

GIURISPRUDENZA ITALIANA

edicolaprofessionale.com/giurit

dal 1849

Aprile 2016

Direzione

Adolfo Angeletti - Sergio Chiarloni
Benedetto Conforti - Claudio Consolo
Gastone Cottino - Francesco Palazzo
Mattia Persiani - Pietro Rescigno
Giorgio Spangher - Francesco Tesauro

Nullità ed equilibrio economico nel contratto
Azione sociale di responsabilità e prescrizione
Malattia professionale e danno tanatologico
Motivazione delle ordinanze cautelari personali

Percorsi di giurisprudenza

L'art. 603 c.p.p. dopo Dan c. Moldavia: un *casebook*

Dottrina e attualità giuridiche

Legge fallimentare e codice civile: prove di dialogo

Prode Editore S.p.A. - sede in viale della Repubblica, 10 - 00187 Roma - Tel. 06/47812004 - n. verde 800 20 20 20 - e-mail: info@prodeeditore.it - www.prodeeditore.it - ISSN 1120-3297



 Wolters Kluwer

UTET
GIURIDICA

degli altri e, dunque, ingiustificate disparità di trattamento (punto 7.3. della motivazione).

Ben vero è – secondo il Consiglio di Stato – che il principio della maturazione dei requisiti sino alla data di scadenza della presentazione della domanda non rappresenta un principio assoluto e inderogabile, ma è anche vero che le eventuali eccezioni al principio in parola devono avere carattere residuale ed essere supportate da adeguate giustificazioni e motivazioni che, nel caso in esame, non sono rinvenibili.

Pertanto il Collegio ribalta il verdetto di primo grado e dispone l'annullamento della clausola del bando che aveva

sancito l'esclusione dalla procedura della ricorrente in primo grado.

Gli effetti. Per effetto della decisione in rassegna viene chiarito che l'art. 2, 7° comma, D.P.R. n. 487/1994 (Regolamento sull'accesso ai pubblici impieghi), laddove prevede che i requisiti di partecipazione a una procedura selettiva possono essere acquisiti sino alla data ultima per l'invio della domanda, costituisce espressione di un principio generale la cui valenza non risulta limitata alle sole procedure concorsuali in senso proprio.

Oneri di sicurezza aziendale e “sospensione impropria” del giudizio

Consiglio di Stato, Sez. V, 3 marzo 2016, n. 886 – Pres. Severini – Est. Maggio – Consorzio Triveneto Rocciatori – Comune di Sala Consilina

Processo amministrativo – Sospensione del giudizio nelle more della decisione che un Giudice sovranazionale adotterà nell'ambito di un diverso giudizio (c.d. “sospensione impropria”) – Fattispecie

La questione: è possibile che le Sezioni semplici del Consiglio di Stato dispongano la c.d. “sospensione impropria” del giudizio laddove nell'ambito di un diverso giudizio sia stata sollevata una questione per rinvio pregiudiziale ex art. 267 del TFUE (ma in relazione a un principio di diritto su cui si sia già pronunciata l'Ad. plen. ai sensi dell'art. 99 del c.p.a.)?

Il fatto. Il Consorzio Triveneto Rocciatori (CTR) partecipa a una gara di appalto indetta dal Comune di Sala Consilina (SA) per la realizzazione di alcuni interventi di sistemazione idrogeologica e si classifica al secondo posto della graduatoria finale, dietro la soc. Egel s.r.l.

L'aggiudicazione viene impugnata in giudizio dal CTR il quale lamenta, fra l'altro, che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non aver puntualmente indicato in sede di domanda di partecipazione gli oneri per la sicurezza cc.dd. “interni o aziendali”.

Nel costituirsi in giudizio in primo grado anche la Egel lamenta che la ricorrente CTR avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per mancata indicazione di tali oneri (il che paleserebbe la carenza in capo alla stessa CTR della legittimazione e dell'interesse al ricorso).

Il T.A.R. di Salerno respinge il ricorso di primo grado in quanto infondato e dichiara quindi improcedibile il ricorso incidentale proposto dalla prima classificata per sopravvenuta carenza di interesse alla sua coltivazione.

La sentenza in questione viene impugnata in appello dalla CTR la quale ripropone, in particolare, il motivo escludente (invero, articolato da entrambe le imprese in gara) secondo cui l'altra concorrente avrebbe dovuto essere esclusa per mancata indicazione degli oneri per la sicurezza cc.dd. “interni o aziendali”.

