha compiuto proprio "quell'accertamento caso per caso demandato dalla Corte di giustizia al giudice nazionale dopo avere enucleato il principio enunciato dalla corte europea e, dunque, il vizio dal quale sarebbe affetta quell'operazione ermeneutica sarebbe palesemente un error in iudicando, non denunciabile ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, con ricorso per cassazione" (ult. cit.).

4. Nè alcun rinvio pregiudiziale alla Corte europea di Lussemburgo potrebbe, in una ipotesi come quella in esame, essere disposto dalle sezioni unite della Corte di cassazione, potendosi vagliare solo il rispetto da parte del Consiglio di Stato dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa mentre non si evidenziano norme dell'UE che riguardino una tale attribuzione di controllo sui limiti della giurisdizione in ordine alle quali possano ipotizzarsi quesiti interpretativi. Si deve pertanto disattendere la richiesta di rinvio alla Corte di giustizia avanzata a pag. 31 dell'odierno ricorso, non esistendo alcun diritto della

parte all'automatico rinvio pregiudiziale ogni qualvolta la corte di Cassazione non ne condivida le tesi difensive, bastando che le ragioni del diniego siano espresse (Corte EDU, caso Ullens de Schooten & Rezabek vs. Belgio) ovvero implicite laddove la questione pregiudiziale sia manifestamente inammissibile o manifestamente infondata (Corte EDU, caso Wind Telecomunicazioni vs. Italia, 36).

5. Dal rigetto del ricorso non deriva alcuna statuizione in punto di spese non avendo le parti pubbliche svolto alcuna attività difensiva.

PQM

La Corte rigetta il ricorso.

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del cit. art. 13, comma 1-bis.

Così deciso in Roma, il 21 giugno 2016.

Depositato in Cancelleria il 8 luglio 2016

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RORDORF Renato - Primo Presidente f.f. -

Dott. AMOROSO Giovanni - Presidente di sez. -

Dott. BERNABAI Renato - Consigliere -

Dott. BIELLI Stefano - Consigliere -

Dott. BIANCHINI Bruno - Consigliere -

Dott. DIDONE Antonio - Consigliere -

Dott. CURZIO Pietro - Consigliere -

Dott. DI IASI Camilla - Consigliere -

Dott. CIRILLO Ettore - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 27217-2014 proposto da:

CO.PRO.B. - COOPERATIVA PRODUTTORI BIETICOLI SOCIETA' COOPERATIVA AGRICOLA, in persona del Direttore Generale pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA MIGNANELLI 3, presso lo studio dell'avvocato PIERGIORGIO GALLI, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati MANFREDI DE VITA, ANDREA MOZZATI, SILVIA MARIA SPECCHIO, per delega in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

A.G.E.A. AGENZIA PER LE EROGAZIONI IN AGRICOLTURA, MINISTERO DELLE POLITICHE AGRICOLE, ALIMENTARI E FORESTALI, FINBIETICOLA BONDENO/FINBIETICOLA CASEI GEROLA/TERRAE S.P.A.;

- intimati -

avverso la sentenza n. 3186/2014 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 23/06/2014;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 21/06/2016 dal Consigliere Dott. ETTORE CIRILLO;

udito l'Avvocato Alessia MONTANI per delega dell'avvocato Piergiorgio Galli;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. PRATIS Pierfelice, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. Co.Pro.B. è impresa saccarifera che ha aderito al piano comunitario di ristrutturazione dell'industria dello zucchero, presentando al Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali domanda di concessione per l'aiuto integrale, corredata dal piano di ristrutturazione degli stabilimenti interessati prevedente lo smantellamento di tutti gli

impianti legati alla linea produttiva e il mantenimento di taluni silos di stoccaggio a lungo termine e degli impianti di confezionamento e commercializzazione, in quanto utilizzati non per la produzione, bensì appunto per le attività di confezionamento e commercializzazione dello zucchero prodotto in altri stabilimenti o da altre imprese.

Tuttavia con nota n. 2095 del 15 marzo 2011 il Ministero ha comunicato a Co.Pro.B. che, a seguito dell'indagine effettuata nel mese di settembre 2010, i revisori della Commissione hanno riscontrato l'esistenza di silos presso alcuni stabilimenti dismessi, formalizzando i relativi rilievi con nota Ares n. 922678 del 9 dicembre 2010. In particolare, hanno ritenuto che il mantenimento dei silos non sia conforme ai regolamenti C.E. nn. 320/2006 e 968/2006 ai fini dell'ammissibilità a tasso pieno dell'aiuto, implicante il completo smantellamento di tutti i manufatti direttamente connessi alla produzione, quali appunto i silos da considerarsi come "direttamente connessi alla produzione dello zucchero" in quanto "impianti di imballaggio" di cui all'art. 4, par. 1, lett. c) cit. regolamento C.E. n. 968/2006.

Poi, con nota n. 326 del 22 marzo 2011 l'AGEA ha diffidato l'interessata a procedere allo smantellamento totale mediante la completa dismissione dei silos entro il termine dettato dal regolamento comunitario (30 settembre 2011, poi 31 marzo 2012), nonchè ha comunicato di non poter svincolare le cauzioni presentate dall'impresa a garanzia degli impegni assunti, stante la raccomandazione "all'Italia di non rilasciare nessuna ulteriore cauzione alle imprese interessate", formulata dalla Commissione europea e ribadita dal Ministero con nota n. 1732 del 2 marzo 2011.

2. Con sentenza n. 9480 del primo dicembre 2011 il TAR ha accolto parzialmente il ricorso avverso i suddetti atti, ossia unicamente nella parte intesa ad ottenere lo svincolo parziale della cauzione in corrispondenza dell'aiuto per smantellamento parziale, dunque con esclusione della quota differenziale. Sono stati invece respinti i motivi di ricorso intesi a sostenere che lo "smantellamento totale" degli impianti di produzione, dante luogo ad aiuto maggiore rispetto a quello relativo allo "smantellamento parziale", non comprendesse la demolizione dei silos di stoccaggio, in quanto connessi alla diversa fase di commercializzazione (e non di produzione).

Co.Pro.B. ha appellato detta sentenza dinanzi al Consiglio di Stato che, con ordinanza n. 2081 del 12 aprile 2012, ha rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione europea la risoluzione di talune questioni pregiudiziali.

3. Con sentenza del 14 novembre 2013 resa nelle cause riunite da C187/12 a C-189/12 la Corte di giustizia da un lato ha affermato che l'esame delle questioni "non ha evidenziato alcun elemento atto a inficiare la validità degli artt. 3 e 4 regolamento n. 320/2006 e dell'art. 4 regolamento n. 968/2006", nel resto ha stabilito: "Gli artt. 3 e 4 del regolamento (CE) n. 320/2006 del Consiglio, del 20 febbraio 2006, relativo a un regime temporaneo per la ristrutturazione dell'industria dello zucchero nella Comunità e che modifica il regolamento (CE) n. 1290/2005 relativo al finanziamento della politica agricola comune, e l'art. 4 del regolamento (CE) n. 968/2006 della Commissione, del 27 giugno 2006, recante modalità di applicazione del regolamento n. 320/2006, devono essere interpretati nel senso che, ai loro fini, la nozione di "impianti di produzione" comprende i silos destinati allo

stoccaggio dello zucchero del beneficiario dell'aiuto, a prescindere se questi siano utilizzati anche per altri usi. Non rientrano in tale nozione nè i silos utilizzati unicamente per lo stoccaggio di zucchero, prodotto entro quota, depositato da altri produttori o acquistato da questi ultimi, nè quelli utilizzati solamente per il confezionamento o l'imballaggio di zucchero ai fini della sua commercializzazione.

Spetta al giudice nazionale valutare caso per caso, tenendo conto delle caratteristiche tecniche o del vero uso che è fatto dei silos di cui trattasi".

4. Indi, riattivatosi il giudizio di merito, il Consiglio di Stato, con sentenza n. 3186 del 2014, ha accolto l'appello limitatamente a un silo di capacità di sessantamila tonnellate, con conseguente accoglimento parziale del ricorso di primo grado ed annullamento in parte qua della nota in data 22 marzo 2011 dell'AGEA, mentre per il resto lo ha respinto.

Secondo il giudice d'appello la normativa in discussione, la quale non si poneva in contrasto con gli invocati principi di proporzionalità e di parità di trattamento, consentiva la permanenza dei silos solo in via di eccezione ed in ben ristretti casi. Quindi occorre verificare se, con riferimento al periodo di attività produttiva dello zuccherificio, con particolare riguardo al punto n. 40 della decisione della Corte di giustizia, per i due silos dello stabilimento di (OMISSIS) e per i tre dello stabilimento di (OMISSIS) fosse dimostrato che ricorressero a suo tempo singolarmente e di fatto le condizioni per l'esenzione dallo smantellamento. Tali condizioni, per quanto chiarito dalla Corte di giustizia, consistevano "nella pregressa utilizzazione, per ragioni tecniche o commerciali, dell'impianto di stoccaggio esclusivamente per zucchero prodotto entro quota altrove, sia dallo stesso produttore che da altri produttori e da loro depositato o venduto, ossia nell'utilizzazione del silo nell'ambito della sola commercializzazione e non della produzione intesa nei sensi espressi dalla stessa Corte, unicamente in tal caso potendosi escludere il silo dal novero degli impianti di produzione da smantellare per mantenere il diritto all'aiuto integrale".

Al riguardo, il giudice d'appello osservava che non v'era in atti alcuna dimostrazione in tal senso per il silo di capacità di trentamila tonnellate dello stabilimento di (OMISSIS) e per i tre dello stabilimento di (OMISSIS). Mentre, quanto al silo di (OMISSIS) di capacità di sessantamila tonnellate, emergeva invece dagli atti di causa come fosse stato documentalmente accertato da parte del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali che il medesimo silo "non fosse giuridicamente, formalmente o funzionalmente riconducibile allo zuccherificio attivo presso il sito di (OMISSIS) fino all'ultima campagna di produzione".

4. Contro la sentenza Co.Pro.B. propone ricorso per cassazione denunciando che il Consiglio di Stato abbia travalicato i limiti esterni della propria giurisdizione indebitamente sostituendosi alla Corte di giustizia nell'interpretare la regolamentazione dell'UE in materia di ristrutturazione dell'industria saccarifera in una vicenda in cui la corretta interpretazione della fonte eurounitaria era cruciale per la soluzione della controversia, in particolare riguardo a quale fosse il momento nel tempo rispetto al quale di dovesse svolgere l'analisi "caso per caso" al fine di verificare la caratteristiche dei silos. Trattavasi, secondo la ricorrente, di questione non toccata dalla decisione della Corte di giustizia che avrebbe dovuto essere nuovamente investita della questione prima il giudice nazionale di definisse

l'appello. In proposito formula anche richiesta di rinvio pregiudiziale. Gli intimati non hanno svolto alcuna attività difensiva.

Diritto

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso va disatteso dovendosi dare ulteriore continuità ai principi di diritto recentemente enunciati dalle sezioni unite di questa Corte in analogo vertenza (Cassazione civile, sez. un., 20/05/2016, n. 10501). Tale decisione ribadisce che, in materia di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione - che l'art. 111 Cost., u.c. affida alla Corte di cassazione - non include anche una funzione di verifica finale della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione europea, neppure sotto il profilo dell'osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 267, comma 3 del TFUE. Si deve, infatti, tener conto che nel plesso della giurisdizione amministrativa spetta al Consiglio di Stato - quale giudice di ultima istanza - garantire, nello specifico ordinamento di settore, la conformità del diritto interno a quello dell'Unione, se del caso avvalendosi dello strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Di contro, l'ordinamento nazionale contempla - per reagire ad una lesione del principio di effettività della tutela, conseguente ad una decisione del giudice amministrativo assunta in pregiudizio di situazioni giuridiche soggettive protette dal diritto dell'Unione - altri strumenti di garanzia, attivabili a fronte di una violazione del diritto comunitario che sia grave e manifesta (Cassazione civile, sez. un., 04/02/2014, n. 2403). Si rammenta che la Corte di giustizia, nell'esercizio del potere di interpretazione, non opera come giudice del caso concreto, bensì come interprete di disposizioni ritenute rilevanti ai fini del decidere da parte del giudice nazionale, in capo al quale permane in via esclusiva la funzione giurisdizionale. Ne consegue che il mancato rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato alla Corte di giustizia non configura una questione attinente allo sconfinamento dalla giurisdizione del giudice amministrativo (Cassazione civile, sez. un., 05/07/2013, n. 16886).

2. Costituisce *jus receptum* il principio di diritto secondo cui, ai fini dell'individuazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto a quel potere stabilendo le forme di tutela attraverso le quali esso si estrinseca. Pertanto, rientra nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela, onde verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'ottavo comma dell'art. 111 Cost., la eroghi concretamente e nel vincolarlo ad esercitare la giurisdizione rispettandone il contenuto essenziale (Cassazione civile, sez. un., 23/12/2008, n. 30254). Però il controllo del limite esterno non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare errori in iudicando o in procedendo per contrasto con il diritto dell'Unione europea, salva l'ipotesi, estrema, in cui l'errore si sia tradotto in una interpretazione delle norme europee di riferimento in contrasto con quelle fornite dalla Corte di giustizia, sì da precludere l'accesso alla tutela giurisdizionale dinanzi al

giudice amministrativo (Cassazione civile, sez. un., 06/02/2015, n. 2242). Il che non ricorre se la decisione del Consiglio di Stato non contiene un aprioristico diniego di giurisdizione e, anzi, è assunta alla luce di pronuncia della Corte di giustizia (Cassazione civile, sez. un., 29/02/2016, n. 3915).

A tal proposito si è osservato che la primazia del diritto dell'UE "non sovverte gli assetti procedurali degli ordinamenti nazionali (e la relativa funzione di garantire certezza e stabilità ai rapporti giuridici)": sicchè, per un verso, "il mancato accoglimento, da parte del Consiglio di Stato..., di una richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia del Lussemburgo...è determinazione che, essendo espressione della potestas iudicandi devoluta a quel giudice, non esorbita i limiti interni della sua giurisdizione", e, per l'altro verso, "il ricorso per cassazione, teso ad accertare la ricorrenza... delle condizioni per il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, è inammissibile, giacchè si risolve in una impugnativa diretta, non già a prospettare una questione attinente alla giurisdizione del giudice amministrativo, ma a denunciarne un (supposto) errore di giudizio" (Cassazione civile, sez. un., 01/03/2012, n. 3236).

3. Inoltre va ribadito quanto enunciato in analoga vertenza, cioè che "dirimente, poi, appare, nella concreta fattispecie, la stessa prospettazione della doglianza, la quale concerne non già l'omesso rinvio pregiudiziale al fine dell'interpretazione della normativa europea bensì l'omesso re-invio degli atti alla Corte di giustizia -

già adita dal giudice amministrativo - al fine di ottenere un chiarimento sull'interpretazione pregiudiziale già fornita (Cassazione civile, sez. un., 20/05/2016, n. 10501, cit.).

Di contro, il Consiglio di Stato ha compiuto proprio "quell'accertamento caso per caso demandato dalla Corte di giustizia al giudice nazionale dopo avere enucleato il principio enunciato dalla Corte europea e, dunque, il vizio dal quale sarebbe affetta quell'operazione ermeneutica sarebbe palesemente un error in iudicando, non denunciabile ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, con ricorso per cassazione" (ult. cit.).

4. Nè alcun rinvio pregiudiziale alla Corte europea di Lussemburgo potrebbe, in una ipotesi come quella in esame, essere disposto dalle sezioni unite della Corte di cassazione potendosi vagliare solo il rispetto da parte del Consiglio di Stato dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, mentre non si evidenziano norme dell'UE che riguardino una tale attribuzione di controllo sui limiti della giurisdizione in ordine alle quali possano ipotizzarsi quesiti interpretativi.

Si deve pertanto disattendere la richiesta di rinvio alla Corte di giustizia avanzata al punto 74) dell'odierno ricorso, non esistendo alcun diritto della parte all'automatico rinvio pregiudiziale ogniquale volta la Corte di cassazione non ne condivide le tesi difensive, bastando che le ragioni del diniego siano espresse (Corte EDU, caso Ullens de Schooten & Rezabek vs. Belgio) ovvero implicite laddove la questione pregiudiziale sia manifestamente inammissibile o manifestamente infondata (Corte EDU, caso Wind Telecomunicazioni vs. Italia, 36).

5. Dal rigetto del ricorso non deriva alcuna statuizione in punto di spese, non avendo le parti pubbliche svolto alcuna attività difensiva.

PQM

La Corte rigetta il ricorso.

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del cit. art. 13, comma 1-bis.

Così deciso in Roma, il 21 giugno 2016.

Depositato in Cancelleria il 8 luglio 2016

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROVELLI Luigi Antonio - Primo Presidente f.f. -
Dott. SALME' Giuseppe - Presidente di Sez. -
Dott. RORDORF Renato - Presidente di Sez. -
Dott. RAGONESI Vittorio - Consigliere -
Dott. MAZZACANE Vincenzo - Consigliere -
Dott. VIVALDI Roberta - Consigliere -
Dott. NAPOLETANO Giuseppe - Consigliere -
Dott. AMBROSIO Annamaria - Consigliere -
Dott. DI IASI Camilla - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 21345-2013 proposto da:

DISTREX S.P.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore,
elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DELLE PROVINCIE 184, presso lo
studio dell'avvocato PATERNOSTER MARIA TERESA, che la rappresenta e
difende unitamente all'avvocato UGOLINI SAVERIO, per delega a margine
del ricorso;

- ricorrente -

contro

JOHNSON & JOHNSON MEDICAL S.P.A., in persona del
legale
rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA
DEL TEMPIO 1, presso lo studio dell'avvocato MALEDDU ANGELO,
rappresentata e difesa dall'avvocato ZOPPELLARI MARIO, per delega in
calce al controricorso;

- controricorrente -

e contro

SO.RE.SA. S.P.A.;

- intimata -

avverso la sentenza n. 2841/2013 del CONSIGLIO DI STATO, depositata
il 24/05/2013;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del
02/12/2014 dal Consigliere Dott. CAMILLA DI IASI;

uditi gli avvocati Maria Teresa PATERNOSTER, Mario ZOPPELLARI;

udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott. APICE Umberto,
che ha concluso per l'inammissibilità o rigetto del ricorso.

RITENUTO IN FATTO

Distrex s.p.a., partecipando ad una gara pubblica indetta D.Lgs. n. 163 del 2006, ex art.
82 da SORESA s.p.a. (Società della Regione Campania per la sanità) per l'affidamento

della fornitura di dispositivi medici per medicazione, medicazione avanzata e speciale, presentò un'offerta che all'apertura delle buste si rivelò migliore di quella della Johnson & Johnson s.p.a., la quale risultò tuttavia aggiudicataria, essendo stata la Distrex esclusa perchè il prodotto offerto non era conforme al bando. Quest'ultima società impugnò pertanto l'atto di aggiudicazione dinanzi al Tar Campania, che respinse il ricorso con sentenza appellata da Distrex.

Per quanto in questa sede rileva, il Consiglio di Stato ha respinto l'appello di Distrex confermando la sentenza del TAR in particolare (tra l'altro) sia nella parte in cui quest'ultimo giudice aveva sostenuto l'immediata impugnabilità delle clausole del bando prevedenti le caratteristiche tecniche del prodotto (e quindi la tardività del ricorso proposto da Distrex sul punto), ritenendo decisivo, ai fini dell'onere di immediata impugnazione, il fatto che le clausole in questione non solo manifestavano immediatamente la loro attitudine lesiva, ma essa era tale da determinare l'esclusione del concorrente ben prima e al di là di qualsiasi valutazione comparativa della sua offerta, sia nella parte in cui il suddetto giudice aveva ritenuto inammissibili le censure contenute nella memoria di cui all'art. 43 c.p.a. perchè prospettanti temi nuovi e ulteriori rispetto a quelli affrontati nel ricorso introduttivo.

Per la cassazione di questa sentenza Distrex s.p.a. ricorre nei confronti di SORESA s.p.a. e Johnson & Johnson s.p.a., che resiste con controricorso.

Entrambe le parti costituite hanno depositato memoria.

Diritto

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Nella memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c. Johnson & Johnson s.p.a. ha dedotto l'inammissibilità del ricorso proposto da Distrex per difetto di procura speciale, posto che la procura a margine del suddetto ricorso non solo non reca alcun riferimento allo specifico mezzo di impugnazione ed al provvedimento impugnato, ma contiene espressioni univocamente dirette ad attività proprie di altri giudizi e fasi processuali, pertanto incompatibili con la specialità richiesta dall'art. 365 c.p.c..

Il rilievo è destituito di fondamento. In proposito il collegio intende dare continuità alla giurisprudenza di questo giudice di legittimità secondo la quale mandato apposto in calce o a margine del ricorso per cassazione, è, per sua natura, speciale e non richiede alcune in corso, essendo pertanto irrilevante non richiamo al giudizio di legittimità, ma anche l'adozione di una formula che faccia cenno a poteri e facoltà solitamente rapportabili al procedimento di merito (cfr. cass. n. 18468 del 2014), specifico riferimento al processo solo la mancanza di un espresso ovvero l'utilizzo di un timbro prestampato prevedente che la procura è conferita al difensore "nel presente giudizio in ogni suo grado e nell'eventuale opposizione all'esecuzione" (v. cass. n. 21205 del 2013 e per considerazioni analoghe, tra le altre, cass. n. 1954 del 2009).

2. Nel ricorso in esame Distrix s.p.a. si duole della ritenuta tardività del ricorso introduttivo con riguardo alla contestazione di clausole prevedenti requisiti validi "ad excludendum" in quanto contraria al giusto processo e costituente rifiuto di esercizio

della tutela giurisdizionale, e si duole altresì del fatto che i giudici d'appello abbiano esaminato il merito delle censure proposte avverso la sentenza del TAR senza considerare (per ritenuta preclusione) le censure - contenute nella memoria presentata al TAR - relative alla regola di bando ed alla sua contrarietà alle direttive comunitarie.

La ricorrente chiede pertanto a queste sezioni unite la cassazione della sentenza del C.D.S. con rinvio ad altra sezione del medesimo Consiglio ed enunciazione del principio di diritto o comunque delle "statuizioni" alle quali il C.d.S. dovrà uniformarsi, ed in particolare chiede di accertare e dichiarare che il C.d.S., sostenendo la tardività delle censure prospettate contro le clausole del capitolato speciale ha negato la giurisdizione sul ricorso in appello in violazione del principio del giusto processo affermato dalla Costituzione e del processo equo di cui all'art. 6 CEDU ed inoltre che il suddetto C.d.S., nel ritenere che la memoria difensiva presentata dinanzi al TAR contenesse un inammissibile ampliamento della materia del contendere, con conseguente inammissibilità delle argomentazioni in essa proposte contro l'interpretazione delle clausole del capitolato speciale fornita dalle difese delle resistenti nel giudizio di primo grado, abbia negato la propria giurisdizione in violazione del principio stabilito nei Trattati dell'Unione Europea come interpretati dalla Corte di Giustizia.

Il ricorso è inammissibile.

Le sentenze pronunciate dai giudici speciali in unico grado o in grado d'appello sono ricorribili dinanzi a queste sezioni unite solo per motivi attinenti alla giurisdizione e nella specie le doglianze sopra esposte, ancorchè prospettate in termini di rifiuto di giurisdizione, riguardano invece soltanto errores in procedendo e/o in iudicando, non venendo nella specie in considerazione il principio secondo il quale la questione di giurisdizione si presenta non solo quando sia in discussione la circostanza che essa spetti al giudice cui la parte si è rivolta - in quanto solo al medesimo compete di provvedere - ma anche allorchè si debba stabilire se, in base alla norma attributiva della giurisdizione, ricorrano le condizioni alla cui presenza il giudice abbia il dovere di esercitarla (v. in proposito su n. 30254 del 2008, seguita tra le altre da su n. 2065 de La giurisprudenza di queste sezioni unite 2011 e n. 15428 del 2012).

ha infatti ripetutamente chiarito che il ricorso col quale venga denunciato un rifiuto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo rientra fra i motivi attinenti alla giurisdizione, ai sensi dell'art. 362 c.p.c., soltanto se il rifiuto sia stato determinato dalla affermata estraneità della domanda alle attribuzioni giurisdizionali dello stesso giudice, la quale non possa per questo essere da lui conosciuta (v. s.u. n. 3037 del 2013 e tra le altre v. anche s.u. n. 26583 del 2013, secondo la quale appartiene all'area del sindacabile rifiuto della propria giurisdizione solo quel diniego di tutela da parte del giudice amministrativo che si radichi nella affermazione della esistenza di un ostacolo generale alla conoscibilità della domanda, mentre si sottrae a detto sindacato quel diniego che discenda direttamente ed immediatamente:

dalla lettura o dalla applicazione delle norme invocate a sostegno della pretesa e che pertanto di tale lettura costituisca applicazione nel processo), onde l'evoluzione del concetto di giurisdizione nel senso di strumento per la tutela effettiva delle parti

comunque non giustifica il ricorso avverso le sentenze del Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, quando non si verta in ipotesi di aprioristico diniego di giustizia (cfr. su n. 10294 del 2012), ma la tutela giurisdizionale si assuma negata dal giudice speciale in conseguenza di errori in iudicando o in procedendo che si prospettino dal medesimo commessi in relazione allo specifico caso (cfr. anche su n. 771 del 2014). Deve peraltro aggiungersi che secondo la giurisprudenza di queste sezioni unite è configurabile l'eccesso di potere giurisdizionale con riferimento alle regole del processo amministrativo solo nel caso di radicale stravolgimento delle norme di rito, tale da implicare un elidente diniego di giustizia e non già nel caso di mero dissenso del ricorrente nell'interpretazione della legge (v. su n. 24468 del 2013 nonché tra le altre su n. 17933 del 2013 n. 15428 del 2012) ed inoltre che, ove il problema si ponesse eventualmente in relazione alla interpretazione della giurisprudenza comunitaria, anche l'eventuale erroneità della decisione sul punto non la renderebbe perciò solo sindacabile in questa sede (v. tra le altre su n. 2242 del 2015, secondo la quale il controllo del limite esterno della giurisdizione - che l'art. 111 Cost., comma 8, affida alla Corte di cassazione - non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare errori "in iudicando" o "in procedendo" per contrasto con il diritto dell'Unione europea, salva l'ipotesi, "estrema", in cui l'errore si sia tradotto in una interpretazione delle norme europee di riferimento in contrasto con quelle fornite dalla Corte di Giustizia Europea, sì da precludere l'accesso alla tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo).

Con particolare riferimento alla seconda censura, va inoltre precisato che gli errori in procedendo o in iudicando non sono conoscibili da queste sezioni unite nemmeno se la relativa censura passa attraverso la denuncia di disapplicazione del diritto comunitario e/o di mancata pronuncia sulla richiesta d'investire la Corte di Giustizia con quesiti interpretativi inerenti all'applicazione di disposizioni del Trattato, , essendo peraltro appena il caso di aggiungere che, poichè la suddetta Corte non opera, nell'esercizio del potere d'interpretazione delle norme del Trattato, come giudice del caso concreto, bensì come interprete di disposizioni ritenute rilevanti ai fini del decidere da parte del giudice nazionale (in capo al quale permane in via esclusiva la funzione giurisdizionale), il mancato rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato a detta Corte non configura una questione attinente allo sconfinamento dalla giurisdizione del giudice amministrativo (cfr., tra le altre, s.u. n. 16886 del 2013).

Il ricorso deve essere pertanto dichiarato inammissibile e la soccombente deve essere conseguentemente condannata alle spese del presente giudizio liquidate come in dispositivo.

PQM

La Corte a sezioni unite dichiara inammissibile il ricorso e condanna la ricorrente alle spese del presente giudizio che si liquidano in Euro 8.000,00 oltre Euro 200,00 per esborsi, spese forfettarie nella misura del 15% ed accessori di legge, dandosi atto ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater della sussistenza dei

presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso a norma del comma 1 bis, medesimo art.

Così deciso in Roma, il 2 dicembre 2014.

Depositato in Cancelleria il 1 aprile 2015

Fonti: Giustizia Civile Massimario 2014 – Diritto & Giustizia 2014, 9 aprile

Classificazione: CONCORRENZA (Disciplina della) - Autorità garante della concorrenza e del mercato - in genere

CASSAZIONE CIVILE - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - Consiglio di Stato - Provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Sindacato di legittimità del giudice amministrativo - Contenuto - Verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento - Profili tecnici - Estensione della verifica - Limiti - Coinvolgimento di opinioni e apprezzamenti contraddistinti da un oggettivo margine di opinabilità - Conseguenza - Verifica della sola non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità - Fondamento.

Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicarne della legittimità, salvo non includano valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità (come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza), nel qual caso il sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica della non esorbitanza dai suddetti margini di opinabilità, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell' Autorità Garante.

(Rigetta, Cons. Stato, n. 5067 del 24/09/2012)

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROVELLI	Luigi Antonio	- Primo Presidente f.f. -
Dott. SALME'	Giuseppe	- Presidente di Sez. -
Dott. RORDORF	Renato	- rel. Presidente di Sez. -
Dott. FORTE	Fabrizio	- Consigliere -
Dott. MAMMONE	Giovanni	- Consigliere -
Dott. SPIRITO	Angelo	- Consigliere -
Dott. D'ALESSANDRO	Paolo	- Consigliere -
Dott. TRAVAGLINO	Giacomo	- Consigliere -
Dott. PETITTI	Stefano	- Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 7261-2013 proposto da:

ACEA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore,
elettivamente domiciliata in ROMA, VIA BOLZANO 3 32, presso lo studio
dell'avvocato PERRETTINI ENZO, che la rappresenta e difende
unitamente agli avvocati TASSAN MAZZOCCO DANILO, REGGIO D'ACI ANDREA,

per delega in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, in persona del Presidente pro-tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che la rappresenta e difende ope legis;

- controricorrente -

e contro

SUEZ ENVIRONNEMENT S.A., FEDERUTILITY;

- intimati -

sul ricorso 7267-2013 proposto da:

SUEZ ENVIRONNEMENT S.A.S., in persona del legale rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA FEDERICO CONFALONIERI 5, presso lo studio dell'avvocato MANZI LUIGI, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati TASSAN MAZZOCCO DANILO, SCIUME' ALBERTO, CLARIZIA ANGELO, per delega in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

AUTORITA' GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, in persona del Presidente pro-tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che la rappresenta e difende ope legis;

- controricorrente -

e contro

ACEA S.P.A., FEDERUTILITY;

- intimati -

avverso la sentenza n. 5067/2012 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 24/09/2012;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 14/01/2014 dal Presidente Dott. RENATO RORDORF;

uditi gli avvocati Andrea REGGIO D'ACI, Danilo TASSAN MAZZOCCO, Massimo SANTORO dell'Avvocatura Generale dello Stato, Luigi MANZI, Alberto SCIUME', Angelo CLARIZIA;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. VELARDI Maurizio, che ha concluso per il rigetto di entrambi i ricorsi.

ESPOSIZIONE DEL FATTO

La società italiana Acea s.p.a. (in prosieguo Acea) e la società francese Suez Environnement s.a. (n prosieguo Suez) con separati ricorsi impugnarono dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio un provvedimento con il quale l'Autorità Garante della

Concorrenza e del Mercato (in prosieguo Autorità Garante), in data 22 novembre 2007, aveva accertato la stipulazione da parte di dette società di un'intesa restrittiva della concorrenza ed, oltre a prescrivere comportamenti idonei ad eliminare gli effetti di tale intesa, le aveva condannate al pagamento di una sanzione pecuniaria ammontante, rispettivamente, ad Euro 8.300.000,00 ed Euro 3.000.000,00. L'intesa così sanzionata aveva preso corpo, secondo l'Autorità Garante, in occasione della comune partecipazione di Acea e Suez ad una gara indetta dal Comune di Firenze per assegnare il 40% delle quote di una società mista pubblico-privata destinata alla gestione del servizio idrico integrato di un ambito territoriale della Toscana, ed era stata poi rinforzata con la stipulazione di appositi patti parasociali.

Il Tribunale amministrativo accolse i ricorsi ed annullò il provvedimento impugnato.

L'Autorità Garante propose però appello ed il Consiglio di Stato, con sentenza resa pubblica il 24 settembre 2012, riformò la decisione di primo grado e respinse le domande di annullamento del summenzionato provvedimento sanzionatorio, rigettando nel contempo anche un appello incidentale proposto da Acea.

Il Consiglio di Stato, per quel che in questa sede interessa, ritenne che fosse corretto l'iter logico attraverso il quale l'Autorità Garante, nell'adottare il contestato provvedimento, aveva ricostruito gli estremi merceologici e geografici del mercato rilevante ai fini dell'accertamento degli effetti anticoncorrenziali dell'intesa; e precisò, a questo proposito, che il sindacato del giudice amministrativo non si estende al merito (salvo per quanto attiene al profilo sanzionatorio) ma è limitato alla verifica dell'assenza, nel provvedimento impugnato, di travisamenti di fatto, di vizi logici o di errori giuridici. Il medesimo Consiglio di Stato reputò inoltre che, contrariamente a quanto sostenuto dal primo giudice, fossero consistenti gli effetti prodotti sul mercato dall'intesa anticoncorrenziale di cui si discute, in quanto: le società tra le quali l'intesa era intercorsa sono tra la maggiori operanti nel settore; la ripartizione dei mercati o delle clientele integrano gli estremi dell'intesa vietata anche qualora la quota di mercato interessata si collochi al di sotto della soglia minima che la Commissione Europea considera altrimenti rilevante; nel caso in esame, la quota di mercato contendibile da prendere in considerazione per soppesare gli effetti dell'intesa anticoncorrenziale non era comunque quella formata dall'insieme dei servizi idrici integrati, ma solo quella circoscritta alle poche situazioni nelle quali l'amministrazione ha optato per l'affidamento esterno del servizio a società private o a società a partecipazione mista pubblico-privata.

Avverso tale sentenza hanno proposto separati ricorsi per cassazione, di analogo contenuto, Acea e Suez, formulando ciascuna tre motivi di censura, illustrati poi anche con memorie.

L'Autorità Garante ha resistito con altrettanti controricorsi.

Diritto

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. I ricorsi proposti contro la medesima sentenza debbono esser preliminarmente riuniti, secondo quanto prescrive l'art. 335 c.p.c..

2. Come già accennato, le doglianze espresse nei due ricorsi sono di analogo contenuto: li si potrà quindi esaminare congiuntamente.

2.1. Il primo motivo di censura fa riferimento alla L. n. 287 del 1990, art. 33, comma 1, che, nella versione vigente all'epoca dei fatti di causa, faceva ricadere nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo i ricorsi avverso i provvedimenti dell'Autorità Garante (analogo previsione è contenuta ora nell'art. 133, comma 1, lett. l, del c.p.a.). Secondo le ricorrenti, vuoi per le caratteristiche stesse della giurisdizione esclusiva, vuoi per il principio costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale, la citata disposizione implica che il sindacato del giudice amministrativo non debba limitarsi - come erroneamente si legge nell'impugnata sentenza - ai profili di logicità estrinseca e di correttezza giuridica della motivazione con cui l'Autorità Garante individua gli estremi di un mercato rilevante ai fini di accertare e sanzionare intese restrittive della concorrenza. Quel sindacato, al contrario, deve spingersi alla verifica dei fatti posti a base del contestato accertamento, come nel caso di specie era stato richiesto dalle odierne ricorrenti e come il giudice di primo grado non aveva mancato di fare. L'autolimitazione che il Consiglio di Stato ha imposto alla propria latitudine di giudizio integrerebbe, pertanto, un vero e proprio diniego di giurisdizione e violerebbe, di conseguenza, i limiti esterni della giurisdizione assegnata a quel giudice: donde la possibilità di denunciare tale diniego in cassazione, a norma del primo comma dell'art. 362 c.p.c..

Ove, invece, l'interpretazione che il Consiglio di Stato ha dato alla citata disposizione della L. n. 287 del 1990, art. 33 fosse reputata condivisibile, le ricorrenti chiedono che la legittimità costituzionale di tale disposizione si sottoposta al vaglio del giudice delle leggi.

2.2. Un ulteriore superamento dei limiti esterni della giurisdizione è addebitato al Consiglio di Stato nel secondo motivo di ricorso, in cui si lamenta che detto giudice amministrativo, nell'affermare la consistenza ai fini concorrenziali dell'intesa intercorsa tra le società interessate alla gestione del servizio idrico integrato nell'ambito territoriale di cui si tratta, abbia svolto apprezzamenti autonomi e diversi da quelli posti a base dell'impugnato provvedimento sanzionatorio dell'Autorità Garante, così finendo per invadere il campo riservato all'amministrazione.

2.3. Da ultimo le ricorrenti - sempre sul presupposto che si verta in un'ipotesi di violazione dei limiti esterni della giurisdizione - si dolgono del fatto che il Consiglio di Stato abbia completamente omesso di pronunciarsi sulla loro richiesta di sottoporre alla Corte di Giustizia Europea due quesiti interpretativi, rispettivamente in tema di definizione del mercato rilevante di carattere nazionale e di utilizzo da parte degli operatori dello strumento dell'associazione temporanea d'impresе nelle gare comunitarie.

Quesiti che, eventualmente, le medesime ricorrenti chiedono ora anche a questa corte di sollevare.

3. L'Autorità controricorrente ha eccepito l'inammissibilità di entrambi i ricorsi nella loro interezza, perchè nessuna delle censure in essi espresse riguarderebbe il superamento dei limiti esterni della giurisdizione spettante al giudice amministrativo. I ricorsi, quindi, si porrebbero al di fuori dell'ambito entro il quale è consentito impugnare per cassazione le sentenze emesse da quel giudice.

Posta in questi termini, l'eccezione d'inammissibilità non coglie però nel segno, dovendosi escludere, almeno per quel che riguarda il primo motivo di ricorso, che la doglianza esuli dall'area delle questioni in materia di giurisdizione sottoponibili all'esame delle sezioni unite di questa corte; le quali hanno già in più occasioni ribadito che, ai fini dell'individuazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, che segnano il confine entro il quale è ammesso il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato, si deve tenere conto anche del canone dell'effettività della tutela giurisdizionale: onde rientra nello schema logico del sindacato per motivi inerenti alla giurisdizione l'operazione che consiste nell'interpretare la norma attributiva di tutela per verificare se il giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, la abbia concretamente erogata e nel vincolarlo ad esercitare la giurisdizione rispettandone il contenuto essenziale (cfr., tra le altre, Sez. un. n. 19048 del 2010 e n. 30254 del 2008).

Alla stregua di tale principio, dal quale non si ha motivo per discostarsi, è innegabile che l'assunto delle ricorrenti secondo cui il Consiglio di Stato, nel caso in esame, avrebbe ommesso di esercitare con pienezza il controllo giurisdizionale che gli compete sugli atti dell'Autorità Garante, limitando tale controllo ai profili giuridici, formali e motivazionali dell'atto senza procedere anche alla dovuta verifica della sussistenza dei presupposti di fatto che ne sono alla base, non si traduce nella denuncia di un mero error in iudicando o in procedendo nel quale il giudice amministrativo sarebbe incorso. Quel che viene denunciata è sì un'errata interpretazione di legge (l'art. 33, comma 1, della citata L. n. 287), ma ciò che le ricorrenti sostengono è che tale errore ha condotto ad un indebito rifiuto di erogare la dovuta tutela giurisdizionale: non per un vizio del giudizio concernente il singolo e specifico caso, ma in via generale, a cagione di una male intesa autolimitazione dei poteri del giudice in questa materia. Ed è allora chiaro che - fondata o meno che sia tale doglianza nel merito - essa attiene proprio alla corretta individuazione dei limiti esterni della giurisdizione, che, come detto, non sono soltanto quelli che separano i diversi plessi giurisdizionali ma anche quelli che stabiliscono fin dove ciascun giudice è tenuto ad esercitare il potere-dovere di ius dicere.

4. Occorre dunque procedere all'esame dei singoli motivi di ricorso, cominciando ovviamente dal primo, che, come già rilevato, pone la questione dei limiti entro i quali può e deve esercitarsi il controllo giurisdizionale sui provvedimenti dell'Autorità Garante, impugnati a norma della L. n. 287 del 1990, art. 33, comma 1 (ora dell'art. 133, comma 1, lett. l, del c.p.a.).

4.1. La questione non è nuova.

E' stato già ripetutamente affermato, anche da queste sezioni unite, che i provvedimenti dell'Autorità Garante sono sindacabili dal giudice amministrativo per vizi di legittimità e non di merito, nel senso che non è consentito al giudice amministrativo esercitare un controllo c.d. di tipo "forte" sulle valutazioni tecniche opinabili, che si tradurrebbe nell'esercizio da parte del suddetto giudice di un potere sostitutivo spinto fino a sovrapporre la propria valutazione a quella dell'amministrazione, fermo però restando che anche sulle valutazioni tecniche è esercitabile in sede giurisdizionale il controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza (Sez. un. n. 8882 del 2005 e n. 7063 del 2008).

A questo insegnamento va data continuità, ma qualche ulteriore precisazione può essere opportuna, anche in ragione di una certa quale ambiguità insita nella suaccennata distinzione tra controllo di legittimità "debole" e "forte": una distinzione che, in via di principio, si potrebbe esser tentati di rifiutare ove si abbia a che fare con la tutela di diritto soggettivi, la quale, alla luce degli artt. 24 e 101 Cost., mal si presta ad una simile graduazione d'intensità.

Occorre ben chiarire, allora, che la non estensione al merito del sindacato giurisdizionale sugli atti dell'Autorità Garante implica, certo, che il giudice non possa sostituire con un proprio provvedimento quello adottato da detta Autorità, ma non che il sindacato sia limitato ai profili giuridico-formali dell'atto amministrativo, restandone esclusa ogni eventuale verifica dei presupposti di fatto. La pienezza della tutela giurisdizionale necessariamente comporta che anche le eventuali contestazioni in punto di fatto debbano esser risolte dal giudice, quando da tali contestazioni dipenda la legittimità del provvedimento amministrativo che ha inciso su posizioni di diritto soggettivo.

Nè osta a tale conclusione il divieto per il giudice di sindacare l'esercizio della discrezionalità amministrativa: perchè di questa è dato parlare solo quando si tratta di attività dell'amministrazione che comportino margini di scelta nell'apprezzamento dell'interesse pubblico, cui quell'attività deve tendere, e del modo in cui esso è destinato a contemperarsi con eventuali interessi contrastanti. In situazioni come quella in esame, viceversa, all'Autorità Garante è affidato un compito di accertamento e di applicazione della legge: un compito che ha connotati di neutralità e di oggettività ed in cui la discrezionalità amministrativa, come sopra intesa, di regola non gioca alcun ruolo.

Può accadere, invece, che giochi un ruolo importante la c.d.

discrezionalità tecnica (da intendersi nei termini che appresso si diranno), giacchè la legge che l'Autorità Garante è chiamata ad applicare fa talvolta riferimento a nozioni - quale, ad esempio, quella di mercato rilevante - che non trovano nella legge stessa una definizione in tutto e per tutto puntuale: di modo che la loro individuazione in concreto richiede un tipo di valutazione di carattere tecnico, che, tanto nei suoi presupposti generali quanto nella sua specifica applicazione ai singoli casi, può talora presentare margini di opinabilità.

E' su questo punto che occorre allora interrogarsi: se le valutazioni tecniche operate dall'Autorità Garante, al fine di conferire concreto significato e di dare attuazione al precetto legale, possano e debbano esser sindacate da parte del giudice amministrativo, in presenza di un'impugnazione sollevata dalla parte interessata, pur quando presentino un inevitabile margine di opinabilità.

In via di principio risulta difficile dare a tale domanda una risposta totalmente negativa. L'esercizio della discrezionalità tecnica, non essendo espressione di un potere di supremazia della pubblica amministrazione, non è di per sè solo idoneo a determinare l'affievolimento dei diritti soggettivi di coloro che dal provvedimento amministrativo siano eventualmente pregiudicati. Non può perciò sostenersi che chi lamenti la lesione del proprio diritto, a causa del cattivo esercizio della discrezionalità tecnica, non possa chiederne l'accertamento al giudice, il quale non potrà quindi esimersi dal verificare se le regole della buona tecnica sono state o meno violate dall'amministrazione. Ne fornisce

evidente conferma il fatto stesso che il giudice amministrativo disponga oggi di ampi mezzi istruttori, ivi compreso lo strumento della consulenza tecnica.

Anche in settori diversi da quello che viene ora in esame questa corte, d'altronde, ha già avuto modo di precisare che le valutazioni tecniche, inserite in un procedimento amministrativo complesso e dipendenti dalla valorizzazione dei criteri predisposti preventivamente, sono assoggettabili al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, senza che ciò comporti un'invasione della sfera del merito amministrativo (Sez. un. n. 10065 del 2011 e n. 14893 del 2010).

Ma questo non esaurisce certo il problema. Sarebbe davvero ingenuo supporre che il ricorso a criteri di valutazione tecnica, in qualsiasi campo, offra sempre risposte univoche. E' vero invece - e lo si è già accennato - che sovente esso conduce ad un ventaglio di soluzioni possibili, destinato inevitabilmente a risolversi in un apprezzamento non privo di un certo grado di opinabilità. In situazioni di tal fatta il sindacato del giudice, essendo pur sempre un sindacato di legittimità e non di merito, è destinato ad arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell'apprezzamento operato dall'amministrazione impedisce d'individuare un parametro giuridico che consenta di definire quell'apprezzamento illegittimo. Con l'ovvio corollario che compete comunque al giudice di vagliare la correttezza dei criteri giuridici, la logicità e la coerenza del ragionamento e l'adeguatezza della motivazione con cui l'amministrazione ha supportato le proprie valutazioni tecniche, non potendosi altrimenti neppure compiutamente verificare quali siano in concreto i limiti di opinabilità dell'apprezzamento da essa compiuto.

Se quanto appena detto è vero, in via generale, ancor più lo è nel caso particolare del sindacato sui provvedimenti delle cosiddette autorità amministrative indipendenti, tra le quali va annoverata l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, trattandosi di autorità cui proprio in ragione della loro specifica competenza tecnica, oltre che del carattere oggettivo e neutrale delle loro funzioni, sono stati affidati dal legislatore compiti di vigilanza ed accertamento nei settori di rispettiva competenza (compiti da esplicare attraverso procedimenti amministrativi connotati da particolari garanzie per i controinteressati).

