

ANNO LII - N. 1-4

Spedizione in abbonamento postale 70% - Filiale di Roma

GENNAIO-DICEMBRE 2000



RASSEGNA
AVVOCATURA
DELLO STATO

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO

ROMA 2001

Progetto grafico dell'architetto CAROLINA VACCARO.

ANNO LII - N. 1-4

GENNAIO-DICEMBRE 2000

RASSEGNA
AVVOCATURA
DELLO STATO

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE DI SERVIZIO

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO

ROMA 2001

ABBONAMENTI ANNO 2001

	ITALIA	ESTERO
ABBONAMENTO ANNUO	L. 80.000	L. 150.000
	€ 41,32	€ 77,47
UN NUMERO SEPARATO	» 23.000	» 40.000
	€ 11,88	€ 20,66

Prezzi doppi, tripli, quadrupli ecc. per tutti quei fascicoli che, stampati in unico volume, sostituiscono altrettanti numeri della prevista periodicità annuale.

Per abbonamenti e acquisti rivolgersi a:

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO
Funzione Editoria

P.zza Verdi, 10 – 00198 Roma

Tel. 0685084127 - 0685082307

Fax 0685084117

E-mail: editoriale@ipzs.it

c/c postale n. 387001

Stampato in Italia – Printed in Italy

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

(3219079) Roma, 2001 – Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato – P.V.

INDICE

Parte prima: GIURISPRUDENZA

Sezione prima:	GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE (a cura di Ignazio Francesco Caramazza)	pag.	3
Sezione seconda:	GIURISPRUDENZA COMUNITARIA E INTERNAZIONALE (a cura di Oscar Fiumara)	»	91
Sezione terza:	GIURISPRUDENZA DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE (a cura di Sergio Laporta)	»	183
Sezione quarta:	GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA (a cura di Raffaele Tamiozzo)	»	220
Sezione quinta:	GIURISPRUDENZA TRIBUTARIA (a cura di Giancarlo Mandò)	»	243
Sezione sesta:	GIURISPRUDENZA PENALE (a cura di Paolo di Tarsia di Belmonte)	»	343

Parte seconda: DOTTRINA - OSSERVATORIO LEGISLATIVO OSSERVATORIO GIURIDICO SU INTERNET RASSEGNA BIBLIOGRAFICA - CONSULTAZIONI

DOTTRINA	pag.	3
OSSERVATORIO LEGISLATIVO	»	41
OSSERVATORIO GIURIDICO SU INTERNET	»	53
CONSULTAZIONI	»	61

Comitato di redazione: C. Aiello - F. Basilica - R. de Felice -
P. Gentili - D. Giacobbe - G. Mangia - G. Palmieri -
P. Palmieri - G.P. Polizzi - F. Quadri - F. Sclafani - L. Ventrella

Hanno collaborato inoltre al presente numero: Giuseppe Albenzio -
Ivo Maria Braguglia - Lorenzo Capaldo - Tommaso Capezzone -
Gabriella D'Avanzo - Massimo Giannuzzi - Paola Lombardo -
Luigi Mazzella - Giancarlo Pampanelli - Laura Paolucci -
Carmela Pluchino - Paola Maria Zerman