La decisione. La prima questione che i Giudici di Palazzo Spada si trovano ad affrontare riguarda il rilievo da riconoscere alla questione (evidentemente centrale ai fini del decidere) della mancata indicazione in sede di domanda di partecipazione degli oneri per la sicurezza interni.

Come è noto, fra il 2015 e il 2016 la questione ha conosciuto importanti sviluppi in giurisprudenza che qui di seguito vengono sinteticamente richiamati:

– con la sentenza n. 3/2015 l'Ad. plen. (innovando rispetto a un pregresso, prevalente orientamento) ha stabilito che la mancata indicazione di tali oneri comporta comun-

que l'esclusione del concorrente, anche se non contemplata in modo espresso dalla *lex specialis* ed anche nel settore dei servizi e delle forniture (non richiamati in modo espresso dall'art. 87, 4° comma del “Codice dei contratti”);

– con la sentenza n. 9/2015, poi, l'Ad. plen. ha chiarito che i principi di diritto espressi con la precedente decisione si applicano anche alle procedure di gara già indette prima della pronuncia n. 3/2015;

– fra la fine del 2015 e i primi mesi del 2016 alcuni T.A.R. – evidentemente non persuasi delle conclusioni cui è pervenuta sul punto l'Ad. plen. – hanno rimesso alla CGUE la questione interpretativa circa la conformità dell'ordinamento nazionale (inteso come sistema normativo e giurisprudenziale) in tema di esclusione dalla gara per violazione degli obblighi dichiarativi, per possibile violazione dei principi eurounitari di proporzionalità, certezza del diritto e del *favor participationis* (T.A.R. Piemonte, ord. n. 1745/2015; T.A.R. Napoli, ord. n. 451/2016).

A questo punto dell'evoluzione della questione si innesta la decisione rimessa ai Giudici di Palazzo Spada e risolta con la decisione in rassegna.

In particolare, il Collegio era chiamato a decidere:

– se aderire comunque alla prospettazione offerta dall'Ad. plen. (e tanto, alla luce dell'art. 99, 3° comma, c.p.a., secondo cui “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”);

– ovvero se sollevare una questione pregiudiziale dinanzi alla CGUE ai sensi dell'art. 267 del Trattato di Roma;

– ovvero ancora se disporre una “sospensione impropria” del giudizio in attesa della decisione della Corte di Lussemburgo sull'analogo rinvio pregiudiziale già disposto da alcuni TT.aa.rr.

Con l'ordinanza in questione, il Cons. Stato opta per la terza delle opzioni in campo e ritiene di sospendere il giudizio in attesa della decisione da parte della CGUE circa la

compatibilità UE del sistema (normativo e giurisprudenziale) italiano in tema di esclusione dalle gare per violazione degli oneri dichiarativi sugli oneri di sicurezza cc.dd. "interni o aziendali".

Nella sintetica ma chiara motivazione si legge che la questione di recente rimessa alla CGUE da alcuni Tribunali amministrativi regionali "appare rilevante e inerente ai fini del presente giudizio e che pertanto questo, per evidenti ragioni di certezza del diritto e sicurezza giuridica, non può essere ragionevolmente definito prima che sia stata pubblicata la relativa decisione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea".

Si tratta di una decisione chiara nella sua *ratio* ispiratrice e probabilmente opportuna, ma il cui esito non risultava affatto scontato alla luce del richiamato art. 99, 3° comma, c.p.a. il quale non consente alle Sezioni semplici del Consiglio di Stato di risolvere i punti di diritto sottoposti al proprio esame in modo difforme rispetto a quanto già statuito dall'Ad. plen.

Ci si domanda al riguardo: *i*) se il principio in questione valga anche nel caso in cui la divergenza di vedute riguardi un possibile contrasto con il diritto UE; *ii*) se anche la decisione (per così dire: di tipo prudenziale) di adottare

una "sospensione impropria" nelle more di una decisione della CGUE nell'ambito di altro giudizio sottenda – sia pure in modo solo implicito – una non condivisione dei principi di diritto già enunciati dall'Ad. plen.

È qui appena il caso di osservare che la CGUE è di recente intervenuta sulla questione e ha stabilito che l'Ordinamento UE osta a una normativa processuale (quale quella italiana in tema di rimessione all'Ad. Plen. del Cons. di Stato) la quale impedisca a un Organo di ultima istanza – quali le Sezioni semplici del Cons. di Stato – di adire direttamente la Corte di Lussemburgo in via pregiudiziale laddove non condivida il principio di diritto espresso dall'Ad. Plen., imponendo invece che la Sezione semplice rimetta la questione all'Organo nomofilattico (sentenza 5 aprile 2016 in causa C-689/13).