E' fuori discussione che anche gli atti di tali autorità siano soggetti al sindacato giurisdizionale, ed è agevole comprendere la ragione per la quale, nel caso degli atti dell'Autorità Garante, il legislatore abbia fatto ricorso alla giurisdizione esclusiva, così da unificare la tutela dei diritti e degli interessi legittimi che non sempre sarebbe stato altrimenti agevole distinguere. Ma ipotizzare che, con riguardo a valutazioni tecniche aventi un significativo margine di opinabilità - valutazioni proprio per operare le quali il legislatore ha stimato necessario dar vita ad un organismo al tempo stesso indipendente e dotato di specifiche competenze professionali -, il sindacato giurisdizionale possa spingersi sino a preferire una soluzione diversa da quella plausibilmente prescelta dall'Autorità Garante significherebbe misconoscere la ragione stessa per la quale questa è stata istituita. Nè è senza significato che anche nel corrispondente scenario Europeo, mentre per un verso viene ribadito che compete al Tribunale dell'Unione Europea l'esame delle circostanze fattuali rilevanti (cfr. Corte di giustizia 3 maggio 2012, n.285/11, Legris Industries), per altro

verso si afferma che appartiene alle prerogative della Commissione di svolgere le valutazioni economiche necessarie per garantire la concorrenza nel mercato interno: di modo che, in presenza di simili complesse valutazioni, il controllo che i giudici comunitari esercitano deve limitarsi alla verifica del rispetto delle regole di procedura e di motivazione, nonché dell'esattezza materiale dei fatti, dell'insussistenza di errori manifesti di valutazione e di sviamento di potere, non spettando al tribunale sostituire le proprie valutazioni economiche a quelle dell'autore della decisione di cui gli venga chiesto di verificarne la legittimità (cfr. Corte di giustizia 6 ottobre 2009, n. 501, 513, 515, 519/06 P. GlaxoSmithKline). L'ampia corrispondenza tra le competenze riconosciute all'Autorità Garante in ambito nazionale con quelle proprie della Commissione in ambito Europeo da ragione dell'agevole trasposizione di tale principio alla fattispecie ora in esame.

4.2. Tornando, per l'appunto, all'esame della fattispecie in esame nella presente causa, giova ancora aggiungere una breve considerazione sulla nozione di "mercato rilevante" (nella duplice accezione merceologica e geografica): elemento centrale ai fini dell'accertamento dell'intesa anticoncorrenziale, con riferimento al quale le ricorrenti imputano al Consiglio di Stato di non avere esercitato appieno il proprio compito giurisdizionale.

Si tratta, indubbiamente, di uno di quei concetti giuridici indeterminati, che sono enunciati dalla legge in termini generali, ma la cui concreta specificazione impone di far ricorso a canoni di volta desunti dal patrimonio di saperi diversi; in questo caso da quello della scienza economica, la quale ha infatti da tempo prodotto al riguardo un'ampissima elaborazione ed una vasta casistica (cui si è ispirata anche la Comunicazione 9 dicembre 1997 della Commissione Europea, in GUCE, C 372), che confermano, pur all'interno di parametri teorici ben individuati, l'estrema elasticità del concetto in relazione alle diverse possibili caratteristiche di mercato dipendenti dalla varietà delle situazioni date.

Non appare seriamente dubitabile, pertanto, che la determinazione in concreto del mercato rilevante rientri, in fattispecie come quella in esame, nell'ambito di quelle valutazioni tecniche non prive di ampi margini opinabilità cui sopra s'è fatto cenno. Il relativo controllo giurisdizionale risulta perciò circoscritto entro i limiti dianzi chiariti.

4.3. In base alle considerazioni ora svolte è quindi possibile enunciare il seguente principio di diritto: "Il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento del provvedimento impugnato e si estende anche ai profili tecnici, il cui esame sia necessario per giudicare della legittimità di tale provvedimento; ma quando in siffatti profili tecnici siano coinvolti valutazioni ed apprezzamenti che presentano un oggettivo margine di opinabilità - come nel caso della definizione di mercato rilevante nell'accertamento di intese restrittive della concorrenza - detto sindacato, oltre che in un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza della motivazione del provvedimento impugnato, è limitato alla verifica che quel medesimo provvedimento non abbia esorbitato dai margini di opinabilità sopra richiamati, non potendo il giudice sostituire il proprio apprezzamento a quello dell'Autorità Garante ove questa si sia mantenuta entro i suddetti margini".

4.4. L'impugnata sentenza del Consiglio di Stato è conforme al principio di diritto sopra enunciato.

Contrariamente a quanto sostengono le ricorrenti, il Consiglio di Stato non ha negato il proprio potere di accertamento dei fatti posti a base del contestato provvedimento dell'Autorità Garante. Per persuadersene è sufficiente leggere quanto scritto alla pag. 11 della sentenza impugnata, ove testualmente si afferma che "Il giudice amministrativo... deve valutare i fatti, onde acclarare se la ricostruzione di essi operata dall'AGCM sia immune da travisamenti...". Se e come, in concreto, tale compito sia stato condotto a termine dal giudice amministrativo nella vertenza di cui trattasi - e quindi se bene o male abbia fatto il Consiglio di Stato a non dar corso agli adempimenti istruttori, ed in particolare alla consulenza tecnica, richiesta delle odierne ricorrenti - esula dal tema del preteso vizio di giurisdizione; vizio che sussisterebbe solo qualora quel giudice avesse negato in via di principio ed in termini generali di poter esercitare il controllo giurisdizionale demandatogli dalla legge, ma non anche se, per avventura, egli lo abbia esercitato male incorrendo in eventuali errori in punto di fatto o di diritto che questa corte non ha titolo per sindacare.

Parimenti condivisibile, alla stregua di quanto sopra detto, è l'ulteriore affermazione di principio dell'impugnata sentenza, secondo cui il giudice amministrativo non può sostituirsi all'Autorità Garante nell'esercizio di valutazioni tecniche opinabili, quale è quella consistente nell'individuazione del mercato rilevante cui riferire l'intesa anticoncorrenziale. Non senza peraltro aggiungere che, a tal proposito, il Consiglio di Stato ha dato ampio conto nell'impugnata sentenza della conformità ai principi generali della materia dei criteri al riguardo adottati dalla Autorità Garante e della loro plausibilità con riferimento alle specificità del caso concreto (in particolare: delle peculiari caratteristiche del mercato della gestione dei servizi idrici integrati, della correttezza dell'assunto per cui tale mercato ha un ambito geografico locale sul versante della domanda e nazionale su quello dell'offerta, e della possibilità d'identificare il mercato rilevante anche in relazione ad una singola gara bandita dalla pubblica amministrazione) e, nello stimare tali criteri logici, coerenti e giuridicamente corretti, li ha evidentemente anche fatti propri.

4.5. Così interpretata, la citata disposizione della L. n. 287 del 1990, art. 33 non appare sospetta d'incostituzionalità, giacché non si evidenziano profili di ineffettualità della tutela giurisdizionale. Nemmeno può dirsi, pur con le differenze inerenti al diverso modo di esplicazione della giurisdizione, che si manifesti una significativa differenza nel livello di tutela dei diritti soggettivi affidati alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo rispetto a quello altrimenti assicurato dal giudice ordinario, fatto salvo il diverso regime delle impugnazioni per cassazione, che trova però diretto fondamento nell'art. 111 Cost., u.c. (eccezioni d'illegittimità costituzionale della medesima disposizione dell'art. 33 sono già state a suo tempo dichiarate manifestamente infondate, anche sotto altri profili, da Sez. un. n. 8882/05, cit., cui si fa qui senz'altro rinvio).

5. Se col primo motivo le ricorrenti si erano dolute di un preteso rifiuto da parte del giudice amministrativo di esercitare appieno il potere giurisdizionale spettantegli, col secondo motivo esse viceversa lamentano che quel potere sia stato esercitato oltre misura, giacché

detto giudice, occupandosi del requisito della consistenza dell'intesa anticoncorrenziale, avrebbe in più occasioni sostituito la propria valutazione a quella dell'Autorità Garante.

Nei termini in cui è stato formulato, tale motivo di ricorso appare, però, inammissibile.

Occorre infatti considerare che, trattando il tema della consistenza dell'intesa, il Consiglio di Stato ha posto anzitutto l'accento su un dato emergente dallo stesso provvedimento dell'Autorità Garante, secondo cui i soggetti coinvolti nell'intesa - Acea e Suez - sono, rispettivamente, uno tra i principali concorrenti a livello nazionale ed il primo operatore a livello mondiale nel settore idrico. Donde la conseguenza che detta intesa configura una forma di "ripartizione dei mercati e della clientela" integrante una restrizione grave della concorrenza indipendentemente dal fatto che essa possa eventualmente collocarsi al di sotto della soglia dimensionale di rilevanza individuata dalla Commissione Europea nella Comunicazione 2001/C 368/07. Solo quale ulteriore ed autonoma ratio decidendi ("Inoltre, anche a tralasciare l'argomento della esclusione, razione materiae, dell'intesa de qua dal regime dei c.d. accordi de minimis,...) il Consiglio di Stato ha poi aggiunto che la quota di mercato contendibile da prendere in considerazione, per soppesare gli effetti dell'intesa anticoncorrenziale, non è comunque quella formata dall'insieme dei servizi idrici integrati esistenti sul territorio nazionale, ma solo quella circoscritta alle poche situazioni nelle quali le amministrazioni hanno optato per l'affidamento esterno del servizio a società private o a società a partecipazione mista pubblico-privata.

E' unicamente a questa seconda argomentazione che le ricorrenti si riferiscono, quando lamentano che il giudice amministrativo abbia invaso la sfera di valutazione riservata all'Autorità Garante, la quale non avrebbe posto siffatte considerazioni a base del proprio provvedimento. Se pure questa doglianza fosse esatta, essa quindi non scalfirebbe l'altra autonoma ratio decidendi su cui si fonda la sentenza impugnata, e tanto basta a renderla irrilevante: perciò inammissibile anche sotto il profilo del preteso eccesso di potere giurisdizionale.

Ugualmente inammissibili, e per il resto infondate, sono le ulteriori analoghe censure di cui è cenno nel medesimo motivo di ricorso.

Inammissibili nella parte in cui solo genericamente fanno riferimento ad altre valutazioni che il Consiglio di Stato avrebbe formulato benchè esse non trovino riscontro nell'impugnato provvedimento dell'Autorità Garante, senza però evidenziarne nè la rilevanza nè l'effettivo significato; infondate nella parte in cui, con appena un minimo grado di maggiore specificità, alludono alla "valutazione degli elementi indiziari a sostegno della prova dell'intesa", giacchè l'unico di tali elementi indiziari cui nel ricorso si fa specificamente riferimento - un intervento di Suez per indurre una propria controllata a non partecipare alla gara - è invece menzionato alla pag. 23 nella sentenza impugnata tra gli indizi dei quali già l'Autorità Garante, nel paragrafo 80 del proprio provvedimento, aveva tenuto conto.

6. L'ultimo motivo di ricorso, con cui si lamenta che il Consiglio di Stato non si sia pronunciato sulla richiesta d'investire la Corte di giustizia Europea con quesiti interpretativi inerenti all'applicazione di disposizioni del Trattato sul Funzionamento dell'Unione

Europea, che le parti interessate avevano formulato, esula dall'ambito entro cui è consentito impugnare per cassazione le decisioni del giudice amministrativo.

E' quasi superfluo ricordare che eventuali vizi di omessa pronuncia integrerebbero errores in procedendo, e non certo violazioni di norme in tema di giurisdizione.

Quanto al resto, non v'è che da richiamare il principio già altre volte espresso secondo cui, poichè la Corte di giustizia Europea, nell'esercizio del potere d'interpretazione delle norme del Trattato, non opera come giudice del caso concreto, bensì come interprete di disposizioni ritenute rilevanti ai fini del decidere da parte del giudice nazionale, in capo al quale permane in via esclusiva la funzione giurisdizionale, il mancato rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato a detta Corte di giustizia non configura una questione attinente allo sconfinamento dalla giurisdizione del giudice amministrativo (cfr., tra le altre, Sez. un. n.16886 del 2013). Il che rende inammissibile il terzo motivo di ricorso.

7. E' poi appena il caso di aggiungere che, proprio in quanto la cognizione della Corte di cassazione è qui limitata ai motivi attinenti alla giurisdizione, non sussistono neppure le condizioni perchè essa stessa prospetti alla Corte di giustizia Europea quesiti interpretativi che attengono al merito della vertenza e non al tema della giurisdizione.

D'altronde, in nessuno dei motivi di ricorso è prospettata in modo diretto ed esplicito un'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice nazionale rispetto al giudice Europeo, in relazione al diverso ambito di competenza attribuito all'uno o all'altro a seconda che l'intesa anticoncorrenziale si ripercuota sul solo mercato nazionale o abbia un ambito territoriale più vasto. Nè una tale questione di riparto di giurisdizione internazionale avrebbe potuto esser sollevata in questa sede, non essendo stata a suo tempo impugnata sotto questo profilo la sentenza di primo grado ed essendosi quindi ormai formato sul punto un giudicato interno.

8. Dal rigetto del ricorso consegue la condanna delle ricorrenti al pagamento delle spese processuali, liquidate come in dispositivo, dovendosi inoltre dare atto, come prescrive il D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-quater, che sussistono i presupposti per la maggiorazione del versamento del contributo unificato da parte delle medesime ricorrenti, a norma dell'art. 1-bis del citato art. 13.

PQM

La corte, riuniti i ricorsi, li rigetta e condanna ciascuna delle società ricorrenti al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, liquidate in Euro 15.000,00, oltre a quelle prenotate a debito, per ognuna di esse, dando atto che sussistono i presupposti per il versamento, da parte di ciascuna di dette ricorrenti, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per i ricorsi proposti.

Così deciso in Roma, il 14 gennaio 2014.

Depositato in Cancelleria il 20 gennaio 2014

Fonti: Rass. dir. farmaceutico 2008, 5, 997

Classificazione: FARMACIE - Farmacie (tipi di) - - comunali

I motivi inerenti alla giurisdizione - in relazione ai quali soltanto è ammesso, ai sensi dell'art. 111 cost., comma ult., e dell'art. 362 c.p.c., il sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato - vanno identificati con l'ipotesi in cui la sentenza del Consiglio di Stato abbia violato (in positivo o in negativo) l'ambito della giurisdizione in generale o i cosiddetti limiti esterni della propria giurisdizione - ossia quando abbia giudicato su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, oppure abbia negato la propria giurisdizione nell'erroneo convincimento che essa appartenesse ad altro giudice, ovvero ancora quando, in materia attribuita alla propria giurisdizione limitatamente al solo sindacato della legittimità degli atti amministrativi, abbia compiuto un sindacato di merito - mentre il mancato accoglimento, da parte del Consiglio di Stato, di una richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 234 del trattato Ce, è espressione della "potestas iudicandi" devoluta a quel giudice e dunque rientra nei limiti interni della sua giurisdizione.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CRISCUOLO Alessandro - Primo Presidente f.f. -

Dott. PREDEN Roberto - Presidente di sezione -

Dott. DI NANNI Luigi Francesco - rel. Consigliere -

Dott. CICALA Mario - Consigliere -

Dott. SALVAGO Salvatore - Consigliere -

Dott. DE MATTEIS Aldo - Consigliere -

Dott. BUCCIANTE Ettore - Consigliere -

Dott. LA TERZA Maura - Consigliere -

Dott. BENINI Stefano - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ordinanza

sul ricorso proposto da:

ADMENTA ITALIA S.P.A. (già GEHE ITALIA S.P.A.), in persona dell'amministratore delegato protempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA COLA DI RIENZO 271, presso lo studio dell'avvocato TESSAROLO COSTANTINO, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati RENZO COSTI, NICOLA ALESSANDRI, giusta delega in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

FEDERFARMA FEDERAZIONE NAZIONALE UNITARIA DEI TITOLARI DI FARMACIA ITALIANI, FEDERFARMA LOMBARDIA UNIONE REGIONALE DELLE ASSOCIAZIONI

PROVINCIALI DEI TITOLARI DI FARMACIA DELLA LOMBARDIA, ASSOCIAZIONE CHIMICA FARMACEUTICA LOMBARDA FRA TITOLARI DI FARMACIA, UNIONE NAZIONALE DEI CONSUMATORI, in persona dei rispettivi Presidenti pro tempore, U.P., N.M.N., C.W., elettivamente domiciliati in ROMA, VIA DEI TRE OROLOGI 14/A, presso lo studio dell'avvocato GAMBINO AGOSTINO, che li rappresenta e difende unitamente all'avvocato MASSIMO LUCIANI, giuste deleghe a margine dei rispettivi controricorsi;

- controricorrenti -

contro

COMUNE DI MILANO, in persona del Sindaco pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA CICERONE 28, presso lo studio dell'avvocato RAFFAELE IZZO, che lo rappresenta e difende unitamente agli avvocati MARIA RITA SURANO, MARIA TERESA MAFFEY, ELISABETTA D'AURIA, giusta delega in calce al controricorso;

- controricorrente -

e contro

REGIONE LOMBARDIA, A.F.M., AZIENDA FARMACIE MUNICIPALI DI MILANO S.P.A.;

- intimati -

avverso la sentenza n. 4207/05 del Consiglio di Stato di ROMA, depositata il 08/08/05;

uditi gli avvocati Nicola ALESSANDRI, Costantino TESSAROLO, Agostino GAMBINO;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio il 11/03/08 dal Consigliere Dott. Luigi Francesco DI NANNI;

lette le conclusioni scritte dal Sostituto Procuratore Generale Dott.

Pasquale CICCOLO il quale, visto l'art. 375 c.p.c., chiede che le Sezioni unite della Corte di cassazione, in camera di consiglio, dichiarino il ricorso inammissibile, o comunque manifestamente infondato.

RITENUTO IN FATTO

1. La Federazione unitaria dei titolari di Farmacia Italiani (di seguito: Federfarma), l'Unione nazionale consumatori ed altri soggetti collettivi hanno chiesto al tribunale amministrativo per la Lombardia l'annullamento degli atti del procedimento con il quale il Comune di Milano, attraverso la trasformazione dell'azienda municipalizzata di gestione delle farmacie comunali, prima in azienda speciale, poi in società per azioni, aveva affidato il controllo della società che gestisce le farmacie comunali alla spa GEHE Italia, poi spa Admenta Italia. In particolare, con il ricorso era stata prospettata la questione di legittimità costituzionale della L. n. 362 del 1991, art. 8, comma 1, lett. a) perchè la norma, pur prevedendo l'incompatibilità tra la gestione societaria delle farmacie private e qualsiasi altra attività nel

"settore della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco", non prevedeva nulla per le farmacie comunali, per la gestione delle quali da parte di soggetti societari non era indicata alcuna incompatibilità in caso di contemporaneo svolgimento da parte della società affidataria delle altre attività vietate invece per la gestione di farmacie private.

2. La Corte costituzionale, con sentenza 24 luglio 2003 n. 275, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma denunciata ed il tribunale amministrativo ha accolto il ricorso, annullando il bando di concorso nella parte in cui aveva consentito la partecipazione della Società Admenta alla gara per la scelta del socio della società che avrebbe gestito le farmacie comunali e tutti gli atti conseguenti, compresa l'aggiudicazione.

La decisione è stata impugnata e gli appellanti hanno denunciato il contrasto della norma modificata dalla Corte costituzionale con i principi indicati dagli artt. 12, 43 e 56 del Trattato di Roma, dichiarando che, se ancora vi fossero stati dubbi circa, il contrasto denunciato, gli atti dovevano essere rimessi alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 234 del Trattato. Tanto si fondava sull'affermato contrasto della L. n. 362 del 1991, art. 8, comma 1, lett. a) come modificato dalla Corte costituzionale, con i principi del Trattato CE e sull'obbligo del giudice nazionale di disapplicare la norma viziata, in ossequio ai principi in tema di rapporti tra il diritto della Comunità europea e quello degli Stati membri già enunciati dalla Corte costituzionale.

3. Il Consiglio di Stato, con sentenza in data 8 agosto 2005 n. 4207, ha rigettato le impugnazioni e, per quanto interessa in questa sede, dopo una premessa sull'effettiva incidenza del diritto comunitario sulle materie che coinvolgono diritti fondamentali secondo il diritto nazionale, ha ritenuto che secondo la giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia l'obbligo di rinvio della questione proposta davanti ad un giudice nazionale di ultima istanza non è assoluto ed inderogabile.

4. La spa Admenta Italia ha proposto ricorso per cassazione al quale ha aderito il Comune di Milano con controricorso.

L'Unione Nazionale Consumatori e la FEDERFARMA resistono con controricorso.

Le parti hanno depositato anche memorie.

4.1. La spa Admenta Italia, con un unico motivo, lamenta violazione dei limiti esterni della giurisdizione, in relazione agli artt. 10, 220 e 234 del Trattato CE, artt. 10, 11, 25, 111 e 117 Cost. e all'art. 362 c.p.c., comma 1. Richiamati i principi affermati dalla Corte di Giustizia e, in particolare, quello secondo cui le deroghe ai principi fondamentali stabiliti nel Trattato sono consentite solo in casi particolari, la Società dichiara che il Consiglio di Stato avrebbe dovuto rimettere gli atti alla Corte di Giustizia per il giudizio di cui all'art. 234, comma 3, del Trattato, poichè la questione non superava, prima facie, il test di proporzionalità e perchè era stato già ritenuto che i controlli esistenti nei vari Paesi dell'Unione europea sull'attività dei farmacisti sono sufficienti a tutelare la salute dei cittadini, senza necessità di prevedere ulteriori limiti o divieti. La ricorrente si mostra consapevole che nella giurisprudenza di questa Corte è stato ritenuto che non rientra nell'ambito della violazione dei limiti esterni della giurisdizione del Consiglio di Stato la violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale derivante da un errore interpretativo della fattispecie all'esame del giudice di ultima

istanza; tuttavia ritiene che il Consiglio di Stato, affermando la sotto ordinazione del diritto comunitario ad una sentenza della Corte costituzionale, ha travalicato i limiti esterni della sua giurisdizione, giacchè ha direttamente esercitato poteri di giurisdizione in merito alla determinazione dei controlimiti che costituiscono il limite di applicabilità del diritto comunitario in Italia.

In conclusione, la violazione dei limiti esterni della giurisdizione è dedotta sotto i seguenti profili:

- avere il Consiglio di Stato invaso la giurisdizione esclusiva della Corte costituzionale sotto il profilo della teoria dei cd.

controlimiti;

- avere detto giudice deciso su materie sottratte ad ogni giudice di ultima istanza e devolute al giudizio esclusivo della Corte di giustizia dagli artt. 10, 220 e 234 del Trattato anche alla luce degli artt. 11 e 117 Cost.;

- avere il Consiglio di Stato violato il diritto al giudice naturale predeterminato per legge, in relazione agli artt. 10, 220 e 234 del Trattato e agli artt. 11 e 117 Cost..

3.2. Il Comune di Milano, a sua volta, ha denunciato violazione dei limiti esterni della giurisdizione del Consiglio di Stato in relazione agli artt. 10, 220 e 234 del Trattato CE, agli artt. 10, 11, 25, 111 e 117 Cost., e all'art. 362 c.p.c., comma 1. Il Comune, in particolare, si duole della mancata disapplicazione della normativa nazionale contrastante con la normativa comunitaria, sostenendo che anche le norme del Trattato sono dotate di efficacia diretta, idonea a determinare la disapplicazione delle norme interne incompatibili con i principi in esse fissati. Nella fattispecie, il Consiglio di Stato doveva disapplicare la normativa interna contrastante con quella comunitaria e rimettere la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia. Il Consiglio di Stato aveva poi errato nel ritenere la questione comunitaria irrilevante, non considerando che il diritto comunitario prevale sul diritto interno degli Stati membri e sulle norme di rango costituzionale non conformi.

4. Richiesto di rendere le proprie conclusioni nella controversia, ai sensi dell'art. 375 cod. proc. civ., il Pubblico Ministero ha concluso chiedendo che il ricorso sia dichiarato inammissibile o in subordine manifestamente infondato. Secondo quell'Ufficio il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia può essere disposto solo se il giudice nazionale si ponga un dubbio sull'interpretazione delle norme comunitarie, mentre spetta esclusivamente al giudice nazionale valutare la necessità di una pronuncia pregiudiziale, sicchè il mancato accoglimento della richiesta rientra nei limiti interni della giurisdizione del Consiglio di Stato.

Queste conclusioni sono contestate nella memoria della Società Admenta, che ha sottolineato il carattere giurisdizionale del procedimento che si svolge davanti alla Corte di Giustizia, l'obbligatorietà del rinvio interpretativo a questa e la rigorosa esclusione dei casi di esclusione dall'obbligo.

Le controricorrenti con la loro memoria aderiscono alla conclusione di inammissibilità della impugnazione formulata dal Pubblico Ministero.

Diritto

CONSIDERATO IN DIRITTO

5. Il ricorso proposto dalla spa Admenta Italia e quello adesivo del Comune di Milano possono essere esaminati insieme, perchè sostanzialmente pongono la stessa questione.

6. La questione sottoposta a queste Sezioni unite è se la sentenza del Consiglio di Stato qui impugnata ecceda dai limiti della giurisdizione esterna, perchè:

a) ha ritenuto non direttamente applicabili i principi del Trattato CE nell'ordinamento interno e non ha quindi provveduto alla disapplicazione della norma interna contrastante con detti principi;

b) ha ritenuto non sussistente l'obbligo di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia della questione della compatibilità comunitaria della L. n. 362 del 1991, art. 8, comma 1, lett. a), come risultante dalla sentenza della Corte costituzionale n. 257 del 2003;

c) ha compiuto un giudizio sull'esistenza nella fattispecie di controlimiti, che è riservato alla Corte costituzionale, la quale avrebbe potuto procedervi solo nel caso in cui il Consiglio di Stato, rimessa la questione pregiudiziale alla Corte di giustizia, avesse poi ritenuto la soluzione accolta contrastante con le norme costituzionali a tutela dei diritti fondamentali ed avesse quindi sollevato la relativa questione di legittimità costituzionale sulla interpretazione imposta dall'organo comunitario.

I ricorsi non sono ammissibili.

7. Per costante giurisprudenza di questa Corte i motivi inerenti alla giurisdizione - in relazione ai quali soltanto è ammesso, ai sensi dell'art. 111 Cost., u.c. e dell'art. 362 cod. proc. civ., il sindacato della Corte di Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato - vanno identificati con l'ipotesi in cui la sentenza del Consiglio di Stato abbia violato (in positivo o in negativo) l'ambito della giurisdizione in generale o i cosiddetti limiti esterni della propria giurisdizione, ossia quando abbia giudicato su materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, oppure abbia negato la propria giurisdizione nell'erroneo convincimento che essa appartenesse ad altro giudice, ovvero ancora quando, in materia attribuita alla propria giurisdizione limitatamente al solo sindacato della legittimità degli atti amministrativi, abbia compiuto un sindacato di merito: sentenza 6 giugno 2006, n. 13176; 29 aprile 2005, n. 8882; ordinanza 14 giugno 2005, n. 12726; ordinanza 18 gennaio 2005 n. 847, tra le più recenti.

7.1. Con riferimento particolare alla questione oggetto di questo giudizio sempre nella giurisprudenza di questa Corte è stato già ritenuto che il Consiglio di Stato è organo di vertice nell'ordinamento giurisdizionale cui appartiene e che il mancato accoglimento, da parte del Consiglio, di una richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia del Lussemburgo, ai sensi dell'art. 234 (ex art. 177) del Trattato della Comunità, è espressione della potestas iudicandi devoluta a quel giudice e dunque rientra nei limiti interni della sua giurisdizione; non è quindi ammissibile la censura diretta a sostenere la configurabilità, che sia stata invece esclusa dal Consiglio di Stato, del ragionevole dubbio idoneo a giustificare la domanda di rinvio pregiudiziale, trattandosi di motivo volto, non già a prospettare una questione attinente alla giurisdizione del giudice amministrativo, ma a denunciare un (presunto) errore di giudizio in cui sarebbe incorsa la sentenza impugnata: ss.uu. n. 8882/2005, citata.

7.2. Nè vale denunciare, come è stato fatto con la memoria della Società Admenta, la violazione da parte della sentenza impugnata di una violazione dei limiti della giurisdizione rispetto a quella della Corte di Giustizia europea in ragione del fatto che il procedimento comunitario seguente al rinvio pregiudiziale di cui al citato art. 234, comma 3, del Trattato ha natura giurisdizionale, perchè si conclude con sentenza resa nel contraddittorio delle parti originarie del giudizio e perchè questa sentenza ha efficacia vincolante per il giudice nazionale.

Senza negare i caratteri ora indicati, queste sezioni unite debbono ripetere che la Corte di Giustizia, quando esercita il potere di cui qui si discute non opera come giudice del caso concreto, ma come interprete di disposizioni ritenute rilevanti ai fini del decidere da parte del giudice nazionale, in capo al quale, quindi, rimane in via esclusiva la funzione giurisdizionale che gli compete secondo l'ordinamento interno: sentenza 2 dicembre 2005, n. 26288.

7.3. Se ne ricava che il mancato rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato alla Corte di giustizia del Lussemburgo non configura una questione attinente allo sconfinamento dalla giurisdizione del giudice amministrativo e ciò rende inammissibili i ricorsi per Cassazione avverso la decisione del Consiglio di Stato impugnata in questo giudizio.

8. Le spese di questo giudizio in favore di ciascuno dei resistenti sono poste a carico della spa Admenta e del Comune di Milano in solido, in base alla regola della soccombenza.

PQM

La Corte di cassazione a sezioni unite dichiara inammissibile il ricorso e condanna la spa Admenta ed il Comune di Milano in solido al rimborso delle spese di questo giudizio in favore della Federfarma e dell'Unione Nazionale Consumatori, che liquida per ciascuno di questi in Euro 6.100,00, di cui Euro 100,00 per spese, oltre rimborso forfetario, spese generali ed accessori di legge.

Così deciso in Roma, il 11 marzo 2008.

Depositato in Cancelleria il 5 maggio 2008

Fonti: Diritto & Giustizia 2016, 27 giugno

Classificazione: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi al giudicato amministrativo o ordinario (GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA) - - modalità del procedimento

La dinamicità e la relativa flessibilità che spesso caratterizza il giudicato amministrativo nel costante dialogo che esso instaura con il successivo esercizio del potere amministrativo permettono al giudice dell'ottemperanza – nell'ambito di quell'attività in cui si sostanzia l'istituto del giudicato a formazione progressiva – non solo di completare il giudicato con nuove statuizioni "integrative", ma anche di specificarne la portata e gli effetti al fine di impedire il consolidamento di effetti irreversibili contrari al diritto sovranazionale.

Fonti: Diritto & Giustizia 2016, 27 giugno

Classificazione: CASSAZIONE CIVILE - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - Consiglio di Stato

L'interpretazione da parte del giudice amministrativo di una norma di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell'Unione Europea, secondo quanto risultante da una pronuncia della Corte di Giustizia successivamente intervenuta, dà luogo alla violazione di un "limite esterno" della giurisdizione, rientrando in uno di quei "casi estremi" in cui il giudice adotta una decisione anomala o abnorme, omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per "errores in iudicando" o in procedendo che danno luogo al superamento del limite esterno.

Fonti: Diritto & Giustizia 2016, 27 giugno

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Sistema giurisdizionale: sentenze - - Corte di Giustizia

Le sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di Giustizia hanno la stessa efficacia vincolante delle disposizioni interpretate: la decisione della Corte resa in sede di rinvio pregiudiziale, dunque, oltre a vincolare il giudice che ha sollevato la questione, spiega i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto.

Fonti: Diritto & Giustizia 2016, 27 giugno

Classificazione: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi al giudicato amministrativo o ordinario (GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA) - - in genere

Nella contrapposizione fra naturale dinamicità dell'azione amministrativa nel tempo ed effettività della tutela, un punto di equilibrio è stato tradizionalmente rinvenuto nel principio generale per cui l'esecuzione del giudicato può trovare limiti solo nelle sopravvenienze di fatto e diritto antecedenti alla notificazione della sentenza divenuta irrevocabile; sicché la sopravvenienza è strutturalmente irrilevante sulle situazioni giuridiche istantanee, mentre incide su quelle durevoli nel solo tratto dell'interesse che si svolge successivamente al giudicato, determinando non un conflitto ma una successione

cronologica di regole che disciplinano la situazione giuridica medesima. Anche per le situazioni istantanee, però, la retroattività dell'esecuzione del giudicato trova, peraltro, un limite intrinseco e ineliminabile (che è logico e pratico, ancor prima che giuridico), nel sopravvenuto mutamento della realtà - fattuale o giuridica - tale da non consentire l'integrale ripristino dello status quo ante (come esplicitato dai risalenti brocardi "factum infectum fieri nequit e ad impossibilia nemo tenetur") che semmai, ove ne ricorrano le condizioni, può integrare il presupposto esplicito della previsione del risarcimento del danno, per impossibile esecuzione del giudicato, sancita dall'art. 112, comma 3, c. proc. amm.

Fonti: Diritto & Giustizia 2016, 27 giugno

Classificazione: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi al giudicato amministrativo o ordinario (GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA) - - in genere

L'Amministrazione soccombente a seguito di sentenza irrevocabile di annullamento di propri provvedimenti ha l'obbligo di ripristinare la situazione controversa, a favore del privato e con effetto retroattivo, per evitare che la durata del processo vada a scapito della parte vittoriosa: questa retroattività dell'esecuzione del giudicato non può essere intesa in senso assoluto, ma va ragionevolmente parametrata alle circostanze del caso concreto ed alla natura dell'interesse legittimo coinvolto (pretensivo, oppositivo, procedimentale). Tale obbligo, pertanto, non incide sui tratti liberi dell'azione amministrativa lasciati impregiudicati dallo stesso giudicato e, in primo luogo, sui poteri non esercitati e fondati su presupposti fattuali e normativi diversi e successivi rispetto a quest'ultimo.

Fonti: Diritto & Giustizia 2016, 27 giugno

Classificazione: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi al giudicato amministrativo o ordinario (GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA) - - modalità di procedimento

L'esecuzione del giudicato amministrativo (sebbene quest'ultimo abbia un contenuto poliforme), non può essere il luogo per tornare a mettere ripetutamente in discussione la situazione oggetto del ricorso introduttivo di primo grado, su cui il giudicato ha, per definizione, conclusivamente deciso; se così fosse, il processo, considerato nella sua sostanziale globalità, rischierebbe di non avere mai termine, e questa conclusione sarebbe in radicale contrasto con il diritto alla ragionevole durata del giudizio, all'effettività della tutela giurisdizionale, alla stabilità e certezza dei rapporti giuridici (valori tutelati a livello costituzionale e dalle fonti sovranazionali alle quali il nostro Paese è vincolato); da qui l'obbligo di esecuzione secondo buona fede e senza che sia frustrata la legittima aspettativa del privato alla stabile definizione del contesto procedimentale.

Fonti: Foro it. 2017, 4, III, 186 (nota di: TRAVI; VACCARI)

Classificazione: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Obbligo della pubblica amministrazione di conformarsi al giudicato amministrativo o ordinario (GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA) - - modalità del procedimento

La preminente esigenza di conformità al diritto comunitario rileva anche in sede di ottemperanza, essendo dovere del giudice dell'ottemperanza interpretare la sentenza portata ad esecuzione e delinearne la portata dispositiva e conformativa evitando di desumere da essa regole contrastanti con il diritto comunitario.

Fonti: Foro it. 2017, 4, III, 186 (nota di: TRAVI; VACCARI)

Classificazione: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - Giudicato amministrativo - efficacia oggettiva

Il giudicato amministrativo non può incidere sui tratti liberi dell'azione amministrativa lasciati impregiudicati dallo stesso giudicato e, in primo luogo, sui poteri non esercitati e fondati su presupposti fattuali e normativi diversi e successivi rispetto a quest'ultimo.

Fonti: Diritto Processuale Amministrativo 2016, 4, 1159 (nota di: SPADARO)

Esecuzione del giudicato amministrativo - Giudizio di ottemperanza - Sopravvenienze di fatto e di diritto.

L'esecuzione del giudicato può trovare limiti solo nelle sopravvenienze di fatto e di diritto antecedenti alla notificazione della sentenza divenuta irrevocabile. La sopravvenienza è dunque strutturalmente irrilevante sulle situazioni giuridiche istantanee, mentre incide su quelle durevoli nel solo tratto dell'interesse che si svolge successivamente al giudicato, determinando non un conflitto, ma una successione cronologica di regole che disciplinano la situazione giuridica. Anche per le situazioni istantanee la retroattività dell'esecuzione del giudicato trova, peraltro, un limite intrinseco e ineliminabile (che è logico e pratico, ancor prima che giuridico), nel sopravvenuto mutamento della realtà — fattuale o giuridica — tale da non consentire l'integrale ripristino dello status quo ante (come esplicitato dai risalenti brocardi *factum infectum fieri nequit* e *ad impossibilia nemo tenetur*) che semmai, ove ne ricorrano le condizioni, può integrare il presupposto esplicito della previsione del risarcimento del danno, per impossibile esecuzione del giudicato, sancita dall'art. 112, comma 3, c.proc.amm.

Fonti: Diritto Processuale Amministrativo 2016, 4, 1159 (nota di: SPADARO)

Esecuzione del giudicato amministrativo - Giudizio di ottemperanza - Poteri del giudice amministrativo - Giudicato a formazione progressiva.

La dinamicità e la relativa flessibilità che spesso caratterizza il giudicato amministrativo nel costante dialogo che esso instaura con il successivo esercizio del potere amministrativo permettono al giudice dell'ottemperanza — nell'ambito di quell'attività in cui si sostanzia l'istituto del giudicato a formazione progressiva — non solo di completare il giudicato con nuove statuizioni “integrative”, ma anche di specificarne la portata e gli effetti al fine di impedire il consolidamento di effetti irreversibili contrari al diritto sovranazionale.

Fonti: Foro Amministrativo (II) 2016, 6, 1470 (s.m)

Giustizia amministrativa - Esecuzione del giudicato amministrativo - Poteri del giudice amministrativo - Giudicato di annullamento - Limiti - Situazioni giuridiche istantanee e durevoli - Distinzione - Effetti.

L'esecuzione del giudicato può trovare limiti solo nelle sopravvenienze di fatto e di diritto antecedenti alla notificazione della sentenza divenuta irrevocabile, con la conseguenza che la sopravvenienza è strutturalmente irrilevante sulle situazioni giuridiche istantanee, mentre incide su quelle durevoli nel solo tratto dell'interesse che si svolge successivamente al giudicato, determinando non un conflitto, ma una successione cronologica di regole che disciplinano la situazione giuridica anche per le situazioni istantanee, però, la retroattività dell'esecuzione del giudicato trova, peraltro, un limite intrinseco e ineliminabile (che è logico e pratico, ancor prima che giuridico), nel sopravvenuto mutamento della realtà — fattuale o giuridica — tale da non consentire l'integrale ripristino dello status quo ante (come esplicitato dai risalenti brocardi *factum infectum fieri nequit* e *ad impossibilia nemo tenetur*) che semmai, ove ne ricorrano le condizioni, può integrare il presupposto esplicito della previsione del risarcimento del danno, per impossibile esecuzione del giudicato, sancita dall'art. 112, comma 3, c.p.a.

Fonti: Foro Amministrativo (II) 2016, 6, 1470 (s.m)

Giustizia amministrativa - Esecuzione del giudicato amministrativo - Poteri del giudice amministrativo - Giudicato di annullamento -Ripristino della situazione con effetto retroattivo - Obbligo - Sussiste.

In sede di esecuzione del giudicato, l'Amministrazione soccombente ha l'obbligo di ripristinare la situazione controversa, a favore del privato e con effetto retroattivo, per evitare che la durata del processo diventi danno per la parte vittoriosa; peraltro questa retroattività dell'esecuzione del giudicato non va intesa in senso assoluto, ma fissata con riferimento alle circostanze del caso concreto ed alla natura dell'interesse legittimo coinvolto, sia esso pretensivo, oppositivo o procedimentale; tale obbligo, pertanto, non incide sui tratti liberi dell'azione amministrativa lasciati impregiudicati dallo stesso giudicato e, in primo luogo, sui poteri non esercitati e fondati su presupposti fattuali e normativi diversi e successivi rispetto a quest'ultimo.

Fonti: Foro Amministrativo (II) 2016, 6, 1470 (s.m)

Giustizia amministrativa - Esecuzione del giudicato amministrativo - Poteri del giudice amministrativo - Obbligo di esecuzione in buona fede per l'Amministrazione - Ripetuta rimessione in discussione del giudicato - Inammissibilità.

L'esecuzione del giudicato amministrativo non può costituire lo strumento e il pretesto per mettere ripetutamente in discussione la situazione oggetto del ricorso di primo grado, sul quale il giudicato ha conclusivamente deciso perché in questo caso il processo rischierebbe di non avere mai termine, in contrasto con il diritto alla ragionevole durata del giudizio, all'effettività della tutela giurisdizionale e alla stabilità e certezza dei rapporti giuridici.

Fonti: Foro Amministrativo (II) 2016, 6, 1470 (s.m)

Giustizia amministrativa - Esecuzione del giudicato amministrativo - Poteri del giudice amministrativo - Giudicato di annullamento - Atto discrezionale o avente ad oggetto attività discrezionale non ancora esercitata dall'amministrazione - Sindacato giurisdizionale - Limite.

Nel caso di annullamento giurisdizionale di un provvedimento amministrativo avente ad oggetto attività discrezionale non ancora esercitata dall'Amministrazione, il giudicato che si forma contiene una regola incompleta e il sindacato giurisdizionale non può estendersi all'intero rapporto controverso, perché ciò costituirebbe uno sconfinamento nel merito amministrativo da parte del giudice.

Fonti: Foro Amministrativo (II) 2016, 6, 1470 (s.m) – Nuovo not. giur. 2016, 2, 488 (nota di: Giani)

Giurisdizione civile - Ricorso per Cassazione contro decisioni dei giudici amministrativi - Per motivi di giurisdizione - Sentenza che disattende una pronuncia della Corte di giustizia U.E. - Ammissibilità.

L'interpretazione, da parte del giudice amministrativo, di una norma di diritto interno in termini contrastanti con quanto risulta da una pronuncia della Corte di giustizia U.E., successivamente intervenuta, dà luogo alla violazione di un limite esterno della giurisdizione, rientrando in uno di quei casi estremi in cui il giudice adotta una decisione anomala, omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per errores in iudicando o in procedendo, che danno luogo al superamento del limite esterno; in questi casi estremi si impone la cassazione della sentenza amministrativa per impedire che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo ed efficace, espliciti i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario, con nocumento per l'ordinamento europeo e nazionale e violazione del principio secondo cui l'attività di tutti gli organi dello Stato deve conformarsi alla normativa comunitaria.

Fonti: Foro Amministrativo (II) 2016, 6, 1470 (s.m) – Diritto Processuale Amministrativo 2016, 4, 1159 (nota di: SPADARO) – Foro it. 2017, 4, III, 186 (nota di: Vaccari, Travi)

Giustizia amministrativa - Questioni pregiudiziali e incidentali - In genere - Corte di giustizia U.E. - Sentenze pregiudiziali interpretative - Efficacia vincolante - Misura. Esecuzione del giudicato amministrativo - Giudizio di ottemperanza - Sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di Giustizia - Efficacia.

Le sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia Ue hanno la stessa efficacia vincolante delle disposizioni interpretate, con la conseguenza che la decisione della stessa, resa in sede di rinvio pregiudiziale, oltre a vincolare il giudice che ha sollevato la questione, spiega i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto; la sentenza interpretativa pregiudiziale della Corte di Giustizia è, quindi, equiparabile ad una sopravvenienza normativa, la quale, incidendo su un procedimento ancora in corso di svolgimento e su un tratto di interesse

non coperto dal giudicato ha determinato non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la medesima situazione giuridica

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9 di A.P. del 2015, proposto da:

Impresa Pizzarotti & C. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Marco Annoni, Diego Vaiano, Paolo Vaiano, Felice Eugenio Lorusso, Roberto Mastroianni, con domicilio eletto presso Paolo Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio, 3;

contro

Comune di Bari, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Giuseppe Trisorio Liuzzi, Renato Verna, Rosanna Lanza, con domicilio eletto presso Roberto Ciociola in Roma, viale delle Milizie, 2; Giunta Comunale di Bari, Consiglio Comunale di Bari;

nei confronti di

Complesso Residenziale Bari 2 S.r.l., Commissione di Manutenzione della Corte d'Appello di Bari, Gi. Al. in qualità di Commissario ad acta; Ministero della Giustizia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12; Regione Puglia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Rossana Lanza, Anna Bucci, con domicilio eletto presso Uffici Delegazione Romana Regione Puglia in Roma, Via Barberini n. 36;

sul ricorso per decreto ingiuntivo numero di registro generale 10 di A.P. del 2015, proposto da:

Impresa Pizzarotti & C. Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Diego Vaiano, Felice Eugenio Lorusso, Marco Annoni, Roberto Mastroianni, con domicilio eletto presso Diego Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio N. 3;

contro

Comune di Bari, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Aldo Loiodice, Isabella Loiodice, Renato Verna, con domicilio eletto presso Aldo Loiodice in Roma, Via Ombrone, 12 Pal. B; Sindaco del Comune di Bari, Giunta Comunale di

Bari, Consiglio Comunale di Bari;

nei confronti di

Commissione di Manutenzione della Corte d'Appello di Bari, Ministero della Giustizia, Prefetto di Bari nella qualità di Commissario ad acta nominato con sentenza del Consiglio di Stato, V, N. 3817/2008, rappresentati e difesi per legge dall'avv. Luca Ventrella, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12; Rotunno Vito nella qualità di Commissario ad acta delegato;

per l'ottemperanza

quanto al ricorso n. 3273 del 2007 e al ricorso n. 5746 del 2010: della sentenza del Consiglio di Stato - Sez. V n. 04267/2007 e delle sentenze di ottemperanza del Consiglio di Stato - Sez. V n. 03817/2008, n. 2153/2010 e n. 8420/2010 rese tra le parti e sulle istanze di Gi. Al. quale commissario ad acta proponente richiesta di chiarimenti ex art. 112, comma 5, c.p.a. con relazione del 10 agosto 2012 e con successiva relazione del 23 ottobre 2012 e 5 maggio 2015; Visti i ricorsi in oggetto e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia, della Regione Puglia in Persona del Presidente P.T., del Comune di Bari, della Commissione di Manutenzione della Corte d'Appello di Bari e del Commissario ad Acta nominato con decisione del Consiglio di Stato, Sez. V, n.. 3817 del 2008;

Vista l'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3587 del 2015, di remissione all'Adunanza Plenaria;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2016 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti l'avvocato Annoni, l'avvocato Lorusso, l'avvocato Mastroianni, l'avvocato Bucci per sé e per delega dell'avvocato Lanza, l'avvocato dello Stato Paolo Gentili, l'avvocato Liodice Isabella;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

A) Ricostruzione del quadro fattuale in cui si inserisce il presente contenzioso

1. La vicenda in esame prende le mosse da un'iniziativa dell'Impresa Pizzarotti. Questa aveva partecipato ad una procedura indetta del Comune di Bari con bando del 14 agosto 2003, procedura denominata "ricerca di mercato" e finalizzata alla realizzazione della cittadella giudiziaria di Bari, sulla base di un quadro esigenziale formulato dalla Commissione di Manutenzione presso la Corte d'Appello di Bari.

2. Con deliberazione della Giunta Comunale del 18 dicembre 2003, n. 1945 il Comune di Bari aveva dato atto della rispondenza della proposta della Pizzarotti alle richieste del bando e l'aveva individuata come quella preferibile rispetto alle altre pervenute.