La pubblicazione è diretta da
OSCAR FIUMARA

ARTICOLI, NOTE, DOTTRINA, RECENSIONI

I.M. BRAGUGLIA, <i>La tutela dei vini di qualità prodotti in una regione determinata: l'imbottigliamento nella regione di produzione</i>	I, 162
L. CAPALDO, <i>Condotta antisindacale: pronuncia di mero accertamento e condanna in futuro</i>	I, 207
I.F. CARAMAZZA, <i>Epilogo di un conflitto fra potere politico e potere giudiziario in tema di segreto di Stato</i>	I, 39
I.F. CARAMAZZA, <i>Equiordinazione dei poteri nei conflitti dinanzi alla Corte</i>	I, 25
R. DE FELICE, <i>Interessi impliciti in operazioni finanziarie</i>	I, 297
R. DE FELICE, <i>Onere della prova e poteri officiosi del giudice tributario alla luce del suo compito fondamentale</i>	I, 338
R. DE FELICE, <i>Onere probatorio del privato e del fisco nel procedimento e nel processo di rimborso</i>	I, 288
R. DE FELICE, <i>Una impropria applicazione del Trattato Cee</i>	I, 304
O. FIUMARA, <i>Comunicazione dei dati personali per far valere o difendere un diritto: il titolare del diritto di marchio e l'importazione di merci contraffatte o usurpative</i>	I, 98
O. FIUMARA, <i>La pratica della reimpostazione nel servizio postale universale</i>	I, 114
O. FIUMARA, <i>Le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee dell'anno 2000 in cause cui ha partecipato l'Italia</i>	I, 91
M. GIANNUZZI, <i>In tema di ius superveniens e riparazione per ingiusta detenzione</i> ..	I, 356
M. GIANNUZZI, <i>L'ultrattività del codice di procedura penale del 1930, tra disposizioni transitorie e di attuazione del codice di procedura penale del 1968 e principio costituzionale del giusto processo</i>	I, 361
P. LOMBARDO, <i>Osservazioni in tema di continenza, pregiudizialità e sospensione necessaria nel nuovo rito tributario</i>	I, 315
L. MAZZELLA, <i>Ancora in tema di responsabilità per danni da fumo</i>	I, 211
G. PAMPANELLI, <i>Le S.U. della Suprema Corte sanciscono l'irrogabilità della sanzione prevista dall'art. 9 della legge n. 146/1990 per sciopero in violazione della c.d. ordinanza di precettazione senza preventiva contestazione dell'infrazione</i> ..	I, 187
L. PAOLUCCI, <i>Azione cautelare e decisione di merito</i>	II, 3
C. PLUCHINO, <i>La banda della Uno bianca: l'interruzione del rapporto organico escluso ogni responsabilità della Pubblica Amministrazione</i>	I, 344
F. QUADRI, <i>Cittadini provenienti da paesi terzi e diritto di stabilimento</i>	I, 151
F. SCLAFANI, <i>Alcune riflessioni sul nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000, n. 205</i>	I, 11
F. SCLAFANI, <i>Il TAR del Lazio come giudice nazionale della concorrenza</i>	II, 19
P.M. ZERMAN, <i>La natura giuridica dell'Ente Scuola in relazione al patrocinio dell'Avvocatura dello Stato</i>	II, 32

PARTE PRIMA

INDICE ANALITICO - ALFABETICO DELLA GIURISPRUDENZA

ACCERTAMENTO

- Atti di amministrazione fiscale estera - Valutazione - Necessità, 273.
- Redditi di capitale - Utili - Di società di capitali con base societaria ristretta e familiare - Distribuzione in nero degli utili non contabilizzati ai soci - Presumibilità, 273.
- Spese non contabilizzate - Indeducibilità - Abrogazione della relativa norma - Retroattività, 333.
- Spese non contabilizzate - Onere della prova - Del contribuente, 333.

ARBITRATO

- Lodo - Impugnazione di nullità - *Iudicium rescindens* - Omissione - Effetti, 196.

COMUNITÀ EUROPEE

- Biotecnologia - Organismi geneticamente modificati - Procedimento per l'emissione deliberata nell'ambiente - Fase nazionale e fase comunitaria, 128.
- Biotecnologia - Organismi geneticamente modificati - Procedimento per l'emissione deliberata nell'ambiente - Validità della decisione favorevole della Commissione - Competenza della Corte di giustizia, 129.
- Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale - Competenza esclusiva in materia di affitto di immobili - Ambito di applicazione, 106.
- Corte di Giustizia delle Comunità europee - Rinvio pregiudiziale - Nozione di giurisdizione di uno degli Stati membri - Corte dei conti - Controllo successivo sulla gestione dell'ANAS - Procedimento di natura non giurisdizionale, 102.
- Diritto di stabilimento e di soggiorno - Associazione CEE - Turchia - Effetto diretto, con nota di F. QUADRI, 150.
- Impresa pubblica - Servizio postale - Reimpostazione immateriale - Applicazione delle tariffe nazionali dello Stato di distribuzione della posta - Limiti, con nota di O. FIUMARA, 113.
- Libera circolazione dei lavoratori - Regole di concorrenza applicabili alle imprese - Giocatori professionisti di pallacanestro -

Regolamenti sportivi relativi al trasferimento di giocatori provenienti da altri Stati membri, 138.

- Libera circolazione delle merci - Esportazioni - Vini di qualità prodotti in una regione determinata - Denominazioni di origine - Obbligo di imbottigliamento nella regione di produzione - Giustificazione - Conseguenze di una precedente pronuncia pregiudiziale, con nota di I.M. BRAGAGLIA, 162.
- Libera circolazione delle merci - Mercii contraffatte o usurpative - Comunicazione dei dati personali del dichiarante o del destinatario delle merci al titolare del diritto di marchio - Limiti, con nota di O. FIUMARA, 98.
- Libera prestazione dei servizi - Regole di concorrenza applicabili alle imprese - Judoka - Normative sportive che prevedono contingenti nazionali e procedure di selezione da parte delle federazioni nazionali per la partecipazione a tornei internazionali, 137.

CONCORSO

- Esami a posti di notaio - Prova di preselezione informatica - Mancato superamento - Domanda cautelare - Insussistenza del *fumus iuris* - Ammissione con riserva alle prove scritte del concorso - Accoglimento, 228.