Gli effetti. Per effetto della decisione in rassegna, il giudizio di appello resta sospeso fino alla pronuncia da parte della CGUE circa la compatibilità del sistema (normativo e giurisprudenziale) nazionale in tema di esclusione dalle pubbliche gare per mancata indicazione in sede di domanda degli oneri per la sicurezza cc.dd. "interni o aziendali".

Requisiti di onorabilità per l'esercizio dell'attività bancaria e principio di irretroattività

Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 marzo 2016, n. 882 – Pres. Caringella – Est. Giovagnoli – Berlusconi – Banca d'Italia

Leggi, decreti e regolamenti – Divieto di retroattività in ambito extrapenale – Insussistenza di un fondamento costituzionale – Riferibilità a principi di carattere generale – Possibilità di eccezioni – Fattispecie

La questione: è possibile ammettere l'applicazione di fatto retroattiva di una disposizione che abbia introdotto nuovi requisiti di onorabilità per l'esercizio di specifiche attività economiche (nel caso di specie: detenzione di partecipazioni nell'ambito di Società di Partecipazione Finanziaria Mista – SPFM –)?

Il fatto. Sin dal 1996 Silvio Berlusconi acquisisce, per il tramite della *holding* Fininvest, una partecipazione qualificata pari ad oltre il 30 per cento del capitale in Banca Mediolanum s.p.a. (una Società di Partecipazione Finanziaria Mista – SPFM –).

Nel 1998 entra in vigore il D.M. n. 144/1998 (attuativo dell'art. 63 del T.U. bancario n. 385/1993) secondo cui chi detiene in una Banca partecipazioni che superino una determinata "soglia di rilevanza", laddove venga condannato per reati di una certa gravità, si vede preclusi alcuni diritti propri dell'azionista.

In realtà, il D.M. in questione non incide inizialmente sulla posizione del dott. Berlusconi *sia* perché la sua portata è limitata a chi esercita attività bancaria (e non anche a chi detiene quote di SPFM), *sia* perché in questa fase egli non risulta ancora colpito da condanne in sede penale.

Il 1° agosto 2013, tuttavia, diviene irrevocabile la condanna del Silvio Berlusconi a quattro anni di reclusione per un reato di matrice tributaria.

Nell'aprile del 2014 entra in vigore il D.L. n. 53/2014 il quale: *i*) recepisce la Dir. 2011/89/UE in tema di estensione alle SPFM della disciplina in tema di vigilanza prudenziale sugli enti creditizi; *ii*) modifica il T.U. bancario del 1993 sui requisiti reputazionali e di onorabilità che deve possedere chi detiene partecipazioni bancarie che superino una "soglia di rilevanza"; *iii*) rende applicabili anche alle SPFM le disposizioni di cui all'art. 63 TUB e di cui al D.M.

144/1998, con conseguente obbligo – a carico di chi ha riportato condanne per reati gravi – di dismettere le partecipazioni nelle SPFM che superino la "soglia di rilevanza" del 9,99 per cento.

Con il provvedimento in data 7 ottobre 2014 (impugnato in primo grado) la Banca d'Italia: *a*) accerta la perdita in capo a Silvio Berlusconi dei requisiti reputazionali e di onorabilità necessari per detenere partecipazioni rilevanti in una SPFM; *b*) applica nei suoi confronti delle misure di cui al TUB, artt. 25 e 63 e di cui al D.M. n. 144/1998 (con particolare riguardo all'obbligo di alienare le quote eccedenti il 9,99 per cento del capitale della SPFM Mediolanum).

Con sentenza n. 7966/2015 il T.A.R. del Lazio respinge il ricorso proposto dall'interessato il quale interpone appello dinanzi al Consiglio di Stato.

La decisione. Il Consiglio di Stato accoglie il ricorso proposto da Silvio Berlusconi e annulla il provvedimento della Banca d'Italia che aveva imposto l'alienazione delle partecipazioni in Banca Mediolanum eccedenti il 9,99 per cento del capitale.

Dopo aver superato alcune eccezioni in rito il Collegio riforma la sentenza di primo grado per la parte in cui era stata disposta l'estromissione del giudizio di Fininvest (secondo il T.A.R. risultava ostativo il fatto che la società in questione, pur essendo destinataria diretta del provvedi-