Poiché a tale deliberazione non era seguito alcun atto conseguente, l'Impresa aveva attivato la procedura di cui all'art. 21-bis della legge n. 1034/1971, dopo aver chiesto che il Comune di Bari portasse "a compimento tutte le procedure amministrative necessarie per la concreta realizzazione del progetto della Sede Unica degli Uffici Giudiziari".

3. Il ricorso proposto dinanzi al Tar Puglia – Bari è stato respinto con sentenza della Sez. III n. 363/2007 dell'8 febbraio 2007, fondata sul duplice rilievo della avvenuta conclusione del procedimento con la deliberazione di Giunta comunale n. 1945 /2003, e della insussistenza di una posizione giuridica tutelabile ex art. 21-bis della legge n. 1034/1971. In tale contesto, secondo il T.a.r, la società istante non poteva vantare alcun diritto accertabile ex art. 21-bis della l. 1034/1971 "giacché l'eventuale affidamento dei lavori di realizzazione della sede giudiziaria postula lo svolgimento di un autonomo procedimento ai sensi del Codice degli appalti".

B) La sentenza del Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 1° agosto 2007, n. 4267

4. Contro tale sentenza l'Impresa Pizzarotti ha proposto appello al Consiglio di Stato, deducendo che, diversamente rispetto a quanto ritenuto dal primo giudice, era stata la stessa Amministrazione comunale di Bari a non ritenere concluso il procedimento allorché questa, successivamente all'invito del Ministero della Giustizia (nota prot. 249/2004/BA del 4 febbraio 2004. con la quale il Ministero aveva sollecitato la verifica della realizzabilità dell'opera anche a seguito dei mutamenti del quadro economico), aveva dato nuovo impulso al procedimento (nota prot. 31740 dell'11 febbraio 2004).

5. L'appello è stato accolto, con sentenza della Quinta Sezione, 1° agosto 2007, n. 4267, contenente ordine di conclusione del procedimento.

La sentenza n. 4267/2007, in particolare, ha statuito che:

la circostanza che l'Impresa Pizzarotti abbia preso parte alla ricerca di mercato, presentando quella che i competenti scrutatori hanno ritenuto essere la migliore proposta, fa sì che tale impresa resti interessata agli ulteriori sviluppi del procedimento, quali essi risultano prefigurati nella citata nota dell'Amministrazione della Giustizia (n. 249/04);

quest'ultima nota dispone che "alla luce della ridotta disponibilità economica attuale per la realizzazione della nuova cittadella giudiziaria, appare opportuno che il Comune verifichi, anche nell'ambito delle proposte pervenute, la possibilità di realizzare l'opera nei limiti del mutato quadro economico".

è certo, dunque, che, diversamente da quanto statuito dalla sentenza appellata, il procedimento al quale si riferisce l'appellante non si è esaurito con l'approvazione degli esiti della ricerca di mercato. Ed è anche certo che l'opinione manifestata dal Ministero della Giustizia sia quella di verificare "anche nell'ambito delle proposte pervenute, la possibilità di realizzare l'opera nei limiti del mutato quadro economico";

ne consegue che l'Amministrazione comunale, nel rispetto dei principi di ragionevolezza, buona fede ed affidamento, deve, dando consequenzialità ai propri atti, dare al

procedimento una conclusione plausibilmente congrua, verificando, nell'ambito delle proposte pervenute, la possibilità di realizzazione dell'opera nei limiti del mutato quadro economico.

6. La sentenza n. 4267/2007 veniva impugnata dal Comune di Bari rispettivamente con ricorso per revocazione e con ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione. Il ricorso per revocazione veniva dichiarato inammissibile con decisione della Quinta Sezione n. 3816/2008.

La Corte di Cassazione, con ordinanza resa a Sezioni unite n. 30059 in data 23 dicembre 2008, respingeva il ricorso, riconoscendo che l'art. 2 della legge n. 241 del 1990 in astratto attribuisce al privato un interesse legittimo alla conclusione dei procedimenti riferiti a rapporti caratterizzati da discrezionalità amministrativa, mentre attiene al merito, incensurabile in sede di ricorso per motivi di giurisdizione, la verifica in concreto dell'esistenza dei presupposti per l'accoglimento della domanda.

Giudicava, inoltre, la pronuncia esente dal vizio di eccesso di potere giurisdizionale, non contenendo essa alcuna autonoma statuizione di merito, essendosi limitata a richiamare i limiti dell'attività da compiere nel portare a termine il procedimento.

C) La sentenza del Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 31 luglio 2008, n. 3817

7. Con la successiva sentenza 31 luglio 2008, n. 3817. la Quinta Sezione, constatato che il Comune di Bari non aveva ottemperato all'ordine del Giudice, nonostante la deliberazione di G.C. n. 61 del 4 febbraio 2008, ritenuta elusiva della pronunzia, ha reiterato l'ordine di dare esecuzione alla decisione n. 4267/2007 entro un termine prefissato, con nomina del commissario ad acta nella persona del Prefetto di Bari, o di suo delegato, per il caso di persistente inottemperanza.

Pubblicata la decisione n. 3817/2008, l'Impresa Pizzarotti ha sollecitato l'intervento del Commissario nominato dal Giudice. Il Prefetto di Bari ha delegato, come anticipato, l'avvocato Vito Rotunno, già Avvocato Distrettuale dello Stato di Bari.

8. Il Commissario ha così operato:

1) con determinazione del 6 novembre 2008 ha stabilito che "in ossequio al dictum del Giudice Amministrativo il Comune di Bari (e per esso il Commissario ad actus) deve valutare se due offerte dell'impresa Pizzarotti siano contenute nella somma di € 21.500.000, e siano valide sotto l'aspetto tecnico e funzionale, alla stregua dei criteri indicati nell'avviso dell'agosto 2003 e nel quadro esigenziale ad esso allegato";

2) con provvedimento del 21 novembre 2008 ha dato atto "in esecuzione della decisione Cons. Stato sez. V n. 4267/07: a) che le due offerte dell'impresa Pizzarotti sopra menzionate sono contenute nel quadro economico di riferimento e valide sotto il profilo tecnico-funzionale, alla stregua delle prescrizioni dell'avviso di procedura e del quadro esigenziale in esso richiamato; b) che l'offerta dell'1/10/04 (e successive modifiche) è in linea anche con le attuali disponibilità economiche del Comune di Bari", ritenendo entro questi limiti "concluso positivamente il procedimento relativo alla "ricerca di mercato".

Il Commissario, con la nota del 24.11.2008 ha trasmesso i propri provvedimenti del 6 e del 21 novembre 2008, ritenendo di aver dato esecuzione “salvo diverso avviso di codesto Ecc.mo Consiglio di Stato”.

9. Nel frattempo il Comune, affermando di aver così dato corso all'ordine medesimo, aveva a propria volta posto in essere un procedimento, concluso, secondo il punto di vista dell'Ente locale, con la deliberazione di G.C. n. 1207 del 24 novembre 2008, che aveva ritenuto la proposta Pizzarotti non rispondente al mutato quadro economico.

10. Alle determinazioni del commissario ad acta ha fatto seguito un ulteriore giudizio in sede di ottemperanza, in quanto entrambe le parti contendenti, l'impresa Pizzarotti ed il Comune di Bari, hanno proposto distinti ricorsi per incidente di esecuzione.

Nell'ambito di tale giudizio, il commissario ad acta, assumeva di aver concluso i propri lavori in esecuzione dell'ordine del Giudice, salvo diverso avviso del Consiglio di Stato; per proprio conto sia l'Impresa che il Comune di Bari proponevano incidente di esecuzione, prospettando da punti di vista opposti un non corretto adempimento dell'ordine del Giudice che, dal punto di vista dell'Impresa, sarebbe dovuto pervenire sino all'esecuzione materiale dell'opera, o quanto meno all'impegno contrattuale di effettuarla, mentre, dal punto di vista del Comune, all'accertamento (negativo) della insussistenza delle condizioni perché possa procedersi ulteriormente.

D) La sentenza del Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 15 aprile 2010, n. 2153

11. Il giudizio in questione è stato definito dalla Quinta Sezione con la sentenza 15 aprile 2010, n. 2153, la quale ha accolto il ricorso della Pizzarotti e respinto quello del Comune di Bari.

Pur giudicando la correttezza dell'operato del commissario ad acta, la Sezione ha tuttavia ritenuto la stessa incompleta, considerando necessario che l'attività di esecuzione dell'ordine del giudice sia portata a quella “conclusione plausibilmente congrua” imposta dalla decisione n. 4267 del 2007.

Di contro, con la medesima decisione, la Sezione ha considerato il procedimento posto in essere dal Comune fondato su presupposti erronei, contraddittorio nella decisione finale rispetto alle conclusioni della Commissione tecnica, carente di motivazione ed in contrasto con le risultanze dell'istruttoria, violativo dei principi di buona fede ed affidamento e di quello di consequenzialità dei propri atti.

Ha, quindi, dichiarato l'elusività della deliberazione di giunta comunale n. 1207/08, ritenendola altresì adottata in carenza assoluta di potere per essere intervenuta successivamente all'adozione dei provvedimenti del commissario ad acta e ne ha accertato la nullità.

Ha stabilito, inoltre, che l'attività ulteriore avrebbe dovuto essere compiuta dall'organo di amministrazione straordinaria, in totale autonomia di poteri, con “l'obbligo di porre in essere, in via sostitutiva, tutti gli atti necessari all'esecuzione della predetta decisione n. 4267/07 (vale a dire, sussistendone gli altri presupposti normativi, in particolare la variante urbanistica a cui lo stesso Comune si era impegnato con il bando di gara e la stipulazione del contratto con l'Impresa), finalizzati alla concreta “realizzazione della nuova cittadella

della giustizia”, utilizzando, se del caso, ove ritenuto utile ed opportuno, gli uffici della Prefettura di Bari, o altri ritenuti idonei.”

Rilevata la positiva verifica da parte del commissario ad acta circa la corrispondenza della proposta Pizzarotti al bando nonostante i mutamenti intervenuti nel quadro economico, ha stabilito che “dovrà procedersi all’adozione degli atti necessari alla concreta realizzazione della stessa, verificando, quanto agli ulteriori presupposti in fatto e in diritto, la coerenza di tali atti con il sistema normativo ed il quadro amministrativo comunale.”

Ha poi giudicato la necessità di variante urbanistica come “autolimitazione per l’ente comunale” da cui il Comune non potrebbe discostarsi se non per particolari condizioni, nella specie non adombrate, disponendo che “il Commissario, nella qualità indicata, dovrà attivare le procedure occorrenti perché tale variante venga predisposta e, previa verifica degli altri presupposti normativi, adottata secondo le procedure di legge, utilizzando se del caso, ove legittimamente possibile, i procedimenti accelerati che la legge appresta per casi di realizzazione di opere di interesse generale o di interesse pubblico strettamente inteso. Nella vigenza della variante di piano, ove intervenuta, il Comune di Bari, per il tramite necessario del Commissario ad acta, dovrà in seguito altresì porre in essere ogni atto occorrente a verificare la possibilità di stipulare accordi contrattuali vincolanti con i soggetti interessati alla realizzazione dell’opera, ed in caso di esito positivo provvedere alla stipula di detti accordi”.

Ha quindi assegnato il termine di centottanta giorni per la conclusione del procedimento.

12. Il commissario ad acta, con proprio provvedimento in data 27 maggio 2010, ha dato atto “che l’avviso di ricerca di mercato dell’agosto 2003, così come innanzi è stato descritto nelle sue fasi e momenti, non ha avuto esito positivo.”

A tali conclusioni è giunto, quanto alla prima proposta avanzata dall’impresa nel 2004 a seguito della prima riduzione degli stanziamenti statali (da euro 43.500.000,00 ad euro 18.500.000,00), poiché tra la proposta dell’impresa e l’obiettivo del Comune non vi è congruenza, non avendo l’impresa inteso di proporsi come locatrice e poiché la perdita di parte del finanziamento è tale da non consentire di raggiungere l’obiettivo del Comune; quanto alla seconda proposta, intervenuta in seguito alla perdita dell’intero finanziamento statale, consistente nell’offerta in locazione di fabbricati da realizzare da parte privata, poiché l’opera è priva delle caratteristiche di opera soggettivamente ed oggettivamente pubblica o di interesse pubblico, la collaborazione del privato al perseguimento degli obiettivi comunali è consistita nella mera presentazione di un progetto da realizzare mediante locazione, assolutamente inadeguato rispetto all’obiettivo comunale della realizzazione materiale e completa delle strutture giudiziarie rispetto a cui l’impresa è titolare di un mero interesse di fatto.

Ha poi considerato che la proposta consistente in un atto di impegno a locare, in quanto promessa unilaterale atipica, non è produttiva di effetti e non sarebbe praticabile sul piano operativo.

Ha inoltre ritenuto che non può essere ammesso alla fase contrattuale un soggetto terzo non presente nella fase procedimentale; che i tempi di costruzione e di acquisizione da parte del terzo della proprietà confliggono con l’interesse dell’amministrazione a

“chiudere” subito il contratto ; che il ricorso a tale modello contrattuale costituisce istituto eccezionale e marginale, applicabile solo ove risultino impraticabili le procedure ordinarie, nella specie configurabili tramite la procedura selettiva ex art. 153 d.lgs. n. 163 del 2006 per la quale si sarebbe già attivato il Comune di Bari; che osterebbe altresì la non conformità urbanistica delle aree interessate dal progetto non superabile attraverso la variante urbanistica , che il Comune avrebbe previsto nell’avviso di gara solo in ragione della natura pubblica del bene da realizzarsi, sotto il duplice profilo dei finanziamenti pubblici e della natura pubblica del soggetto proprietario.

13. Per la dichiarazione di nullità del suddetto provvedimento ha proposto nuovo ricorso per incidente di esecuzione l’impresa Pizzarotti, assumendone il contrasto con i contenuti e le conclusioni raggiunte nelle precedenti determinazioni dello stesso Commissario (provvedimenti del 6 e 21 novembre 2008) e con i principi stabiliti nella decisione del Consiglio di Stato n. 2153/2010; contravvenendo, invero, a quanto disposto in merito alla necessità di portare a compimento il procedimento già correttamente impostato con il provvedimento 21 novembre 2008, il commissario avrebbe finito con il rimettere tutto in discussione ritornando su questioni già vagliate e sulle quali si erano già pronunciati sia il Consiglio di Stato che le Sezioni Unite della Corte di cassazione.

E) La sentenza del Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 3 dicembre 2010, n. 8420

14. Con sentenza di esecuzione n. 8420 del 3 dicembre 2010, questo Consiglio ha accolto il ricorso dell’impresa Pizzarotti.

Secondo il Consiglio di Stato, le contrastanti conclusioni circa l’esito dell’avviso della ricerca di mercato (positive in base al provvedimento 21 novembre 2008, negative in base al provvedimento 27 maggio 2010) già evidenziano la contraddittorietà e l’elusività del provvedimento impugnato. E’ chiaro, infatti, che l’esito della ricerca di mercato non può che essere uno solo ed è quello già definitivamente accertato con il provvedimento del 21 novembre 2008.

Sempre nella predetta sentenza di esecuzione n. 8420 del 3 dicembre 2010, questo Consiglio di Stato ha osservato che, quanto ai motivi adottati dal commissario, l’offerta in locazione degli edifici non realizzabili tramite il finanziamento statale risale alla prima offerta ed è stata sempre mantenuta nelle successive proposte. Tale modalità di acquisizione degli immobili fu ritenuta, pertanto, sin dalla selezione dell’impresa e, di seguito, fino al provvedimento del Commissario delegato del 28 novembre 2008, conforme agli obiettivi del Comune e non in contrasto con i tempi necessari alla realizzazione degli immobili.

Lo stesso è a dirsi per la natura dei beni da realizzare, la cui rispondenza all’interesse pubblico e funzionalità agli obiettivi generali di carattere pubblico sono state a suo tempo discrezionalmente valutate e confermate dal Commissario ad acta.

Quanto al coinvolgimento del terzo acquirente e locatore degli immobili da adibire ad uffici giudiziari, nella predetta sentenza di esecuzione n. 8420 del 3 dicembre 2010 si è osservato che vale la medesima considerazione della già operata positiva valutazione di tale modulo

convenzionale sia in sede di procedura selettiva sia in sede di prima deliberazione del commissario.

“E’ naturale ed evidente”, ha infatti statuito la sentenza n. 8420/2010, “che l’individuazione del soggetto, indicato nell’originaria proposta come “idoneo e qualificato” debba avvenire anteriormente alla stipula di qualunque convenzione, che questa debba produrre anche nei suoi confronti effetti obbligatori, che il terzo debba presentare tutti i requisiti, compresi quelli di capacità economica, che valgano ad assicurare l’adempimento delle obbligazioni, che debba, cioè, essere esperita una adeguata istruttoria culminante, nel caso di accertata presenza di tutti i presupposti in fatto e in diritto, nella conclusione di un contratto, come già affermato da questa Sezione. Per converso, emerge dall’atto oggetto del presente incidente di esecuzione che il Commissario non ha neppure tentato di approfondire questi aspetti, arrestandosi su ragioni astrattamente ostative smentite da quanto in precedenza accertato, così contravvenendo all’ordine del giudice che era quello di verificare i presupposti in fatto ed in diritto per dare concreta realizzazione alla proposta, rispetto alla quale l’interesse dell’impresa realizzatrice non è evidentemente solo di fatto, ma corrisponde al bene della vita consistente nella realizzazione e nella successiva vendita degli immobili”.

Lo stesso è a dirsi, sempre nella predetta sentenza di esecuzione n. 8420 del 3 dicembre 2010, per l’atto di impegno a locare, giudicato dal commissario inidoneo perché improduttivo di effetti: il Commissario non ha minimamente tenuto conto della disponibilità dell’impresa (v. nota 19 maggio 2010) a puntualizzare e precisare, in una fase di confronto, gli atti convenzionali, coinvolgendo tutti i soggetti (compreso il terzo locatore) che avrebbero dovuto prendervi parte, ma si è limitato a trincerarsi dietro l’improduttività di effetti della promessa unilaterale.

Quanto, infine, alla non conformità urbanistica del progetto, nella predetta sentenza di esecuzione n. 8420 del 3 dicembre 2010 si è richiamato quanto stabilito dal giudice dell’ottemperanza nella decisione n. 2153/2010 in merito alla necessità da parte del commissario di attivazione delle procedure occorrenti per la sua predisposizione e adozione, previa verifica degli altri presupposti normativi.

Conclusivamente, la predetta sentenza di esecuzione n. 8420 del 3 dicembre 2010 ha accolto il ricorso dell’impresa e, pertanto, ha dichiarato la nullità dell’atto del Commissario ad acta delegato in data 27 maggio 2010 in quanto emesso in violazione del giudicato.

F) La variante al P.R.G. del Comune di Bari adottata dal commissario ad acta

16. Successivamente, il nuovo commissario, Giuseppe Albenzio, designato dal Prefetto di Bari con provvedimento 29 gennaio 2011, in forza di quanto disposto da questa Sezione con le già citate sentenze n. 2153/2010 e n. 8420/2010, dopo la proroga del termine per l’esecuzione dell’incarico disposta da questa Sezione con sentenza 3 agosto 2011, n. 4710, ha posto in essere tutte le attività necessarie per addivenire all’adozione della delibera di variante urbanistica al P.R.G. del Comune di Bari per i terreni interessati dalla costruzione della “Cittadella della Giustizia”: la variante è stata adottata con delibera commissariale n. 1/12 del 23 aprile 2012.

Successivamente, inoltre, con determinazione dirigenziale del Servizio Ecologia della Regione, in riferimento alla Procedura di Valutazione Ambientale Strategica della Variante al P.R.G. da "Zona per attività di tipo A" in "Area destinata alle sedi giudiziarie, ivi comprese le strutture carcerarie e i servizi connessi alle attività giudiziarie", oggetto del giudizio, è stato espresso il prescritto parere motivato.

17. L'impresa Pizzarotti ha contestato la sottoposizione della Variante di Piano Regolatore adottata dal commissario ad acta in luogo del Comune di Bari inottemperante, assumendone la valenza elusiva del giudicato.

18. Il commissario ad acta per suo conto, con istanza del 10 agosto 2012 ha presentato dettagliate ed analitiche relazioni in merito alle attività svolte, chiedendo di ratificare l'operato, anche in riferimento alla nomina del RUP e del progettista della variante; di dare istruzioni sul prosieguo dell'attività dell'Ufficio commissariale, con particolare riferimento alla preannunciata apertura di procedura di infrazione da parte della Commissione Europea, autorizzando il Commissario a svolgere le ulteriori attività ritenute necessarie per l'esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato in oggetto; di liquidare un acconto sulle competenze professionali del Commissario e dei professionisti che hanno collaborato alle attività sopra descritte (secondo le parcelle dagli stessi presentate) e il rimborso delle spese di amministrazione, viaggio e alloggio sino ad ora sostenute di prorogare il termine per l'esecuzione dell'incarico commissariale per il tempo necessario al completamento delle procedure per l'adozione della variante urbanistica e dei successivi strumenti contrattuali (termine non inferiore ad un anno solare).

G) La procedura di infrazione comunitaria nel frattempo aperto dalla Commissione europea
19. In seguito, con relazione del 23 ottobre 2012 il commissario ad acta ha rilevato che, nelle more dell'espletamento delle attività relative alla variante urbanistica di cui sopra si è detto, la Commissione europea, su esposto del Sindaco di Bari, ha aperto l'istruttoria per la verifica dell'eventuale violazione e/o elusione della normativa europea in tema di affidamento di appalti pubblici di lavori per importi superiori ad € 4.845.000,00.

La Commissione, nel corso della pre-istruttoria di cui alla procedura EU-Pilot 232 1/11 MARK, ha chiesto al Dipartimento per le politiche europee e, per il tramite di esso, all'Ufficio commissariale, chiarimenti sui punti rilevanti della vicenda; detti chiarimenti sono stati forniti dal Commissario con relazioni del 29.9.2011, 19.11.2011, 7.12.2011, e nel corso degli incontri avuti con i funzionari della Commissione in Bruxelles in data 16.1.2012 e in Roma in data 22.3.2012.

Con nota del 3 ottobre 2012 il Dipartimento per le Politiche Europee della Commissione Europea ha comunicato all'Ufficio commissariale l'apertura di una procedura di infrazione nei confronti della Repubblica italiana da parte della Commissione europea, ai sensi dell'art. 258 TFUE, in ordine all'attività negoziale demandata al Commissario dalle decisioni del Consiglio di Stato sopra descritte.

20. Il Commissario, nella precitata relazione, al fine di evitare un fermo delle procedure di esecuzione delle decisioni del Consiglio di Stato, in attesa della conclusione della succitata procedura di infrazione e dell'eventuale giudizio dinanzi alla Corte di Giustizia, ha

affermato che potrebbero essere soddisfatte le esigenze dell'Amministrazione, alternativamente:

- con l'autorizzazione al Commissario ad acta di rinviare la stipulazione dell'atto negoziale di completamento della esecuzione delle decisioni giudiziali, quale contratto di locazione semplice, al momento in cui l'immobile da adibire ad uffici giudiziari sia completato ed "esistente", senza la previa sottoscrizione di alcun atto di impegno, atteso che le obbligazioni che dovrebbero essere in esso contenute coincidono in sostanza con i deliberati delle precedenti sentenze i quali, ribaditi nell'emananda decisione del Collegio nella presente sede, possono ritenersi idonei a vincolare sin d'ora e direttamente il Commissario ad acta a sottoscrivere con l'Impresa Pizzarotti, o con il terzo soggetto che questa si è riservata di indicare, il contratto di locazione per l'immobile una volta che sarà completato e, quindi, esistente (con le caratteristiche individuate dalla Commissione di manutenzione e poste a base delle sentenze pronunziate e nei tempi pure già ivi considerati);

- con la indizione di una gara pubblica per l'affidamento in locazione all'Amministrazione comunale di un edificio da adibire a sede di tutti gli uffici giudiziari di Bari che risponda al "quadro esigenziale" predisposto dalla Commissione di Manutenzione presso la Corte d'Appello, quale sub-procedimento affidato al Commissario ad acta nell'ambito della procedura di esecuzione delle decisioni in epigrafe indicate, al fine di dissipare definitivamente i dubbi della Commissione europea; in tal senso, dovrebbero essere date all'Ufficio commissariale le necessarie competenze ed istruzioni.

H) L'ordinanza del Consiglio di Stato, Sezione Quinta, 10 aprile 2013, n. 1962 di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE

21. Con ordinanza 10 aprile 2013, n. 1962, la Quinta Sezione, dopo aver disposto la riunione dei ricorsi in ottemperanza n. 3273 del 2007 e n. 5746 del 2010 proposti dall'Impresa Pizzarotti (diretti all'esecuzione della sentenza del Consiglio di Stato - Sez. V n. 4267/2007 e delle sentenze di ottemperanza del Consiglio di Stato, Sez. V n. 03817/2008, n. 2153/2010 e n. 8420/2010) e delle istanze di Giuseppe Albenzio quale commissario ad acta, proponente richiesta di chiarimenti ex art. 112, comma 5, c.p.a. con relazione del 10 agosto 2012 e con successiva relazione del 23 ottobre 2012, ha rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione Europea le seguenti questioni pregiudiziali:

- "Se lo stipulando contratto di locazione di cosa futura, anche sotto la forma ultima suggerita di atto di impegno a locare equivalga ad un appalto di lavori, sia pure con alcuni elementi caratteristici del contratto di locazione e, quindi, non possa essere compreso fra i contratti esclusi dall'applicazione della disciplina di evidenza pubblica secondo l'art. 16 DIR 2004/18/CE";

- "Se, in caso di pronunciamento positivo sul primo quesito, possa il giudice nazionale e, segnatamente, codesto Giudice remittente, ritenere inefficace il giudicato eventualmente formatosi sulla vicenda in oggetto, e descritto in parte narrativa, in quanto abbia consentito la sussistenza di una situazione giuridica contrastante con il diritto comunitario

degli appalti pubblici e se sia quindi possibile eseguire un giudicato in contrasto con il diritto comunitario”.

I) La sentenza pregiudiziale interpretativa della Corte di Giustizia dell’Unione Europea 10 luglio 2014, C-213/13

22. Su tali questioni la Corte di Giustizia si è pronunciata con la sentenza 10 luglio 2014, C-213/13, dichiarando che:

L’articolo 1, lettera a), della direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, deve essere interpretato nel senso che un contratto che abbia per oggetto principale la realizzazione di un’opera che risponda alle esigenze formulate dall’amministrazione aggiudicatrice costituisce un appalto pubblico di lavori e non rientra, pertanto, nell’esclusione di cui all’articolo 1, lettera a), iii), della direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, anche quando comporti un impegno a locare l’opera di cui trattasi.

Se le norme procedurali interne applicabili glielo consentono, un organo giurisdizionale nazionale, come il giudice del rinvio, che abbia statuito in ultima istanza senza che prima fosse adita in via pregiudiziale la Corte di giustizia ai sensi dell’articolo 267 TFUE, deve o completare la cosa giudicata costituita dalla decisione che ha condotto a una situazione contrastante con la normativa dell’Unione in materia di appalti pubblici di lavori o ritornare su tale decisione, per tener conto dell’interpretazione di tale normativa offerta successivamente dalla Corte medesima.

J) L’ordinanza di rimessione all’Adunanza Plenaria

23. Con successiva ordinanza 17 luglio 2015, n. 3587, la Quinta Sezione, dichiarando di non condividere il tradizionale insegnamento giurisprudenziale in tema di “giudicato a formazione progressiva” accolto dalla giurisprudenza amministrativa e dalla stessa Adunanza Plenaria (da ultimo con la sentenza 15 gennaio 2013, n. 2) ha devoluto la presente controversia, ai sensi dell’art. 99, commi 1 e 3, C.p.a. all’esame dell’Adunanza Plenaria.

Secondo la tesi del giudicato a formazione progressiva anche le statuizioni contenute nelle sentenze rese in sede di ottemperanza sono idonee al giudicato, integrando il giudicato della sentenza di cognizione.

In relazione a tale aspetto, l’ordinanza di rimessione rileva che seguendo la tesi del giudicato a formazione progressiva, nel caso di specie, il giudicato potrebbe essere individuato nel riconoscimento del diritto della Impresa Pizzarotti di eseguire l’opera oggetto dell’originaria offerta e nel corrispettivo obbligo dell’Amministrazione comunale di Bari di “prenderla in carico” a titolo oneroso e di “utilizzarla” quale sede degli uffici giudiziari.

Secondo la Sezione rimettente, tuttavia, “tale esito del giudizio comporterebbe una palese violazione del diritto comunitario, come sancito dalle predetta sentenza della Corte UE,

sezione II, 10 luglio 2014, C-213/13, con evidenti implicazioni di responsabilità dello Stato italiano”.

La Quinta Sezione precisa che sarebbe possibile anche una diversa interpretazione del giudicato progressivamente formatosi, nel senso, cioè, che esso potrebbe essere letto, aderendo ad una diversa ricostruzione del fatto, nel senso di escludere che esso riconosca all’Impresa Pizzarotti del diritto di realizzare l’opera. L’ordinanza di rimessione, a tale proposito, ricorda come nella stessa ordinanza di rinvio pregiudiziale (la n. 1962 del 2013), la Quinta Sezione aveva espressamente e solamente ipotizzato la sussistenza di un giudicato formatosi “eventualmente” in ordine al diritto dell’Impresa Pizzarotti di realizzare l’opera.

24. La Sezione rimettente, tuttavia, ritiene che “prima di esplorare la possibilità di ricostruire il fatto diversamente, deducendo dalle sentenze sopra indicate l’assenza di statuizioni suscettibili di giudicato [in ordine al riconoscimento all’Impresa Pizzarotti del diritto al contratto] occorre previamente interrogarsi, dal punto di vista del diritto, sulla natura del giudicato a formazione progressiva, al fine di verificare, in primo luogo, se nel corrente quadro giuridico del processo amministrativo tale concetto sia ancora attuale; e, in secondo luogo, subordinatamente, per precisare il concetto medesimo allo scopo di stabilire se il dictum della sentenza 15 aprile 2010, n. 2153, abbia comportato o contenga soltanto misure esecutive, ovvero sia idoneo ad integrare il giudicato della sentenza di cognizione 1° agosto 2007, n. 4627 e, come tale, avendo natura di giudicato risulti intangibile”.

25. L’ordinanza di rimessione, per il caso in cui venga accolta tale ultima soluzione (giudicato intangibile), rimette all’Adunanza Plenaria una ulteriore questione: “se il concetto di *ius superveniens* idoneo a circoscrivere l’effetto del giudicato, possa in primo luogo essere applicabile anche all’ipotesi di una giurisprudenza comunitaria sopravvenuta come quella in oggetto che impedisce giuridicamente l’attribuzione alla ricorrente Pizzarotti del contratto per la realizzazione dell’opera in contestazione; in secondo luogo, se la normativa nazionale sopravvenuta (ad esempio in riferimento all’edilizia giudiziaria – cfr. relazione del commissario ad acta) possa incidere sul giudicato a formazione progressiva eventualmente formatosi, determinandone l’inidoneità a produrre gli effetti programmati e stabiliti”.

K) Il giudizio dinnanzi all’Adunanza Plenaria

26. In vista della camera di consiglio dinnanzi all’Adunanza Plenaria tutte le parti hanno depositato memorie difensive a sostegno delle rispettive posizioni.

27. In sintesi, l’Impresa Pizzarotti ha sostenuto l’intangibilità del giudicato formatosi sulla sentenza n. 4267/2007 (resa in sede di cognizione, sia pure all’esito del giudizio speciale in materia di silenzio-inadempimento ex art. 21-bis legge n. 1034/1971, applicabile *ratione temporis*) e successivamente integrato dalle sentenze n. 2153/2010 e n. 8420/2010 rese in sede di ottemperanza. La ricorrente ha richiamato la giurisprudenza comunitaria che esclude l’obbligo per il giudice nazionale di disapplicare il giudicato anche nel caso di

contrarietà dello stesso con il diritto dell'Unione europea (anche quale risultante dall'interpretazione vincolante fornita dalla Corte di Giustizia).

28. Il Ministero della Giustizia a sua volta ha concluso per l'accoglimento del ricorso proposto dall'Impresa Pizzarotti sostenendo che il giudicato formatosi sulle sentenze precedentemente rese dalla Quinta Sezione (in particolare su quelle rese in sede di ottemperanza n. 2153/2010 e n. 8420/201), ha esaurito ogni discrezionalità dell'Amministrazione circa l'andamento della conclusione del procedimento, lasciando a questa, tramite il commissario ad acta, soltanto il reperimento delle modalità esecutive più idonee.

29. Il Comune di Bari, per contro, ha chiesto il rigetto del ricorso, sostenendo peraltro che, anche a prescindere dalla risoluzione delle questioni sollevate dall'ordinanza di rimessione, il giudicato formatosi non avrebbe comunque comportato il riconoscimento in capo all'Impresa Pizzarotti del diritto alla stipula del contratto.

30. La Regione Puglia ha eccepito, in primis, la sua estraneità al giudicato formatosi sulla sentenza n. 4267/2007 e sulle altre pronunciate in sede di ottemperanza, chiedendo, quindi, di essere estromessa dal giudizio. Nel merito, ha concluso, comunque, per il rigetto del ricorso.

31. Il commissario ad acta Giuseppe Albenzio, ha depositato una memoria, nella quale, richiamate le osservazioni del 5 maggio 2015, presentate per l'udienza del 26 maggio 2015 dinanzi la Quinta Sezione, ha chiesto la liquidazione dei compensi e delle spese per sé e per i professionisti che hanno collaborato nello svolgimento delle relative attività poste in essere in esecuzione del giudicato.

L) L'estromissione dal giudizio della Regione Puglia

32. Occorre in via pregiudiziale esaminare la richiesta di estromissione dal giudizio della Regione Puglia.

33. La richiesta merita accoglimento.

Il gravame proposto mediante incidente di esecuzione dall'Impresa Pizzarotti nei confronti della Regione Puglia ha ad oggetto la determinazione dirigenziale n. 96 dell'11 maggio 2012, con il quale il Dirigente del Servizio Ecologia della Regione ha disposto l'assoggettamento alla procedura di valutazione ambientale strategica della variante al PRG del Comune di Bari adottata dal commissario ad acta in ottemperanza della sentenza n. 2153 del 2012 del Consiglio di Stato, avente ad oggetto il suolo relativo al progetto della "Sede Unica degli Uffici Giudiziari di Bari".

La ricorrente assume la nullità di tale determinazione in quanto adottata in violazione o elusione del giudicato.

Tale gravame è, tuttavia, inammissibile nelle forme in cui è stato proposto, ovvero attraverso l'incidente di esecuzione nell'ambito del giudizio di ottemperanza al giudicato.

Il giudicato di cui si lamenta la violazione si è formato, infatti, su sentenze rispetto alle quali la Regione Puglia è terza non avendo partecipato ai relativi giudizi.

Trattandosi di sentenze rese inter alios, la loro portata dispositiva e conformativa non può, dunque, avere efficacia vincolante rispetto alla Regione Puglia, alla quale, di conseguenza, non può essere imputata alcuna violazione o elusione del giudicato.

In nessun modo, quindi, un giudicato reso inter alios può essere fonte, per la Regione, di obblighi conformativi alla cui stregua valutare la legittimità (sotto il profilo della nullità per violazione o elusione del giudicato) degli atti dalla stessa adottati.

L'eventuale illegittimità di tale atti doveva essere fatta valere, anche per evitare l'elusione del doppio grado di giudizio, nelle forme del rito ordinario, attraverso l'instaurazione di un giudizio di cognizione dinnanzi al Tribunale amministrativo regionale.

In tal senso, del resto, l'Impresa Pizzarotti si è attivata, atteso che, come risulta dagli atti, contro la stessa determinazione è stato proposto anche ricorso (r.g. n. 1220/2012) innanzi al T.a.r. Puglia, sede di Bari.

La Regione Puglia deve, pertanto, essere estromessa dal giudizio, con conseguente inammissibilità del ricorso proposto nei suoi confronti.

M) L'ordine logico di esame delle questioni

34. Si può ora passare all'esame delle questioni sottoposte dall'ordinanza di rimessione.

La Sezione rimettente, pur senza individuare la "regola conformativa" ricavabile dalle sentenze ottemperande (lasciando aperta, dunque, la questione se le sentenze ottemperande abbiano o meno riconosciuto all'Impresa Pizzarotti il diritto alla stipula del contratto e alla realizzazione dell'opera), chiede all'Adunanza Plenaria di risolvere due questioni, concernenti, rispettivamente, l'ampiezza del giudicato amministrativo e la sua forza di resistenza rispetto ad uno ius superveniens rappresentato da una sentenza della Corte di Giustizia che attesti la contrarietà al diritto dell'Unione Europea degli effetti dallo stesso prodotti.

In relazione alla prima questione, la Sezione rimettente, richiamando e criticando la tesi del c.d. giudicato a formazione progressiva, chiede all'Adunanza Plenaria di "stabilire in astratto uno o più criteri, certi e ripetibili, per definire il discrimine" tra "statuizioni della sentenza di ottemperanza suscettibili di passare in giudicato e mere misure esecutive".

In relazione alla seconda questione, la Sezione chiede all'Adunanza Plenaria di stabilire, anche alla luce del principio di diritto enunciato dalla Corte di Giustizia nella già citata sentenza 10 luglio 2014, C-213/13 (cfr., in particolare, il punto b) del dispositivo), se il diritto nazionale conosca dei rimedi per ritornare sul giudicato che ha condotto ad una situazione contrastante con la normativa dell'Unione Europea.

35. Occorre, anzitutto, evidenziare come l'ordine logico delle questioni prospettato dalla Sezione rimettente non appaia del tutto condivisibile.

Prima ancora di stabilire se le statuizioni contenute nelle sentenze rese in sede di ottemperanza costituiscano giudicato e se, in caso di risposta positiva a tale quesito, esistano strumenti per impedire che il giudicato produca effetti anticomunitari, è necessario, infatti, delimitare esattamente il contenuto e la portata conformativa delle sentenze di cui si chiede, in questa sede, l'ottemperanza.

La Sezione rimettente, come si è detto, non affronta tale questione, riservandosi espressamente di esaminarla solo all'esito della decisione dell'Adunanza Plenaria, nell'ipotesi in cui l'Adunanza Plenaria dovesse appunto confermare la tesi del giudicato a

formazione progressiva (esteso anche alla statuizioni rese in sede di ottemperanza) e sancire l'intangibilità del giudicato nonostante la sua contrarietà al diritto comunitario.

In questo modo si altera, però, il naturale ordine di esame delle questioni. La rilevanza ai fini della decisione dei quesiti sottoposti al vaglio dell'Adunanza Plenaria è, invero, meramente ipotetica, perché dipende dalla questione logicamente preliminare che è quella concernente l'esatta delimitazione degli obblighi discendenti dalle sentenze portate ad esecuzione.

Il Collegio, pertanto, modificando l'ordine logico delle questioni prospettato dalla Sezione rimettente ritiene che il primo punto da esaminare sia proprio l'esatta delimitazione della portata conformativa delle statuizioni contenute nelle sentenze ottemperanda.

36. La natura preliminare di tale verifica corrisponde, del resto, alle prospettazioni difensive delle parti.

Da un lato, l'impresa ricorrente fonda il suo ricorso proprio sull'assunto che quelle sentenze le abbiano progressivamente riconosciuto il diritto alla stipula del contratto e alla realizzazione dell'opera, esaurendo ogni residuo margine di discrezionalità amministrativa in capo al Comune di Bari. Assume, in altri, termini, che dalle citate sentenze discenda un "obbligo di risultato" in capo all'Amministrazione comunale, e ne reclama l'adempimento chiedendo a questo Giudice di rimuovere ogni ulteriore ostacolo alla conclusione del contratto e alla realizzazione dell'opera. In relazione a tale profilo, peraltro, l'impresa ricorrente sostiene che tale obbligo di risultato sarebbe già rinvenibile, in nuce, nella prima sentenza rese in sede di cognizione (la numero 4267 del 2007), il che, se fosse vero, renderebbe irrilevante la questione del giudicato a formazione progressiva.

Dall'altro lato, il Comune di Bari, oltre a difendersi contestando la tesi del giudicato a formazione progressiva e invocando, comunque, la primazia del diritto dell'Unione Europea, nega che le sentenze ottemperande abbiano mai riconosciuto alla Pizzarotti, il diritto alla stipula del contratto.

Anche le contrapposte difese confermano, quindi, che il thema decidendum, la principale questione oggetto del contendere, riguarda l'ampiezza della regola conformativa ricavabile dalle più volte citate sentenze precedentemente rese dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato: la sentenza n. 4267 del 2007, resta in sede di cognizione, e le successive sentenze n. 2153 del 2010 e n. 8420 del 2010, rese in sede di ottemperanza.

N) La delimitazione dell'obbligo conformativo derivante dalla sentenze ottemperande

37. Così ristabilito il naturale ordine logico di esame delle questioni, occorre, quindi, delimitare l'ampiezza dell'obbligo conformativo scaturente dalle citate sentenze.

38. L'Adunanza Plenaria ritiene che dette sentenze non abbiano riconosciuto all'Impresa Pizzarotti il diritto incondizionato alla stipula del contratto e alla realizzazione dell'opera. Da esse deriva solo un obbligo procedimentale e strumentale (quello di portare a conclusione il procedimento), non un obbligo sostanziale e finale (quello di concluderlo riconoscendo il diritto alla stipula del contratto o, addirittura, alla realizzazione dell'opera).

Utilizzando una distinzione offerta dalla dottrina civilistica, si può dire che dalla sentenze in esame deriva una obbligazione di mezzi (o, comunque, una obbligazione di risultato strumentale), non una obbligazione di risultato finale.

39. Numerosi sono gli argomenti che depongono a favore di tale conclusione.

40. In primo luogo, il dato testuale, offerto dal tenore letterale delle statuizioni contenute in dette sentenze.

La prima sentenza che viene in rilievo è la n. 4267 del 2007.

Giova evidenziare sin da ora che si tratta di una sentenza resa in sede di ricorso avverso il silenzio-inadempimento, ricorso proposto dall'Impresa Pizzarotti ai sensi dell'allora vigente art. 21-bis della legge n. 1034 del 1971.

In quell'occasione, il Consiglio di Stato, riformando la sentenza di primo grado che aveva considerato già concluso il procedimento, ritenne, invece, che l'Impresa Pizzarotti avesse titolo (in quanto aveva preso parte a tale procedimento, presentando quella era risultata la migliore proposta) per dare impulso agli ulteriori sviluppi del procedimento quali prefigurati nella nota del Ministero della Giustizia prot. n. 249/2004/BA del 4 febbraio 2004. In tale nota, "alla luce della ridotta disponibilità economica attuale per la realizzazione della nuova cittadella giudiziaria", si invitava il Comune a verificare, "anche nell'ambito delle proposte pervenute, la possibilità di realizzare l'opera nei limiti del mutato quadro economico".

Sulla base di tali premesse argomentative, quindi, il Consiglio di Stato ha disposto che il Comune di Bari "nel rispetto dei principi di ragionevolezza, buona fede ed affidamento, deve, dando consequenzialità ai propri atti, dare al procedimento una conclusione plausibilmente congrua, verificando, nell'ambito delle proposte pervenute, la possibilità di realizzazione dell'opera nei limiti del mutato quadro economico".

Non vi possono essere dubbi sul fatto che la portata conformativa della statuizione sia circoscritta alla mera conclusione del procedimento (più esattamente a dare al procedimento una "conclusione plausibilmente congrua"), senza obbligare il Comune alla incondizionata realizzazione dell'opera.

La realizzazione dell'opera viene letteralmente indicata come oggetto di una "possibilità", che, nel rispetto dei principi di ragionevolezza, buona fede ed affidamento, il Comune aveva solo l'obbligo di verificare, nei limiti consentiti dal mutato quadro economico.

Né si può ritenere che, riferendosi ad una "conclusione plausibilmente congrua", il Consiglio di Stato avesse, in realtà, inteso implicitamente riconoscere alla Pizzarotti il diritto di realizzare l'opera.

41. Tale deduzione, oltre ad essere incompatibile con il tenore letterale dell'ordine impartito dalla sentenza (in cui, come si è detto, si fa espresso riferimento alla mera verifica della possibilità di realizzare l'opera), è smentita dalla natura del giudizio contro il silenzio-inadempimento all'esito del quale quella sentenza è stata resa.

In quel giudizio, come è noto, il giudice amministrativo non può sindacare la fondatezza della pretesa e predeterminare il contenuto del provvedimento finale se non nei casi in cui l'attività sia vincolata o si siano comunque esauriti gli spazi di discrezionalità riconosciuti alla Pubblica Amministrazione. Si tratta di una regola, ora chiaramente enunciata dall'art.

31, comma 2, C.p.a., operante anche nella vigenza dell'art. 21-bis legge n. 1034 del 1971, applicabile *ratione temporis*. Tale limite al potere di cognizione del giudice è, infatti, la naturale conseguenza della natura della giurisdizione amministrativa che non ammette, tranne i casi eccezionali e tassativi di giurisdizione di merito, che il giudice amministrativo possa sostituirsi all'Amministrazione nell'esercizio di valutazioni discrezionali.

La natura ampiamente discrezionale del procedimento avviato dal Comune di Bari (una ricerca di mercato diretta a verificare la realizzabilità di un progetto di opera pubblica e la natura stessa del giudizio con cui ha avuto inizio la controversia, e cioè di giudizio sul silenzio, escludevano, quindi, la possibilità per il giudice amministrativo di sostituirsi all'Amministrazione predeterminando l'esito del procedimento attraverso il riconoscimento all'impresa del diritto di realizzare l'opera. In questo senso, d'altra parte ha avuto modo di pronunciarsi questo Consiglio di Stato (Sez. VI, 19 giugno 2012 n. 3569). È stato, in particolare precisato che, nell'ipotesi di azione di annullamento di un provvedimento discrezionale e di azione avente ad oggetto attività discrezionale non ancora esercitata dall'amministrazione, si assiste "alla formazione di un giudicato che contiene una regola incompleta", e che il sindacato "non può estendersi all'intero rapporto controverso"; ciò, d'altra parte, come rappresentato anche in sede di discussione dalla difesa del Comune, costituirebbe uno sconfinamento nel merito amministrativo da parte del giudice e di conseguenza, un possibile eccesso di potere giurisdizionale.

42. I rilievi appena svolti assumono una importanza centrale anche per delimitare la portata conformativa delle sentenze, questa volta rese in sede di ottemperanza, che sono successivamente intervenute nella vicenda in oggetto.

Non si può trascurare, infatti, che questo articolato contenzioso, caratterizzato dalla stratificazione di sentenze del giudice amministrativo, atti dell'Amministrazione e attività esecutiva dei commissari ad acta che si sono avvicinati, nasce, in realtà, da un giudizio contro il silenzio-inadempimento maturato nell'ambito di un procedimento di ricerca di mercato connotato dall'esistenza di ampi profili di discrezionalità amministrativa.

La focalizzazione di questo aspetto rappresenta la chiave per una corretta lettura anche delle successive sentenze (n. 2153/2010 e n. 8420/2010) pronunciate in sede di ottemperanza al giudicato formatosi sulla sentenza n. 4267/2007.

43. La prima in ordine di tempo di tali successive sentenze è la n. 2153/2010.

Il passaggio ulteriore rispetto alla sentenza n. 4267/2007 è rappresentato dalla valutazione del mutato quadro economico.

Anche in questo caso l'obbligo conformativo posto a carico del Comune di Bari è meramente strumentale, non finale.

Il Consiglio di Stato esplicita la statuizione conformativa nel paragrafo 12 della sentenza (che si apre con la significativa formula "In conclusione e riepilogando"). Poche righe dopo si legge testualmente: "Preso atto che, come verificato dal Commissario ad acta, la proposta Pizzarotti è rispondente al bando ed alle richieste di questo, nonostante i mutamenti intervenuti nel quadro economico, dovrà procedersi, all'adozione degli atti necessari alla concreta realizzazione della stessa, verificando , quanto agli ulteriori

presupposti in fatto e in diritto, la coerenza di tali atti con il sistema normativo ed il quadro amministrativo comunale.”

La sentenza, pur dando al procedimento un impulso ulteriore (superato l'ostacolo del mutato quadro economico, alla cui valutazione, in base alla sentenza n. 4267 del 2007, era subordinata la realizzabilità dell'opera), non riconosce ancora un diritto incondizionato a favore dell'Impresa Pizzarotti.

L'ordine impartito dalla Quinta Sezione è sempre di natura procedimentale: portare avanti il procedimento finalizzato alla realizzazione dell'opera, verificando gli ulteriori presupposti di fatto e di diritto, tra i quali viene espressamente richiamata la coerenza del risultato finale con il sistema normativo ed il quadro amministrativo comunale.

44. La successiva sentenza n. 8420/2010 non amplia, a sua volta, la portata di tale obbligo conformativo. La sentenza, infatti, si limita a censurare l'operato del commissario ad acta, dichiarando insussistenti le cause ostative alla realizzazione del progetto che lo stesso aveva individuato, ma senza alcun riconoscimento definitivo alla Pizzarotti del diritto di realizzare l'opera.

45. Si potrebbe obiettare (e tale obiezione è presente, in sostanza, nelle difese della Pizzarotti) che in realtà la sentenza n. 2153/2010, sembra (aderendo ad una interpretazione formalistica) fare salva solo la verifica di compatibilità con il sistema normativo e amministrativo comunale, lasciando fuori, quindi, la normativa di altro genere (nazionale o comunitaria).

46. L'obiezione non coglie, tuttavia, nel segno.

47. In primo luogo, infatti, la necessità espressamente riconosciuta, di vagliare la compatibilità con “il sistema normativo ed il quadro amministrativo comunale non può non implicare”, per una evidente esigenza di coerenza sistematica, anche la verifica di compatibilità con le fonti normative sovraordinate, prime fra tutte quelle comunitarie che godono del rango privilegiato derivante dal c.d. principio di primazia. D'altra parte, già sul piano testuale, la sentenza tiene distinti il “sistema normativo” ed il “quadro amministrativo comunale”; appare pertanto impossibile riferire l'aggettivo “comunale” (per di più espresso al singolare) anche al sistema normativo, come se, nel verificare gli “ulteriori presupposti in fatto ed in diritto” si potesse -ed anzi, nell'assunto di parte si dovesse- prescindere dalle fonti di livello nazionale e comunitario. Appare pertanto evidente che con la cennata espressione, la pronuncia del Consiglio di Stato n. 2153 del 2010 ha inteso subordinare la conclusione del procedimento alla necessaria verifica di coerenza dei relativi con la disciplina primaria -nazionale e comunitaria- e con la disciplina amministrativa di settore.

48. In secondo luogo, per quello che ancora più conta, evocando la necessità di una successiva verifica di compatibilità con il sistema amministrativo e normativo, la sentenza lascia comunque aperto il procedimento, prefigurando lo svolgimento di un successivo tratto procedimentale successivo al giudicato.

Si tratta di un aspetto centrale anche per delimitare la portata del giudicato rispetto alle sopravvenienze poi intervenute (nella specie la già citata sentenza della Corte di Giustizia 10 luglio 2014, C-213/13). Il giudicato, infatti, non può incidere sui tratti liberi dell'azione

amministrativa lasciati impregiudicati dallo stesso giudicato e, in primo luogo, sui poteri non esercitati e fondati su presupposti fattuali e normativi diversi e successivi rispetto a quest'ultimo.

O) I rapporti tra giudicato e sopravvenienze

49. Devono essere a questo proposito richiamati i principi elaborati dalle plurime Adunanze Plenaria che hanno affrontato il delicato tema degli effetti del tempo e delle sopravvenienze (giuridiche e fattuali) sulle situazioni giuridiche dedotte in giudizio in relazione alla portata precettiva dei giudicati (cfr. Ad. plen., 9 febbraio 2016, n. 2; 13 aprile 2015, n. 4; 15 gennaio 2013, n. 2; 3 dicembre 2008, n. 13; 11 maggio 1998, n. 2; 21 febbraio 1994, n. 4; 8 gennaio 1986, n. 1), in forza dei quali:

a) l'esecuzione del giudicato amministrativo (sebbene quest'ultimo abbia un contenuto poliforme), non può essere il luogo per tornare a mettere ripetutamente in discussione la situazione oggetto del ricorso introduttivo di primo grado, su cui il giudicato ha, per definizione, conclusivamente deciso; se così fosse, il processo, considerato nella sua sostanziale globalità, rischierebbe di non avere mai termine, e questa conclusione sarebbe in radicale contrasto con il diritto alla ragionevole durata del giudizio, all'effettività della tutela giurisdizionale, alla stabilità e certezza dei rapporti giuridici (valori tutelati a livello costituzionale e dalle fonti sovranazionali alle quali il nostro Paese è vincolato); da qui l'obbligo di esecuzione secondo buona fede e senza che sia frustrata la legittima aspettativa del privato alla stabile definizione del contesto procedimentale;

b) l'Amministrazione soccombente a seguito di sentenza irrevocabile di annullamento di propri provvedimenti ha l'obbligo di ripristinare la situazione controversa, a favore del privato e con effetto retroattivo, per evitare che la durata del processo vada a scapito della parte vittoriosa;

c) questa retroattività dell'esecuzione del giudicato non può essere intesa in senso assoluto, ma va ragionevolmente parametrata alle circostanze del caso concreto ed alla natura dell'interesse legittimo coinvolto (pretensivo, oppositivo, procedimentale);

d) tale obbligo, pertanto, non incide sui tratti liberi dell'azione amministrativa lasciati impregiudicati dallo stesso giudicato e, in primo luogo, sui poteri non esercitati e fondati su presupposti fattuali e normativi diversi e successivi rispetto a quest'ultimo;

e) nella contrapposizione fra naturale dinamicità dell'azione amministrativa nel tempo ed effettività della tutela, un punto di equilibrio è stato tradizionalmente rinvenuto nel principio generale per cui l'esecuzione del giudicato può trovare limiti solo nelle sopravvenienze di fatto e diritto antecedenti alla notificazione della sentenza divenuta irrevocabile; sicché la sopravvenienza è strutturalmente irrilevante sulle situazioni giuridiche istantanee, mentre incide su quelle durevoli nel solo tratto dell'interesse che si svolge successivamente al giudicato, determinando non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la situazione giuridica medesima;

f) anche per le situazioni istantanee, però, la retroattività dell'esecuzione del giudicato trova, peraltro, un limite intrinseco e ineliminabile (che è logico e pratico, ancor prima che giuridico), nel sopravvenuto mutamento della realtà - fattuale o giuridica - tale da non

consentire l'integrale ripristino dello status quo ante (come esplicitato dai risalenti brocardi *factum infectum fierinequit* e *ad impossibilia nemo tenetur*) che semmai, ove ne ricorrano le condizioni, può integrare il presupposto esplicito della previsione del risarcimento del danno, per impossibile esecuzione del giudicato, sancita dall'art. 112, co. 3, c.p.a.

P) L'applicazione al caso oggetto del giudizio dei principi in materia di rapporti tra giudicato e sopravvenienze

50. Applicando i principi sopra richiamati al caso di specie, si traggono le seguenti conclusioni.

51. La sentenza n. 4267/2007 e le successive sentenze n. 2153/2010 e 8420/2010 hanno riconosciuto all'Impresa Pizzarotti la titolarità di un interesse strumentale e procedimentale (alla conclusione del procedimento), non di un interesse finale (alla realizzazione dell'opera).

52. La struttura di questo interesse procedimentale si è progressivamente "arricchita" e "rafforzata" nel corso dei vari giudizi che si sono succeduti, a mano a mano che il giudice amministrativo dichiarava la nullità per violazione del giudicato degli atti adottati dall'Amministrazione o dal commissario ad acta. In tal modo il giudice ha rilevato, in negativo, la contrarietà al giudicato delle determinazioni succedutesi nel tempo, ma non ha affermato, in positivo, l'obbligo incondizionato di stipulare il contratto. Nonostante questo progressivo "rafforzamento", il massimo livello di tutela riconosciuto dalle sentenze ottemperande si è quindi tradotto nell'imposizione in capo all'Amministrazione dell'obbligo di concludere il procedimento, di concluderlo in maniera "plausibilmente congrua", verificando nel rispetto dei principi di buona fede, correttezza e tutela dell'affidamento, la possibilità di realizzare l'opera, compatibilmente con la situazione di fatto e il sistema normativo e amministrativo.

53. Nel corso del procedimento (scandito dai numerosi interventi giurisdizionali sopra richiamati), tuttavia, la trasformazione dell'interesse procedimentale in interesse finale (e, quindi, la conclusione positiva del procedimento) è risultata preclusa dalla sopravvenienza rappresentata dalla sentenza della Corte di Giustizia 10 luglio 2014, C-213/13, la quale ha sancito l'incompatibilità con il diritto dell'Unione Europea – segnatamente con l'articolo 1, lettera a, della direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori – della procedura di affidamento posta in essere dal Comune di Bari per la realizzazione della nuova sede della "città giudiziaria". L'interesse finale reclamato dall'Impresa Pizzarotti contrasta, così, con la disciplina europea come dichiarata dalla Corte di Giustizia.

54. Occorre a tal proposito ricordare che le sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di Giustizia hanno la stessa efficacia vincolante delle disposizioni interpretate: la decisione della Corte resa in sede di rinvio pregiudiziale, dunque, oltre a vincolare il giudice che ha sollevato la questione, spiega i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto (in tal senso è costante la giurisprudenza comunitaria: cfr. cfr. Corte Giust., 3 febbraio 1977, in causa C-52/76,

Benedetti c. Munari F.lli sas, in Racc. 1977, 163 e 5 marzo 1986, in causa 69/85, Wünsche Handelgesellschaft GmbH & Co. c. Repubblica Federale della Germania, in Racc., 1986, 947). La richiamata efficacia vincolante delle sentenze interpretative pregiudiziali impedisce a questo Giudice di riesaminare la questione (nonostante la stessa sia stata nuovamente prospettata sia dall'Impresa Pizzarotti, sia, in parte, dal Ministero della Giustizia) della compatibilità comunitaria della procedura di affidamento seguita nel caso di specie.

55. La sentenza interpretativa pregiudiziale della Corte di Giustizia è, quindi, equiparabile ad una sopravvenienza normativa, la quale, incidendo su un procedimento ancora in corso di svolgimento e su un tratto di interesse non coperto dal giudicato ha determinato non un conflitto ma una successione cronologica di regole che disciplinano la medesima situazione giuridica.

Nel caso di specie, pertanto, la prevalenza della regola sopravvenuta (rispetto al tratto di rapporto non coperto dal giudicato) si impone già in base ai comuni principi (sopra richiamati) che regolano secondo il diritto nazionale il rapporto tra giudicato e sopravvenienze.

Q) L'esigenza di prevenire la formazione di un giudicato contrastante con il diritto sovranazionale anche alla luce dei principi espressi dalle Sezioni Unite sui limiti esterni della giurisdizione amministrativa

56. Avvalora tale conclusione l'ulteriore considerazione che in tal modo si evita anche che alla sentenza del giudice amministrativo venga data una portata contrastante con il diritto euro-unitario.

A prescindere, infatti, dalla questione se il giudicato sia intangibile anche quando risulta contrario al diritto euro-unitario (questione, come si è visto, non direttamente rilevante nella fattispecie), deve, comunque, evidenziarsi come sia già, invece, presente nel nostro ordinamento il principio che impone al giudice nazionale di adoperarsi per evitare la formazione (o la progressiva formazione) di un giudicato anticomunitario o, più in generale, contrastante con norme di rango sovranazionale cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione.

57. Come, infatti, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno anche recentemente ribadito, l'interpretazione da parte del giudice amministrativo di una norma di diritto interno in termini contrastanti con il diritto dell'Unione Europea, secondo quanto risultante da una pronuncia della Corte di Giustizia successivamente intervenuta, dà luogo alla violazione di un "limite esterno" della giurisdizione, rientrando in uno di quei "casi estremi" in cui il giudice adotta una decisione anomala o abnorme, omettendo l'esercizio del potere giurisdizionale per erroes in iudicando o in procedendo che danno luogo al superamento del limite esterno (in questi termini, cfr. Cass. Sez. Un. ordinanza 8 aprile 2016, n. 6891, che richiama in motivazione gli analoghi principi precedentemente espressi da Cass. Sez. Un. 6 febbraio 2015, n. 2403). In questi "casi estremi" – continuano le Sezioni Unite – si impone la cassazione della sentenza amministrativa "indispensabile per impedire che il provvedimento giudiziario, una volta divenuto definitivo ed efficace, espliciti i suoi effetti in contrasto con il diritto comunitario, con grave nocumento per l'ordinamento europeo e

nazionale e con palese violazione del principio secondo cui l'attività di tutti gli organi dello Stato deve conformarsi alla normativa comunitaria".

58. I principi appena richiamati rilevano nel presente giudizio nella misura in cui consacrano l'esigenza che tutti gli organi dello Stato, a cominciare da quelli giurisdizionali, si adoperino, nei limiti delle rispettive competenze, al fine di evitare il consolidamento di una violazione del diritto comunitario.

Tale preminente esigenza di conformità al diritto comunitario certamente rileva anche in sede di ottemperanza, essendo dovere del giudice dell'ottemperanza interpretare la sentenza portata ad esecuzione e delinearne la portata dispositiva e conformativa evitando di desumere da esse regole contrastanti con il diritto comunitario.

La dinamicità e la relativa flessibilità che spesso caratterizza il giudicato amministrativo nel costante dialogo che esso instaura con il successivo esercizio del potere amministrativo permettono al giudice dell'ottemperanza – nell'ambito di quell'attività in cui si sostanzia l'istituto del giudicato a formazione progressiva – non solo di completare il giudicato con nuove statuizioni "integrative", ma anche di specificarne la portata e gli effetti al fine di impedire il consolidamento di effetti irreversibili contrari al diritto sovranazionale.

Il giudizio di ottemperanza può rappresentare in quest'ottica una opportunità ulteriore offerta dal sistema processuale anche per evitare che dal giudicato possano trarsi conseguenze anticomunitarie che darebbero vita a quei "casi estremi" in cui, richiamando gli insegnamenti delle Sezioni Unite, la sentenza diventa "abnorme" e supera i limiti esterni del potere giurisdizionale.

R. Conclusioni

59. Alla luce delle considerazioni svolte, pertanto, i ricorsi proposti dall'Impresa Pizzarotti devono essere respinti. Richiamando le considerazioni già ampiamente svolte, le sentenze ottemperande riconoscono solo un obbligo di natura procedimentale, la cui ulteriore attuazione risulta, peraltro, ormai preclusa dall'insormontabile ostacolo rappresentato dalla sentenza della Corte di Giustizia 10 luglio 2014, C-213/13, la quale, intervenendo su un tratto di procedimento non investito dal giudicato, ha diretta applicazione e prevale, secondo un criterio di successione temporale, sulla "regola conformativa" desumibile dalle sentenze amministrative rese dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato nel corso della vicenda in oggetto.

Le considerazioni che precedono hanno natura assorbente e rendono irrilevante la questione, pure sollevata negli scritti difensivi, dell'incidenza sul giudicato della normativa nazionale sopravvenuta, rappresentata, in particolare, dall'articolo 1, comma 526, della legge 23 dicembre 2014, n. 190 (c.d. legge di stabilità per il 2015), che, a far data dal 1° settembre 2015, ha trasferito dai Comuni allo Stato ogni competenza in tema di edilizia giudiziaria.

60. Per quanto riguarda, infine, le istanze del commissario ad acta, forniti i chiarimenti richiesti nel senso esposto in motivazione, sulle ulteriori richieste dirette ad ottenere la liquidazione delle spese e dei compensi gli atti vengono rimessi alla Sezione.

61. La complessità delle questioni esaminate e la valutazione globale della vicenda di fatto sottesa al presente contenzioso giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite.

PQM

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), definitivamente pronunciando sui ricorsi come in epigrafe proposti:

dispone l'estromissione dal giudizio della Regione Puglia e dichiara inammissibile il ricorso contro la stessa proposto dalla società Pizzaraotti & c. s.p.a;

respinge i ricorsi per l'ottemperanza (R.G. n. 3273/2007 e R.G. n. 5746/2010) proposti dalla società Pizzarotti & c. S.p.a.

fornisce al commissario ad acta i chiarimenti richiesti nel senso esposto in motivazione;

rimette gli atti alla Sezione per la liquidazione delle spese e dei compensi chiesti dal commissario ad acta;

compensa integralmente le spese del giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2016 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente del Consiglio di Stato

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Sergio Santoro, Presidente

Giuseppe Severini, Presidente

Luigi Maruotti, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Sandro Aureli, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere, Estensore

Manfredo Atzeni, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 09 GIU. 2016.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RORDORF Renato - Primo Presidente aggiunto -
Dott. AMOROSO Giovanni - Presidente di sez. -
Dott. DIDONE Antonio - Presidente di sez. -
Dott. DI IASI Camilla - Presidente di sez. -
Dott. PETITTI Stefano - Presidente di sez. -
Dott. CAMPANILE Pietro - rel. Consigliere -
Dott. ARMANO Uliana - Consigliere -
Dott. MANNA Antonio - Consigliere -
Dott. TRIA Lucia - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso iscritto al n. 7183/2015 R. G. proposto da:

SVILUPPO AGROALIMENTARI ITALIA 2007 S.R.L., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Nico Moravia, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Bocca di Leone, n. 78 (studio Pavia e Ansaldo);

- ricorrente -

contro

COMUNE DI CAMERATA PICENA, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Roberto Tiberi e Alberto Fantini, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Roma, via Principessa Clotilde, n. 7;

- controricorrente -

e contro

REGIONE MARCHE;

REGIONE MARCHE - SERVIZIO TERRITORIO E AMBIENTE;

PROVINCIA DI ANCONA;

MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO;

MINISTERO DELL'INTERNO;

MINISTERO PER I BENI E LE ATTIVITA' CULTURALI;

avverso la sentenza del Consiglio di Stato, n. 4727, depositata in data 22 settembre 2014;

sentita la relazione svolta all'udienza pubblica del 15 novembre 2016

dal consigliere dott. Pietro Campanile;

sentito per la ricorrente l'avv. Moravia;

sentito per il controricorrente l'avv. Tiberi;

udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale dott. FUZIO Riccardo, il quale ha concluso per

l'accoglimento del ricorso.

FATTI DI CAUSA

1. Con decreto in data 22 giugno 2012 il Dirigente della P.F. Rete Elettrica Regionale, Autorizzazioni Energetiche, Gas ed Idrocarburi della Regione Marche, la società Sviluppo Agroalimentari Italia 2007 S.r.l. (d'ora in poi, per brevità, Sviluppo), era stata autorizzata, ai sensi del D.Lgs. n. 387 del 2003, art. 12 a realizzare un impianto di produzione elettrica da biogas, con le relative infrastrutture e le opere connesse da ubicare nel Comune di Camerata Picena, della potenza nominale di 999 kWe.

2. Con sentenza n. 559 del 2013 il Tar Marche-Ancona accoglieva il ricorso proposto dal Comune di Camerata Picena, con il quale era stata impugnata detta autorizzazione. In particolare, il Tribunale amministrativo riteneva fondata la censura con cui era stata dedotta l'illegittimità del provvedimento sotto il profilo della mancata sottoposizione del progetto alla valutazione d'impatto ambientale (V.I.A.), affermando che doveva trovare applicazione lo ius superveniens costituito dalla sentenza della Corte costituzionale n. 93 del 2013, che aveva dichiarato l'illegittimità della norma contenuta nella L.R. Marche n. 20 del 2011, art. 24, comma 1, la quale espressamente esonerava dalla procedura di V.I.A. gli impianti di potenza nominale termica inferiore alla soglia di 3 MWt.

3. Con sentenza depositata in data 22 settembre 2014 il Consiglio di Stato ha rigettato gli appelli proposti dalla società Sviluppo, nonchè, in via incidentale, dal Comune di Camerata Picena.

3.1. E' stato rilevato che la decisione di primo grado aveva correttamente applicato il principio secondo cui la legittimità del provvedimento ad istanza di parte va valutata con riferimento alle norme vigenti al tempo in cui è stato adottato il provvedimento finale e non a quello della presentazione dell'istanza. In riferimento al caso in esame è stata quindi affermata la necessità di espletare la V.I.A., in quanto la Corte Costituzionale, con sentenza n. 93/2013, dichiarando l'illegittimità costituzionale degli allegati A1, A2, B1 e B2 alla L.R. n. 3 del 2012, "nel loro complesso, nella parte in cui, nell'individuare i criteri per identificare i progetti da sottoporre a VIA regionale o provinciale e a verifica di assoggettabilità regionale o provinciale, non prevedono che si debba tener conto, caso per caso, di tutti i criteri indicati nell'Allegato 3 alla Direttiva 13 Dicembre 2011, n. 2011/92/UE, concernente la valutazione d'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati", aveva in realtà travolto l'intera L.R. Marche n. 3 del 2012, che, essendo entrata in vigore nelle more del giudizio inerente al procedimento amministrativo, risultava, in ossequio al principio del tempus regit actum, applicabile ratione temporis al provvedimento autorizzatorio, rilasciato all'odierna appellante, con conseguente efficacia della declaratoria di illegittimità costituzionale che aveva interessato la predetta legge.

4. Nè la doverosità della suddetta valutazione poteva essere esclusa in base alla circostanza che il progetto fosse, comunque, conforme alle prescrizioni della direttiva n. 92/11 UE, essendo stati esaminati nel progetto e valutati nella Conferenza di servizi, nonchè nel provvedimento finale, tutti gli aspetti previsti dalla direttiva stessa, poichè la V.I.A. è un

procedimento dalle caratteristiche peculiari, che non consente di essere surrogato da valutazioni effettuate ad altri fini.

5. In riferimento alla norma contenuta nella L.R. Marche n. 20 del 2011, art. 24, comma 1, che, espressamente, esonerava dalla procedura di VIA gli impianti di potenza nominale termica inferiore alla soglia di 3 MWt., il Consiglio di Stato ha osservato che il contrasto di tale disposizione con la direttiva comunitaria n. 92/2011 UE avrebbe comunque comportato la disapplicazione di detta disposizione, anche perchè, alla luce dei principi di precauzione e dell'azione preventiva, propri del diritto comunitario, sanciti all'art. 191 T.F.U.E., la V.I.A. non può escludersi sulla semplice base della soglia di potenza.

6. Avverso tale sentenza ha proposto ricorso per cassazione la società Sviluppo, prospettando, con unico motivo di censura, illustrato da memoria, la violazione dei limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo.

7. Il Comune di Camerata Picena resiste con controricorso.

Diritto

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. La ricorrente deduce eccesso di potere per superamento dei limiti della giurisdizione del giudice amministrativo, con particolare riferimento al mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, senza per altro addurre alcuna ragione giustificatrice, ancorchè tale rinvio fosse stato più volte sollecitato nel corso del giudizio di merito.

2. Viene richiamata la decisione della Cedu 8 aprile 2014, Dhabhi c/Italia, nella quale è stato affermato che i giudici nazionali le cui decisioni non prevedono ricorsi giurisdizionali di diritto interno sono tenuti, quando rifiutano di sottoporre alla CGUE una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione del diritto dell'UE sollevata dinanzi ad essi, a motivare il loro rifiuto rispetto alle eccezioni previste dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, indicando, dunque, le ragioni per le quali essi ritengono che la questione non sia pertinente, o che la disposizione di diritto dell'UE in causa sia già stata oggetto di interpretazione da parte della CGUE, o ancora che l'applicazione corretta del diritto dell'UE si impone con una evidenza tale da non lasciare posto ad alcun ragionevole dubbio.

2.1. Comportando tale omissione la violazione dell'art. 6 Cedu, la ricorrente sostiene che il rifiuto immotivato del rinvio pregiudiziale non attiene ai limiti interni della giurisdizione, ma, negando in radice la possibilità di integrazione del giudice nazionale con quello europeo, priva il cittadino comunitario di una prerogativa essenziale che connota il suo diritto di cittadinanza.

2.2. Con riferimento al caso deciso nella sentenza impugnata, si rappresenta che, in base alla giurisprudenza comunitaria formatasi in merito alla direttiva n. 92/2011 UE, è consentito agli Stati membri introdurre soglie o criteri di esenzione da V.I.A., purchè fondati non su un mero aspetto dimensionale, bensì sulla natura, ubicazione e dimensione dei progetti, tenendo conto dei criteri pertinenti dell'art. 3 della direttiva. Sotto tale profilo si evidenzia come l'esenzione dalla valutazione di impatto ambientale sulla base dell'alimentazione a biomasse, così come disposta dalla legislazione regionale delle Marche, non appariva, anche alla luce degli altri parametri fondati sulla localizzazione e

sulla scarsa significatività dell'impatto, incompatibile con la disciplina europea e poneva l'esigenza del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

2.3. Si chiede, pertanto, che questa Corte, previa cassazione della sentenza impugnata, disponga direttamente il rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE, proponendo il quesito interpretativo circa la compatibilità con la citata direttiva n. 92/2011 UE della legislazione regionale che disponga l'esonero dalla procedura di verifica di impatto ambientale di una tipologia di impianti da fonte energetiche rinnovabili individuata sulla base della natura dell'alimentazione (bio-masse o biogas da biomasse), sulla localizzazione del progetto al di fuori di aree protette e sulla soglia di potenza di quella sola specifica tipologia di impianto.

2.4. In via subordinata si chiede la cassazione della sentenza impugnata con rinvio al Consiglio di Stato, affinché disponga il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

3. Il ricorso è inammissibile.

Secondo il consolidato orientamento di queste Sezioni Unite, il mancato rinvio pregiudiziale da parte del Consiglio di Stato alla Corte di giustizia del Lussemburgo non configura una questione attinente allo sconfinamento dalla giurisdizione del giudice amministrativo, visto che tale Corte, nell'esercizio del potere di interpretazione di cui all'art. 234 del Trattato istitutivo della Comunità economica europea, non opera come giudice del caso concreto, bensì come interprete di disposizioni ritenute rilevanti ai fini del decidere da parte del giudice nazionale, in capo al quale permane in via esclusiva la funzione giurisdizionale (Cass., Sez. U, 5 luglio 2013, n. 16886; Cass., Sez. U, nn. 2403/14, 2242/15, 23460/15, 23461/15, 10501/16 e 14043/16).

4. Nè il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, omesso dal Consiglio di Stato, può essere disposto, sulla medesima questione, dalle Sezioni Unite della Suprema Corte innanzi alle quali sia stata impugnata la corrispondente decisione, spettando ad esse solo di vagliare il rispetto, da parte del primo, dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa, senza che, su tale attribuzione di controllo, siano evidenziabili norme dell'Unione Europea su cui possano ipotizzarsi quesiti interpretativi (Cass. Sez. Un., 8 luglio 2016, n. 14042).

5. Mette conto di rilevare come il richiamo ai limiti istituzionali della Corte di legittimità sia già stato ritenuto idoneo dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo a giustificare l'impossibilità di un più penetrante sindacato sulla sentenza del Consiglio di Stato, proprio nel caso di omesso rinvio alla Corte di giustizia della Unione Europea (Corte eur. dir. Uomo, 4^a sez., 8 settembre 2015, Wind Telecomunicazioni spa c/ Italia, ric. n. 5159/14; cfr. Cass. Sez. U., n. 14042 del 2016, cit.).

6. In conclusione, non risultano violati i limiti esterni della giurisdizione, nemmeno sotto il profilo della compressione o violazione dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo.

7. Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

PQM

Dichiara inammissibile il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese relative al giudizio di legittimità, che liquida in Euro 5.200,00, cui Euro 5.000,00 per compensi, oltre agli accessori di legge.

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, art. 13, comma 1-quater, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.

Così deciso in Roma, il 15 novembre 2016.

Depositato in Cancelleria il 16 maggio 2017

Fonti: Foro Amministrativo (II) 2016, 12, 2893 (s.m)

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Circolazione dei servizi - - appalti

Unione europea - Circolazione dei servizi - Appalti - Pubblici di servizi – Direttiva 89/665/CEE - Procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici - Articolo 1, paragrafo 3 - Interesse ad agire - Articolo 2 bis, paragrafo 2 - Nozione di « offerente interessato » - Diritto di un offerente definitivamente escluso dall'amministrazione aggiudicatrice di ricorrere avverso la successiva decisione di aggiudicazione dell'appalto.

L'art. 1, par. 3, Dir. 89/665, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE, deve essere interpretato nel senso che il diritto dell'Unione consente che sia negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico a un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, in virtù di una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva, allorché a presentare offerte siano stati unicamente l'offerente escluso e l'aggiudicatario e che detto offerente escluso sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa.

Nella causa C-355/15,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Verwaltungsgerichtshof (Corte amministrativa, Austria), con decisione del 20 maggio 2015, pervenuta in cancelleria il 13 luglio 2015, nel procedimento *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH*,

contro

Universität für Bodenkultur Wien,

VAMED Management und Service GmbH & Co. KG in Wien,

LA CORTE (Ottava Sezione),

composta da M. Vilaras, presidente di sezione, M. Safjan e D. Šváby (relatore), giudici,

avvocato generale: M. Wathelet

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

- per la *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH*, da J. Schramm, Rechtsanwalt;
- per l'Universität für Bodenkultur Wien, da O. Sturm, Rechtsanwalt;
- per il governo austriaco, da M. Fruhmann, in qualità di agente;
- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da S. Varone, avvocato dello Stato;
- per il governo polacco, da B. Majczyna, in qualità di agente;

– per la Commissione europea, da B.-R. Killmann e A. Tokár, in qualità di agenti;
vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,
ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU 1989, L 395, pag. 33), come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007 (GU 2007, L 335, pag. 31) (in prosieguo: la «direttiva 89/665»).

2 Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia tra la Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung GesmbH und Caverion Österreich GmbH (in prosieguo, nel complesso: il «gruppo»), da un lato, e l'Universität für Bodenkultur Wien (Università delle risorse naturali e delle scienze della vita di Vienna, Austria; in prosieguo: la «BOKU Wien»), dall'altro lato, in merito alla conclusione, da parte di quest'ultima, di un accordo quadro su appalti pubblici di servizi con la VAMED Management und Service GmbH & Co. KG in Wien (in prosieguo: la «Vamed»).

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

Direttiva 89/665

3 I considerando 3, 4, 6, 8, 18, 25 e 27 della direttiva 2007/66, direttiva modificativa da cui procede la direttiva 89/665, così recitano:

«(3) Le consultazioni delle parti interessate e la giurisprudenza della Corte di giustizia hanno evidenziato una serie di lacune nei meccanismi di ricorso esistenti negli Stati membri. A causa di tali carenze i meccanismi di cui [in particolare alla direttiva 89/665] non permettono sempre di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie, soprattutto in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette. (...)

(4) Fra le carenze constatate figura in particolare l'assenza di un termine che consenta un ricorso efficace tra la decisione d'aggiudicazione di un appalto e la stipula del relativo contratto. Ciò induce talvolta le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori desiderosi di rendere irreversibili le conseguenze di una decisione d'aggiudicazione contestata a procedere molto rapidamente alla firma del contratto. Per rimediare a questa carenza, che costituisce un serio ostacolo ad

un'effettiva tutela giurisdizionale degli offerenti interessati, vale a dire coloro che non sono stati ancora definitivamente esclusi, è opportuno prevedere un termine sospensivo minimo, durante il quale la stipula del contratto in questione è sospesa (...).

(...)

(6) Il termine sospensivo dovrebbe concedere agli offerenti interessati sufficiente tempo per esaminare la decisione d'aggiudicazione dell'appalto e valutare se sia opportuno avviare una procedura di ricorso. Quando la decisione di aggiudicazione è loro notificata, gli offerenti interessati dovrebbero ricevere le informazioni pertinenti, che sono loro indispensabili per presentare un ricorso efficace. (...)

(...)

(8) (...) [U]n termine sospensivo non è necessario se l'unico offerente interessato è quello cui è aggiudicato l'appalto e non vi sono candidati interessati. In questo caso non vi sono altri partecipanti alla procedura d'appalto che abbiano interesse a ricevere la notifica e a beneficiare del termine sospensivo che consente loro di presentare un ricorso efficace.

(...)

(18) Per impedire violazioni gravi del termine sospensivo obbligatorio e della sospensione automatica, che sono presupposti essenziali per ricorsi efficaci, si dovrebbero applicare sanzioni effettive. Gli appalti conclusi in violazione del termine sospensivo e della sospensione automatica dovrebbero pertanto essere considerati in linea di principio privi di effetti se in presenza di violazioni [in particolare, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, pag. 114, e rettifiche GU 2004, L 351, pag. 44, e GU 2005, L 329, pag. 40)] nella misura in cui tali violazioni abbiano influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto.

(...)

(25) (...) [L]a necessità di garantire nel tempo la certezza giuridica delle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori impone di fissare un termine minimo ragionevole di prescrizione o decadenza dei ricorsi allo scopo di far stabilire che il contratto è privo di effetti.

(...)

(27) (...) Per motivi di certezza giuridica, la possibilità di far valere la privazione di effetti di un contratto è limitata ad un determinato periodo. L'effettività di tali termini dovrebbe essere rispettata».

4 L'articolo 1 della direttiva 89/665 così recita:

«1. La presente direttiva si applica agli appalti di cui alla direttiva [2004/18], a meno che tali appalti siano esclusi a norma degli articoli da 10 a 18 di tale direttiva.

(...)

Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalla direttiva [2004/18], le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli da 2 a 2 septies della presente direttiva, sulla base del fatto che hanno violato il diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono.

(...)

«3. Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione.

(...)».

5 La direttiva 89/665 prevede numerose ipotesi in cui, in seguito all'adozione della decisione di assegnazione dell'appalto, l'amministrazione aggiudicatrice è temporaneamente sottoposta al divieto di concludere un contratto con il soggetto aggiudicatario. Un simile divieto risulta in particolare dall'effetto sospensivo automatico connesso agli eventuali ricorsi preliminari proposti presso l'amministrazione aggiudicatrice, in conformità all'articolo 1, paragrafo 5, di tale direttiva, e ai ricorsi dinanzi ad un organo di primo grado responsabile per le procedure di ricorso, in conformità all'articolo 2, paragrafo 3, della stessa. Tale divieto integra l'obbligo imposto all'amministrazione aggiudicatrice, di cui all'articolo 2 bis della medesima direttiva, di rispettare un termine sospensivo tra l'adozione della decisione di aggiudicazione dell'appalto e la conclusione del contratto con il soggetto aggiudicatario di detto appalto. Detto articolo 2 bis così dispone:

«1. Gli Stati membri provvedono affinché i soggetti di cui all'articolo 1, paragrafo 3, dispongano di termini tali da garantire ricorsi efficaci avverso le decisioni di aggiudicazione di un appalto prese dalle amministrazioni aggiudicatrici adottando le disposizioni necessarie nel rispetto delle condizioni minime di cui al paragrafo 2 del presente articolo e all'articolo 2 quater.

2. La conclusione di un contratto in seguito alla decisione di aggiudicazione di un appalto disciplinato dalla direttiva [2004/18] non può avvenire prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo

alla data in cui la decisione di aggiudicazione dell'appalto è stata inviata agli offerenti e ai candidati interessati, se la spedizione è avvenuta per fax o per via elettronica, oppure se la spedizione è avvenuta con altri mezzi di comunicazione prima dello scadere di un termine di almeno quindici giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui è stata inviata la decisione di aggiudicazione dell'appalto agli offerenti e ai candidati interessati, o di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di ricezione della decisione di aggiudicazione dell'appalto.

Gli offerenti sono considerati interessati se non sono già stati definitivamente esclusi. L'esclusione è definitiva se è stata comunicata agli offerenti interessati e se è stata ritenuta legittima da un organo di ricorso indipendente o se non può essere più oggetto di una procedura di ricorso.

(...)

La comunicazione della decisione di aggiudicazione ad ogni offerente e candidato interessato è accompagnata da:

- una relazione sintetica dei motivi pertinenti (...), e
- una precisa indicazione del termine sospensivo esatto applicabile conformemente alle disposizioni della legislazione nazionale di trasposizione del presente paragrafo».

6 L'articolo 2 ter, primo comma, della direttiva 89/665 così dispone:

«Gli Stati membri possono prevedere che i termini di cui all'articolo 2 bis, paragrafo 2, della presente direttiva non si applichino nei seguenti casi:

(...)

b) se l'unico offerente interessato ai sensi dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, della presente direttiva è colui al quale è stato aggiudicato l'appalto e non vi sono candidati interessati;

(...)».

7 L'articolo 2 quinquies, paragrafo 1, della medesima direttiva prevede quanto segue:

«Gli Stati membri assicurano che un contratto sia considerato privo di effetti da un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice o che la sua privazione di effetti sia la conseguenza di una decisione di detto organo di ricorso nei casi seguenti:

(...)

b) in caso di violazione dell'articolo 1, paragrafo 5, dell'articolo 2, paragrafo 3, o dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, della presente direttiva qualora tale violazione abbia privato l'offerente che presenta ricorso della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto quando tale violazione si aggiunge ad una violazione della direttiva [2004/18], se quest'ultima violazione ha influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto;

(...)».

Direttiva 2004/18

8 In base all'articolo 7, lettera b), della direttiva 2004/18, come modificata dal regolamento (UE) n. 1251/2011 della Commissione, del 30 novembre 2011 (GU 2011, L 319, pag. 17) (in prosieguo: la «direttiva 2004/18»), tale direttiva si applica agli appalti pubblici di servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici diverse dalle autorità governative centrali, il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) sia pari o superiore a EUR 200 000.

9 L'articolo 44 della stessa direttiva, al paragrafo 1, così recita:

«L'aggiudicazione degli appalti avviene in base ai criteri di cui agli articoli 53 e 55, tenuto conto dell'articolo 24, previo accertamento dell'idoneità degli operatori economici non esclusi in forza degli articoli 45 e 46, effettuato dalle amministrazioni aggiudicatrici conformemente ai criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, alle conoscenze od alle capacità professionali e tecniche di cui agli articoli da 47 a 52 e, se del caso, alle norme ed ai criteri non discriminatori di cui al paragrafo 3».

Diritto austriaco

10 L'articolo 331 del Bundesvergabegesetz 2006 (legge federale sull'aggiudicazione degli appalti pubblici del 2006, BGBl. I, 17/2006), nella versione applicabile nel procedimento principale, è contenuto nella parte di tale legge relativa alle procedure di accertamento. Il paragrafo 1 di tale articolo così recita:

«Un imprenditore interessato alla stipula di un contratto ricompreso nell'ambito di applicazione della presente legge federale può chiedere l'accertamento, qualora sia stato o rischi di essere leso a causa della presunta illegittimità (...)».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

11 Nel corso del mese di ottobre del 2012 la BOKU Wien ha avviato una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, nella forma di una procedura negoziata preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara, per la conclusione, con un aggiudicatario unico, di un accordo quadro relativo alla gestione, manutenzione, riparazione e assistenza tecnica degli impianti tecnici dei propri edifici e delle apparecchiature di laboratorio.

12 Solamente il gruppo e la Vamed hanno presentato un'offerta entro il termine stabilito.

13 Con decisione del 20 dicembre 2013, notificata al gruppo, quest'ultimo è stato escluso dalla citata procedura di aggiudicazione, non avendo fornito tempestivamente in originale la prova della costituzione di una garanzia bancaria.

14 Il ricorso avverso tale decisione proposto dal gruppo è stato respinto con sentenza del Bundesverwaltungsgericht (Corte amministrativa federale, Austria) del 31 gennaio 2014. Il ricorso straordinario per «Revision» (ricorso per cassazione) proposto avverso detta sentenza è stato respinto con ordinanza del Verwaltungsgerichtshof (Corte amministrativa) del 25 maggio 2014.

15 Con decisione di aggiudicazione del 14 marzo 2014, notificata alla Vamed, la BOKU Wien ha prescelto l'offerta di quest'ultima. L'accordo quadro è stato susseguentemente concluso e la Vamed ha cominciato ad eseguire le relative prestazioni.

16 Il gruppo ha proposto ricorso dinanzi al Bundesverwaltungsgericht (Corte amministrativa federale) avverso tale decisione di aggiudicazione. Detto ricorso è stato respinto con sentenza dell'8 agosto 2014 in base al motivo che i diritti di un offerente la cui offerta sia stata legittimamente esclusa non sono suscettibili di essere lesi da illegittimità riguardanti la selezione di un'altra offerta ai fini dell'aggiudicazione.

17 Nell'ambito del ricorso per «Revision» (ricorso per cassazione) proposto avverso tale ultima sentenza dinanzi al giudice del rinvio, il gruppo fa valere che la situazione nel procedimento principale e il caso all'origine della sentenza del 4 luglio 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), sono simili. In entrambi i casi, infatti, erano presenti solamente due offerenti e, benché in effetti escluso, il gruppo sostiene che l'offerta della Vamed avrebbe dovuto essere esclusa, in quanto i calcoli relativi a voci essenziali di tale offerta sarebbero inspiegabili e incomprensibili sul piano economico. Pertanto, come nell'ambito della citata sentenza, vi sarebbero due offerenti, ciascuno dei quali presenterebbe analogo interesse economico all'esclusione dell'altrui offerta e potrebbe far valere tale interesse anche in caso di esclusione della propria offerta.

18 Il giudice del rinvio espone che, in conformità all'articolo 331 della legge federale sull'aggiudicazione degli appalti pubblici del 2006, la ricevibilità di un ricorso che mira a far accertare l'irregolarità di una decisione in materia di appalti pubblici è subordinata al fatto che l'operatore economico ricorrente avesse un interesse alla conclusione del contratto di cui trattasi e che detta irregolarità l'abbia danneggiato o rischi di danneggiarlo.

19 Esaminando la sentenza del 4 luglio 2013, Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448), il giudice del rinvio osserva che, nell'ambito di tale sentenza, l'irregolarità dell'offerta del concorrente autore del ricorso giurisdizionale è stata accertata non dall'amministrazione aggiudicatrice nell'ambito della procedura di aggiudicazione dell'appalto considerato, bensì nell'ambito del procedimento giurisdizionale avviato da detto concorrente per contestare

la decisione di aggiudicazione di tale appalto ad un diverso offerente. Il giudice del rinvio rileva che, al punto 33 di detta sentenza, la Corte ha considerato che, nell'ipotesi in cui la regolarità dell'offerta di entrambi gli offerenti venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici, ciascuno di essi può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta dell'altro. Ne conseguirebbe che, in tale situazione, l'offerente la cui offerta non sia stata prescelta beneficia di tutela giurisdizionale nonostante tale offerta non sia conforme alle specifiche tecniche dell'appalto in questione.

20 Il giudice del rinvio dubita che l'insegnamento che discende dalla sentenza del 4 luglio 2013, *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), sia applicabile anche quando due offerenti abbiano inizialmente presentato un'offerta e l'esclusione dell'offerente che intende contestare la decisione di aggiudicazione sia stata preliminarmente e definitivamente accertata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice. I suoi dubbi si fondano su diversi elementi individuati nella direttiva 89/665, tra i quali figura, al primo posto in ordine di importanza, la nozione di «offerente interessato» ai sensi dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, di detta direttiva.

21 Tuttavia, nonostante gli appaia che tale direttiva non protegga gli offerenti definitivamente esclusi contro le irregolarità in grado di incidere su una decisione di aggiudicazione successiva alla loro esclusione, il giudice del rinvio si domanda se il principio di parità di trattamento applicabile agli offerenti possa giustificare quantomeno la concessione, ad un tale offerente definitivamente escluso, di un diritto di ricorso avverso detta decisione quando quest'ultima sia favorevole all'unico altro offerente in lizza.

22 Peraltro, per l'ipotesi in cui si dovesse ritenere che l'offerente definitivamente escluso dalla procedura di aggiudicazione disponga comunque di un diritto di ricorso avverso la decisione di aggiudicazione, il giudice del rinvio espone, da un lato, che il *Bundesverwaltungsgericht* (Corte amministrativa federale) ha anche considerato che non si dovesse tener conto dei motivi di esclusione dell'offerta della *Vamed* sollevati dal gruppo poiché questi non risultavano con evidenza dal fascicolo del procedimento. Orbene, una simile posizione potrebbe essere giustificata dalla necessità, menzionata all'articolo 1, paragrafi 1 e 3, della direttiva 89/665, di promuovere ricorsi quanto più rapidi possibile. Dall'altro lato, il giudice del rinvio si domanda se, nell'ambito del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, rilevi il fatto che i motivi per i quali le due offerte dovrebbero essere escluse siano della stessa identica natura o, al contrario, di natura diversa.

23 Alla luce di ciò, il *Verwaltungsgerichtshof* (Corte amministrativa) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva [89/665], alla luce dei principi espressi nella sentenza (...) del 4 luglio 2013, [*Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448)], debba essere interpretato nel senso che l'esperibilità delle procedure di ricorso avverso la decisione di aggiudicazione (decisione sulla stipula di un accordo quadro)

nonché avverso la conclusione del contratto (inclusa la concessione del risarcimento danni richiesto a termini dell'articolo 2, paragrafo 7, della stessa direttiva) può essere negata ad un offerente la cui offerta sia stata esclusa con provvedimento definitivo dall'ente aggiudicatore, e che pertanto non costituisca un offerente interessato ai sensi dell'articolo 2 bis della direttiva 89/665, anche nel caso in cui solo due offerenti abbiano presentato rispettivamente offerte e quella dell'aggiudicatario, in base agli argomenti dedotti dall'offerente non interessato [che ha proposto ricorso], avrebbe dovuta essere parimenti esclusa.

2) In caso di risposta negativa alla prima questione, se l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665, alla luce dei principi enunciati nella sentenza (...) del 4 luglio 2013, [Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448)], debba essere interpretato nel senso che è necessario garantire all'offerente non interessato (ai sensi dell'articolo 2 bis della stessa direttiva) l'esperibilità delle procedure di ricorso esclusivamente nel caso in cui:

- a) dagli atti del ricorso risulti manifestamente l'irregolarità dell'offerta dell'aggiudicatario, e
- b) l'irregolarità dell'offerta dell'aggiudicatario emerga per motivi della stessa identica natura».

Sulle questioni pregiudiziali

24 Preliminarmente si deve ricordare che, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, la direttiva 89/665 si applica unicamente ai ricorsi relativi alle procedure di aggiudicazione di appalto pubblico di cui alla direttiva 2004/18 e non escluse dal campo di applicazione di tale ultima direttiva dagli articoli da 10 a 18 della stessa.

25 Sebbene la decisione di rinvio non contenga alcuna indicazione circa il valore dell'accordo quadro di cui al procedimento principale a proposito della soglia di applicabilità della direttiva 2004/18, stabilita in EUR 200 000 per gli appalti pubblici di servizi aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici diverse dalle autorità governative centrali, ai sensi dell'articolo 7, lettera b), di tale direttiva, da diversi elementi del fascicolo del procedimento nazionale emerge che detta soglia è stata ampiamente superata per quanto concerne il citato accordo quadro, circostanza che tuttavia spetta al giudice del rinvio verificare.

26 Dal momento che, peraltro, tale accordo quadro, per sua natura, non rientra tra le eccezioni di cui agli articoli da 10 a 18 della direttiva 2004/18, nulla osta a che la Corte risponda alle questioni sollevate.

Sulla prima questione

27 Con la prima questione il giudice del rinvio domanda, in sostanza, se l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665, alla luce della sentenza del 4 luglio 2013, *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), debba essere interpretato nel senso che esso osta a che a un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico da una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva, e che, pertanto, non è un offerente interessato ai sensi dell'articolo 2 bis di detta direttiva, sia negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto allorché a presentare offerte siano stati unicamente l'offerente escluso e l'aggiudicatario e detto offerente sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa.

28 Al riguardo si deve ricordare che, secondo le disposizioni dell'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665, affinché i ricorsi contro le decisioni adottate da un'amministrazione aggiudicatrice possano essere considerati efficaci, devono essere accessibili per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione (v. sentenza del 5 aprile 2016, *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199, punto 23).

29 Ai punti 26 e 27 di detta sentenza, la Corte ha sottolineato che la sentenza del 4 luglio 2013, *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), costituisce una concretizzazione dei requisiti imposti dalle disposizioni dell'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665, in circostanze nelle quali, a seguito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, due offerenti presentino ricorsi diretti ad ottenere la reciproca esclusione. In una simile situazione, infatti, ciascuno dei due offerenti ha interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto.

30 Tuttavia, la situazione di cui al procedimento principale è chiaramente distinta dalle situazioni discusse nelle due cause che hanno dato origine alle sentenze del 4 luglio 2013, *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), e del 5 aprile 2016, *PFE* (C-689/13, EU:C:2016:199).

31 Da un lato, le offerte dei soggetti interessati nelle cause che hanno dato origine alle citate sentenze non erano state oggetto di una decisione di esclusione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, a differenza dell'offerta presentata dal gruppo nel procedimento principale.

32 Dall'altro lato, in tali due cause ciascuno degli offerenti contestava la regolarità dell'offerta dell'altro nell'ambito di un solo ed unico procedimento di ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto, ciascuno vantando un analogo legittimo interesse all'esclusione dell'altrui offerta e dette contestazioni potendo indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla selezione di un'offerta regolare (v., in tal senso, sentenze del 4 luglio 2013, *Fastweb*, C-100/12, EU:C:2013:448, punto 33, e

del 5 aprile 2016, PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, punto 24). Nel procedimento principale, per contro, il gruppo ha depositato un ricorso, in primo luogo, avverso la decisione di esclusione adottata nei propri confronti e, in secondo luogo, avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto ed è nell'ambito del secondo ricorso che esso invoca l'irregolarità dell'offerta dell'aggiudicataria.

33 Ne consegue che il principio giurisprudenziale espresso nelle sentenze del 4 luglio 2013, *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), e del 5 aprile 2016, PFE (C-689/13, EU:C:2016:199), non è applicabile alla situazione procedurale e al contenzioso di cui al procedimento principale.

34 Peraltro, si deve rilevare che, come risulta dall'articolo 1, paragrafo 3, e dall'articolo 2 bis della direttiva 89/665, quest'ultima assicura l'esercizio di ricorsi efficaci avverso le decisioni irregolari nell'ambito di procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, consentendo ad ogni partecipante escluso di contestare non solo la decisione di esclusione, ma anche, fintantoché detta contestazione è pendente, le successive decisioni che gli arrecherebbero pregiudizio ove la propria esclusione fosse annullata.

35 In tali circostanze, l'articolo 1, paragrafo 3, di tale direttiva non può essere interpretato nel senso che osta a che a un offerente quale il gruppo sia negata la possibilità di ricorrere avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto, poiché tale offerente deve essere considerato come un offerente definitivamente escluso ai sensi dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, secondo comma, di detta direttiva.

36 Tutto ciò considerato, si deve rispondere alla questione sollevata dichiarando che l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665 dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che a un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva sia negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto, allorché a presentare offerte siano stati unicamente l'offerente escluso e l'aggiudicatario e detto offerente sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa.

Sulla seconda questione

37 Alla luce della risposta fornita alla prima questione, non è necessario rispondere alla seconda questione.

Sulle spese

38 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le

spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

PQM

Per questi motivi, la Corte (Ottava Sezione) dichiara:

L'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a che a un offerente escluso da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico con una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice divenuta definitiva sia negato l'accesso ad un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico di cui trattasi e la conclusione del contratto, allorché a presentare offerte siano stati unicamente l'offerente escluso e l'aggiudicatario e detto offerente sostenga che anche l'offerta dell'aggiudicatario avrebbe dovuto essere esclusa.

Fonti: Foro Amministrativo (II) 2017, 5, 999

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Circolazione dei servizi - - appalti

Unione europea - Circolazione dei servizi - Appalti - Pubblici - Direttiva 92/13/CEE - Articolo 1, paragrafo 3 - Procedure di ricorso - Decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico - Esclusione di un offerente - Ricorso di annullamento - Interesse ad agire.

All'offerente che ha proposto ricorso deve essere riconosciuto un interesse legittimo all'esclusione dell'offerta dell'aggiudicatario che può portare, se del caso, alla constatazione dell'impossibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un'offerta regolare. L'art. 2 bis, paragrafi 1 e 2, della direttiva 92/13, prevede espressamente un diritto degli offerenti non esclusi definitivamente a esperire un ricorso avverso le decisioni di aggiudicazione dell'appalto adottate dagli enti aggiudicatori. Chi propone ricorso avverso la decisione che esclude la sua offerta e avverso la decisione che aggiudica l'appalto, non può essere considerato definitivamente escluso dall'aggiudicazione dell'appalto. In una situazione del genere, la nozione di « un determinato appalto » ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13 può, se del caso, riguardare l'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

Nella causa C-131/16,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dalla Krajowa Izba Odwoławcza (Camera nazionale di ricorso, Polonia), con decisione del 19 febbraio 2016, pervenuta in cancelleria il 1° marzo 2016, nel procedimento

Archus sp. z o.o.,

Gama Jacek Lipik

contro

Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A.,

con l'intervento di:

Digital-Center sp. z o.o.,

LA CORTE (Ottava Sezione),

composta da M. Vilaras, presidente di sezione (relatore), M. Safjan e D. Šváby, giudici,

avvocato generale: M. Campos Sánchez-Bordona

cancelliere: A. Calot Escobar

vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

- per il Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., da A. Olszewska;

- per il governo polacco, da B. Majczyna, in qualità di agente;

- per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da F. Di Matteo, avvocato dello Stato;

- per la Commissione europea, da K. Herrmann e A. Tokár, in qualità di agenti,

vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 10 della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (GU 2004, L 134, pag. 1), e dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13/CE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (GU 1992, L 76, pag. 14), come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007 (GU 2007, L 335, pag. 31) (in prosieguo: la «direttiva 92/13»).

2 Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra, da un lato, l'Archus sp. z o.o. e la Gama Jacek Lipik (in prosieguo, congiuntamente: l'«Archus» e la «Gama») e, dall'altro, il Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A. (società polacca per l'estrazione di petrolio e di gas naturale), in merito alle decisioni di quest'ultima recanti rigetto della loro offerta in una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico e accettazione dell'offerta presentata dalla Digital-Center sp. z o.o.

Contesto normativo

Diritto dell'Unione

3 L'articolo 10 della direttiva 2004/17 prevede quanto segue:

«Gli enti aggiudicatori trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono con trasparenza».

4 L'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13 così dispone:

«Gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione».

5 L'articolo 2 bis, paragrafo 2, terzo comma, della direttiva 92/13 è così formulato:

«I candidati sono considerati interessati se l'amministrazione aggiudicatrice non ha messo a disposizione informazioni circa il rigetto della loro domanda prima della notifica della decisione di aggiudicazione dell'appalto agli offerenti interessati».

Diritto polacco

6 L'articolo 25 della Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r.
- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2015, posizione 2164) (legge del 29 gennaio 2004 sugli appalti pubblici; in prosieguo: la «Pzp») prevede quanto segue:

«1. Nella procedura di aggiudicazione di un appalto l'amministrazione aggiudicatrice può richiedere agli operatori economici soltanto le dichiarazioni o i documenti necessari ai fini dell'espletamento della procedura. Le dichiarazioni o i documenti attestanti:

1) il rispetto delle condizioni per la partecipazione alla procedura,

2) la conformità di forniture, servizi o lavori offerti ai requisiti specificati dall'amministrazione aggiudicatrice

sono indicati dall'amministrazione aggiudicatrice nel bando di gara, nel capitolato d'oneri o nell'invito a presentare l'offerta.

2. Il presidente del Consiglio dei ministri determinerà, con decreto, i tipi di documenti che l'amministrazione aggiudicatrice può richiedere all'operatore economico nonché le forme nelle quali tali documenti possono essere presentati (...).».

7 L'articolo 26, paragrafo 3, della Pzp così dispone:

«L'amministrazione aggiudicatrice invita gli operatori economici che non hanno presentato, entro il termine stabilito, le dichiarazioni o i documenti da essa richiesti, indicati all'articolo 25, paragrafo 1, o che non hanno fornito le procure, o che hanno presentato le dichiarazioni ed i documenti di cui all'articolo 25, paragrafo 1, richiesti dall'amministrazione aggiudicatrice ma essi, tuttavia, contengono errori, o hanno presentato procure inficiate da vizi, a fornirli entro il termine stabilito, a meno che, nonostante la loro presentazione, l'offerta dell'operatore economico sia da rigettare o sia necessario annullare la procedura. Le dichiarazioni ed i documenti presentati su richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice devono attestare che l'operatore economico soddisfa le condizioni di partecipazione alla procedura nonché la conformità di forniture, servizi o lavori offerti ai requisiti definiti dall'amministrazione aggiudicatrice, al più tardi alla scadenza del termine di presentazione delle domande di partecipazione alla procedura o del termine per la presentazione delle offerte».

8 L'articolo 46, paragrafo 4a, della Pzp è così formulato:

«L'amministrazione aggiudicatrice trattiene la garanzia e gli interessi se l'operatore economico, in risposta all'invito di cui all'articolo 26, paragrafo 3, non ha fornito, per motivi a lui imputabili, i documenti o dichiarazioni di cui all'articolo 25, paragrafo 1, le procure, l'elenco dei soggetti appartenenti al medesimo gruppo di cui all'articolo 24, paragrafo 2, punto 5, o informazioni che indicano che esso non fa parte di un gruppo, o se non ha acconsentito alla rettifica di un errore previsto dall'articolo 87, paragrafo 2, punto 3, in modo che non è stato possibile selezionare la sua offerta in quanto più vantaggiosa».

9 L'articolo 87 della Pzp prevede quanto segue:

«1. Nel corso dell'esame e della valutazione delle offerte l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere agli operatori economici chiarimenti in merito al loro contenuto. Non è consentita alcuna negoziazione tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'operatore economico in merito all'offerta presentata; fatti salvi i paragrafi 1a e 2, il contenuto dell'offerta non può essere modificato.

1a Nelle procedure condotte mediante dialogo competitivo, nel corso dell'esame e della valutazione delle offerte, l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere agli operatori economici di precisare e completare il contenuto delle offerte nonché di fornire ulteriori informazioni, senza peraltro apportare modifiche essenziali al contenuto delle offerte e modificare i requisiti contenuti nel capitolato d'onori.

2 Nell'offerta l'amministrazione aggiudicatrice corregge:

1) i manifesti errori materiali,

2) gli evidenti errori di calcolo, tenendo conto delle conseguenze delle correzioni contabili effettuate,

3) altri errori consistenti nell'incompatibilità dell'offerta con il capitolato d'onori che non modifichino in modo sostanziale il contenuto dell'offerta - informando di ciò, immediatamente, l'operatore economico la cui offerta è stata corretta».

10 L'articolo 179, paragrafo 1, della Pzp precisa quanto segue:

«Gli operatori economici, i partecipanti al concorso, nonché chiunque altro abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione delle disposizioni della presente legge da parte dell'amministrazione aggiudicatrice beneficiano di mezzi di ricorso determinati nella presente sezione».

11 L'articolo 180, paragrafo 1, della Pzp così dispone:

«Il ricorso è ammissibile esclusivamente avverso le azioni o omissioni contrarie alle disposizioni della legge compiute dall'amministrazione aggiudicatrice nella procedura di aggiudicazione di un appalto».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali

12 Il 3 giugno 2015, il Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo ha pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, al numero 2015/S 105-191838, un bando di gara ristretta per l'aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi per la digitalizzazione dei documenti dei suoi archivi centrali geologici e la preparazione di una versione elettronica dei documenti accessibile sulla sua rete interna. L'oggetto dell'appalto consisteva nello scansionare i documenti cartacei di tali archivi, nell'effettuare il trattamento digitale dei documenti scansionati e nel registrarli su supporti durevoli di dati comunemente utilizzati in formati digitali determinati e su microfilm.

13 Il punto 4.1 del capitolato d'oneri indicava che gli offerenti dovevano allegare alla loro offerta di servizi due documenti. Il primo doveva essere una copia scansionata di un documento elaborato dall'amministrazione aggiudicatrice, registrata su un supporto durevole e pubblicata secondo una descrizione dettagliata al punto 4.1, lettera a), del capitolato d'oneri. Il secondo doveva essere un campione di microfilm di 35 millimetri contenente il prodotto impressionato, valutato sulla base del criterio di qualità, in formato A4 e il suo ingrandimento in formato A0, ossia di 16 volte, accompagnati da una descrizione del procedimento di microfilmatura e dei parametri tecnici descritti in dettaglio al punto 4.1, lettera b), del capitolato d'oneri (in prosieguo: il «campione di microfilm»).

14 La qualità del primo documento doveva essere esaminata alla luce dei criteri di valutazione delle offerte, mentre la qualità del campione di microfilm doveva esserlo secondo il criterio «soddisfa/non soddisfa», essendo precisato che, se il campione non soddisfaceva i requisiti, l'offerta doveva essere rigettata ai sensi dell'articolo 89, paragrafo 1, punto 2, della Pzp.

15 Gli offerenti erano altresì tenuti a depositare una somma di 20 000 zloti polacchi (PLN) come garanzia della loro offerta.

16 Due offerte sono state presentate nell'ambito di tale procedura, una congiuntamente dall'Archus e dalla Gama, l'altra dalla Digital-Center.

17 Il 15 ottobre 2015, l'Archus e la Gama, invocando un errore involontario, hanno rivolto all'amministrazione aggiudicatrice una richiesta di correzione della loro offerta, ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 2, punto 3), della Pzp, diretta a sostituire un nuovo campione di microfilm a quello che esse avevano allegato alla loro offerta e che non era conforme alle specifiche del capitolato d'oneri.

18 Il 17 novembre 2015, l'amministrazione aggiudicatrice ha risposto a tale richiesta indicando di aver considerato che il nuovo campione di microfilm completava i documenti presentati, conformemente all'articolo 26, paragrafo 3, della Pzp. L'amministrazione aggiudicatrice ha tuttavia altresì indicato che esse non avevano menzionato le informazioni riguardanti il procedimento di microfilmazione del campione e i parametri tecnici richiesti ai sensi del punto 4.1, lettera b), del capitolato d'oneri, e le ha quindi invitate a integrare tali informazioni.

19 Dopo l'esame dei due campioni di microfilm forniti dall'Archus e dalla Gama, l'amministrazione aggiudicatrice ha infine respinto l'offerta di queste ultime in quanto non conforme al suddetto punto 4.1, lettera b), del capitolato d'oneri. Essa ha considerato che i campioni di microfilm depositati da tali società non consentissero di leggere la copia di un documento microfilmato in formato A0 con una risoluzione minima di 200 punti per pollice (dpi). Ha inoltre ritenuto più vantaggiosa l'offerta presentata dalla Digital-Center.

20 L'Archus e la Gama hanno quindi presentato un ricorso dinanzi alla Krajowa Izba Odwolawcza (Camera nazionale di ricorso, Polonia) avverso le decisioni dell'amministrazione aggiudicatrice riguardanti, rispettivamente, il rigetto della loro offerta e l'accettazione dell'offerta della Digital-Center.

21 Il giudice del rinvio indica che, in sostanza, in forza della normativa nazionale sugli appalti pubblici, l'amministrazione aggiudicatrice può obbligare gli offerenti a presentare «documenti e dichiarazioni», nonché a fornire campioni di prodotti nell'ambito della gara d'appalto. Essa ha altresì l'obbligo di chiedere loro di completare, se del caso, i documenti mancanti o contenenti errori, affinché questi ultimi siano conformi ai requisiti del capitolato d'onori, fatto salvo il caso in cui l'offerta dovrebbe essere respinta per altri motivi o qualora sia necessario annullare la procedura.

22 Il giudice del rinvio s'interroga, innanzitutto, sulla legittimità dell'obbligo, imposto all'amministrazione aggiudicatrice, di invitare un offerente a completare un documento richiesto dal capitolato d'onori o a presentare un nuovo campione conformemente a tale capitolato, come nel caso di cui al procedimento principale, nei limiti in cui ciò può portare tale offerente a modificare il contenuto della sua offerta, il che comprometterebbe la trasparenza della procedura di gara. Tale giudice s'interroga, in seguito, sulla questione se sia legittimo trattenere la garanzia versata dall'offerente qualora quest'ultimo non accolga l'invito rivoltagli dall'amministrazione aggiudicatrice a completare un tale documento. Lo stesso s'interroga, infine, sull'interesse giuridico che l'annullamento dell'offerta della Digital-Center rappresenta per l'Archus e la Gama.

23 È in tale contesto che la Krajowa Izba Odwolawcza (Camera nazionale di ricorso, Polonia) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'articolo 10 della [direttiva 2004/17] debba essere interpretato nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice può essere tenuta ad invitare gli operatori economici i quali entro un determinato termine (ossia, entro il termine stabilito per la presentazione delle offerte) non hanno presentato "le dichiarazioni o i documenti" (nozione che comprende anche i campioni dell'oggetto dell'appalto) richiesti dall'amministrazione aggiudicatrice, attestanti la conformità delle forniture, dei servizi o dei lavori offerti ai requisiti definiti dall'amministrazione aggiudicatrice, o i quali hanno presentato "le dichiarazioni o i documenti" richiesti dall'amministrazione aggiudicatrice inficiati da vizi, a presentare "le dichiarazioni o i documenti" (campioni) mancanti o corretti entro il termine supplementare stabilito, senza che sia previsto un divieto in forza del quale "le dichiarazioni o i documenti" (campioni) integrativi non possono modificare il contenuto dell'offerta.

2) Se l'articolo 10 della [direttiva 2004/17] debba essere interpretato nel senso che l'amministrazione aggiudicatrice può trattenere la cauzione dell'operatore economico qualora quest'ultimo, in risposta alla richiesta di integrazione rivoltagli

dall'amministrazione aggiudicatrice, non abbia presentato "i documenti o le dichiarazioni" (campioni) attestanti la conformità delle forniture, dei servizi o dei lavori offerti ai requisiti definiti dall'amministrazione aggiudicatrice, nell'ipotesi in cui tali integrazioni avrebbero comportato modifiche al contenuto dell'offerta o qualora esso non abbia acconsentito a che l'amministrazione aggiudicatrice modificasse l'offerta, il che ha reso impossibile selezionare l'offerta presentata dall'operatore economico come la più vantaggiosa.

3) Se l'articolo 1, paragrafo 3, della [direttiva 92/13] debba essere interpretato nel senso che con "un determinato appalto" di cui alla citata disposizione, nella parte relativa all'"interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto", si deve intendere "una determinata procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in corso di svolgimento" (nel caso di specie: indetta con bando di gara del 3 giugno 2015) o "un determinato oggetto di appalto" (nel caso di specie: il servizio di digitalizzazione della documentazione dell'archivio dell'amministrazione aggiudicatrice), indipendentemente dal fatto se, in seguito all'accoglimento del ricorso, l'amministrazione aggiudicatrice sarà obbligata ad annullare la procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico in corso di svolgimento ed, eventualmente, a iniziare una nuova procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico».

Sulla prima questione

24 Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il principio di parità di trattamento degli operatori economici, stabilito dall'articolo 10 della direttiva 2004/17, debba essere interpretato nel senso che esso osta a che, nell'ambito di una gara d'appalto, un'amministrazione aggiudicatrice inviti gli offerenti a presentare le dichiarazioni o i documenti richiesti che non siano stati presentati da tali offerenti nel termine stabilito per la presentazione delle offerte o a correggere tali dichiarazioni o tali documenti in caso di errori, senza che tale amministrazione aggiudicatrice sia, peraltro, tenuta a precisare a tali offerenti che è vietato loro modificare il contenuto delle offerte presentate.

25 A tal riguardo, occorre rammentare, innanzitutto, che l'obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di rispettare il principio di parità di trattamento degli offerenti, che ha lo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed efficace tra le imprese che partecipano ad un appalto pubblico (v., segnatamente, sentenze del 29 aprile 2004, Commissione/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punto 110, e del 12 marzo 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, punto 33) e che corrisponde all'essenza delle norme di diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici (v., segnatamente, sentenze del 22 giugno 1993, Commissione/Danimarca, C-243/89, EU:C:1993:257, punto 33; del 25 aprile 1996, Commissione/Belgio, C-87/94, EU:C:1996:161, punto 51, e del 18 ottobre 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, punto 33), implica, in particolare, che gli offerenti devono trovarsi su un piano di parità sia al momento in cui preparano le loro offerte sia al momento in cui queste sono valutate da tale amministrazione aggiudicatrice

(v. sentenze del 16 dicembre 2008, *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, punto 45, nonché del 24 maggio 2016, *MT Højgaard e Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, punto 37).

26 Tale principio impone, segnatamente, che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte e implica quindi che queste siano sottoposte alle medesime condizioni per tutti i concorrenti (sentenze del 25 aprile 1996, *Commissione/Belgio*, C-87/94, EU:C:1996:161, punto 54; del 12 dicembre 2002, *Universale-Bau e a.*, C-470/99, EU:C:2002:746, punto 93, nonché del 12 marzo 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, punto 33).

27 Il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza ostano altresì a qualsiasi trattativa tra l'amministrazione aggiudicatrice e un offerente nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, il che implica che, in linea di principio, un'offerta non può essere modificata dopo il suo deposito, né su iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice né dell'offerente (v., in tal senso, sentenze del 29 marzo 2012, *SAG ELV Slovensko e a.*, C-599/10, EU:C:2012:191, punto 36, nonché del 10 ottobre 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, punto 31).

28 Consentire all'amministrazione aggiudicatrice di chiedere a un candidato, la cui offerta essa ritiene imprecisa o non conforme alle specifiche tecniche del capitolato d'onori, chiarimenti al riguardo, rischierebbe, infatti, di far sembrare, qualora l'offerta di tale candidato venisse infine accolta, che detta amministrazione aggiudicatrice abbia negoziato l'offerta in via riservata, a danno degli altri candidati, e in violazione del principio di parità di trattamento (sentenza del 29 marzo 2012, *SAG ELV Slovensko e a.*, C-599/10, EU:C:2012:191, punto 37).

29 La Corte ha, tuttavia, avuto altresì modo di precisare che il principio di parità di trattamento non osta a che un'offerta possa essere corretta o completata su singoli punti, qualora quest'ultima necessiti in modo evidente un chiarimento o qualora si tratti di correggere errori materiali manifesti, fatto salvo tuttavia il rispetto di una serie di requisiti [v., in tal senso, nell'ambito di procedure d'appalto ristrette ai sensi della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, pag. 114), sentenze del 29 marzo 2012, *SAG ELV Slovensko e a.*, C-599/10, EU:C:2012:191, punti da 35 a 45, per quanto riguarda la fase di valutazione delle offerte, nonché del 10 ottobre 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, punti da 30 a 39, per quanto riguarda la fase di preselezione degli offerenti].

30 Innanzitutto, una richiesta di chiarimenti di un'offerta, che può intervenire soltanto dopo che l'amministrazione aggiudicatrice abbia acquisito conoscenza di tutte le offerte, deve, in linea di principio, essere rivolta in modo equivalente a tutti gli offerenti che si trovino nella stessa situazione e deve riguardare tutti i punti dell'offerta che richiedono un

chiarimento (v. sentenze del 29 marzo 2012, SAG ELV Slovensko e a., C-599/10, EU:C:2012:191, punti da 42 a 44, e del 10 ottobre 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punti 34 e 35).

31 Inoltre, tale richiesta non può condurre, da parte dell'offerente interessato, alla presentazione di quella che in realtà sarebbe una nuova offerta (v. sentenze del 29 marzo 2012, SAG ELV Slovensko e a., C-599/10, EU:C:2012:191, punto 40, e del 10 ottobre 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punto 36).

32 Da ultimo, in generale, nell'esercizio del potere discrezionale di cui dispone per quanto attiene alla facoltà di chiedere ai candidati di chiarire la loro offerta, l'amministrazione aggiudicatrice deve trattare i candidati in maniera uguale e leale, di modo che, all'esito della procedura di selezione delle offerte e tenuto conto del risultato di quest'ultima, non possa apparire che la richiesta di chiarimenti abbia indebitamente favorito o sfavorito il candidato o i candidati cui essa è stata rivolta (v. sentenze del 29 marzo 2012, SAG ELV Slovensko e a., C-599/10, EU:C:2012:191, punto 41, e del 10 ottobre 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punto 37).

33 Una richiesta di chiarimenti non può, tuttavia, ovviare alla mancanza di un documento o di un'informazione la cui comunicazione era richiesta dai documenti dell'appalto, poiché l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta ad osservare rigorosamente i criteri da essa stessa fissati (v., in tal senso, sentenza del 10 ottobre 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punto 40).

34 Nel caso di specie, il giudice del rinvio ha precisato, nella sua domanda di pronuncia pregiudiziale, che gli offerenti dovevano allegare alla loro offerta campioni dei documenti di archivi digitalizzati, i quali dovevano essere preparati seguendo le indicazioni definite al punto 4.1 del capitolato d'oneri e indicare il procedimento e la qualità della digitalizzazione.

35 Nelle circostanze di cui al procedimento principale, sono l'Archus e la Gama, nella loro qualità di offerente, ad aver inviato all'amministrazione aggiudicatrice una richiesta di correzione della loro offerta, basandosi sull'articolo 87, paragrafo 2, punto 3), della Pzp, al fine di sostituire un nuovo campione di microfilm a quello che esse avevano allegato alla loro offerta e che non era conforme alle specifiche del capitolato d'oneri.

36 Orbene, conformemente alla giurisprudenza menzionata al punto 29 della presente sentenza, un invito, rivolto dall'amministrazione aggiudicatrice a un offerente, a fornire le dichiarazioni e i documenti richiesti può, in linea di principio, avere come oggetto soltanto il chiarimento dell'offerta di quest'ultimo o la rettifica di un errore manifesto di tale offerta. Tale invito non può, quindi, consentire in generale a un offerente di presentare le dichiarazioni e i documenti la cui comunicazione era richiesta dal capitolato d'oneri e che

non sono stati presentati nel termine stabilito per presentare le offerte. Lo stesso non può nemmeno, conformemente alla giurisprudenza di cui al punto 31 della presente sentenza, condurre alla presentazione, da parte di un offerente, di documenti che comportano modifiche tali che essi costituirebbero, in realtà, una nuova offerta.

37 In ogni caso, l'obbligo che può gravare su un'amministrazione aggiudicatrice, in forza del diritto nazionale, d'invitare gli offerenti a presentare le dichiarazioni e i documenti richiesti che non hanno presentato nel termine stabilito per presentare le offerte o a correggere tali dichiarazioni e tali documenti in caso di errori, può essere ammesso solo nella misura in cui le integrazioni o le correzioni apportate all'offerta iniziale non conducano a modificare quest'ultima in modo sostanziale. Emerge, infatti, dal punto 40 della sentenza del 29 marzo 2012, SAG ELV Slovensko e a. (C-599/10, EU:C:2012:191), che l'offerta iniziale può essere corretta per eliminare errori materiali manifesti solo eccezionalmente e solo qualora tale modifica non conduca, in realtà, a proporre una nuova offerta.

38 Spetta al giudice del rinvio stabilire se, nelle circostanze del procedimento principale, la sostituzione effettuata dall'Archus e dalla Gama sia rimasta nei limiti della rettifica di un errore manifesto inficiante la sua offerta.

39 Di conseguenza, occorre rispondere alla prima questione nel senso che il principio di parità di trattamento degli operatori economici stabilito dall'articolo 10 della direttiva 2004/17 deve essere interpretato nel senso che esso osta a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice inviti un offerente a presentare le dichiarazioni o i documenti la cui comunicazione era richiesta dal capitolato d'onori e che non sono stati presentati nel termine stabilito per presentare le offerte. Tale articolo non osta, invece, a che l'amministrazione aggiudicatrice inviti un offerente a chiarire un'offerta o a rettificare un errore materiale manifesto contenuto in quest'ultima, a condizione che, tuttavia, un tale invito sia rivolto a qualsiasi offerente che si trovi nella stessa situazione, che tutti gli offerenti siano trattati in modo uguale e leale e che tale chiarimento o tale rettifica non possa essere assimilato alla presentazione di una nuova offerta, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

Sulla seconda questione

40 Con la sua seconda questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 10 della direttiva 2004/17 debba essere interpretato nel senso che esso non osta a che, in circostanze come quelle di cui al procedimento principale, l'amministrazione aggiudicatrice trattenga la cauzione versata da un offerente nell'ambito di un procedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico, qualora quest'ultimo non abbia presentato i documenti attestanti la conformità della sua offerta ai requisiti stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice nel capitolato d'onori, poiché il contenuto della sua

offerta ne sarebbe stato modificato, o qualora non abbia acconsentito a che l'amministrazione aggiudicatrice corregga la sua offerta, il che ha comportato che la sua offerta non ha potuto essere selezionata.

41 Secondo una costante giurisprudenza, la procedura instaurata dall'articolo 267 TFUE costituisce uno strumento di cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali, con il quale la prima fornisce ai secondi gli elementi interpretativi del diritto dell'Unione necessari per risolvere le controversie dinanzi ad essi pendenti (v., segnatamente, sentenze del 12 giugno 2003, Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333, punto 30; del 15 settembre 2011, Unió de Pagesos de Catalunya, C-197/10, EU:C:2011:590, punto 16, nonché del 19 giugno 2012, Chartered Institute of Patent Attorneys, C-307/10, EU:C:2012:361, punto 31).

42 Nell'ambito di siffatta cooperazione le questioni relative al diritto dell'Unione godono di una presunzione di rilevanza. Il rigetto, da parte della Corte, di una domanda proposta da un giudice nazionale è possibile soltanto qualora appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto dell'Unione richiesta non ha alcuna relazione con l'effettività o con l'oggetto della controversia principale, qualora il problema sia di natura ipotetica o, ancora, qualora la Corte non disponga degli elementi di fatto e di diritto necessari per rispondere in modo utile alle questioni che le sono sottoposte (v., segnatamente, sentenze del 21 gennaio 2003, Bacardi-Martini e Cellier des Dauphins, C-318/00, EU:C:2003:41, punto 43; del 15 settembre 2011, Unió de Pagesos de Catalunya, C-197/10, EU:C:2011:590, punto 17, nonché del 19 giugno 2012, Chartered Institute of Patent Attorneys, C-307/10, EU:C:2012:361, punto 32).

43 La funzione assegnata alla Corte nell'ambito dei procedimenti di pronuncia pregiudiziale consiste, infatti, nel contribuire all'amministrazione della giustizia negli Stati membri e non nell'esprimere pareri consultivi su questioni generali o ipotetiche (v., segnatamente, sentenze del 12 giugno 2003, Schmidberger, C-112/00, EU:C:2003:333, punto 32, e del 15 settembre 2011, Unió de Pagesos de Catalunya, C-197/10, EU:C:2011:590, punto 18).

44 Orbene, occorre constatare che, come emerge dalla decisione di rinvio, le circostanze di cui al procedimento principale non corrispondono manifestamente a nessuna delle due situazioni considerate dal giudice del rinvio nell'ambito della sua seconda questione.

45 Infatti, come emerge dall'esame della prima questione, la controversia di cui al procedimento principale è incentrata sulla questione se l'amministrazione aggiudicatrice possa, senza violare il principio di parità di trattamento di cui all'articolo 10 della direttiva 2004/17, consentire che un offerente possa, successivamente al deposito della sua offerta, sostituire un documento la cui comunicazione era richiesta dal capitolato d'onere, nella specie un campione di microfilm, nei limiti in cui il campione era stato asseritamente

presentato per errore. Non emerge affatto dalla decisione di rinvio che l'Archus e la Gama abbiano omesso di presentare i documenti richiesti dal capitolato d'onori o rifiutato di acconsentire a che l'amministrazione aggiudicatrice correggesse la loro offerta. Pertanto, si deve constatare che il problema sollevato dal giudice del rinvio nell'ambito della sua seconda questione è di natura ipotetica.

46 La seconda questione pregiudiziale del giudice del rinvio deve, in tali circostanze, essere dichiarata manifestamente irricevibile.

Sulla terza questione

47 Con la sua terza questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13 debba essere interpretato nel senso che la nozione di «un determinato appalto», ai sensi di tale disposizione, si riferisce a una determinata procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico o all'oggetto stesso dell'appalto che si intende aggiudicare in esito a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, nell'ipotesi in cui siano state presentate solo due offerte e in cui all'offerente la cui offerta è stata rigettata possa essere riconosciuto un interesse a ottenere il rigetto dell'offerta dell'altro offerente, e, di conseguenza, l'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

48 Il giudice del rinvio ha precisato al riguardo che l'operatore economico che ha presentato un'offerta nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico non ha, qualora la sua offerta sia rigettata, un interesse ad agire avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto pubblico. Di conseguenza, se è vero che un offerente quale l'Archus e la Gama ha certamente un interesse a contestare una decisione che rigetta la sua offerta, nella misura in cui, in tal caso, lo stesso conservi una possibilità che l'appalto gli sia aggiudicato, non ha più, invece, un qualsivoglia interesse nella fase successiva del procedimento di aggiudicazione dell'appalto dal momento in cui la sua offerta sia stata definitivamente rigettata, perlomeno nell'ipotesi in cui una pluralità di offerte sia stata presentata e selezionata.

49 È in tale contesto che il giudice del rinvio si chiede se la nozione di «un determinato appalto», ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13, riguardi l'eventuale avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

50 Occorre rammentare, al riguardo, che l'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13 prevede che gli Stati membri provvedono a rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo le modalità che spetta agli Stati membri determinare, a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione.

51 Chiamata ad interpretare le disposizioni equivalenti dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori (GU 1989, L 395, pag. 33), la Corte ha già statuito che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, gli offerenti hanno un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri offerenti ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto (v., in tal senso, sentenze del 4 luglio 2013, *Fastweb*, C-100/12, EU:C:2013:448, punto 33; del 5 aprile 2016, *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199, punto 27, nonché del 21 dicembre 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich*, C-355/15, EU:C:2016:988, punto 29), indipendentemente dal numero di partecipanti alla procedura e dal numero di partecipanti che hanno presentato ricorso (v., in tal senso, sentenza del 5 aprile 2016, *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199, punto 29).

52 Da un lato, infatti, l'esclusione di un offerente può far sì che un altro offerente ottenga l'appalto direttamente nell'ambito della stessa procedura. D'altro lato, nell'ipotesi di un'esclusione di tutti gli offerenti e dell'indizione di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi e, quindi, ottenere indirettamente l'appalto (v. sentenza del 5 aprile 2016, *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199, punto 27).

53 Il principio giurisprudenziale così stabilito nelle sentenze del 4 luglio 2013, *Fastweb* (C-100/12, EU:C:2013:448), e del 5 aprile 2016, *PFE* (C-689/13, EU:C:2016:199), è applicabile alla situazione di cui al procedimento principale.

54 Infatti, il giudice del rinvio è adito, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico che ha dato luogo alla presentazione di due offerte e all'adozione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, di due decisioni in contemporanea recanti rispettivamente rigetto dell'offerta di uno degli offerenti e aggiudicazione dell'appalto all'altro offerente, dall'offerente escluso con ricorso avverso tali due decisioni. Nell'ambito di tale ricorso, l'offerente escluso invoca l'esclusione dell'offerta dell'aggiudicatario per mancanza di conformità di quest'ultima alle specifiche del capitolato d'onori.

55 In una situazione del genere, all'offerente che ha proposto ricorso deve essere riconosciuto un interesse legittimo all'esclusione dell'offerta dell'aggiudicatario che può portare, se del caso, alla constatazione dell'impossibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di procedere alla scelta di un'offerta regolare (v., in tal senso, sentenze del 4 luglio 2013, *Fastweb*, C-100/12, EU:C:2013:448, punto 33, nonché del 5 aprile 2016, *PFE*, C-689/13, EU:C:2016:199, punto 24).

56 Tale interpretazione trova conferma nelle disposizioni dell'articolo 2 bis, paragrafi 1 e 2, della direttiva 92/13, che prevedono espressamente un diritto degli offerenti non

esclusi definitivamente a esperire un ricorso in particolare avverso le decisioni di aggiudicazione dell'appalto adottate dagli enti aggiudicatori.

57 Certo, la Corte ha giudicato che, nel caso che ha portato alla sentenza del 21 dicembre 2016, *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich* (C-355/15, EU:C:2016:988, punti da 13 a 16, 31 e 36), a un offerente la cui offerta era stata esclusa dall'amministrazione aggiudicatrice da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico poteva essere negato l'accesso a un ricorso avverso la decisione di aggiudicazione di un appalto pubblico. Tuttavia, la decisione di esclusione di tale offerente è stata confermata da una decisione che ha acquisito autorità di cosa giudicata prima che il giudice investito del ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto statuisse, in modo tale che detto offerente doveva essere considerato definitivamente escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico in questione.

58 Nel procedimento principale, invece, l'Archus e la Gama hanno proposto ricorso avverso la decisione che esclude la loro offerta e avverso la decisione che aggiudica l'appalto, adottate contemporaneamente, e non possono quindi essere ritenute definitivamente escluse dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico. In una situazione del genere, la nozione di «un determinato appalto» ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13 può, se del caso, riguardare l'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

59 Da quanto precede discende che la direttiva 92/13 deve essere interpretata nel senso che, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, in cui una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico ha dato luogo alla presentazione di due offerte e all'adozione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, di due decisioni in contemporanea recanti rispettivamente rigetto dell'offerta di uno degli offerenti e aggiudicazione dell'appalto all'altro, l'offerente escluso, che ha presentato un ricorso avverso tali due decisioni, deve poter chiedere l'esclusione dell'offerta dell'offerente aggiudicatario, in modo tale che la nozione di «un determinato appalto», ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13 può, se del caso, riguardare l'eventuale avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

Sulle spese

60 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

PQM

Per questi motivi, la Corte (Ottava Sezione) dichiara:

1) Il principio di parità di trattamento degli operatori economici stabilito dall'articolo 10 della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice inviti un offerente a presentare le dichiarazioni o i documenti la cui comunicazione era richiesta dal capitolato d'onori e che non sono stati presentati nel termine stabilito per presentare le offerte. Tale articolo non osta, invece, a che l'amministrazione aggiudicatrice inviti un offerente a chiarire un'offerta o a rettificare un errore materiale manifesto contenuto in quest'ultima, a condizione che, tuttavia, un tale invito sia rivolto a qualsiasi offerente che si trovi nella stessa situazione, che tutti gli offerenti siano trattati in modo uguale e leale e che tale chiarimento o tale rettifica non possa essere assimilato alla presentazione di una nuova offerta, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

2) La direttiva 92/13/CE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretata nel senso che, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, in cui una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico ha dato luogo alla presentazione di due offerte e all'adozione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, di due decisioni in contemporanea recanti rispettivamente rigetto dell'offerta di uno degli offerenti e aggiudicazione dell'appalto all'altro, l'offerente escluso, che ha presentato un ricorso avverso tali due decisioni, deve poter chiedere l'esclusione dell'offerta dell'offerente aggiudicatario, in modo tale che la nozione di «un determinato appalto», ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 92/13, come modificata dalla direttiva 2007/66, può, se del caso, riguardare l'eventuale avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

Fonti: Giustizia Civile Massimario 2017

Classificazione: CASSAZIONE CIVILE - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - - Consiglio di Stato

Cassazione civile - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - Consiglio di Stato - Controllo sul limite esterno della giurisdizione - Portata - Conformità della decisione al diritto europeo - Esclusione - Limiti - Fattispecie in tema di ritenuta incompatibilità tra la normativa nazionale sul finanziamento dell'AGCOM e la Direttiva 2002/20/CE.

In materia di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del limite esterno della giurisdizione - che l'art. 111, comma 8, Cost., affida alla Corte di cassazione - non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare errori "in iudicando" o "in procedendo" per contrasto con il diritto dell'Unione europea, salva l'ipotesi "estrema" in cui l'errore si sia tradotto in una interpretazione delle norme europee di riferimento in contrasto con quelle fornite dalla Corte di Giustizia Europea, sì da precludere, rendendola non effettiva, la difesa giudiziale. (Nella specie, si è escluso che il Consiglio di Stato avesse ecceduto il limite suddetto nel verificare la compatibilità della disciplina nazionale in tema di finanziamento dell'AGCOM, prevista dall'art. 1, commi 65 e 66, della l. n. 266 del 2005, con l'art. 12 della Direttiva 2002/20/CE, quale interpretato dalla sentenza della CGUE del 18 luglio 2013, nelle cause riunite da C-228/12 a C-232/12 e da C-254/12 a C-258/12, e nel ritenere che il prelievo tributario previsto dalla normativa nazionale, con un imponibile esteso anche a ricavi derivanti da attività non soggette alla regolazione di mercato dell'AGCOM e con un gettito non limitato ai costi complessivi sostenuti dall'Autorità per le sole attività di regolazione, fosse incompatibile con la Direttiva citata).

(Dichiara inammissibile, sentenza Consiglio DI Stato n. 600 del 05/02/2015)

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CANZIO Giovanni	-	Primo Presidente f.f.	-
Dott. RORDORF Renato	-	Primo Presidente Aggiunto	-
Dott. AMOROSO Giovanni	-	Presidente di Sez.	-
Dott. RAGONESI Vittorio	-	Consigliere	-
Dott. BIELLI Stefano	-	rel. Consigliere	-
Dott. DIDONE Antonio	-	Consigliere	-
Dott. BRONZINI Giuseppe	-	Consigliere	-
Dott. TRAVAGLINO Giacomo	-	Consigliere	-
Dott. DI IASI Camilla	-	Consigliere	-

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

AUTORITA' PER LE GARANZIE NELLE COMUNICAZIONI (AGCOM), con sede a

(OMISSIS), in persona del Presidente e legale rappresentante

C.A.M., rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

- ricorrente -

contro

VODAFONE OMNITEL B.V., con sede legale in (OMISSIS) e sede dell'amministrazione gestionale ad (OMISSIS), in persona del procuratore avvocato Co.An. (per procura rilasciata dall'amministratore delegato, ricevuta il 16 aprile 2012 dal notaio in (OMISSIS), n. rep. (OMISSIS)), elettivamente domiciliata in Roma, via Boezio n. 14, presso lo studio dell'avvocato professor Mario Libertini, che, unitamente all'avvocato professor Vincenzo Cerulli Irelli, la rappresenta e difende (anche disgiuntamente) giusta procura speciale in calce al controricorso;

- controricorrente -

e

s.p.a. WIND TELECOMUNICAZIONI, con azionista unico, Direzione e coordinamento di VimpelCom Ltd, con sede a Roma, via C. G. Viola n. 48, in persona della procuratrice avvocatessa F.E., elettivamente domiciliata in Roma, via di Porta Pinciana n. 6, presso lo studio dell'avvocato professor Beniamino Caravita di Toritto e dell'avvocata Sara Fiorucci, che la rappresentano e difendono giusta procura speciale a margine del controricorso;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 600/15 del Consiglio di Stato, depositata il 5 febbraio 2015, non notificata;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza dell'11 ottobre 2016 dal consigliere dottor Stefano Bielli;

udito, per la ricorrente AGCOM, l'avvocato dello Stato Sergio Fiorentino, che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito, per la controricorrente VODAFONE OMNITEL B.V., l'avvocato professor Mario Libertini, che ha chiesto la declaratoria di inammissibilità od il rigetto del ricorso;

uditi, per la controricorrente s.p.a. WIND TELECOMUNICAZIONI, l'avvocato professor Beniamino Caravita di Toritto e l'avvocata Sara Fiorucci, che hanno chiesto la declaratoria di inammissibilità od il rigetto del ricorso;

udito il P.M., nella persona del sostituto Procuratore generale dottor FUZIO Riccardo, che ha concluso per l'inammissibilità o, in subordine, per il rigetto del ricorso.

FATTI DEL PROCESSO

1.- Con sentenza n. 600/15, depositata il 5 febbraio 2015 e non notificata, la terza sezione del Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale (hinc: "CdS"), rigettava (con motivazione parzialmente diversa rispetto a quella del giudice di primo grado) l'appello proposto dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (hinc: "AGCOM") nei confronti della resistente Vodafone Omnitel B.V. e dell'intervenuta ad adiuvandum s.p.a. Wind Telecomunicazioni, avverso la sentenza del TAR Lazio-Roma, sezione 2, n. 3504/2014 (hinc: "TAR"), del 31 marzo 2014, che aveva dichiarato improcedibile l'impugnazione della Delib. n. 573/10/CONS, notificata il 1 dicembre 2010, e annullato la delibera n. 98/11/CONS (sostitutiva della precedente), notificata il 1 marzo 2011, con le quali l'AGCOM aveva inteso determinare e recuperare - richiamando la L. n. 266 del 2005, art. 1, commi 65 e 66 - i contributi dovuti per gli anni dal 2006 al 2011 da operatori dei mercati delle comunicazioni elettroniche in relazione alla gestione del regime di autorizzazione e alla concessione dei diritti d'uso per telefonia mobile. Il giudice di appello compensava tra le parti le spese di lite ed ordinava all'Autorità amministrativa l'esecuzione della sentenza.

Il CdS premetteva che: a) con le delibere impugnate, l'AGCOM aveva avanzato nei confronti della Vodafone Omnitel B.V. (titolare di una autorizzazione generale per l'esercizio di servizi di telefonia mobile in Italia) la pretesa di pagamento di somme a titolo di contribuzione, sulla base di due presupposti: a.1.) il primo, che dovessero essere considerati imponibili tutti i ricavi conseguiti dalla società nel settore delle telecomunicazioni e, quindi, non solo quelli riferibili a servizi regolamentati dall'Autorità nazionale di regolamentazione per la gestione del regime di autorizzazione e per la concessione dei diritti d'uso (hinc: "ANR", coincidente nella specie con l'AGCOM), ma anche quelli riferibili a servizi non regolamentati (che, pur non soggetti ad autorizzazione ex ante, richiedevano l'intervento ed il controllo dell'ANR); a.2.) il secondo, che il prelievo era diretto alla copertura di tutte le spese di funzionamento dell'AGCOM; b) la società aveva impugnato le delibere sostenendo l'illegittimità di tale retroattiva estensione della base imponibile e dell'entità del prelievo; c) il TAR, davanti al quale era pervenuto il contenzioso, aveva sollevato davanti alla Corte di giustizia dell'Unione Europea (hinc: "CGUE") questione pregiudiziale interpretativa della normativa comunitaria, specificamente dell'art. 12 della Direttiva 2002/20/CE del parlamento e del Consiglio del 7 marzo 2002 (Direttiva autorizzazioni), ritenendo che tale normativa giustificasse l'imposizione di diritti amministrativi agli operatori a copertura esclusivamente dei costi in concreto sopportati dalle ANR in funzione dell'esercizio dell'attività di regolamentazione del mercato ex ante strumentale al rilascio di autorizzazioni e non anche dei costi affrontati per lo svolgimento di attività diverse e chiedendo, pertanto, se detta disciplina fosse ostativa alla normativa italiana di cui alla L. n. 481 del 1995, art. 2, comma 38, lett. b), L. n. 249 del 1997, art. 6, comma 2, e L. n. 266 del 2005, art. 1, commi 65, 66 e 68, come in concreto applicata in sede regolamentare; d) la CGUE, riunite varie controversie, con sentenza del 18 luglio 2013 (Vodafone Omnitel NV, Fastweb SpA, Telecomunicazioni SpA, Telecom Italia SpA, Sky Italia srl, nelle cause riunite da C-228/12 a C-232/12 e da C-254/12 a C-258/12), aveva dichiarato che l'art. 12 della Direttiva autorizzazioni deve essere interpretato nel senso che esso non osta alla disciplina di uno Stato membro, come quella di cui trattasi, a condizione: d.1.) che il prelievo sia

esclusivamente destinato alla copertura di costi relativi alle attività menzionate al paragrafo 1, lettera a), di tale disposizione; d.2.) che il gettito non superi i costi complessivi per tali attività; d.3.) che l'imposizione sia effettuata in modo proporzionato, obiettivo e trasparente; e) dopo la pronuncia della CGUE e la riassunzione dei giudizi davanti a sè, il TAR, con la sentenza appellata, aveva dichiarato improcedibile il ricorso proposto avverso la Delib. n. 573/10/CONS, perchè interamente sostituita da quella n. 98/11/CONS ed aveva annullato quest'ultima delibera, ritenendo che, poichè non ricorrevano le suddette tre condizioni menzionate dalla CGUE, doveva disapplicarsi la disciplina nazionale posta a base della delibera perchè, per la normativa unionale, il prelievo è legittimo solo se riferito o ai ricavi inerenti alle tipologie di attività oggetto di regolamentazione generale ex ante delle telecomunicazioni (con esclusione di quelle per i servizi non regolamentati) oppure ai diritti amministrativi di cui al paragrafo 1 dell'art. 12 della Direttiva autorizzazioni, destinati, cioè, alla copertura del complesso delle effettive spese sostenute dalla AGCOM (specificamente ed annualmente rendicontate e non semplicemente considerate in bilancio) per le tipologie di attività inerenti, appunto, alla regolamentazione generale ex ante delle telecomunicazioni (con esclusione di quelle inerenti a servizi non regolamentati); l'AGCOM aveva appellato la decisione del TAR deducendo che: f.1) la disapplicazione della normativa nazionale era erronea anche a causa della confusione in cui era incorso il giudice tra la conformità di tale normativa a quella dell'UE, da un lato, e la legittimità delle norme regolamentari adottate dall'AGCOM per ciascun periodo d'imposta, dall'altro; f.2) non era stati precisati i costi dell'ANR suscettibili di essere coperti con il prelievo a carico degli operatori del settore delle comunicazioni elettroniche; f.3) la CGUE aveva escluso il contrasto tra norme nazionali e norme dell'UE e, pertanto, erano erronee, immotivate ed irragionevoli (in quanto escludenti i costi per la vigilanza sugli operatori, le analisi di mercato, le nuove tecnologie, la collaborazione con le ANR straniere) le affermazioni della sentenza concernenti sia la limitazione del prelievo riferendolo solo all'attività di regolazione ex ante, sia l'applicazione di un asserito principio di minimizzazione dei costi aggiuntivi e degli oneri accessori, sia la necessaria stretta correlazione tra il prelievo ed i costi della suddetta attività; f.4) nel diritto unionale mancavano regole specifiche sulla determinazione della base imponibile e la riscossione del prelievo ed anzi il difetto della asserita stretta correlazione tra il prelievo e la "quantità di attività compiuto nel singolo procedimento" si evinceva dai punti 29 e 30 della sentenza della CGUE (che richiamavano l'art. 6, paragrafo 2, della Direttiva autorizzazioni e, quindi le varie attività connesse all'autorizzazione generale di cui al D.Lgs. n. 259 del 2003, art. 25, recante il Codice delle comunicazioni elettroniche) nonchè dalla giurisprudenza dell'UE; f.5) il prelievo era conforme al diritto unionale e - ai sensi della L. n. 266 del 2005, art. 1, comma 66, dell'art. 34 del Codice delle comunicazioni (costituenti l'evoluzione della L. n. 481 del 1995, art. 2, comma 38, lett. b, nonchè della L. n. 249 del 1997, art. 6) e dell'art. 12 della Direttiva autorizzazioni - non poteva coprire i costi di qualsiasi attività dell'AGCOM; f.6) il TAR (facendo erroneo riferimento alla normativa nazionale previgente) aveva confuso i costi di funzionamento dell'AGCOM e i ricavi degli operatori ed aveva perciò illogicamente limitato l'imponibile ed il prelievo all'attività di autorizzazione ex ante, nonchè consentito una

retroattiva individuazione dei cespiti tassabili e (in particolare) escluso dall'imponibile i proventi per i servizi VAS (diversi dalla telefonia vocale); f.7) tali servizi VAS erano pur sempre soggetti alla regolazione ed alla vigilanza dell'AGCOM; f.8) la sentenza era errata in punto di ricavi per l'interconnessione sul mercato internazionale; f.9) la medesima sentenza era incorsa in extrapetizione, in quanto il difetto dei "tre elementi essenziali del prelievo" atteneva, se mai, alla (il)legittimità degli atti impositivi e non alla difformità della normativa nazionale rispetto all'ordinamento unionale, "dove l'inammissibilità d'ogni statuizione sulle delibere annuali dell'Autorità mai impugnate in primo grado".

Poste queste premesse in punto di fatto, il CdS, nel rigettare l'appello e, in parziale modifica della motivazione della sentenza del TAR, osservava che: a) il D.Lgs. n. 259 del 2003, art. 34 (recante il Codice delle comunicazioni elettroniche), in attuazione dell'art. 12 della Direttiva autorizzazioni, così individua i tre elementi essenziali del prelievo in discorso ("diritti amministrativi"): 1) destinazione a coprire i soli costi amministrativi sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale, oltre quelli inerenti alle attività collaterali strettamente collegate; 2) incidenza - in modo proporzionato, obiettivo e trasparente - sulle imprese che forniscono reti o servizi ai sensi dell'autorizzazione generale; 3) minimizzazione dei costi amministrativi aggiuntivi (intesi come sovracosti derivanti da una non corretta gestione dell'AGCOM o da spese imprevedute o comunque non riferibili al regime di autorizzazione) e degli oneri accessori (intesi come altri inutili oneri di riscossione, anche documentali); b) le ANR (ivi compresa l'AGCOM) sono tenute, ai sensi del paragrafo 2 dell'art. 12 della Direttiva autorizzazioni, a pubblicare un rendiconto annuo (da ritenersi, contrariamente a quanto affermato dall'Autorità, non coincidente con il bilancio) sia dei propri costi amministrativi, sia dell'importo complessivo dei diritti riscossi; e) tale normativa, interna e dell'UE, andava intesa, come confermato anche dai considerando n. 30 e n. 31 della medesima Direttiva, nel senso che, con riguardo ai "diritti amministrativi", v'è "un rapporto di diretta proporzionalità tra aliquota, base imponibile e presupposto, da un lato, ed entità dei costi sostenuti dalle ANR per le sole attività di regolazione ex ante" (cioè per mercati non efficienti e non ancora competitivi, che abbiano bisogno, pertanto, di una tale regolazione) nonché per la concessione dei diritti d'uso, dall'altro; d) infatti, anche in forza della L. n. 266 del 2005, art. 1, comma 65 - nonostante una apparente mancata presa di posizione di tale comma sulla definizione della base imponibile - le spese di funzionamento dell'AGCOM sono finanziate "dal mercato di competenza, per la parte non coperta da finanziamento a carico del bilancio dello Stato, secondo modalità previste dalla normativa vigente ed entità di contribuzione determinate con propria deliberazione da ciascuna Autorità, nel rispetto dei limiti massimi previsti per legge, versate direttamente alle medesime Autorità" e quindi (con riguardo al settore dei prodotti e servizi per le comunicazioni elettroniche) dal mercato all'ingrosso di terminazione di chiamate vocali su singole reti mobili (raccomandazione della Commissione UE del 9 ottobre 2014, in base alla precedente raccomandazione del 17 dicembre 2007; delibera n. 34/06/CONS dell'AGCOM, sulla scorta della raccomandazione dell'11 febbraio 2007, in sede di prima applicazione della Direttiva n. 2002/21/CE), per il quale vige il regime di autorizzazione generale di cui all'art. 25 del Codice delle comunicazioni

elettroniche; e) in altri termini, il prelievo di cui ai suddetti "diritti amministrativi" integra una "tassa di scopo (...) parzialmente commutativa", diretta a finanziare il servizio reso agli operatori di quella sola frazione del settore afferente il mercato della telefonia vocale mobile (se ed in quanto questa abbia bisogno di regolamentazione), con un "montante predefinito" (corrispondente ai costi effettivi generati dalla gestione di tutti gli aspetti della regolamentazione di quel mercato), "non già una sovrimposta su ricavi iscritti a bilancio"; f) i contribuenti e la loro attitudine contributiva, in particolare, vanno identificati nei soggetti operanti nel settore delle comunicazioni, ma distinti secondo "ciascuna categoria per lo specifico mercato di competenza (identificato dalle raccomandazioni della Commissione UE e, in Italia, dall'AGCOM), in relazione, cioè al contenuto del rispettivo regime autorizzativo e di regolazione ex ante ed al fine di finanziare detta Autorità con ricavi strettamente corrispondenti e a detto mercato ed ai costi di gestione (previ e successivi al rilascio dell'autorizzazione), negli ovi limiti di concorrenza a tali spese e con ripartizione proporzionata"; g) era, per questo, manifestamente irrilevante, nella specie, ogni questione sull'omessa impugnazione di atti impositivi pregressi; h) inoltre, a fronte della pretesa dell'AGCOM di ampliare, con effetto retroattivo (secondo i criteri di cui alle Delib. n. 693/08/CONS per il 2009 e n. 722/09/CONS per il 2010), la base imponibile e la platea dei contribuenti - attraendo a tassazione anche i ricavi VAS della società e ciò al fine di finanziare anche "costi spuri ed estranei" allo specifico mercato di riferimento (quale definito dalle delibere dell'ANR e soggetto ad autorizzazione generale ex ante) -, doveva essere riconosciuta la necessità del rinvio pregiudiziale effettuato dal TAR alla CGUE, la quale aveva dichiarato legittimo il prelievo di cui alla suddetta normativa nazionale solo nel caso in cui fossero state rispettate le condizioni indicate dall'art. 12 della Direttiva autorizzazioni; i) era, pertanto, immune da vizi la decisione del TAR che, riscontrato il mancato rispetto di tali condizioni, aveva concluso per la illegittimità del suddetto ampliamento, data la necessità di "stretta corrispondenza tra prelievo e costi della regolazione" in un settore, quale quello delle comunicazioni elettroniche, che si presenta variamente articolato in una "pluralità di mercati rilevanti, ciascuno dei quali con proprie caratteristiche d'efficienza, di competitività e di dominanza" e, quindi, con un non uniforme livello di spesa pubblica di regolazione e controllo; l) era poi irrilevante ai fini di causa il sopravvenuto L. n. 191 del 2009, art. 2, comma 241, (secondo cui l'AGCOM ha l'obbligo, in via temporanea, di distarre parte del gettito del prelievo in favore di altre ANR); m) la diversa ricostruzione del tributo prospettata dall'AGCOM (ad avviso della quale sono attratti nel prelievo, per una sola aliquota ed un'unica modalità di calcolo del prelievo, anche cespiti per servizi o attività d'impresa nel settore delle comunicazioni elettroniche su cui non vi sia "esercizio effettivo di potestà regolative", come i servizi e ricavi VAS e SMS e, quindi, anche ove non vi sia stata una specifica spesa pubblica per la regolamentazione ed il controllo) era contraria sia alla buona fede che deve presiedere alla valutazione degli atti amministrativi (anche di contenuto generale), sia all'interpretazione basata sulle "effettive intenzioni della norma e delle parti dell'obbligazione tributaria per ciascuna specifica categoria di operatori chiamati alla contribuzione" (in applicazione di "quanto dispone l'art. 1362 cod. civ."), sia alle fonti dell'UE (con la conseguenza che doveva ritenersi illegittima,

per contrasto con il diritto comunitario, "tutta la filiera della fattispecie imponibile, senza possibilità di sfuggire alla sanzione della disapplicazione" delle norme italiane, in quanto queste non prevedono una stretta correlazione tra imponibile e spesa per la regolamentazione ex ante di mercati); n) più in dettaglio, non era stata dimostrata la sussistenza di "necessità regolatorie" per i servizi VAS, quali quelli SMS e internet in banda stretta via terminale mobile (la delibera n. 46/06/CONS aveva ammesso la regolabilità del servizio SMS solo se ed in quanto gli operatori nazionali mobili non permettano a quelli sprovvisti di proprie risorse radio di fornire tutti i servizi finali mercato).

2.- Avverso la sentenza di appello l'AGCOM, dichiarando un valore "indeterminabile", ha proposto ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, prospettando un unico, complesso motivo e chiedendo l'annullamento dell'impugnata sentenza con ogni conseguenziale statuizione anche in ordine alle spese. Il ricorso risulta notificato: il 4 - 5 maggio 2015 alla Vodafone Omnitel B.V. nonché il 4 maggio 2015 alla s.p.a. Wind Telecomunicazioni.

3.- Resistono la Vodafone Omnitel B.V. e la s.p.a. Wind Telecomunicazioni con controricorsi notificati rispettivamente: 1. all'AGCOM ed alla s.p.a. Wind Telecomunicazioni il 15 giugno 2015; 2. all'AGCOM il 13 - 17 giugno 2015 ed alla Vodafone Omnitel B.V. il 13 - 16 giugno 2015.

4.- Le controricorrenti illustrano la loro posizione depositando memoria.

Diritto

RAGIONI DELLA DECISIONE

1.- Con un unico, complesso motivo di ricorso, proposto ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, la ricorrente AGCOM deduce che il CdS, con la sentenza impugnata, ha ecceduto i limiti esterni della sua giurisdizione sotto tre profili, tra loro connessi, avendo invaso: 1) la sfera giurisdizionale della CGUE, per avere "sostanzialmente riformato" la sentenza resa da detta Corte a seguito di rinvio pregiudiziale effettuato dal TAR nel corso del medesimo giudizio (sentenza della CGUE del 18 luglio 2013, Vodafone Omnitel NV, Fastweb SpA, Telecomunicazioni SpA, Telecom Italia SpA, Sky Italia srl, nelle cause riunite da C-228/12 a C-232/12 e da C-254/12 a C-258/12); 2) la sfera di attribuzioni del legislatore italiano, per avere disapplicato, nonostante la mancanza di qualsiasi contrasto con l'ordinamento dell'Unione Europea, le norme nazionali disciplinanti il finanziamento dell'AGCOM; 3) la sfera di competenza riservata all'AGCOM, per avere privato tale Autorità (per effetto della disapplicazione delle suddette norme nazionali) della potestà di emettere gli atti regolamentari attuativi del prelievo, diretti a determinare l'ammontare del suo fabbisogno finanziario e la misura dei "diritti amministrativi" dovuti dagli operatori del mercato di riferimento.

1.1.- Sotto il primo profilo, relativo alla denunciata invasione della sfera giurisdizionale della CGUE, la ricorrente (che prospetta anche il rischio dell'instaurazione di una procedura di infrazione a carico dell'Italia) osserva che: a) la sentenza della CGUE afferma che: "l'articolo 12 della direttiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni), deve essere interpretato nel senso che esso non osta alla

disciplina di uno Stato membro, come quella di cui trattasi nei procedimenti principali, ai sensi della quale le imprese che prestano servizi o reti di comunicazione elettronica sono tenute a versare un diritto destinato a coprire i costi complessivamente sostenuti dall'autorità nazionale di regolamentazione e non finanziati dallo Stato, il cui importo è determinato in funzione dei ricavi realizzati da tali imprese, a condizione: a.1) che tale diritto sia esclusivamente destinato alla copertura di costi relativi alle attività menzionate al paragrafo 1, lettera a), di tale disposizione (cioè: "costi amministrativi che saranno sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale, dei diritti d'uso e degli obblighi specifici di cui all'articolo 6, paragrafo 2, che possono comprendere i costi di cooperazione internazionale, di armonizzazione e di standardizzazione, di analisi di mercato, di sorveglianza del rispetto delle disposizioni e di altri controlli di mercato, nonché di preparazione e di applicazione del diritto derivato e delle decisioni amministrative, quali decisioni in materia di accesso e interconnessione"); a.2.) che la totalità dei ricavi ottenuti a titolo di detto diritto non superi i costi complessivi relativi a tali attività; a.3.) e che lo stesso diritto sia imposto alle singole imprese in modo proporzionato, obiettivo e trasparente, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare."; b) la stessa sentenza della CGUE precisa che gli Stati membri possono imporre alle imprese che prestano servizi o reti ai sensi dell'autorizzazione generale o che hanno ricevuto una concessione dei diritti d'uso di radiofrequenze o di numeri, soltanto diritti amministrativi che coprono complessivamente i costi amministrativi sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale, dei diritti d'uso e degli obblighi specifici di cui all'art. 6, paragrafo 2, di tale direttiva, che possono comprendere i costi di cooperazione internazionale, di armonizzazione e di standardizzazione, di analisi di mercato, di sorveglianza e di altri controlli di mercato, nonché di preparazione e di applicazione del diritto derivato e delle decisioni amministrative, quali decisioni in materia di accesso e interconnessione; c) la CGUE, dunque (in coerenza con la propria precedente giurisprudenza, come la sentenza del 21 luglio 2011, Telefonica de Espana SA contro Administracion del Estado, in causa C-284/10), ha "chiaramente affermato" che il citato art. 12 della Direttiva autorizzazioni consente di imporre il pagamento di diritti amministrativi finalizzati alla copertura non solo dei costi per lo svolgimento delle attività di regolamentazione ex ante, ma anche dei costi complessivi sostenuti dalle ANR per assolvere i molteplici compiti istituzionali ad esse attribuiti dall'ordinamento Europeo nel settore delle comunicazioni elettroniche, lasciando agli Stati membri il compito di determinare la base imponibile e precisando che il "diritto amministrativo" percepito dall'AGCOM non deve essere rapportato agli specifici costi dei servizi resi ai singoli operatori e neppure ai costi relativi ai singoli mercati in cui si ripartisce il settore delle comunicazioni elettroniche, ma può essere determinato mediante la ripartizione dei costi complessivi tra tutti gli operatori del settore; d) la sentenza del CdS - in violazione di tale principio di diritto e confondendo il tema della determinazione della base imponibile con quello della determinazione dei costi da coprire - afferma invece che, in base al diritto dell'UE, i diritti amministrativi dovuti all'AGCOM, da un lato, debbono avere come base imponibile i soli ricavi prodotti nello specifico mercato regolamentato di

competenza del singolo operatore e, dall'altro, sono destinati a coprire esclusivamente i costi strettamente connessi alla regolamentazione (per mezzo di un'autorizzazione generale ex ante) di detto specifico mercato, ed ha conseguentemente disapplicato la normativa italiana che non pone tali limitazioni; e) il punto della decisione del CdS in cui viene affermato un contrasto tra le norme nazionali e la normativa dell'UE che è, invece, espressamente negato dalla citata sentenza della CGUE non è influenzato dal dovere del giudice nazionale di verificare sia i costi da coprire con il gettito dei diritti amministrativi (da "minimizzare" e rendicontare), sia la corrispondenza tra gettito e costi da coprire, sia la correttezza delle modalità del prelievo (che deve essere proporzionato, obiettivo e trasparente).

1.2.- Sotto il secondo profilo, relativo alla denunciata invasione della sfera di competenza del legislatore italiano, la ricorrente osserva che il CdS, nel disapplicare la disciplina interna sul finanziamento dell'AGCOM, ha privato alcune leggi nazionali dell'efficacia loro propria, adducendo a giustificazione un presupposto (il loro contrasto con l'ordinamento dell'UE) dichiarato insussistente dalla CGUE.

1.3.- Sotto il terzo profilo, relativo alla denunciata invasione della sfera di competenza riservata all'AGCOM, la ricorrente osserva che il CdS, nel dichiarare illegittimamente la contrarietà della legge nazionale all'ordinamento dell'UE e nel disapplicare (senza averne il potere) tale legge, ha precluso all'AGCOM il regolare esercizio della potestà a questa riservata di determinare e riscuotere i "diritti amministrativi", al fine di provvedere, con la necessaria autonomia, all'acquisizione delle risorse necessarie al proprio funzionamento.

1.4.- La ricorrente, così delimitato il prospettato thema decidendum, precisa che già in appello non aveva reiterato l'eccezione pregiudiziale di difetto della giurisdizione del giudice amministrativo (per essere la controversia devoluta alla cognizione del giudice tributario) e che non intende denunciare i pur numerosi vizi logici e le pur evidenti violazioni di legge da cui, a suo avviso, era affetta la sentenza di appello.

2.- Il ricorso è inammissibile sotto tutti i profili, perchè non prospetta, in realtà, alcuna violazione dei limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo.

2.1.- Con la sentenza impugnata il CdS ha affrontato la questione riguardante sostanzialmente la compatibilità della vigente disciplina nazionale in tema di finanziamento dell'AGCOM (L. n. 266 del 2005, art. 1, commi 65 e 66) con l'ordinamento dell'UE (art. 12 della Direttiva autorizzazioni, cioè della Direttiva 2002/20/CE del parlamento e del Consiglio del 7 marzo 2002) quale interpretato dalla sentenza della CGUE del 18 luglio 2013, nelle cause riunite da C-228/12 a C-232/12 e da C-254/12 a C-258/12, resa a seguito di rinvio pregiudiziale effettuato dal TAR nel corso del giudizio per cui è causa. Il CdS ritiene che il prelievo tributario previsto dalla normativa nazionale ed applicato dalle delibere impuginate davanti al giudice amministrativo (con un imponibile esteso anche a ricavi derivanti da attività non soggette alla regolazione di mercato dell'AGCOM e con un gettito non limitato ai costi complessivi sostenuti dall'Autorità per le sole attività di regolazione) sia incompatibile con la Direttiva autorizzazioni, la quale - come sarebbe stato precisato, a suo avviso, dalla citata sentenza della CGUE del 18 luglio 2013 - circoscrive invece il prelievo (denominato, nella Direttiva, "diritti amministrativi") a quanto necessario alla

copertura dei soli costi dell'attività di gestione, controllo e applicazione del regime di autorizzazione generale del mercato e dei diritti d'uso ed obblighi accessori, secondo modalità impositive di proporzionalità, obiettività e trasparenza.

2.2.- Con il ricorso, la parte ricorrente deduce innanzitutto, come visto, che il CdS ha superato i limiti esterni della propria giurisdizione, perchè si è posto in contrasto con il diritto unionale, quale interpretato dalla suddetta sentenza della CGUE, ed ha così invaso la sfera giurisdizionale di competenza di tale Corte.

In contrario va qui ribadita la costante giurisprudenza di queste sezioni unite secondo cui deve escludersi che la violazione del diritto dell'Unione da parte del giudice amministrativo valga, di per sè, ad integrare un superamento delle attribuzioni di tale giudice. La primazia del diritto dell'Unione Europea, infatti, non sovverte gli assetti procedurali degli ordinamenti nazionali (sezioni unite, n. 3236 del 2012) e la dedotta erroneità dell'interpretazione della sentenza della CGUE fornita dal CdS con la sentenza impugnata si risolve, in realtà, nella contestazione della legittimità del concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali attribuite al giudice amministrativo e, quindi, in una censura di violazione di legge, non di esorbitanza dai limiti esterni della giurisdizione. Rientra, in modo caratteristico, nel potere giurisdizionale del giudice amministrativo valutare la portata della sentenza della CGUE incidente nel giudizio in corso (indipendentemente, come è ovvio, dalla effettiva correttezza di tale valutazione) ed applicare alla fattispecie di causa le norme unionali come interpretate dalla Corte di giustizia. In altri termini, come già rilevato in casi simili da queste sezioni unite in materia di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato, il controllo del rispetto del limite esterno della giurisdizione - che l'art. 111 Cost., u.c., affida alla Corte di cassazione - non include anche una funzione di verifica della conformità di quelle decisioni al diritto dell'Unione Europea (sezioni unite, n. 14043, n. 14042 e n. 10501 del 2016) e l'error in iudicando non si trasforma in eccesso di potere giurisdizionale sol perchè venga denunciata la violazione di norme unionali, quali chiarite dalla Corte di giustizia (ex plurimis, sezioni unite, n. 3915 del 2016; n. 2403 del 2014; n. 16886 del 2013).

2.3.- Come più volte affermato da questa Corte (ex plurimis, sezioni unite, n. 2403 del 2014, n. 27847 e n. 7929 del 2013, n. 8882 del 2005), il ricorso per cassazione dinanzi alle sezioni unite avverso le pronunce del CdS è consentito solo per motivi inerenti alla giurisdizione (art. 111 Cost., comma 8; ma vedi anche l'art. 362 cod. proc. civ. e l'art. 110 c.p.a., approvato con il D.Lgs. n. 104 del 2010) e, quindi: a) nell'ipotesi in cui la sentenza abbia violato l'ambito della giurisdizione in generale (esercitando la giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o alla discrezionalità amministrativa oppure negando la giurisdizione sull'erroneo presupposto che la domanda non potesse costituire in modo assoluto oggetto di esame giurisdizionale); b) nell'ipotesi di violazione dei cosiddetti limiti esterni della propria giurisdizione (giudicando in materia attribuita alla giurisdizione ordinaria o ad altra giurisdizione speciale, oppure negando la propria giurisdizione sull'erroneo presupposto che questa spetti ad altro giudice, oppure esercitando un sindacato di merito in materia attribuita esclusivamente alla propria giurisdizione di legittimità degli atti amministrativi).

Ne consegue l'inammissibilità del ricorso che, come quello in esame, denunci in realtà solo un cattivo esercizio da parte del CdS della propria giurisdizione, cioè un vizio che attiene all'esplicazione interna del potere giurisdizionale conferito dalla legge a detto giudice.

2.4.- E' opportuno precisare che l'ipotesi per cui è causa non rientra nei "casi estremi", menzionati da alcune sentenze delle sezioni della Cassazione (sezioni unite, n. 14043, n. 14042, n. 11380, n. 10501 e n. 3915 del 2016; n. 2242 del 2015; n. 2403 del 2014; n. 30254 del 2008), in cui un error in iudicando del CdS per contrarietà ad una pronuncia della CGUE, ove idoneo a realizzare "un radicale stravolgimento delle norme Europee di riferimento, così come interpretate dalla Corte di giustizia" (sezioni unite n. 11380 del 2016, n. 2242 del 2015 e n. 15428 del 2012), si risolve eccezionalmente in un eccesso giurisdizionale, tale da consentire il ricorso per cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione. Tali "casi", infatti, vanno identificati in fattispecie in cui la decisione del CdS contraria alla giurisprudenza unionale preclude, rendendola non effettiva, la difesa giudiziale, con conseguente ingiustificato (anche dal punto di vista costituzionale) vuoto di tutela giurisdizionale per l'indicato "indebito rifiuto di erogare" tale tutela "a cagione di una male intesa autolimitazione, in via generale, dei poteri del giudice speciale" (sezioni unite n. 2403 del 2014, citata), con un "aprioristico diniego di giurisdizione" (sezioni unite n. 771 del 2014). A tal riguardo va ricordato che è norma sulla giurisdizione non solo quella che individua i presupposti dell'attribuzione del potere giurisdizionale, ma anche quella che dà contenuto al potere stabilendo le forme di tutela in cui esso si estrinseca (per tutte, Cass., sezioni unite, n. 2242 del 2015; n. 30254 del 2008).

Nel caso in esame, il CdS non ha denegato la giurisdizione, ma ha inteso (come visto) applicare in concreto la norma unionale, quale interpretata dalla CGUE, con ciò fornendo (e non negando) tutela giurisdizionale.

2.5.- Per le considerazioni che precedono va esclusa anche la denunciata invasione della sfera di attribuzioni del legislatore italiano. Il CdS, infatti, si è limitato a non applicare la normativa nazionale nella parte ritenuta in contrasto con le norme unionali, quali interpretate dalla CGUE, e, quindi, ad esercitare un'attività caratteristica della propria funzione giurisdizionale di giudice amministrativo.

2.6.- Va infine esclusa, per le medesime ragioni, la denunciata invasione della sfera di competenza riservata all'AGCOM. La sentenza impugnata, come già sottolineato, ha solo provveduto a non applicare la normativa nazionale ritenuta incompatibile con l'ordinamento unionale, senza invadere la sfera di attribuzioni riservata alla P.A., intendendo applicare la sentenza della CGUE del 18 luglio 2013, emessa nelle cause riunite C-228/12 a C-232/12 e C-254/12 a C258/12, la quale ha espressamente demandato al giudice del rinvio il controllo che: 1) il prelievo sia esclusivamente destinato alla copertura dei costi relativi alle attività menzionate all'articolo 12, paragrafo 1, lettera a, della direttiva autorizzazioni; 2) la totalità dei ricavi ottenuti a titolo di detto prelievo non superi i costi complessivi relativi a tali attività; 3) lo stesso prelievo sia imposto alle singole imprese in modo proporzionato, obiettivo e trasparente.

3.- L'inammissibilità del ricorso comporta la condanna della ricorrente alle spese di lite in favore delle controricorrenti, con liquidazione come da dispositivo.

4.- Non ricorrono i presupposti per l'applicazione del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1-quater, perchè la parte ricorrente rientra tra le amministrazioni pubbliche ammesse alla prenotazione a debito del contributo unificato, ai sensi dell'art. 158 del medesimo D.P.R. (in generale, per le amministrazioni dello Stato ed equiparate, vedi ex plurimis Cass. n. 1778 del 2016 e n. 5955 del 2014).

PQM

La Corte, pronunciando a sezioni unite, dichiara inammissibile il ricorso, condanna la ricorrente a rimborsare alle controricorrenti le spese di lite, che si liquidano, per ciascuna controricorrente, in complessivi Euro 10.000,00, oltre Euro 200,00 per spese ed oltre accessori di legge.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle sezioni unite civili, il 11 ottobre 2016.

Depositato in Cancelleria il 17 gennaio 2017

Corte di Giustizia UE, sez. VIII, sentenza 18 luglio 2013, da C-228/12 a 232/12 e da C-254/12 a C-258/12

[Sommar](#)

Fonti: Foro Amministrativo - C.d.S. (II) 2013, 7-8, 1796

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Circolazione dei servizi -- telecomunicazioni

Unione europea - Reti e servizi di comunicazione elettronica - Direttiva 2002/20/Ce - Articolo 12 - Diritti amministrativi imposti alle imprese del settore interessato - Normativa nazionale che assoggetta gli operatori di comunicazione elettronica al pagamento di un diritto destinato a coprire i costi operativi delle autorità nazionali di regolamentazione.

L'articolo 12 della direttiva autorizzazioni (2002/20/Ce) deve essere interpretato nel senso che esso non osta alla disciplina di uno Stato membro, come quella di cui trattasi nei procedimenti principali, ai sensi della quale le imprese che prestano servizi o reti di comunicazione elettronica sono tenute a versare un diritto destinato a coprire i costi complessivamente sostenuti dall'ANR (Autorità nazionali di regolamentazione) e non finanziati dallo Stato, il cui importo è determinato in funzione dei ricavi realizzati da tali imprese, a condizione che siffatto diritto sia esclusivamente destinato alla copertura di costi relativi alle attività menzionate al paragrafo 1, lettera a), di tale disposizione, che la totalità dei ricavi ottenuti a titolo di detto diritto non superi i costi complessivi relativi a tali attività e che lo stesso diritto sia imposto alle singole imprese in modo proporzionato, obiettivo e trasparente, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

Fonti: Foro Amministrativo - C.d.S. (II) 2013, 7-8, 1796

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Circolazione dei servizi -- telecomunicazioni

Unione europea - Reti e servizi di comunicazione elettronica - Direttiva 2002/20/Ce - Articolo 12 - Diritti amministrativi imposti alle imprese del settore interessato - Normativa nazionale che assoggetta gli operatori di comunicazione elettronica al pagamento di un diritto destinato a coprire i costi operativi delle autorità nazionali di regolamentazione.

In base all'art. 12, par. 1, lettera a), della direttiva autorizzazioni (2002/20/Ce) gli Stati membri possono imporre alle imprese che prestano servizi o reti ai sensi dell'autorizzazione generale o che hanno ricevuto una concessione dei diritti d'uso di radiofrequenze o di numeri, soltanto diritti amministrativi che coprono complessivamente i costi amministrativi sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale, dei diritti d'uso e degli obblighi specifici di cui all'art. 6, par. 2, di tale direttiva, che possono comprendere i costi di cooperazione internazionale, di armonizzazione e di standardizzazione, di analisi di mercato, di sorveglianza e di altri controlli di mercato, nonché di preparazione e di applicazione del diritto derivato e delle decisioni amministrative, quali decisioni in materia di accesso e interconnessione. Siffatti diritti non possono comprendere altre voci di spesa e non possono essere volti a coprire i costi amministrativi di qualsivoglia tipologia sostenuti dall'Autorità nazionale di regolazione.

Fonti: Foro Amministrativo - C.d.S. (II) 2013, 7-8, 1796

Classificazione: UNIONE EUROPEA - Circolazione dei servizi - - telecomunicazioni

L'art. 12 della direttiva n. 2002/20/Ce deve essere interpretato nel senso che esso non osta alla disciplina di uno Stato membro, come quella di cui trattasi nei procedimenti principali, ai sensi della quale le imprese che prestano servizi o reti di comunicazione elettronica sono tenute a versare un diritto destinato a coprire i costi complessivamente sostenuti dall'autorità nazionale di regolamentazione e non finanziati dallo Stato, il cui importo è determinato in funzione dei ricavi realizzati da tali imprese, a condizione che tale diritto sia esclusivamente destinato alla copertura di costi relativi alle attività menzionate al par. 1, lett. a), di tale disposizione, che la totalità dei ricavi ottenuti a titolo di detto diritto non superi i costi complessivi relativi a tali attività e che lo stesso diritto sia imposto alle singole imprese in modo proporzionato, obiettivo e trasparente, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

NELLE CAUSE RIUNITE DA C-228/12 A C-232/12 E DA C-254/12 A C-258/12,
aventi ad oggetto alcune domande di pronuncia pregiudiziale proposte alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, con decisioni del 22 febbraio 2012, pervenute in cancelleria il 14 maggio 2012 (cause da C-228/12 a C-232/12) e il 24 maggio 2012 (cause da C-254/12 a C-258/12), nei procedimenti
Vodafone Omnitel NV (C-228/12, C-231/12 e C-258/12),
Fastweb SpA (C-229/12 e C-232/12),
Wind Telecomunicazioni SpA (C-230/12 e C-254/12),
Telecom Italia SpA (C-255/12 e C-256/12),
Sky Italia srl (C-257/12)
contro
Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni,
Presidenza del Consiglio dei Ministri (da C-228/12 a C-232/12, C-255/12 e C-256/12),
Commissione di Garanzia dell'Attuazione della Legge sullo Sciopero nei Servizi Pubblici Essenziali (C-229/12, C-232/12 e C-257/12),
Ministero dell'Economia e delle Finanze (C-230/12)
nei confronti di:
Wind Telecomunicazioni SpA (C-228/12, C-229/12, C-232/12, da C-255/12 a C-258/12),
Telecom Italia SpA (C-228/12, C-230/12, C-232/12 e C-254/12),
Vodafone Omnitel NV (C-230/12 e C-254/12),
Fastweb SpA (C-230/12, C-254/12 e C-256/12),
Television Broadcasting System SpA (C-257/12),
LA CORTE (Ottava Sezione),
composta da E. Jarašiunas (relatore), presidente di sezione, A. Ó Caoimh e C.G. Fernlund,
giudici,
avvocato generale: N. Jääskinen,
cancelliere: A. Calot Escobar,
vista la fase scritta del procedimento,

considerate le osservazioni presentate:

- per Vodafone Omnitel NV, da M. Libertini e V. Cerulli Irelli, avvocati;
 - per Fastweb SpA, da G. Nava, F. Pacciani e V. Mosca, avvocati;
 - per Wind Telecomunicazioni SpA, da G. M. Roberti, S. Fiorucci, B. Caravita Di Torito, I. Perego e M. Serpone, avvocati;
 - per Telecom Italia SpA, da F. S. Cantella, F. Cardarelli e F. Lattanzi, avvocati;
 - per Sky Italia srl, da O. Grandinetti e R. Mastroianni, avvocati;
 - per il governo italiano, da G. Palmieri, in qualità di agente, assistita da A. De Stefano, avvocato dello Stato;
 - per il governo belga, da J.-C. Halleux e T. Materne, in qualità di agenti;
 - per il governo dei Paesi Bassi, da M. Bulterman e C. Wissels, in qualità di agenti;
 - per il governo portoghese, da L. Inez Fernandes, in qualità di agente, assistito da S. Gonçalves do Cabo, avvocato;
 - per la Commissione europea, da E. Montaguti e L. Nicolae, in qualità di agenti,
- vista la decisione, adottata dopo aver sentito l'avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni,
ha pronunciato la seguente

Sentenza

1 Le domande di pronuncia pregiudiziale vertono sull'interpretazione dell'articolo 12 della direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni) (GU L 108, pag. 21).

2 Tali domande sono state presentate nell'ambito di dieci controversie tra Vodafone Omnitel NV, Fastweb SpA (in prosieguo: «Fastweb»), Wind Telecomunicazioni SpA, Telecom Italia SpA e Sky Italia srl, da una parte, e l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (in prosieguo: l'«AGCOM»), la Presidenza del Consiglio dei Ministri, la Commissione di Garanzia dell'Attuazione della Legge sullo Sciopero nei Servizi Pubblici Essenziali e il Ministero dell'Economia e delle Finanze, dall'altra, in merito all'annullamento di delibere che impongono un contributo agli operatori che prestano servizi o reti di comunicazione elettronica per coprire tutti i costi dell'autorità nazionale di regolamentazione (in prosieguo: l'«ANR») che non sono finanziati dal bilancio dello Stato membro.

Contesto normativo

Il diritto dell'Unione

3 Il considerando 30 della direttiva autorizzazioni enuncia quanto segue:

«Ai prestatori di servizi di comunicazione elettronica può essere richiesto il pagamento di diritti amministrativi a copertura delle spese sostenute dall'[ANR] per

la gestione del regime di autorizzazione e per la concessione dei diritti d'uso. È opportuno che la riscossione di tali diritti si limiti a coprire i costi amministrativi veri e propri di queste attività. Pertanto occorre garantire la trasparenza della contabilità gestita dall'[ANR] mediante rendiconti annuali in cui figurino l'importo complessivo dei diritti riscossi e dei costi amministrativi sostenuti. In questo modo le imprese potranno verificare se vi sia equilibrio tra i costi e gli oneri ad esse imposti».

4 L'articolo 12 di tale direttiva, intitolato «Diritti amministrativi», è formulato come segue:

«1. I diritti amministrativi imposti alle imprese che prestano servizi o reti ai sensi dell'autorizzazione generale o che hanno ricevuto una concessione dei diritti d'uso:

a) coprono complessivamente i soli costi amministrativi che saranno sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale, dei diritti d'uso e degli obblighi specifici di cui all'articolo 6, paragrafo 2, che possono comprendere i costi di cooperazione internazionale, di armonizzazione e di standardizzazione, di analisi di mercato, di sorveglianza del rispetto delle disposizioni e di altri controlli di mercato, nonché di preparazione e di applicazione del diritto derivato e delle decisioni amministrative, quali decisioni in materia di accesso e interconnessione;

b) sono imposti alle singole imprese in modo proporzionato, obiettivo e trasparente che minimizzi i costi amministrativi aggiuntivi e gli oneri accessori.

2. Le [ANR] che impongono il pagamento di diritti amministrativi sono tenute a pubblicare un rendiconto annuo dei propri costi amministrativi e dell'importo complessivo dei diritti riscossi. Alla luce delle differenze tra l'importo totale dei diritti e i costi amministrativi, vengono apportate opportune rettifiche».

Il diritto italiano

5 L'articolo 2, comma 38, della legge n. 481, in materia di «Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità – Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità», del 14 novembre 1995 (GURI n. 270, del 18 novembre 1995), disponeva che le autorità indipendenti fossero in parte finanziate da una somma prelevata a titolo di voce specifica del bilancio dello Stato e, per la parte rimanente, da un contributo di importo non superiore all'uno per mille dei ricavi dell'ultimo esercizio, versato dai soggetti che prestavano tale servizio. L'ammontare di tale contributo e le modalità del suo versamento erano fissate con decreti ministeriali emanati all'uopo alla fine di ogni anno.

6 L'articolo 6, comma 2, della legge n. 249, di «Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo», del 31 luglio 1997 (GURI n. 177, del 31 luglio 1997), ha espressamente richiamato il regime di contributi già previsto per le altre autorità e ha stabilito, altresì, la possibilità di utilizzare

tale strumento per istituire, ove necessario e con criteri che tengano conto dei costi dell'attività, un corrispettivo per i servizi resi dall'AGCOM in base a disposizioni di legge, ivi compresa la tenuta del registro degli operatori.

7 Il decreto legislativo n. 259, che istituisce il «Codice delle comunicazioni elettroniche», del 1° agosto 2003 (GURI n. 214, del 15 settembre 2003), ha designato l'AGCOM come ANR.

8 L'articolo 12, paragrafo 1, della direttiva autorizzazioni è stato trasposto nel diritto italiano dall'articolo 34, comma 1, del predetto codice, con la seguente formulazione:

«Oltre ai contributi di cui all'articolo 35, possono essere imposti alle imprese che forniscono reti o servizi ai sensi dell'autorizzazione generale o alle quali sono stati concessi diritti d'uso, diritti amministrativi che coprono complessivamente i soli costi amministrativi sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale, dei diritti di uso e degli obblighi specifici di cui all'articolo 28, comma 2, ivi compresi i costi di cooperazione internazionale, di armonizzazione e di standardizzazione, di analisi di mercato, di sorveglianza del rispetto delle disposizioni e di altri controlli di mercato, nonché di preparazione e di applicazione del diritto derivato e delle decisioni amministrative, ed in particolare di decisioni in materia di accesso e interconnessione. I diritti amministrativi sono imposti alle singole imprese in modo proporzionato, obiettivo e trasparente che minimizzi i costi amministrativi aggiuntivi e gli oneri accessori».

9 Il diritto italiano distingue i diritti amministrativi relativi all'esercizio di compiti decisionali, rientranti nella competenza del Ministero per lo sviluppo economico, dal contributo degli operatori a copertura dei costi dell'attività di regolamentazione legata al regime delle autorizzazioni generali, esercitata interamente dall'AGCOM.

10 La normativa relativa al contributo a favore delle autorità indipendenti (fra le quali l'AGCOM) è stata modificata dalla legge n. 266, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2006)», del 23 dicembre 2005 (GURI n. 302, del 29 dicembre 2005; in prosieguo: la «legge n. 266/2005»).

11 L'articolo 1, comma 65, della legge n. 266/2005 così dispone:

«A decorrere dall'anno 2007 le spese di funzionamento (...) del[l'AGCOM] (...) sono finanziate dal mercato di competenza, per la parte non coperta da finanziamento a carico del bilancio dello Stato, secondo modalità previste dalla normativa vigente ed entità di contribuzione determinate con propria deliberazione da ciascuna Autorità, nel rispetto dei limiti massimi previsti per legge, versate direttamente alle medesime Autorità (...)».

12 L'articolo 1, comma 66, della legge n. 266/2005 prevede quanto segue:

«In sede di prima applicazione, per l'anno 2006, l'entità della contribuzione a carico dei soggetti operanti nel settore delle comunicazioni (...) è fissata in misura pari all'1,5 per mille dei ricavi risultanti dall'ultimo bilancio approvato prima della data di entrata in vigore della presente legge. Per gli anni successivi, eventuali variazioni della misura e delle modalità della contribuzione possono essere adottate dal[AGCOM], ai sensi del comma 65, nel limite massimo del 2 per mille dei ricavi risultanti dal bilancio approvato precedentemente alla adozione della delibera».

13 Le misure e le modalità della contribuzione previste all'articolo 1, comma 66, della legge n. 266/2005 sono state determinate ogni anno mediante le seguenti delibere dell'AGCOM, ossia la delibera n. 110/06/CONS per l'anno 2006, la delibera n. 696/06/CONS per l'anno 2007, la delibera n. 604/07/CONS per l'anno 2008, la delibera n. 693/08/CONS per l'anno 2009, la delibera n. 722/09/CONS per l'anno 2010, la delibera n. 599/10/CONS per l'anno 2011 e la delibera n. 650/11/CONS per l'anno 2012.

14 La normativa in materia è stata successivamente completata dall'articolo 2, comma 241, della legge n. 191, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2010)», del 23 dicembre 2009 (GURI n. 302, del 30 dicembre 2009), che ha previsto il trasferimento di una parte delle somme percepite dall'AGCOM alle altre autorità amministrative indipendenti nazionali.

Procedimenti principali e questione pregiudiziale

15 A partire dal 1996 gli operatori che prestano un servizio di pubblica utilità in Italia sono tenuti a versare un contributo obbligatorio a titolo dei costi operativi delle autorità di controllo di detti servizi. Gli operatori che prestano servizi o una rete di comunicazione elettronica rientrano parimenti nelle previsioni di tale normativa.

16 L'obbligo di corrispondere un contributo a carico degli operatori del settore della comunicazione elettronica ai fini del funzionamento delle autorità di regolamentazione dei servizi di pubblica utilità è stato introdotto dalla legge n. 481/1995, del 14 novembre 1995. In seguito ad una modifica di tale legge, in vigore dal 2007, i costi operativi delle autorità di controllo, come l'AGCOM, che non sono finanziati dal bilancio dello Stato, sono coperti dagli operatori del settore di competenza di tali autorità. L'importo di tale contributo è fissato con una delibera dell'autorità interessata, nel limite massimo previsto dalla legge del 2% della cifra d'affari dei predetti operatori. Il contributo è versato direttamente all'AGCOM.

17 In tale contesto, l'AGCOM è abilitata a stabilire la misura e le modalità del contributo, con atti di natura regolamentare che devono essere sottoposti all'approvazione del Presidente del Consiglio dei ministri.

18 Altre disposizioni sono state successivamente introdotte dalla legge n. 191, del 23 dicembre 2009, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2010)», che, in primo luogo, ha ulteriormente ridotto la parte di finanziamento dei costi operativi dell'AGCOM a carico dello Stato e, in secondo luogo, ha anche previsto, fino al 2012, un sistema di trasferimento del finanziamento di alcune autorità nazionali, fra le quali l'AGCOM, ad altre autorità nazionali.

19 Alla luce di tali circostanze, l'AGCOM ha avviato un'indagine nei confronti degli operatori che prestano servizi o una rete di comunicazione elettronica per verificare il rispetto degli obblighi di contribuzione di cui alla legge n. 266/2005.

20 A seguito di tale indagine l'AGCOM ha comunicato, rispettivamente, a Vodafone Omnitel NV, a Fastweb, a Wind Telecomunicazioni SpA, a Telecom Italia SpA e a Sky Italia srl, una delibera con cui informava tali società del fatto che, dal 2006 al 2010, una parte dei contributi dovuti a titolo dei suoi costi operativi non era stata versata e con cui li diffidava a pagare gli importi dovuti entro un termine di 30 giorni. Detti operatori hanno, quindi, proposto ricorsi volti all'annullamento di tali delibere dinanzi al giudice del rinvio. In base a quanto esposto nelle decisioni di rinvio le ricorrenti nei procedimenti principali contestano gli importi richiesti, adducendo che il diritto copre voci che non sono direttamente collegate a spese di funzionamento sostenute da tale autorità ai fini della regolamentazione ex ante del mercato strumentale al rilascio di autorizzazioni.

21 Nelle decisioni di rinvio il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, analizzando l'articolo 12 della direttiva autorizzazioni e il considerando 13 della direttiva 2009/140/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, recante modifica delle direttive 2002/21/CE che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, 2002/19/CE relativa all'accesso alle reti di comunicazione elettronica e alle risorse correlate, e all'interconnessione delle medesime e 2002/20/CE (GU L 337, pag. 37), afferma che la normativa nazionale di cui trattasi nei ricorsi sui quali è chiamato a pronunciarsi prevede, tramite diritti imposti agli operatori privati del settore regolamentato, la copertura di tutti i costi dell'AGCOM non coperti dal finanziamento statale mediante un meccanismo basato sui ricavi delle vendite e delle prestazioni di tali operatori, consentendo di modificare il contributo imposto a ciascuno di essi in funzione della sua capacità economica. A parere di tale giudice, tuttavia, dal diritto dell'Unione risulta che l'imposizione di diritti amministrativi agli operatori si giustifica esclusivamente sulla base dei costi effettivamente sopportati dalle ANR non per lo svolgimento di qualsivoglia tipologia di attività, bensì in funzione dell'esercizio dell'attività di regolamentazione del mercato ex ante strumentale al rilascio di autorizzazioni. Pertanto detto giudice ritiene che i diritti percepiti dall'AGCOM dovrebbero essere limitati all'importo dei costi sostenuti ai fini di tale regolamentazione.

22 Alla luce di tali considerazioni, il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale, redatta in termini identici nelle cause da C-228/12 a C-232/12 e da C-254/12 a C-258/12:

«Se le disposizioni comunitarie di settore, in particolare le disposizioni di cui alla direttiva [“autorizzazioni”], debbano essere interpretate come ostative alla disciplina nazionale anch’essa richiamata, in particolare la legge [n. 266 del 2005], anche per come in concreto applicata in sede regolamentare».

23 Con ordinanza del presidente della Corte del 15 giugno 2012 le cause da C-228/12 a C-232/12 e da C-254/12 a C-258/12 sono state riunite ai fini delle fasi scritta ed orale del procedimento, nonché della sentenza.

Sulla domanda diretta all’apertura della fase orale del procedimento

24 Con lettera depositata presso la cancelleria della Corte l’8 marzo 2013, Fastweb ha chiesto l’apertura della fase orale del procedimento, facendo valere che era sopravvenuto un fatto nuovo idoneo ad esercitare un’influenza decisiva sulla pronuncia della Corte. Tale parte ha fatto presente che il 29 novembre 2012, dopo la chiusura della fase scritta del procedimento nelle cause di cui trattasi, l’AGCOM ha pubblicato una comunicazione al governo italiano, invitandolo a non disporre la proroga della normativa nazionale che prevede il sistema di finanziamento dell’AGCOM in ragione della sua non conformità al diritto dell’Unione.

25 Al riguardo occorre rilevare che, conformemente all’articolo 76, paragrafo 2, del suo regolamento di procedura, su proposta del giudice relatore, sentito l’avvocato generale, la Corte ha deciso di non tenere un’udienza di discussione ritenendo, a seguito della lettura delle memorie o delle osservazioni depositate durante la fase scritta del procedimento, di essere sufficientemente edotta per statuire nelle presenti cause.

26 Altresì, si deve ricordare che, ai sensi dell’articolo 83 del medesimo regolamento, la Corte, in qualsiasi momento, sentito l’avvocato generale, può disporre l’apertura o la riapertura della fase orale del procedimento, in particolare se essa non si ritiene sufficientemente edotta o quando, dopo la chiusura di tale fase, una parte ha prodotto un fatto nuovo, tale da influenzare in modo decisivo la decisione della Corte.

27 Nel caso di specie, la Corte ritiene, sentito l’avvocato generale, di disporre di tutti gli elementi necessari per rispondere alla questione sollevata dal giudice del rinvio e che il fatto nuovo menzionato da Fastweb non sia tale da influenzare in modo decisivo la decisione pregiudiziale della Corte.

28 Di conseguenza, non può essere accolta la domanda di Fastweb diretta all’apertura della fase orale del procedimento.

Sulla questione pregiudiziale

Sulla ricevibilità

29 Il governo italiano solleva dubbi sulla ricevibilità delle domande di pronuncia pregiudiziale osservando che le decisioni di rinvio non espongono con sufficiente chiarezza i fatti e la normativa italiana applicabile nei procedimenti principali.

30 Al riguardo occorre ricordare che, secondo una costante giurisprudenza della Corte, l'esigenza di giungere a un'interpretazione del diritto dell'Unione che sia utile per il giudice nazionale impone che quest'ultimo definisca il contesto di fatto e di diritto in cui si inseriscono le questioni da esso sollevate o che esso spieghi almeno l'ipotesi di fatto su cui tali questioni sono fondate (sentenze del 17 febbraio 2005, *Viacom Outdoor*, C-134/03, Racc. pag. I-1167, punto 22; del 14 dicembre 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio*, C-217/05, Racc. pag. I-11987, punto 26, e del 17 luglio 2008, *Raccanelli*, C-94/07, Racc. pag. I-5939, punto 24).

31 Le informazioni fornite nelle decisioni di rinvio devono non solo consentire alla Corte di fornire risposte utili, ma altresì dare ai governi degli Stati membri e alle altre parti interessate la possibilità di presentare osservazioni conformemente all'articolo 23 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea (ordinanza del 2 marzo 1999, *Colonia Versicherung e a.*, C-422/98, Racc. pag. I-1279, punto 5; sentenze dell'8 novembre 2007, *Schwibbert*, C-20/05, Racc. pag. I-9447, punto 21, nonché *Raccanelli*, cit., punto 25).

32 Nel caso di specie, l'esposizione, nelle decisioni di rinvio, dei fatti all'origine dei procedimenti principali, benché succinta, e la descrizione del diritto nazionale applicabile hanno consentito alle parti dei procedimenti principali e ai governi degli Stati membri di presentare osservazioni sulla questione sollevata, come dimostrano le osservazioni scritte depositate dinanzi alla Corte da dette parti dei procedimenti principali nonché dai governi italiano, belga, neerlandese e portoghese nonché dalla Commissione europea. Alla luce di dette decisioni la Corte dispone di sufficienti elementi di fatto e di diritto per interpretare le norme di diritto dell'Unione di cui trattasi e rispondere in modo utile alla questione sollevata.

33 In base a tali circostanze le domande di pronuncia pregiudiziale devono essere considerate ricevibili.

Nel merito

34 Con la sua questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se il diritto dell'Unione debba essere interpretato nel senso che osta alla normativa di uno Stato membro, come quella di cui trattasi nei procedimenti principali, ai sensi della quale le imprese che

prestano servizi o reti di comunicazione elettronica sono tenute a versare un diritto destinato a coprire i costi complessivamente sostenuti dall'ANR e non finanziati dallo Stato, il cui importo è determinato in funzione dei ricavi che tali imprese realizzano.

35 Al riguardo occorre ricordare che la direttiva autorizzazioni contiene non solo regole relative alle procedure di rilascio di autorizzazioni generali o di diritti d'uso di radiofrequenze o di numeri e al contenuto di tali autorizzazioni, bensì anche regole relative alla natura, o anche all'entità, degli oneri pecuniari collegati a tali procedure che gli Stati membri possono imporre alle imprese nel settore dei servizi di comunicazione elettronica (v., per analogia, sentenze del 18 settembre 2003, *Albacom e Infostrada*, C-292/01 e C-293/01, Racc. pag. I-9449, punti 35 e 36; del 21 luglio 2011, *Telefónica de España*, C-284/10, Racc. pag. I-6991, punto 18, nonché del 27 giugno 2013, *Vodafone Malta e Mobisle Communications*, C-71/12, punto 20).

36 La disciplina che garantisce la libertà di fornire reti e servizi di comunicazione elettronica, stabilita dalla direttiva autorizzazioni, sarebbe privata di ogni effetto utile se gli Stati membri fossero liberi di determinare gli oneri tributari che le imprese del settore devono sostenere (v., per analogia, citate sentenze *Albacom e Infostrada*, punto 38, nonché *Telefónica de España*, punto 19).

37 Per quanto concerne i diritti amministrativi imposti alle imprese che prestano servizi o reti per finanziare le attività dell'ANR per la gestione del regime di autorizzazione e per la concessione dei diritti d'uso, essi sono disciplinati dall'articolo 12 della direttiva autorizzazioni, al quale la direttiva 2009/140, menzionata dal giudice del rinvio, non ha apportato alcuna modifica.

38 Risulta dai termini dell'articolo 12, paragrafo 1, lettera a), della direttiva autorizzazioni che gli Stati membri possono imporre alle imprese che prestano servizi o reti ai sensi dell'autorizzazione generale o che hanno ricevuto una concessione dei diritti d'uso di radiofrequenze o di numeri, soltanto diritti amministrativi che coprono complessivamente i costi amministrativi sostenuti per la gestione, il controllo e l'applicazione del regime di autorizzazione generale, dei diritti d'uso e degli obblighi specifici di cui all'articolo 6, paragrafo 2, di tale direttiva, che possono comprendere i costi di cooperazione internazionale, di armonizzazione e di standardizzazione, di analisi di mercato, di sorveglianza e di altri controlli di mercato, nonché di preparazione e di applicazione del diritto derivato e delle decisioni amministrative, quali decisioni in materia di accesso e interconnessione.

39 Siffatti diritti possono coprire soltanto i costi che si riferiscono alle attività ricordate al punto precedente, i quali non possono comprendere altre voci di spesa (v., per analogia, sentenze del 19 settembre 2006, *i-21 Germany e Arcor*, C-392/04 e C-422/04, Racc. pag. I-8559, punti 29, 32, 34 e 35, nonché *Telefónica de España*, cit., punto 23).

40 Di conseguenza, come rileva il giudice del rinvio, i diritti imposti ai sensi dell'articolo 12 della direttiva autorizzazioni non sono volti a coprire i costi amministrativi di qualsivoglia tipologia sostenuti dall'ANR.

41 D'altronde, la direttiva autorizzazioni non prevede né il modo in cui determinare l'importo dei diritti amministrativi che possono essere imposti ai sensi dell'articolo 12 di tale direttiva, né le modalità di prelievo di tali diritti. Ciò nondimeno, da un lato, risulta dall'articolo 12, paragrafo 2, della menzionata direttiva, letto alla luce del considerando 30 della medesima direttiva, che i diritti in parola devono coprire i costi amministrativi effettivi risultanti dalle attività citate al punto 38 della presente sentenza e vi debba essere equilibrio con tali costi. Il gettito complessivo di tali diritti percepito dagli Stati membri non può quindi eccedere il totale dei costi relativi a tali attività (v., per analogia, sentenza *Telefónica de España*, cit., punto 27). Dall'altro lato, l'articolo 12, paragrafo 1, lettera b), della direttiva autorizzazioni esige che gli Stati membri impongano detti diritti amministrativi alle singole imprese in modo proporzionato, obiettivo e trasparente.

42 Dal complesso delle suddette considerazioni risulta che, se è consentito agli Stati membri imporre alle imprese che prestano servizi o reti di comunicazione elettronica un diritto per finanziare le attività dell'ANR, ciò vale, tuttavia, a condizione che tale diritto sia esclusivamente destinato alla copertura dei costi relativi alle attività menzionate all'articolo 12, paragrafo 1, lettera a), della direttiva autorizzazioni, che la totalità dei ricavi ottenuti a titolo di detto diritto non superi i costi complessivi relativi a tali attività e che lo stesso diritto sia imposto alle singole imprese in modo proporzionato, obiettivo e trasparente, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

43 Alla luce di tutte le suesposte considerazioni è d'uopo rispondere alla questione sollevata affermando che l'articolo 12 della direttiva autorizzazioni deve essere interpretato nel senso che esso non osta alla disciplina di uno Stato membro, come quella di cui trattasi nei procedimenti principali, ai sensi della quale le imprese che prestano servizi o reti di comunicazione elettronica sono tenute a versare un diritto destinato a coprire i costi complessivamente sostenuti dall'ANR e non finanziati dallo Stato, il cui importo è determinato in funzione dei ricavi realizzati da tali imprese, a condizione che siffatto diritto sia esclusivamente destinato alla copertura di costi relativi alle attività menzionate al paragrafo 1, lettera a), di tale disposizione, che la totalità dei ricavi ottenuti a titolo di detto diritto non superi i costi complessivi relativi a tali attività e che lo stesso diritto sia imposto alle singole imprese in modo proporzionato, obiettivo e trasparente, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

Sulle spese

44 Nei confronti delle parti nei procedimenti principali le presenti cause costituiscono un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

PQM

Per questi motivi, la Corte (Ottava Sezione) dichiara:

L'articolo 12 della direttiva 2002/20/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni), deve essere interpretato nel senso che esso non osta alla disciplina di uno Stato membro, come quella di cui trattasi nei procedimenti principali, ai sensi della quale le imprese che prestano servizi o reti di comunicazione elettronica sono tenute a versare un diritto destinato a coprire i costi complessivamente sostenuti dall'autorità nazionale di regolamentazione e non finanziati dallo Stato, il cui importo è determinato in funzione dei ricavi realizzati da tali imprese, a condizione che tale diritto sia esclusivamente destinato alla copertura di costi relativi alle attività menzionate al paragrafo 1, lettera a), di tale disposizione, che la totalità dei ricavi ottenuti a titolo di detto diritto non superi i costi complessivi relativi a tali attività e che lo stesso diritto sia imposto alle singole imprese in modo proporzionato, obiettivo e trasparente, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 18 luglio 2013.

Fonti: Giustizia Civile Massimario 2017

Classificazione: Rapporti per la cooperazione penale fra stati - Estradizione all'estero - - in genere

Rapporti per la cooperazione penale fra Stati - Estradizione all'estero - Estradizione passiva - Procedimento - Natura politica, o meno, del reato - Autorità Giudiziaria e Ministro della Giustizia - Rispettive valutazioni.

In tema di estradizione passiva, a fronte dell'impugnazione del decreto del Ministro della Giustizia dinanzi al giudice amministrativo, la statuizione di quest'ultimo secondo cui è riservata all'Autorità Giudiziaria ordinaria la verifica sulla sussistenza dei presupposti per la concessione dell'extradizione non comporta un diniego di giustizia, nè una violazione dei limiti esterni della sua giurisdizione, entrambi non configurabili quando il rigetto della domanda discenda dalla valutazione, nel merito, dell'insussistenza dei fatti costitutivi del diritto vantato, atteso che il merito riguarda i limiti interni della giurisdizione, perfino ove la decisione dipenda da pretesi "errores in procedendo" o "in iudicando".

(Dichiara inammissibile, Consiglio di Stato n.3345 del 03/07/2014)

Fonti: Giustizia Civile Massimario 2017

Classificazione: Rapporti per la cooperazione penale fra stati - Estradizione all'estero - in genere

Rapporti per la cooperazione penale fra Stati - Estradizione all'estero - Estradizione passiva - Procedimento - Natura politica, o meno, del reato - Autorità Giudiziaria e Ministro della Giustizia - Rispettive valutazioni.

In tema di estradizione passiva, i tipici accertamenti sulla natura politica, o meno, del reato, o comunque sui presupposti di fatto e di diritto condizionanti l'extradizione, spettano al giudice ordinario e la sua decisione resta intangibile nel successivo procedimento dinanzi al Ministro della Giustizia, cui è, invece, riservata ogni diversa valutazione circa la successiva attività amministrativa di consegna dell'estradando, soprattutto sulle conseguenze derivanti a questi in relazione alle sue condizioni concrete o sui rapporti internazionali per considerazioni di opportunità in senso lato politica.

Fonti: Diritto & Giustizia 2016, 15 dicembre (nota di: Edoardo Valentino)

Classificazione: RAPPORTI PER LA COOPERAZIONE PENALE FRA STATI - Estradizione all'estero: procedimento - in genere

Non eccede affatto i limiti esterni della giurisdizione, né integra un diniego di giustizia, l'affermazione del Consiglio di Stato sulla riserva all'autorità giudiziaria ordinaria della verifica della sussistenza e della validità delle condizioni che le norme statali ed internazionali pongono perché l'extradizione sia concessa, restando quella preclusa al Ministro, cui è invece riservata ogni diversa valutazione della conseguente attività amministrativa di consegna dell'estradando, soprattutto sulle conseguenze derivanti a questi in relazione alle sue condizioni concrete o sui rapporti internazionali per considerazioni di opportunità in senso lato politica.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RORDORF Renato - Primo Presidente f.f. -
Dott. AMOROSO Giovanni - Presidente di Sezione -
Dott. DIDONE Antonio - Presidente di Sezione -
Dott. DI IASI Camilla - Presidente di Sezione -
Dott. PETITTI Stefano - Presidente di Sezione -
Dott. CAMPANILE Pietro - Consigliere -
Dott. ARMANO Uliana - Consigliere -
Dott. MANNA Antonio - Consigliere -
Dott. DE STEFANO Franco - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 3472/2015 proposto da:

I.R., elettivamente domiciliato in ROMA, VIALE LIEGI
35/B, presso lo studio dell'avvocato ROBERTO COLAGRANDE, che lo
rappresenta e difende unitamente agli avvocati SAVERIO GIANGRANDI e
CRISTIANA VALENTINI, per delega a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, in persona del Ministro pro tempore,
elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso
l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che lo rappresenta e difende ope
legis;

- controricorrente -

e contro

GOVERNO DEL REGNO UNITO DI GRAN BRETAGNA ED IRLANDA DEL NORD;

- intimato -

avverso la sentenza n. 3345/2014 del CONSIGLIO DI STATO, depositata

il 03/07/2014;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del

15/11/2016 dal Consigliere DotL. FRANCO DE STEFANO;

uditi gli avvocati Roberto COLAGRANDE e Giacomo AIELLO per

l'Avvocatura Generale dello Stato;

udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott. FUZIO Riccardo,

che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1.- Il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello di I.R. avverso la sentenza n. 4194/07, resa nei confronti anche del Ministero della Giustizia e del Governo del Regno Unito di Gran Bretagna ed Irlanda (del Nord), con cui il TAR Campania - Napoli aveva respinto la sua

impugnativa del decreto di estradizione verso il Regno Unito, emanato dal Ministro il 22.3.07 ed a seguito di provvedimento della corte di appello di Napoli confermato dalla corte di cassazione con sentenza n. 7704/07, su mandato di arresto della Magistrates' Court di Bow Street in Londra del 29 aprile e del 17 dicembre 2004, per i reati di associazione a delinquere, truffa a mezzo di strumenti informatici e telematici, riciclaggio di denaro di provenienza illecita ed ottenimento di beni con l'inganno.

2.- Per la cassazione della sentenza del Consiglio di Stato, pubblicata il 3.7.14 col n. 3345, ricorre l'Imperiale, con unico motivo poi ulteriormente illustrato da memoria ai sensi dell'art. 378 cod. proc. civ.; degli intimati, si costituisce il solo Ministero della Giustizia, instando per l'inammissibilità o l'infondatezza del ricorso e solo con memoria ai sensi dell'art. 378 cod. proc. civ. invocando la giurisprudenza, soprattutto dello stesso Consiglio di Stato, sui poteri del Ministro nel procedimento di estradizione passiva.

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

3.- Il ricorrente articola un unitario motivo, rubricato "violazione e/o falsa applicazione dell'art. 7 del Codice del processo Amministrativo (D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104), nonché degli artt. 103 e 113 Cost. per diniego di giurisdizione in ordine alla omessa valutazione della natura politica dell'extradizione da parte del Ministro della Giustizia in sede di concessione del relativo decreto con conseguente lesione del principio di effettività della tutela giurisdizionale (artt. 1 e 2 c.p.a. anche con riferimento agli artt. 24 e 111 Cost.) nonché dell'art. 26 Cost., secondo cui l'extradizione non è ammessa per fini politici"; e sottolinea, tra l'altro, come ulteriori fatti rilevanti ai fini della qualificazione dei reati come di natura politica, già sottoposti al giudice penale, erano stati da questi riservati alla cognizione del giudice amministrativo, comunque insistendo per la configurabilità di un potere pieno in capo al Ministro di una rivalutazione della fattispecie nella fase a lui devoluta e per la conseguente necessità di un sindacato pieno ed adeguato da parte del giudice amministrativo sul relativo provvedimento.

4.- E' noto che, ai sensi dell'art. 708 c.p.p. e ss., esaurito il procedimento dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria, che integra una fase propriamente giurisdizionale, spetta al Ministro concedere o meno l'extradizione per l'estero.

5.- Va rilevato che, nella specie, il Consiglio di Stato ha:

- da un lato e in astratto, reputato rimesso al giudice ordinario, riconoscendo l'intangibilità delle valutazioni nel successivo segmento procedimentale in sede amministrativa dinanzi al Ministro, la cognizione delle condizioni di concedibilità - o meno - dell'extradizione in caso di natura politica dei reati cui si riferisce;

- dall'altro lato e in concreto, in ogni caso valutato gli elementi adottati dall'odierno ricorrente, statuendo: nel merito, che non era stata fornita "nessuna prova attendibile" sull'asserita natura politica dei reati ascritti, avendo anzi egli prodotto a fondamento della propria posizione "documenti anonimi e in altri casi addirittura contraffatti o falsi", tanto da qualificare l'allora appellante non solo inottemperante al suo onere probatorio sul punto, ma pure propenso a mistificare la realtà, comunque essendo stata in concreto

esclusa la natura politica dei reati dall'autorità giudiziaria nel segmento giurisdizionale della procedura di estradizione; in rito, che nessuna violazione del suo diritto di difesa vi era stata, sotto alcuno dei profili prospettati.

6.- La prima affermazione corrisponde ad un'interpretazione del sistema normativo vigente, la quale in ogni caso costituisce legittima estrinsecazione della potestà giurisdizionale del giudice amministrativo, in ordine alla ricostruzione del sistema normativo invocato, in termini che non comportano nè il diniego di tutela giurisdizionale, nè la violazione dei limiti esterni della giurisdizione.

7.- Quanto a queste due fattispecie, infatti:

- da un lato, il diniego di giurisdizione, idoneo a fondare il ricorso previsto dall'art. 111 Cost., u.c., è solo quello basato sull'affermazione dell'impossibilità di conoscere la domanda per estraneità alle attribuzioni giurisdizionali da parte dello stesso giudice cui quella è sottoposta e non quello che si prospetta se il diniego di tutela dipenda dall'interpretazione delle norme invocate (da ultimo: Cass. Sez. Un., 31 marzo 2016, n. 11380; Cass. Sez. Un., 15 marzo 2016, n. 5077; Cass. Sez. Un. 22 dicembre 2015, n. 25772; Cass. Sez. Un., 8 febbraio 2013, n. 3037);

- dall'altro lato, l'interpretazione della legge (o perfino la sua disapplicazione) rappresenta il proprium della funzione giurisdizionale e non può, dunque, integrare la violazione dei limiti esterni della giurisdizione da parte del giudice amministrativo, così da giustificare il ricorso previsto dall'art. 111 Cost., comma 8, ammesso nei soli casi di un radicale stravolgimento delle norme o dell'applicazione di una norma creata ad hoc dal giudice speciale (da ultimo, v. Cass. Sez. Un., 31 maggio 2016, n. 11380, ove ulteriori riferimenti; Cass. Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9145; Cass. Sez. Un., 5 settembre 2013, n. 20360).

8.- Va riconosciuto che, sull'ambito dei poteri spettanti al Ministro di giustizia ai sensi dell'art. 708, e dell'art. 709 c.p.p. (vale a dire una volta conclusa la fase dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria), fermo restando che la decisione favorevole all'extradizione da parte della corte di appello non è per lui vincolante, la dottrina non è univoca: per alcuni avendo il Ministro il potere di riesaminare in autonomia la sussistenza di tutte le condizioni necessarie ai fini dell'extradizione, ma per altri incontrando quegli un limite nell'intangibilità delle statuizioni in punto di diritto pronunziate dall'autorità giudiziaria ordinaria; tanto che dovrebbe restare esclusa l'ammissibilità di una nuova valutazione ministeriale, che si sovrapponga a quella del giudice ordinario, con un effetto distorto di sottrazione dell'esame anche di elementi nuovi e sopravvenuti al giudice funzionalmente competente, o, quanto meno, con il rischio di una impropria duplicazione di valutazioni.

9.- Ora, se la Corte costituzionale ricorda come il potere del Ministro sia soggetto al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, da compiersi sul piano delle norme che regolano l'azione amministrativa ed anche con riguardo alla legalità costituzionale (sent. 27 giugno 1996, n. 223, con l'effetto però di abilitare l'extradando a censurare dinanzi al giudice amministrativo la lesione di un diritto soggettivo, purchè costituzionalmente garantito ed all'implicita condizione che, impugnando l'atto amministrativo, si deduca l'illegittimità costituzionale della legge che costituisce il presupposto dell'azione amministrativa), lo stesso Consiglio di Stato ha puntualizzato, in altra occasione

(richiamata, ma con lettura significativamente opposta, da entrambe le parti: sent. 1576 del 2013), che il provvedimento con il quale il Ministro, all'esito dello speciale procedimento previsto dal codice di procedura penale, concede l'extradizione è un provvedimento di alta amministrazione, come tale caratterizzato da ampia discrezionalità, ma non sottratto al sindacato giurisdizionale sulle valutazioni compiute dall'autorità politico-amministrativa in ordine alla concessione "in concreto" dell'extradizione, per la quale l'autorità giudiziaria abbia già valutato la sussistenza dei relativi presupposti.

10.- La medesima pronuncia del Consiglio di Stato si premura di puntualizzare però che, in estrinsecazione di tale potestà, allora il Ministro deve valutare, nell'esercizio di una ampia discrezionalità e peraltro doverosamente preso atto delle determinazioni dell'autorità giudiziaria in ordine alle condizioni legittimanti l'extradizione, quali siano in concreto le condizioni dell'estradando, anche in considerazione del reato per il quale l'extradizione viene richiesta, le condizioni soggettive dell'interessato (in particolare, il suo stato di salute), la quantità e qualità della pena che, in caso di condanna, verrebbe concretamente erogata, a fronte di quanto già scontato in Italia dall'interessato.

11.- Ad ogni modo, la ricostruzione operata dal medesimo Consiglio di Stato con la qui gravata sentenza, della riserva all'autorità giudiziaria ordinaria della disamina dei presupposti adottati come ostativi in punto di diritto alla concessione dell'extradizione, affermata a chiare lettere da questa Corte, corrisponde effettivamente ad un approdo ermeneutico preesistente e congruente con il sistema.

12.- Sotto il primo profilo (preesistenza della conclusione alla qui gravata sentenza), la giurisprudenza amministrativa si era espressa in modo chiaro in tali sensi: il Consiglio di Stato aveva già limitato il suo scrutinio alle sole posizioni di interesse legittimo ed ai profili estrinseci di abnormità, illogicità ed erroneità dei presupposti (Cons. Stato, sez. 4^a, 15 giugno 2007, n. 3286; seguita ancora di recente da TAR Lazio 17 maggio 2016, n. 5807); e nettamente aveva affermato un principio di analogo contenuto già questa Corte di cassazione (Cass. pen., sez. 6^a, 12-30 ottobre 1995, n. 3597, Venezia).

13.- Sotto il secondo profilo (congruenza della conclusione con il sistema), il principio si desume dalla corretta ricostruzione sistematica del procedimento di estradizione passiva, disegnato - allo stato - sì dall'art. 697 c.p.p. e ss., in due distinti fasi o subprocedimenti, che devono però ritenersi tra loro integrati in ragione delle rispettive funzioni e non possono quindi dirsi reciprocamente fungibili.

14.- La specialità delle competenze e delle attribuzioni, in uno alla necessaria razionalità della ripartizione procedimentale, deve portare ad escludere allora che i tipici accertamenti sulla natura politica o meno del reato o comunque sui presupposti di fatto e di diritto condizionanti l'extradizione, devoluti pacificamente alla cognizione della corte di appello e quindi all'autorità giudiziaria ordinaria, possano essere successivamente riconsiderati dal Ministro.

15.- A quest'ultimo, fermi gli accertamenti dell'autorità giudiziaria ordinaria, spetta tutt'altra valutazione, di opportunità dal punto di vista dell'alta amministrazione e di legalità, anche costituzionale, sotto ogni ulteriore profilo non valutato dall'autorità giudiziaria perchè ad essa istituzionalmente precluso, quali appunto le conseguenze

dell'estradizione in relazione alle condizioni concrete dell'estradando, come pure l'opportunità politica in senso lato o la gestione dei rapporti internazionali (salvi i casi disciplinati espressamente da trattati o convenzioni). E, secondo avvertita dottrina, solo quando l'estradizione si svolgesse al di fuori dei precedenti accordi intervenuti mediante le Convenzioni, al Ministro spetterebbe anche una valutazione di tipo più propriamente politico-giuridico: in particolare potendo il Ministro operare una valutazione in termini di omogeneità dei reciproci ordinamenti, affidabilità dello Stato richiedente e opportunità di instaurare rapporti di collaborazione a livello internazionale.

16.- La sopravvenuta deduzione di fatti peraltro pregressi - che nella specie l'odierno ricorrente sommariamente deduce essere stati valutati dalla corte di appello, adita con una inammissibile domanda di revisione in sede estradizionale, come di allarmante novità e da quella rimessi alla valutazione del giudice amministrativo - non può sovvertire tale ripartizione di competenze, dovendo pur sempre riferirsi le valutazioni di legittimità al momento in cui il procedimento ad esse devoluto si è svolto e concluso, nel rispetto delle regole che lo disciplinavano.

17.- Pertanto, non eccede affatto i limiti esterni della giurisdizione, nè integra un diniego di giustizia, così non legittimando l'odierno ricorrente a ricorrere a queste Sezioni Unite ai sensi del comma ottavo dell'art. 111 Cost., l'affermazione del Consiglio di Stato sulla riserva all'autorità giudiziaria ordinaria della verifica della sussistenza e della validità delle condizioni che le norme statali ed internazionali pongono perchè l'estradizione sia concessa, restando quella preclusa al Ministro, cui è invece riservata ogni diversa valutazione della conseguente attività amministrativa di consegna dell'estradando, soprattutto sulle conseguenze derivanti a questi in relazione alle sue condizioni concrete o sui rapporti internazionali per considerazioni di opportunità in senso lato politica.

18.- Ma non eccede i limiti esterni della giurisdizione del giudice amministrativo, nè integra un diniego di giustizia, neppure la sua valutazione sul merito del materiale probatorio offerto od invocato sulla natura politica dei reati ascritti (e col risultato di escludere appunto in concreto la prospettata natura politica), comunque apprezzato e ritenuto di nessuna attendibilità in base ad una serie di riscontri, come pure sull'insussistenza di violazioni in punto di rito in danno dell'odierno ricorrente: la violazione dei limiti esterni della giurisdizione o il diniego di giustizia non sono mai configurabili invero quando il rigetto della domanda discenda dalla valutazione nel merito dell'insussistenza dei fatti costitutivi del diritto vantato, poichè il merito riguarda i limiti interni della giurisdizione, perfino ove la decisione dipenda da pretesi errores in procedendo o in iudicando (tra le innumerevoli e per limitarsi ad alcune tra le più recenti: Cass. Sez. Un., 29 luglio 2016, n. 15818; Cass. Sez. Un. 31 maggio 2016, n. 11376).

19.- Va quindi senz'altro dichiarata l'inammissibilità del ricorso, con condanna del soccombente ricorrente alle spese del giudizio di legittimità ed applicazione - mancando ogni discrezionalità al riguardo (Cass. 14 marzo 2014, n. 5955) - del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater, inserito dalla L. 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, in tema di contributo unificato per i gradi o i giudizi di impugnazione nel caso di reiezione integrale, in rito o nel merito, di questa.

PQM

La Corte, pronunciando a sezioni unite:

1) dichiara inammissibile il ricorso;

2) condanna I.R. al pagamento delle spese del giudizio di legittimità in favore del Ministero della Giustizia, in pers. del Ministro p.t., liquidate in Euro 7.000,00 per compensi, oltre spese prenotate a debito, nonché oltre maggiorazione per spese generali, CPA ed IVA nella misura di legge;

3) ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, come modif. dalla L. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso, a norma dello stesso art. 13, comma 1 bis.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio delle Sezioni Unite Civili della Corte Suprema di Cassazione, il 15 novembre 2016.

Depositato in Cancelleria il 14 dicembre 2016

Fonti: Guida al diritto 2013, 31, 69

Classificazione: GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - In genere

Appartiene all'area del sindacabile rifiuto della propria giurisdizione solo quel diniego di tutela - da parte del giudice amministrativo - che si radichi nell'affermazione dell'esistenza di un ostacolo generale alla conoscibilità della domanda, mentre si sottrae a detto sindacato quel diniego che discenda direttamente e immediatamente dalla lettura delle norme invocate a sostegno della pretesa e che, pertanto, di tale lettura costituisce applicazione nel processo.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROVELLI Luigi Antonio - Primo Presidente f.f. -
Dott. RORDORF Renato - Presidente di sez. -
Dott. PICCIALLI Luigi - Consigliere -
Dott. MASSERA Maurizio - Consigliere -
Dott. MACIOCE Luigi - rel. Consigliere -
Dott. CAPPABIANCA Aurelio - Consigliere -
Dott. DI CERBO Vincenzo - Consigliere -
Dott. VIVALDI Roberta - Consigliere -
Dott. NAPOLETANO Giuseppe - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 13275/2012 proposto da:

AUTORITA' PER L'ENERGIA ELETTRICA ED IL GAS, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che la rappresenta e difende ope legis;

- ricorrente -

contro

PLURIGAS S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA DEL POPOLO 18, presso lo studio degli avvocati CLARICH Marcello, SALONICO TOMMASO, che la rappresentano e difendono, per delega a margine del controricorso;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 1084/2012 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 27/02/2012;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 23/04/2013 dal Consigliere Dott. LUIGI MACIOCE;

uditi gli avvocati Luca VENTRELLA dell'Avvocatura Generale dello Stato, Marcello CLARICH, Tommaso SALONICO;

udito il P.M., in persona dell'Avvocato Generale Dott. CICCOLO Pasquale Paolo Maria, che ha concluso per l'inammissibilità, in subordine rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

L'Autorità per l'energia elettrica ed il gas con atto n. 229/2006 adottò a carico di s.p.a. PLURIGAS sanzione di Euro 1.5 milioni ai sensi della L. n. 481 del 1995, art. 2, comma 20, lett. c), per avere, quale importatore di gas naturale, omesso di trasmettere alcune informazioni che essa Autorità aveva richiesto con Delib. 27 ottobre 2004, n. 188. Tra dette informazioni si rinvenivano quelle afferenti il fornitore, il prezzo free on board di acquisto, i quantitativi acquistati ed i prezzi medi nel periodo tra 10/2002 e 9/2004. Il TAR Lombardia adito, con sentenza 6261 del 2007 rigettò il ricorso e PLURIGAS propose appello rinnovando le proprie ragioni di censura a carico della sanzione e tra esse quelle afferenti: 1) la violazione del giusto procedimento e del termine di cui alla L. n. 241 del 1990, art. 2, comma 2 e D.P.R. n. 244 del 2001, art. 4, comma 2, con la correlata nullità dell'atto emesso fuori di detto termine, 2) la decisione di non estendere ad essa appellante gli effetti della sentenza irrevocabile 3275/2005 del TAR che aveva annullato la Delib.

n. 188 del 2004; 3) la erroneità della esclusione di alcun vizio nella indebita quanto imprecisata reiterazione procedimentale del 3.5.2005, 4) la incongruità della determinazione del quantum della sanzione.

Il Consiglio di Stato, con sentenza 27.02.2012, disattese tutte le altre censure di Plurigas (sub. 1-2-3), ha invece accolto quella (sub 4) afferente la determinazione della sanzione, sanzione che ha pertanto annullato nella parte relativa al suo ammontare rimettendo all'Autorità, in ottemperanza, la relativa determinazione. Al proposito il Consiglio di Stato ha osservato che era condivisibile la censura sulla erroneità della parametrizzazione della sanzione al solo fatturato in tal guisa non ponendosi in rilievo alcun dato afferente la reale capacità economica del soggetto sanzionato come di contro imposto dalla L. n. 689 del 1981, che il fatturato è infatti espressivo del solo volume di gas venduto nel mentre sarebbe stato necessario valutare sia i costi di acquisto del gas sia le spese per la produzione del prodotto commercializzato, che era altresì errata la presunzione di non veridicità dei dati esposti in bilancio, che pertanto spettava alla stessa Autorità procedere alla congrua rideterminazione.

Per la cassazione di tale sentenza ha proposto ricorso l'Autorità con ricorso ex art. 362 c.p.c., comma 1, affidato ad un articolato motivo al quale ha opposto difesa PLURIGAS nel controricorso del 6.7.2012, illustrato in memoria finale. I difensori delle parti hanno infine discusso oralmente.

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'Autorità sostiene che con la decisione di non procedere alla rideterminazione della sanzione - come dall'art. 134 C.P.A. previsto, quale obbligo gravante sul giudice delle sanzioni adottate dalle autorità indipendenti, di pervenire ad una diretta e piena decisione

di "merito" del ricorso ad esso proposto - e di omettere anche di adottare quantomeno una precisa e cogente configurazione dei criteri affidati alla Amministrazione in sede di riesercizio della potestà sanzionatoria, il Consiglio di Stato aveva del tutto mancato di erogare la tutela che ad esso incombeva; e la situazione di impossibilità emergeva considerando che ad essa Autorità difettavano affatto i dati afferenti i costi sostenuti dalla Plurigas. Si tratterebbe, quindi, ad avviso della ricorrente Autorità, di una decisione viziata dal rifiuto di esercizio della propria giurisdizione.

Tale conclusione è radicalmente contraddetta da PLURIGAS che reputa inammissibile il ricorso non configurandosi nell'impugnata decisione alcuna ipotesi di rifiuto ma, semmai, un errore "per difetto" nella adozione della tutela demolitoria, là dove essa non sarebbe stata interamente estesa al merito, errore questo mai denunciabile ex art. 362 c.p.c., comma 1. Ad avviso di Plurigas siffatto errore sarebbe comunque affatto inesistente posto che, da un canto, non esisteva affatto l'obbligo sostitutivo predicato dalla ricorrente e che, dall'altro canto, il Consiglio di Stato aveva ben indicato i criteri ai quali l'Autorità riadottante l'atto avrebbe dovuto attenersi.

Osserva il Collegio, che vanno condivisi i rilievi di inammissibilità che Plurigas oppone alla ipotesi affacciata dalla Autorità a ragione del suo ricorso, ipotesi per la quale la mancata adozione di provvedimento sostitutivo, come in tesi imposto dalla previsione dell'esercizio della giurisdizione di merito nella ipotesi di cui all'art. 134 lett. C) del CPA nella specie ricorrente, integrerebbe rifiuto di somministrare la tutela giurisdizionale accordabile e quindi vicenda ben denunciabile a queste Sezioni Unite alla luce della giurisprudenza formatasi dopo la nota decisione n. 30254/2008.

Ebbene, non può che ribadirsi, al seguito del costante orientamento di queste Sezioni Unite (tra le tante con le decisioni 10870 e 15240 del 2011, 11075 del 2012, 3037 del 2013) come appartenga alla area del sindacabile "rifiuto" della propria giurisdizione solo quel diniego di tutela da parte del giudice amministrativo che si radichi nell'affermazione della esistenza di un ostacolo generale alla conoscibilità della domanda nel mentre si sottrae a detto sindacato quel diniego che discenda direttamente ed immediatamente dalla lettura delle norme invocate a sostegno della pretesa e che pertanto di tale lettura costituisca applicazione nel processo.

E poichè nella specie la lettura della vicenda data nella impugnata sentenza non comporta affatto la evidenza di un ostacolo normativo generale alla somministrazione della tutela "di merito" ma solo la scelta di rimettere la riedizione del potere sanzionatorio - correttamente dislocato in un quadro di criteri, peraltro puntualmente dettati dalla sentenza stessa - alla stessa Amministrazione sanzionante, ne discende che va esclusa alcuna configurazione di rifiuto di tutela.

In realtà, ed a tacere del rilievo afferente il dubbio interesse dell'Amministrazione di impugnare una statuizione non già perchè essa abbia determinato la soccombenza dell'impugnante ovvero là dove la ha determinata (annullando la "misura" del trattamento sanzionatorio) bensì perchè essa avrebbe indotto una sorta di difficultas operandi nella riadozione della sanzione, emerge che il punto centrale della censura si riduce - come

intuito da Plurigas in controricorso - ad una doglianza sul preteso mancato pieno esercizio dei poteri della giurisdizione di merito in tema di opposizione alla sanzioni amministrative. E pertanto emerge che è stata, al più, denunciata una omessa pronuncia sulla intera res litigiosa sottoposta.

Ma allora la doglianza, necessariamente riportata ad una denuncia di errata interpretazione e di falsa applicazione di legge (ovviamente) collocata nel tessuto logico delle ragioni della decisione, fuoriesce dall'ambito del sindacato ex art. 362 c.p.c., comma 1, per risolversi in nulla più che in una censura degli errori di giudizio commessi dal Consiglio di Stato, e fonte di conseguenze indebite: e tale censura ricade indiscutibilmente nella non consentita sollecitazione della verifica degli errores in iudicando o in procedendo del giudice speciale (da ultimo S.U. 15428 e 17244 del 2012, 1711, 3267, 4297, 5949 ed 8350 del 2013) e determina la inammissibilità del ricorso che ad essa, come nella specie, si sia affidato.

Alla declaratoria di inammissibilità segue la condanna della Autorità ricorrente alla refusione delle spese in favore di Plurigas, alla stregua del valore della controversia.

PQM

Dichiara inammissibile il ricorso e condanna l'Autorità ricorrente a pagare alla s.p.a. PLURIGAS le spese di giudizio che determina in Euro 15.200 (di cui Euro 15.000 per compensi) oltre accessori di legge.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite, il 23 aprile 2013.

Depositato in Cancelleria il 13 maggio 2013

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROVELLI Luigi Antonio - Primo Presidente f.f. -
Dott. AMOROSO Giovanni - Presidente di sez. -
Dott. CAPPABIANCA Aurelio - Presidente di sez. -
Dott. MAMMONE Giovanni - Presidente di sez. -
Dott. VIVALDI Roberta - Presidente di sez. -
Dott. GIANCOLA Maria Cristina - Consigliere -
Dott. MATERA Lina - rel. Consigliere -
Dott. BIANCHINI Bruno - Consigliere -
Dott. IACOBELLIS Marcello - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 13878-2014 proposto da:

ENEL SERVIZI S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA DELLA LIBERTA' 10, presso lo STUDIO LEGALE PERRELLA - CONTALDI - CAPECCI - COLOMBARI & PARTNERS, rappresentata e difesa dall'avvocato STEFANO ROSA, per delega in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

COMUNE DI AVELLINO, in persona del Sindaco pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DELLA GIULIANA 74, presso lo studio dell'avvocato RAFFAELE PORPORA, rappresentato e difeso dagli avvocati MANGANIELLO BERARDINA, GIOVANNI SANTUCCI DE MAGISTRIS, GABRIELLA BRIGLIADORO, per delega a margine del controricorso;

PROVINCIA DI AVELLINO, in persona del Presidente pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA GALLIA 86, presso lo studio dell'avvocato GIANLUIGI CASSANDRA, rappresentata e difesa dagli avvocati GALIETTA GENNARO, OSCAR MERCOLINO, per delega a margine del controricorso;

- controricorrenti -

avverso la sentenza n. 5547/2013 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il 22/11/2013;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 09/02/2016 dal Consigliere Dott. LINA MATERA;

udito l'Avvocato Stefano ROSA;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. PRATIS Pierfelice, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso al TAR della Campania, Sezione Salerno, la società ENEL Servizi s.r.l. esponeva di essere proprietaria di un lotto di mq.

3.575 in (OMISSIS), gravato da un fabbricato di circa mq. 1.000, suddiviso nei corpi A, B, C, per il quale aveva ottenuto dal Comune di Avellino un permesso per ristrutturazione, manutenzione straordinaria ed adeguamento igienico-funzionale, da eseguirsi nel termine di tre anni, decorrenti dalla data d'inizio dei lavori. La ricorrente, inoltre, affermava: che detta area ricadeva nel comparto Rq 10 del P.U.C., contenente la previsione, da attuarsi su iniziativa privata, della creazione di un'arteria di viabilità pubblica, attraversante l'immobile denominato edificio C, di proprietà della medesima; che il 18-10-2007 l'Amministrazione comunale aveva avviato un procedimento volto alla verifica della legittimità del predetto permesso di costruzione, conclusosi con la conferma della stessa; che approssimandosi la scadenza del termine per l'esecuzione dei lavori (14-9-2009), la ricorrente aveva chiesto al Comune, in data 16/7/2009, una proroga di 24 mesi di tale termine; che la proroga era stata concessa solo per i corpi A e B, con esclusione del corpo C, la cui ristrutturazione non avrebbe garantito la realizzazione e la cessione delle aree a viabilità, previste nel P.U.C. Tanto premesso, la società istante impugnava il provvedimento del 2/10/2009, nella parte in cui negava la proroga per il corpo di fabbrica C, nonché, ove necessario, il P.U.C. adottato con Delib.

del C.C. 23 gennaio 2006 ed approvato con D.P.G.P. 15 gennaio 2008, nella parte in cui, all'art. 16 delle N.T.A., prevedeva, nella zona Rq 10, la costruzione di un'arteria di viabilità pubblica, che attraversava gli immobili di sua proprietà. La stessa società proponeva, inoltre, due distinte domande di risarcimento danni: la prima per il caso dell'accoglimento del ricorso e del conseguente annullamento del provvedimento gravato; la seconda per il caso di mancato accoglimento del ricorso.

Con un secondo ricorso, la società ENEL Servizi censurava il provvedimento del 29-10-2009 del Comune di Avellino, recante chiusura del procedimento avviato per valutare l'annullamento del silenzio-assenso formatosi sulla D.I.A. presentata dalla ricorrente in data 24-4-2009, in variante al permesso di costruire, confermando la validità della D.I.A. relativamente alle opere di consolidamento strutturale, ma negando il chiesto mutamento di destinazione del piano terra. La ricorrente proponeva altresì domanda di risarcimento dei danni cagionati dalla condotta dell'Amministrazione.

Con sentenza n. 363/2011 il TAR, riuniti i gravami respingeva il ricorso contro il diniego di proroga ed il PUC e dichiarava improcedibile, per sopravvenuta carenza d'interesse, il ricorso contro il diniego di D.I.A. relativo al cambio di destinazione d'uso.

Avverso la predetta decisione proponeva appello l'ENEL Servizi.

Con sentenza in data 22-11-2013 il Consiglio di Stato rigettava il gravame.

L'ENEL Servizi s.r.l. ha proposto ricorso per cassazione avverso tale sentenza, sulla base di tre motivi, inerenti alla giurisdizione.

Il Comune di Avellino e la Provincia di Avellino hanno resistito con separati controricorsi.

In prossimità dell'udienza il Comune di Avellino ha depositato una memoria ex art. 378 c.p.c..

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

1) Con il primo motivo la ricorrente denuncia; eccesso dei limiti di giurisdizione secondo il combinato disposto dell'art. 111 Cost., art. 362 c.p.c. e art. 110 cod. processo amministrativo; eccesso di competenza giurisdizionale, in subordine, violazione dei limiti esterni di giurisdizione ex art. 99 cod. processo amministrativo.

Deduce che il Consiglio di Stato, nell'interpretare la previsione del PUC come se si trattasse di un vero e proprio atto ablativo, in quanto determinante l'espropriazione del bene privato con conseguente decadenza del permesso di costruire assentito, si è sostituito alla P.A., dal momento che questa non ha mai dichiarato una simile volontà, ma si è limitata a negare la proroga del provvedimento concessorio originario. Rileva che con l'interpretazione resa il Consiglio di Stato ha esercitato un controllo sulla opportunità e convenienza dell'atto impugnato e che, pertanto, la decisione impugnata risulta viziata da eccesso di potere giurisdizionale.

Sostiene, inoltre, che la pronuncia impugnata ha violato anche il principio, di rango costituzionale oltre che comunitario, sotteso alla tutela della proprietà, laddove ha assoggettato di fatto alla mera discrezionalità della P.A. la possibilità di eliminare la certezza del diritto e del titolo in questione. Deduce che lo ius superveniens costituito dall'approvazione delle norme del PUC intervenute nelle more del rilascio del titolo e della richiesta di proroga in questione, che, secondo il giudice di appello, "hanno colto il titolo assentito irrealizzato", non può essere considerato preminente, retroattivo e quindi devastante dell'acclarata situazione giuridica esistente.

Con il secondo motivo il ricorrente lamenta il difetto assoluto di giurisdizione, per avere il Consiglio di Stato affermato che il legittimo affidamento circa la realizzazione del progetto edilizio viene in rilievo successivamente al rilascio del titolo, ma sempre in relazione alla normativa urbanistica vigente e che, pertanto, il titolo edilizio non attuato non può ritenersi al riparo dagli eventi giuridici successivi al suo rilascio, ivi compreso lo ius superveniens. Deduce che l'affermazione secondo cui, in caso di attività private assentite da provvedimenti amministrativi, questi possono essere annullati da altri provvedimenti di carattere normativo sopravvenuti, si pone in contrasto sia con il principio di rango costituzionale per cui le norme di legge non possono avere efficacia retroattiva, sia con quello relativo alla certezza del diritto. Sostiene, conseguentemente, che la decisione impugnata risulta viziata anche sotto il profilo del difetto assoluto di giurisdizione.

Con il terzo motivo la ricorrente si duole del rifiuto di giurisdizione in relazione alla tutela risarcitoria chiesta in via autonoma dalla società ENEL. Sostiene che il Consiglio di Stato, nell'affermare che il mancato riconoscimento di un fatto illecito della P.A. generatore di danno comporta la insussistenza di una responsabilità aquiliana in capo alla P.A., non ha approfondito le carenze evidenziate dall'appellante riguardo alla statuizione di rigetto della domanda risarcitoria adottata dal giudice di primo grado. Rileva, infatti, che la decisione

impugnata ha del tutto pretermesso le indagini alle quali il giudice deve procedere, anche in caso di tutela risarcitoria per violazione delle regole dell'affidamento, al fine di stabilire se la fattispecie concreta integri un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. Deduce che il mancato accertamento del nesso di causalità tra la condotta della P.A., denunciata dall'appellante come colposa e generatrice di danni sia pure in termini omissivi, si risolve in un evidente rifiuto di giurisdizione.

2) Il ricorso è inammissibile.

Deve rammentarsi, in via generale, che il sindacato delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sulle decisioni rese dal Consiglio di Stato è limitato all'accertamento dell'eventuale sconfinamento dai limiti esterni della propria giurisdizione da parte del Consiglio stesso, ovvero alla esistenza di vizi che riguardano l'essenza di tale funzione giurisdizionale e non il modo del suo esercizio, restando, per converso, escluso ogni sindacato sui limiti interni di tale giurisdizione, cui attengono gli errores in iudicando o in procedendo (Cass. Sez. Un. 14-12015 n. 475; Cass. Sez. Un. 13-11-2013 n. 25455; Cass. Sez. Un. 5-42013 n. 8350; Cass. Sez. Un. 16-2-2009 n. 3688).

In particolare, l'eccesso di potere giurisdizionale, denunziabile ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 3, sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, è configurabile solo quando l'indagine svolta non sia rimasta nei limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, ma sia stata strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto, ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprima una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce a quella dell'amministrazione, nel senso che, procedendo ad un sindacato di merito, si estrinsechi in una pronuncia autoesecutiva, intendendosi per tale quella che abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa (Cass. Sez. Un. 5-9-2013 n. 20360;

Cass. Sez. Un. 28-4-2011 n. 9443; Cass. Sez. Un. 21-12-2005 n. 28863;

Cass. Sez. Un. 22-12-2003 n. 19664).

Nella specie, le valutazioni espresse dal Consiglio di Stato circa la portata delle previsioni dello strumento urbanistico sopravvenuto e le ripercussioni di tali previsioni sulla richiesta di proroga del permesso di ristrutturazione avanzata dall'appellante, costituiscono espressione di un'attività interpretativa volta al riscontro della legittimità degli atti impugnati, senza comportare alcuna invasione nella sfera del merito e alcuna sostituzione a scelte discrezionali riservate alla P.A. Nessuno sconfinamento dai limiti esterni della giurisdizione riservata al giudice amministrativo, pertanto, è ravvisabile nelle soluzioni interpretative recepite nella decisione impugnata, la cui eventuale erroneità incide, piuttosto, sul corretto esercizio di tale giurisdizione e, quindi, sui suoi limiti interni.

Quanto al dedotto difetto assoluto di giurisdizione, si osserva che simile ipotesi è ravvisabile solo ove manchi nell'ordinamento una norma di diritto astrattamente idonea a tutelare l'interesse dedotto in giudizio, per cui non compete ad alcun giudice il potere di decidere (Cass. Sez. Un. 17-9-2010 n. 19700).

Gli addebiti mossi dalla ricorrente alla decisione impugnata non sono, all'evidenza, riconducibili ad un simile vizio, integrando, al più, errores in iudicando, attinenti alle concrete modalità di esercizio della giurisdizione e non ai suoi limiti esterni.

Va, infine, rilevato che il ricorso col quale venga denunciato un rifiuto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo rientra fra i motivi attinenti alla giurisdizione, ai sensi dell'art. 362 c.p.c., soltanto se il rifiuto sia stato determinato dall'affermata estraneità alle attribuzioni giurisdizionali dello stesso giudice della domanda, che non possa essere da lui conosciuta, e non quando il diniego di tutela sia fondato sull'interpretazione di norme invocate a sostegno della pretesa (Cass. Sez. Un. 5-9-2013 n. 20360; Cass. Sez. Un. 8-2-2013 n.3037; Cass. Sez. Un. 16-4-2012 n. 5942).

Il ricorso avverso la sentenza del Consiglio di Stato con il quale si deduce l'omessa pronuncia sulla domanda di risarcimento dei danni, pertanto, può integrare motivo inerente alla giurisdizione, denunciabile ai sensi dell'art. 362 c.p.c., solo se il rifiuto della giurisdizione è giustificato dalla ritenuta estraneità della domanda alle attribuzioni giurisdizionali del giudice amministrativo, no? quando si prospettino come omissioni dell'esercizio del potere giurisdizionale errori "in iudicando" o "in procedendo" (Cass. Sez. Un. 26-1-2009 n. 1853).

Nel caso in esame, il Consiglio di Stato, nel premettere che l'assenza di una pronuncia di illegittimità degli atti impugnati rendeva priva di rilevanza ogni questione sollevata dall'appellante riguardo agli ulteriori presupposti richiesti ai fini dell'accoglimento della domanda di risarcimento per responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c., ha ritenuto, comunque, infondate le censure mosse dalla ricorrente in ordine al mancato accoglimento di tale domanda, escludendo che nella fattispecie in esame potesse trovare applicazione la tutela dell'affidamento. Ha osservato, infatti, che oggetto del contendere non era la legittimità del permesso originario che ha assentito i lavori di consolidamento strutturale o della relativa variante DIA, ma il diniego della proroga del termine dei lavori, con le conseguenze derivanti dal categorico disposto dal D.P.R. n. 380 del 2001, art. 15, comma 4 in relazione all'intervenuto mutamento della locale normativa urbanistica; e che, alla stregua della situazione fattuale e giuridica, non poteva crearsi alcun affidamento tutelato alla proroga del termine ed alla non repressione parziale della DIA del 24-9-2009.

Il giudice amministrativo, pertanto, non ha rifiutato di provvedere sulla domanda risarcitoria proposta dall'appellante, ma l'ha esaminata nel merito e l'ha ritenuta infondata. Gli eventuali errori commessi nel negare l'invocata tutela risarcitoria si risolvono, ancora una volta, in errores in iudicando, che non investono i limiti esterni delle attribuzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, ma ineriscono alla legittimità del concreto esercizio di tali attribuzioni.

Per le ragioni esposte, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile.

Segue, per rigore di soccombenza, la condanna del ricorrente al pagamento delle spese sostenute dai controricorrenti, liquidate come da dispositivo.

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater, sussistono i presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di

contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del cit. art. 13, comma 1 bis.

PQM

La Corte dichiara inammissibile il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese, che liquida in favore del Comune di Avellino in Euro 5.200,00, di cui Euro 200,00 per esborsi, oltre accessori di legge, e in favore della Provincia di Avellino in Euro 4.200,00, di cui Euro 200,00 per esborsi.

Ai sensi del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, art. 13, comma 1 quater, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del cit. art. 13, comma 1 bis.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 9 febbraio 2016.

Depositato in Cancelleria il 15 marzo 2016

Fonti: Foro Amministrativo - C.d.S. (II) 2013, 2, 358 (s.m) - Giustizia Civile Massimario 2013

Classificazione: CASSAZIONE CIVILE - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - Consiglio di Stato

Cassazione civile - Giurisdizioni speciali (impugnabilità) - Consiglio di Stato - Rifiuto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo - Ricorso per cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione - Condizioni - Limiti - Fattispecie relativa a dichiarazione di inammissibilità della revocazione di sentenza del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana.

Il ricorso col quale venga denunciato un rifiuto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo rientra fra i motivi attinenti alla giurisdizione, ai sensi dell'art. 362 c.p.c., soltanto se il rifiuto sia stato determinato dall'affermata estraneità alle attribuzioni giurisdizionali dello stesso giudice della domanda, che non possa essere da lui conosciuta. Ne consegue che è inammissibile il ricorso per cassazione proposto avverso decisione del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, con cui sia stata dichiarata l'inammissibilità della revocazione di una sentenza, sotto il profilo che l'errore censurato non ricadesse sui fatti prospettati dalle parti, essendo, piuttosto, imputabile ad un'inadeguata valutazione del collegio giudicante, in quanto il diniego di tutela risulta intervenuto non già in ragione di un ravvisato ostacolo alla conoscibilità della domanda, ma per effetto di interpretazione di norme invocate a sostegno della pretesa.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. PREDEN	Roberto	- Primo Presidente f.f. -
Dott. ROVELLI	Luigi A.	- Presidente di Sez. -
Dott. RORDORF	Renato	- Presidente di Sez. -
Dott. SALVAGO	Salvatore	- Consigliere -
Dott. PICCININNI	Carlo	- rel. Consigliere -
Dott. MACIOCE	Luigi	- Consigliere -
Dott. SPIRITO	Angelo	- Consigliere -
Dott. D'ALESSANDRO	Paolo	- Consigliere -
Dott. D'ASCOLA	Pasquale	- Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

Messina Costruzioni s.r.l. in proprio e quale capogruppo di una costituenda ATI con la Generali Iacopelli s.r.l e la No Problem Parking s.r.l., in persona del legale rappresentante, elettivamente domiciliata in Roma, via G. Bazzoni 3, presso l'avv. Paoletti Fabrizio, rappresentata e difesa dall'avv. Girolamo Rubino giusta delega in atti;

- ricorrente -

contro

A.G. quale condomino del condominio di (OMISSIS), elettivamente domiciliato in Roma, via B. Buoizzi 51, presso l'avv. Marcello Cardi, rappresentato e difeso giusta delega in atti dall'avv. Sergio Agrifoglio;

- controricorrente -

Consorzio fra Cooperative di Produzione e Lavoro Conscoop -, Apcoa Parking Italia s.p.a. e Final s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti, Comune di Palermo;

- intimati -

avverso la sentenza de Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana n. 658/11 dell'11.10.11;

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 15.1.2013 dal Relatore Cons. Carlo Piccininni;

Udito l'avv. Paoletti su delega per A.;

Udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. APICE Umberto, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso notificato il 20.6.2008 la costituenda ATI Messina Costruzioni s.r.l. - Generali Iacopeili s.r.l. - No Problem Parking s.r.l. (di seguito denominata ATI Messina) impugnava davanti al TAR Sicilia la Delib. Giunta Municipale di Palermo 18 aprile 2008, n. 84 concernente la realizzazione in project financing di un parcheggio sotterraneo e la riqualificazione dello spazio urbano di (OMISSIS), con la quale era stata dichiarata di pubblico interesse, ai sensi della L. n. 109 del 1994, art. 37 quater, la proposta presentata dal promotore ATI Consorzio fra Cooperative di produzione e lavoro - Conscoop -, Final s.p.a. e Apcoa Parking Italia s.p.a..

In particolare la ricorrente lamentava l'erroneità del giudizio formulato dalla Giunta Municipale con l'adozione della sopra citata Delib. poichè: a) il progetto preliminare dell'ATI Conscoop non risultava corredato delle prescritte indagini idrogeologiche; b) la relazione geologica e geotecnica non era stata preceduta da indagini effettuate sulle aree interessate dall'intervento; c) il progetto, che prevedeva la realizzazione di quattro piani interrati, contrastava con gli elementi di base stabiliti nello studio comunale di fattibilità, secondo il quale i piani interrati avrebbero dovuto essere limitati a due; d) il progetto presentato da essa ricorrente, viceversa, avrebbe dovuto essere dichiarato di pubblico interesse, essendo in linea con gli obiettivi perseguiti dal Comune.

Si costituivano in giudizio il Comune di Palermo e l'ATI Conscoop, quest'ultima proponendo anche ricorso incidentale, ricorso cui si aggiungevano quelli di AMAT s.p.a. e del Condominio di (OMISSIS), che venivano riuniti a quello di ATI Messina.

Il TAR accoglieva in parte i ricorsi di ATI Messina, Conscoop e Condominio, mentre rigettava quello dell'AMAT, con decisione che veniva impugnata dalla Conscoop, in via principale, e dalla ATI Messina, dal Condominio e da C.B., in via incidentale.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa respingeva l'appello principale e dichiarava improcedibili gli appelli incidentali per sopravvenuta carenza di interesse.

Avverso la detta decisione l'ATI Messina proponeva quindi ricorso per revocazione, denunciando l'errore di fatto in cui sarebbe incorso il giudice dell'impugnazione, laddove aveva ritenuto assorbito l'appello incidentale di essa ricorrente per sopravvenuta carenza di interesse.

Si costituiva nel giudizio la Conscoop, che proponeva anche appello incidentale ove riconosciuto l'errore di fatto nella fase rescindente, mentre interveniva "ad opponendum" il condomino A.G., atti dei quali il Consiglio di Giustizia Amministrativa adito dichiarava rispettivamente l'improcedibilità e l'inammissibilità.

Ad identico esito di inammissibilità il giudicante perveniva poi con riferimento al ricorso per revocazione dell'Ati Messina.

Il Consiglio di Giustizia rilevava infatti che, se esistente, il denunciato errore non sarebbe stato riconducibile ad una svista, ma sarebbe stato piuttosto frutto di un errore sia di valutazione che di qualificazione giuridica, quest'ultimo aspetto, in particolare, in relazione all'affermata subordinazione dell'interesse all'impugnazione da parte dell'ATI Messina alla persistenza della pendenza del giudizio instaurato con l'appello principale dell'ATI Conscoop. Contro la sentenza la Messina Costruzioni s.r.l., in proprio e quale capogruppo della costituenda ATI con la Generali Iacopelli s.r.l. e la No Problem Parking s.r.l., ha proposto ricorso ex art. 111 Cost. e art. 362 c.p.c. affidato a due motivi, cui ha resistito con controricorso A.G., che successivamente ha depositato anche memoria.

La controversia veniva quindi decisa all'esito dell'udienza pubblica del 15.1.2013.

Diritto

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con i motivi di impugnazione la Messina Costruzioni ha rispettivamente denunciato: 1) Eccesso di potere giurisdizionale ex art. 111 Cost., art. 362 c.p.c., in relazione al D.Lgs. n. 104 del 2010, art. 91 e art. 395 c.p.c., violazione dell'art. 24 Cost., comma 1, in ragione della "totale omessa disamina dell'appello incidentale autonomo proposto dalla odierna ricorrente".

La detta omissione non sarebbe infatti riconducibile ad un errore di valutazione, ma sarebbe al contrario effetto di una svista, circostanza che si desumerebbe dall'epigrafe dell'atto di impugnazione, qualificato "con caratteri maiuscoli ed in grassetto:

Appello incidentale autonomo", e dall'assenza di motivazione in ordine alle ragioni per le quali il giudicante, indicando il gravame come "appello incidentale proprio" aveva ritenuto di discostarsi dalla diversa qualificazione conferita all'atto dall'appellante ATI Messina; 2) violazione dei limiti esterni alla giurisdizione del giudice amministrativo, che sarebbe suscettibile di sindacato da parte delle Sezioni Unite di questa Corte nel caso in cui, come nella specie, la valutazione delle condizioni di ammissibilità dell'istanza di revocazione finisca per tradursi in una violazione del canone di effettività dei mezzi di azione e difesa - e quindi della tutela giurisdizionale nel suo complesso - nonchè dei principi del giusto processo, dando causa in tal modo ad un sostanziale diniego di giustizia.

Osserva il Collegio che i due motivi di impugnazione devono essere esaminati congiuntamente e sono infondati.

Ed infatti, premesso che il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana ha lo "status" e le funzioni di una sezione del Consiglio di Stato e che quindi il sindacato di questa Corte è circoscritto ai motivi attinenti alla giurisdizione (C. 12/14258, C. 10/24301), la relativa questione può insorgere soltanto con riferimento al potere giurisdizionale esercitato in relazione alla contestata statuizione sulla revocazione (C. 08/20600).

Da ciò consegue che il ricorso con il quale venga denunciato un rifiuto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo (come si sarebbe verificato nel caso in esame) può rientrare nell'ambito della previsione contenuta nell'art. 362 c.p.c. soltanto se il rifiuto sia stato determinato dall'affermata estraneità alle attribuzioni giurisdizionali dello stesso giudice della domanda, che pertanto non può essere da lui conosciuta. Nella fattispecie oggetto di giudizio, viceversa, la declaratoria di inammissibilità del ricorso per revocazione è stata motivata con il rilievo che l'errore denunciato, anche ove esistente, non ricadrebbe comunque sui fatti prospettati dalle parti, ma sarebbe al contrario imputabile ad una inadeguata valutazione del Collegio giudicante. Ne consegue che, essendo intervenuto il diniego di tutela non già in ragione di un ravvisato ostacolo alla conoscibilità della domanda, ma per effetto di interpretazione di norme invocate a sostegno della pretesa, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile.

La ricorrente, soccombente, va infine condannata al pagamento delle spese processuali sostenute dalla parte costituita, liquidate in dispositivo.

PQM

Dichiara inammissibile il ricorso e condanna la Messina Costruzioni s.r.l., in proprio e quale capogruppo della costituenda ATI con la Generali Iacopelli s.r.l. e la No Problem Parking s.r.l. al pagamento delle spese processuali del giudizio di legittimità, liquidate in Euro 5.200, cui Euro 5.000 per compensi professionali, oltre agli accessori di legge.

Così deciso in Roma, il 15 gennaio 2013.

Depositato in Cancelleria il 8 febbraio 2013

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. ROVELLI Luigi Antonio - Primo Presidente f.f. -
Dott. SALME' Giuseppe - Presidente di Sez. -
Dott. RORDORF Renato - Presidente di Sez. -
Dott. RAGONESI Vittorio - Consigliere -
Dott. MAZZACANE Vincenzo - Consigliere -
Dott. VIVALDI Roberta - Consigliere -
Dott. NAPOLETANO Giuseppe - Consigliere -
Dott. AMBROSIO Annamaria - Consigliere -
Dott. DI IASI Camilla - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 21710-2013 proposto da:

SILCA S.R.L., in persona del legale rappresentante pro-tempore,
elettivamente domiciliata in ROMA, VIA MARIA CRISTINA 8, presso lo
studio dell'avvocato GOBBI GOFFREDO, che la rappresenta e; difende
unitamente all'avvocato MARIANI MARINI ALARICO, per delega a margine
del ricorso;

- ricorrente -

contro

ICM S.N.C., in persona del legale rappresentante pro tempore,
elettivamente domiciliata in ROMA, VIA G. MAZZINI 11, presso lo
studio dell'avvocato DI RIENZO PASQUALE, che la rappresenta e
all'avvocato FESTA EMILIO, per Relega a margine del controricorso;

- controricorrente -

e contro

A.N.A.S. S.P.A., COMUNE DI FOLIGNO, PROVINCIA DI PERUGIA;

- intimati -

avverso la sentenza n. 940/2013 del CONSIGLIO DI STATO, depositata il
15/02/2013;

udita la relazione della causa volta nella pubblica udienza del
02/12/2014 dal Consigliere Dott. CAMILLA DI IASI;

uditi gli avvocati Alarico MARINI RIENZO, Emilio FESTA;

udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott. APICE Umberto,
che ha concluso ricorso.

RITENUTO IN FATTO

IMC s.n.c, subentrata a Energia Petroli 2000 s.r.l. nella gestione di un impianto di
distribuzione carburanti, chiese ed ottenne dal Comune di Foligno l'autorizzazione alla

riattivazione dell'impianto previa ristrutturazione, nonché dall'ANAS la voltura della concessione già esistente in favore di EP 2000 s.r.l. Silca s.r.l., titolare di stazione di servizio nel Comune di Spello, sita a circa due chilometri di distanza dalla stazione IMC, impugnò i suddetti provvedimenti dinanzi al TAR, che accolse il ricorso.

Il Consiglio di Stato, in accoglimento dell'appello proposto da IMC, ha affermato il difetto di legittimazione di Silca, non essendo astrattamente configurabile alcuna posizione di interesse legittimo in capo alla suddetta società. In particolare il C.d.S. ha affermato che la disciplina nazionale in materia di impianti di carburante è stata sottoposta ad un severo scrutinio da parte del giudice comunitario, essendo stato l'art. 43 CE - letto in combinato con l'art. 48 CE (ora rispettivamente artt. 49 e 54 TFUE) - interpretato nel senso che una normativa prevedente -Come quella italiana statale e regionale - limitazioni alle distanze tra impianti di distribuzione di carburante, costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento sancita dal Trattato e viola pertanto le norme sulla concorrenza previste a livello comunitario.

Inoltre, con specifico riguardo all'interesse di Silca "a pretendere il rispetto da parte dell'operatore concorrente di tutte le disposizioni di legge che regolano l'attività esercitata"(affermato dal TAR), il Consiglio di Stato ha in particolare precisato che, secondo i parametri comunitari, la concorrenza non è di per sé fattore legittimante quando è preordinata ad inibire l'esercizio della medesima attività da parte di altri operatori, aggiungendo che l'omesso rispetto della normativa di settore non sostanzia un interesse autonomamente apprezzabile in capo a Silca (che non sia sostanzialmente identificabile con la limitazione della concorrenza), posto che la suddetta omissione non influisce in alcun modo sull'attività svolta da Silca ma riguarda unicamente l'adeguatezza dell'impianto di ICM sotto alcuni specifici profili di sicurezza pubblica, la cui verifica è affidata alla competenza esclusiva dell'ANAS. Per la cassazione di questa sentenza Silca s.r.l. ricorre nei confronti di Anas s.p.a., Imc s.n.c., Comune di Foligno e Provincia di Perugia, successivamente depositando memoria. Imc resiste con controricorso.

Diritto

CONSIDERATO IN DIRITTO

Deducendo "violazione degli artt. 1, 2, 6, 7, 9 e 11 c.p.a., dei principi generali e delle disposizioni di cui agli artt. 103 e 111 Cost., dell'art. 44 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. e degli artt. 6 e 13 della CEDU, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 1", la ricorrente rileva innanzitutto che la decisione del C.d.S. si fonderebbe sulla erronea convinzione che nella specie la questione proposta al giudice amministrativo riguardi le distanze tra impianti di distribuzione, mentre essa riguarderebbe la distanza tra l'uscita degli impianti e gli svincoli stradali - essendo stata denunciata la legittimità delle autorizzazioni rilasciate a IMC ai sensi dell'art. 21 delle norme tecniche approvate dall'ANAS - nonché la lunghezza dell'aiuola spartitraffico ai sensi dell'art. 49 delle stesse norme tecniche. La ricorrente sostiene inoltre che, escludendo la legittimazione attiva della società ricorrente, il C.d.S. avrebbe negato in assoluto la tutela concreta ed effettiva dell'interesse dedotto in giudizio (consistente nella pretesa che la libertà di concorrenza venga esercitata nel rispetto delle

norme poste a tutela dell'interesse pubblico), onde il difetto di legittimazione affermato in capo alla odierna ricorrente si risolverebbe in un diniego assoluto di tutela effettiva degli interessi del tipo di quello concretamente dedotto in giudizio. La censura è inammissibile.

Giova innanzitutto premettere (solo ai fini della necessaria precisione) che il ricorso in esame deve intendersi proposto ai sensi dell'art. 362 c.p.c., comma 1 (norma prevedente l'ipotesi di ricorso per motivi attinenti alla giurisdizione proposto avverso le decisioni - in grado d'appello o in unico grado - di un giudice speciale) e non ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 1, norma invocata dalla ricorrente e riguardante la diversa ipotesi di impugnazione per motivi attinenti alla giurisdizione proposta avverso le sentenze pronunciate (in grado d'appello o in unico grado) dal giudice ordinario. E' ancora da rilevare che non risponde al vero che la decisione del C.d.S. si fonda esclusivamente sulla (asseritamente) erronea premessa che la questione proposta riguardi soltanto un problema di distanze tra impianti, in quanto, come già sopra specificato, il suddetto giudice ha comunque preso in considerazione la denuncia del mancato rispetto della normativa di settore. E' infine ulteriormente da precisare che - a differenza di quanto sembra voler lasciare intendere parte ricorrente nell'invocare la giurisprudenza sul rifiuto di giurisdizione - il C.d.S. non ha affatto affermato che la domanda proposta non avrebbe mai potuto avere tutela, ma ha precisato che, con riguardo al denunciato mancato rispetto della normativa di settore, non è nella specie apprezzabile un autonomo interesse di Silca (che non sia identificabile con quello di limitare la concorrenza, come tale in sé non meritevole di tutela alla stregua della richiamata giurisprudenza comunitaria) in quanto le presunte violazioni della normativa di settore da parte di ICM non incidono in alcun modo sull'attività svolta da Silca ma si riferiscono soltanto all'adeguatezza dell'impianto di ICM sotto specifici profili di sicurezza pubblica. Il C.d.S. ha dunque esaminato in tutti i suoi aspetti la domanda proposta ed ha motivatamente dichiarato l'inammissibilità del ricorso introduttivo di Silca per difetto di legittimazione.

La questione nei termini di rifiuto di giurisdizione risulta pertanto mal posta, non venendo nella specie in considerazione il principio secondo il quale la questione di giurisdizione si presenta non solo quando sia in discussione la circostanza che essa spetti al giudice cui la parte si è rivolta - in quanto solo al medesimo compete di provvedere - ma anche allorché si debba stabilire se, in base alla norma attributiva della giurisdizione, ricorrano le condizioni alla cui presenza il giudice abbia il dovere di esercitarla (v. in proposito su n. 30254 del 2008, seguita tra le altre da su n. 2065 del 2011 e n. 15428 del 2012).

La giurisprudenza di queste sezioni unite ha infatti in proposito chiarito che il ricorso col quale venga denunciato un rifiuto di giurisdizione da parte del giudice amministrativo rientra fra i motivi attinenti alla giurisdizione, ai sensi dell'art. 362 c.p.c., soltanto se il rifiuto sia stato determinato dalla affermata estraneità della domanda alle attribuzioni giurisdizionali dello stesso giudice, che non possa per questo essere da lui conosciuta (v. su n. 3037 del 2013), onde l'evoluzione del concetto di giurisdizione nel senso di strumento per la tutela effettiva delle parti comunque non giustifica il ricorso avverso le sentenze del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 111 Cost., comma 8, quando non si verta in ipotesi di aprioristico diniego di giustizia (cfr. su n. 10294 del 2012), ma la tutela giurisdizionale si

assuma negata dal giudice speciale in conseguenza di errori in iudicando o in procedendo che si prospettino dal medesimo commessi in relazione allo specifico caso (cfr. anche su n. 771 del 2014), dovendo aggiungersi che la giurisprudenza di queste sezioni unite, con riguardo al sindacato sulle decisioni del Consiglio di Stato per motivi inerenti alla giurisdizione, ha chiarito che è configurabile l'eccesso di potere giurisdizionale con riferimento alle regole del processo amministrativo solo nel caso di radicale stravolgimento delle norme di rito, tale da implicare un evidente diniego di giustizia (v. tra le altre Su n. 15428 del 2012).

Peraltro, ove anche il problema si ponesse eventualmente in relazione alla interpretazione della giurisprudenza comunitaria (alla quale in ipotesi potrebbe essere stata data una lettura estensiva), l'eventuale erroneità della decisione sul punto non la renderebbe perciò solo sindacabile in questa sede (v. tra le altre su n. 2242 del 2015, secondo la quale il controllo del limite esterno della giurisdizione - che l'art. 111 Cost., comma 8, affida alla Corte di cassazione - non include il sindacato sulle scelte ermeneutiche del giudice amministrativo, suscettibili di comportare errori "in iudicando" o "in procedendo" per contrasto con il diritto dell'Unione europea, salva l'ipotesi, "estrema", in cui l'errore si sia tradotto in una interpretazione delle norme europee di riferimento in contrasto con quelle fornite dalla Corte di Giustizia Europea, sì da precludere l'accesso alla tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo).

Il ricorso deve essere pertanto dichiarato inammissibile e la soccombente deve essere conseguentemente condannata alle spese del presente giudizio liquidate come in dispositivo.

Deve darsi atto che la resistente nel controricorso, ritenendo che vi sia stato abuso del processo da parte della Silca, che ha chiesto la condanna ai sensi dell'art. 96 c.p.c., comma 3.

In proposito occorre preliminarmente rilevare che il risarcimento per responsabilità aggravata, di cui all'art. 96 c.p.c., comma 3, può essere richiesto dalle parti o riconosciuto d'ufficio dal giudice - con condanna del soccombente al pagamento di somma determinata anche in via equitativa - pure nel giudizio di legittimità, essendo stato abrogato, dalla L. n. 69 del 2009, art. 46, comma 20, il comma 3 dell'art. 385 c.p.c. già previsto per tale giudizio e fondato sui medesimi presupposti dell'art. 96 comma 3 citato (v. cass. n. 4925 del 2013).

Tanto premesso, il collegio ritiene di dare continuità alla giurisprudenza di questo giudice di legittimità formatasi in ordine all'art. 385 c.p.c., comma 3 (prima) ed all'art. 96 c.p.c., comma 3 (poi), secondo la quale la condanna in esame, avendo natura sanzionatoria ed officiosa, presuppone la mala fede o colpa grave della parte soccombente (v. cass. n. 3003 del 2014), anche perchè agire in giudizio per far valere una pretesa che si rivela infondata non è condotta di per sè rimproverabile (v. tra le altre cass. n. 21570 del 2012), e non è perciò sufficiente ai fini della condanna in questione la mera infondatezza, anche manifesta, delle tesi prospettate (v. tra le altre cass. n. 22812 del 2013).

In particolare, secondo la citata giurisprudenza, non è configurabile abuso del processo ogni volta che la parte agisca o resista in giudizio in maniera anche palesemente infondata, configurandosi invece il suddetto abuso solo quando, in evidente violazione dei canoni

generali di correttezza e buona fede, nonché di lealtà processuale e del giusto processo, il processo venga utilizzato a fini dilatori ovvero per ottenere un beneficio connesso alla sua pendenza, in assenza di intenti diversi dall'uso strumentale ed opportunistico del suddetto processo, ovvero quando venga esercitato nel processo il proprio diritto in forme eccedenti o devianti rispetto alla tutela dell'interesse sostanziale (v. tra le altre cass. n. 1271 del 2014 in materia tributaria e con riguardo ad impugnazione finalizzata al solo scopo di preconstituersi il presupposto per fruire di un condono, ovvero tra le altre cass. n. 3207 del 2012 in tema di equa riparazione).

Nella specie non ricorrono i suddetti presupposti, non risultando alcun elemento (al di là della mera inammissibilità dell'impugnazione) per affermare che Silca abbia proposto la suddetta impugnazione in mala fede o con colpa grave e comunque al solo fine di strumentalizzare il processo in vista di un interesse diverso rispetto a quello conseguibile in caso di accoglimento della impugnazione medesima, pertanto non sussistono i presupposti per l'invocata condanna ai sensi dell'art. 96 c.p.c., comma 3.

PQM

La Corte a sezioni unite dichiara inammissibile il ricorso e condanna la ricorrente alle spese del presente giudizio che si liquidano in Euro 8.000,00 oltre Euro 200,00 per esborsi, spese forfettarie nella misura del 15% ed accessori di legge, dandosi atto ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso a norma del comma 1 bis, medesimo art..

Così deciso in Roma, il 2 dicembre 2014.

Depositato in Cancelleria il 1 aprile 2015

Fonti: Diritto & Giustizia 2017, 7 luglio (nota di: Stefano Calvetti)

Classificazione: CASSAZIONE CIVILE - Motivi di ricorso - - vizi di motivazione

Il vizio di motivazione di cui alla nuova disciplina dell'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., prevede che la sentenza può essere impugnata, in sede di legittimità, non più per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia, bensì nei ben più ristretti limiti dell'omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti.

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RORDORF Renato	- Primo Presidente f.f. -
Dott. AMOROSO Giovanni	- Presidente di Sezione -
Dott. VIVALDI Roberta	- Presidente di Sezione -
Dott. CAMPANILE Pietro	- Consigliere -
Dott. D'ANTONIO Enrica	- Consigliere -
Dott. CHINDEMI Domenico	- rel. Consigliere -
Dott. DE CHIARA Carlo	- Consigliere -
Dott. DE STEFANO Franco	- Consigliere -
Dott. GIUSTI Alberto	- Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 1552/2017 proposto da:

F.M., elettivamente domiciliata in ROMA, VIA CASSIODORO 1/A, presso lo studio dell'avvocato GIULIANO SCARSELLI, che la rappresenta e difende unitamente all'avvocato ENZO GIUSEPPE MARIA SARLI;

- ricorrente -

contro

CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI (OMISSIS), PROCURATORE GENERALE PRESSO LA CORTE DI CASSAZIONE;

- intimati -

avverso la sentenza 327/2016 del CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE, depositata il 12/10/2016;

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 06/06/2017 dal Consigliere Dott. DOMENICO CHINDEMI;

udito il Pubblico Ministero, in persona dell'Avvocato Generale Dott. RICCARDO FUZIO, che ha concluso per il rigetto del primo, secondo e quarto motivo, accoglimento del terzo;

udito l'avvocato Giuliano Scarselli.

Fatto

Il Consiglio dell'ordine degli avvocati di (OMISSIS) (COA) comminava all'avv. F.M. la sanzione disciplinare della radiazione, confermata a seguito di ricorso dell'interessata al Consiglio Nazionale Forense" per avere trattenuto indebitamente la somma di Euro 98.496,39, destinata alla sua cliente sig.ra Carmela Pace, versandole la minor somma di Euro 103.957,00, a fronte della somma di Euro 197.953,39 percepita dalla compagnia di assicurazione in forza di una sentenza del Tribunale di Bari, all'esito di una causa per risarcimento danni promossa dal padre, nelle more deceduto.

L'interessata proponeva ricorso per Cassazione affidato a 4 motivi e presentava memoria; gli intimati non svolgevano attività difensiva.

Diritto

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo viene eccepita la violazione del principio di pregiudizialità penale per la mancata sospensione del procedimento disciplinare sino alla definizione del procedimento penale avendo ad oggetto i due procedimenti i medesimi fatti; con il secondo motivo viene dedotta la violazione del R.D. n. 17 del 1934, artt. 48, 49 e 50, e dell'art. 149 c.p.c., e art. 24 Cost., per non avere rilevato il COA territoriale e poi il CNF la nullità del procedimento di primo grado per avere consentito la partecipazione dell'esponente e del suo difensore, quali parti, all'udienza del 28.2.2014, sentendoli poi in qualità di testi alla successiva udienza del 19.6.2014; con il terzo motivo si lamenta la violazione degli artt. 113, 115 e 227 c.p.c., anche ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5, per la sproporzione tra la sanzione comminata e il comportamento complessivamente tenuto dalla ricorrente nel corso della vicenda; con l'ultimo motivo si deduce omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, oggetto di discussione tra le parti non avendo considerato il CNF che le somme di cui si controverte non erano state oggetto di appropriazione indebita da parte dell'incolpata e non erano destinate ad appannaggio esclusivo dell'avv. F. essendo stato il co-difensore avv. R.F.G. solo parzialmente ricompensato per l'opera prestata.

Il primo motivo è infondato.

Questa Corte ha ripetutamente affermato che "in tema di procedimento disciplinare nei confronti di avvocati, per effetto della modifica dell'art. 653 c.p.p., disposta dalla L. 27 marzo 2001, n. 97, art. 1, qualora l'addebito abbia ad oggetto gli stessi fatti contestati in sede penale, si impone la sospensione del giudizio disciplinare in pendenza del procedimento penale, ai sensi dell'art. 295 c.p.c.. Tale sospensione si esaurisce con il passaggio in giudicato della sentenza che definisce il procedimento penale, senza che la ripresa di quello disciplinare innanzi al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati sia soggetta a termine di decadenza" (Cass. ord. n. 21827 del 2015, Cass., S.U., n. 11409 del 2014; Cass., S.U., n. 16169 del 2011).

Ai fini della valutazione della sussistenza di un rapporto di pregiudizialità tra il procedimento penale e quello disciplinare a carico di un avvocato, riguardanti entrambi i medesimi fatti, e quindi per la sussistenza dell'obbligo di sospensione del secondo fino alla definizione del primo, è, tuttavia, necessaria la contestazione dei fatti all'imputato nel

procedimento penale; solo quando sia avvenuta la contestazione di un reato e il destinatario abbia acquisito la qualità di imputato, "il Consiglio Nazionale Forense deve necessariamente verificare la sussistenza dei presupposti per la sospensione del procedimento disciplinare, procedendo ad una deliberazione in ordine alla effettiva identità esistente tra le condotte contestate in sede penale e quelle oggetto del procedimento sottoposto alla sua cognizione" (Cass., S.U., n. 5991 del 2012).

L'elemento che appare qualificante ai fini della valutazione di pregiudizialità del procedimento penale rispetto a quello disciplinare è dato dunque dall'avvenuta contestazione, in sede penale, di un fatto reato sovrapponibile a quello oggetto di accertamento in sede disciplinare. Non quindi il concreto esercizio dell'azione penale, ma la contestazione di un reato. mentre nella fattispecie in esame è ammesso dalla stessa ricorrente che non ricorre tale evenienza e che la stessa "non subiva alcun procedimento penale per i fatti in questione" (pag. 2 memoria).

E', quindi, ammissibile, nel caso di specie la comminatoria di una sanzione disciplinare sulla base di una valutazione d'incompatibilità dell'addebito con l'esercizio della professione.

2. E' fondato il quarto motivo, assorbente del secondo e terzo.

Il vizio di motivazione denunciato deve trovare inquadramento nella nuova disciplina dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, come introdotta dal D.L. n. 83 del 2012, convertito con modificazioni nella legge 134/12 (sentenza di appello pubblicata dopo l'11 settembre 2012); disciplina in base alla quale la sentenza può essere impugnata, in sede di legittimità, non più per "omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia" (previgente formulazione dell'art. 360, n. 5, in esame), bensì nei ben più ristretti limiti dell'"omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti".

Il CNF ha individuato le seguenti condotte che hanno portato alla sanzione disciplinare inflitta all'avv. F.: a) ha trattenuto presso di se ingenti somme di pertinenza della cliente, omettendo di restituirle alla cliente che ne faceva richiesta; b) si è impegnata di fronte al Consiglio dell'ordine in sede disciplinare alla restituzione (quantomeno parziale) di quanto percepito, senza poi adempiere, invocando una malattia (della durata di 10 giorni) ed iniziando invece in pari tempo una causa di accertamento sull'effettiva debenza della somma avanti il tribunale di Bari;c) ha investito le somme in un buono di risparmio a se intestato, sottoponendole un vincolo di indisponibilità sino al 25/4/2016, allorchè l'esponente, resasi conto che non vi sarebbe stata spontanea restituzione, ha minacciato un'azione cautelare a propria tutela; d) ha moltiplicato le iniziative giudiziarie al fine di paralizzare le richieste dell'esponente. Tali fatti, al giudizio del CNF consentono di "ritenere che la ricorrente abbia posto in essere un sistematico disegno volto deludere il proprio obbligo di restituzione, in piena violazione, anzi tradendo il rapporto fiduciario con la cliente. Ciò....- aggiunge il CNF - fa ritenere congrua sanzione irrogata dal COA territoriale", aggiungendo che "la valutazione non muta anche a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice deontologico, avvenuto lo scorso 16 dicembre 2014".

Con riferimento all'apparato sanzionatorio, ispirato alla tendenziale tipizzazione delle sanzioni, è prevista nel nuovo codice deontologico, una disciplina analiticamente

strutturata negli artt. 20 e 21, che consente di rapportare la sanzione alle condizioni soggettive dell'incolpato e alle circostanze in cui si sono realizzati i fatti contestati.

Il CNF con riferimento a tali principi, ha applicato la sanzione della radiazione, omettendo, tuttavia, di valutare, ai fini della considerazione della "gravità" della condotta, la sussistenza o meno dell'appropriazione indebita aggravata, anche in considerazione della circostanza che la professionista non è stata sottoposta a procedimento penale per i fatti contestati in sede disciplinare.

Non è stato valutato, nella scelta della sanzione, il pignoramento della somma in contestazione presso terzi, reso possibile dal mancato occultamento della somma da parte dell'avv. F. che aveva dichiarato dove si trovava il denaro.

Tali fatti storici andranno esaminati dal CNF ai fini della scelta della sanzione disciplinare da comminare.

I fatti asseritamente non valutati (mancato rilievo da parte del giudice penale del fatto reato e sussistenza o meno dell'appropriazione indebita) anche alla luce dei rilievi emersi, rientrano nel paradigma di quelli riconducibili alla dedotta violazione di omessa motivazione di un fatto decisivo per il giudizio oggetto di contraddittorio tra le parti, attenendo alla valutazione della gravità della condotta e ripercuotendosi sull'entità della pena comminata.

L'obliterazione di tale elementi è inoltre decisiva potendo condurre ad una diversa decisione in ordine alla sanzione irrogabile, in quanto concretantesi nella l'obiettiva carenza, nel complesso della medesima sentenza, del procedimento logico che ha indotto il CNF a comminare la sanzione più grave della radiazione.

Va, quindi, rigettato il primo motivo di ricorso, accolto il quarto, assorbiti il secondo e terzo, cassata la sentenza impugnata, con rinvio al Consiglio Nazionale Forense per nuovo esame. Quanto alle spese, si ritiene che le stese debbano essere dichiarate irripetibili, tenuto conto della natura del presente giudizio.

PQM

rigetta il primo motivo di ricorso, accoglie il quarto, assorbiti il secondo e terzo, cassa la sentenza impugnata, con rinvio al Consiglio Nazionale Forense per nuovo esame.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio delle Sezioni Unite Civili, il 6 giugno 2017.

Depositato in Cancelleria il 6 luglio 2017