CONTENZIOSO

- Definizione agevolata - Avvisi di liquidazione per imposta di registro - Esito di procedimento *ex art. 12, d.l. 70/88* - Definibilità - Esclusione, 336.
- Nuovo rito - Divieto di sospensione del processo tributario - Questioni pregiudiziali rimesse ad altro giudice tributario - Sospensione necessaria - Opera, con nota di P. LOMBARDO, 314.
- Poteri del giudice - Integrazione delle prove offerte dalle parti - Doverosità - Doveri di ricostruire l'imponibile quale giudice del rapporto - Doverosità - Necessaria motivazione in caso di non uso di tale potere integrativo, con nota di R. de FELICE, 338.

- Questioni preliminari - Lite su spettanza di esenzione decennale - Lite su rimborso delle imposte versate in uno dei dieci anni, nell'attesa del provvedimento di esenzione - Continenza reciproca, con nota di P. LOMBARDO, 314.

CONVENZIONI INTERNAZIONALI

- Doppia imposizione - Italia/Francia - *Redevances* o *royalties* - Corrisposte da impresa italiana a impresa francese - Imponibilità - Condizioni - Stabile organizzazione in Italia dell'impresa francese - Controllo quasi totalitario dell'impresa italiana - Natura di costo delle *redevances*, 281.
- Italia - Regno Unito di Gran Bretagna, Scozia e Irlanda del Nord - *Royalties* - Imponibilità - Sussistenza - Limiti: 8%, 278.
- Italia/USA - *Royalties* - Imponibilità ILOR nel regime della Convenzione del 1955 - Esclusione, con nota di R. de FELICE, 304.
- Italia/USA - *Royalties* a soggetti statunitensi - Esenzione - ILOR - Inapplicabilità, 250.

CORTE COSTITUZIONALE

- Conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato - Referendum abrogativi - Campagna referendaria 2000 - Informazione radiotelevisiva e comunicazione istituzionale sui quesiti referendari - Disciplina emessa, in attuazione della legge 2000, dalla Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi - Lamentato cattivo uso dei poteri spettanti alla Commissione - Insussistenza - Reiezione del ricorso, 61.
- Conflitto fra Provincia autonoma e Stato per atto emesso da Procuratore della Repubblica - Determinazione di non intervento del Presidente del Consiglio non preceduta da intesa con, o richiesta di parere al Procuratore - Conflitto fra poteri dello Stato sollevato dal Procuratore della Repubblica nei confronti del Presidente del Consiglio - Inammissibilità, con nota di I.F. CARAMAZZA, 24.
- Giudizio incidentale di costituzionalità - Legge regionale sulla consultazione delle popolazioni interessate in materia di modifica delle circoscrizioni comunali - Individuazione di tali popolazioni sulla base di criteri formali di mera localizzazione - Irragionevolezza - Illegittimità, 3.
- Ricorso per conflitto di attribuzioni - Provincia - Violazione delle attribuzioni provinciali da parte del Sostituto Procu-

ratore della Repubblica - Modalità di indagine - Legittimità parziale in funzione dell'antioriorità al reato - Lesione competenze provinciali per accertamenti successivi, 70.

ENTI PUBBLICI

- Cassa Depositi e Prestiti - È ente pubblico economico - Controversie relative al rapporto di lavoro del personale dipendente - Giurisdizione dell'A.G.O., 200.

ESPROPRIAZIONE PER PUBBLICA UTILITÀ

- Occupazione legittima - Indennità - Determinazione - Parametrazione su quella d'esproprio in concreto spettante, 198.
- Terreni occupati d'urgenza per esigenze militari - Qualificazione edificatoria dell'area espropriata - Momento di riferimento - È quello della disposta occupazione, 183.

GIURISDIZIONE

- Ingiunzione fiscale - Per IVA - Commissioni tributarie - Opposizione di terzo - *Idem*, 294.

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

- Servizi pubblici - Concessioni - Indennità, canoni e corrispettivi - Devoluzione della materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo - Questione di legittimità costituzionale per eccesso di delega legislativa - Fondatezza, con nota di F. SCLAFANI, 10.
- Servizi pubblici - Devoluzione della materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo - Definizione dell'oggetto della delega legislativa - Questione di legittimità costituzionale - Infondatezza, con nota di F. SCLAFANI, 10.
- Servizi pubblici - Devoluzione della materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo - Questione di legittimità costituzionale per eccesso di delega legislativa - Fondatezza, con nota di F. SCLAFANI, 10.

IMPIEGO PUBBLICO

- Dimissioni di dipendenti di istituti scolastici - Accettazione - Termine di sessanta giorni indicato dal D.M. 11 luglio 1991 n. 212 per l'accettazione delle dimissioni - Decorrenza - Non già dalla data di presentazione della domanda, ma dalla data in cui le dimissioni divengono irrevocabili, 224.

- Sindacati - Condotta antisindacale esaurita - Ricorso ex art. 28 legge 20 maggio 1970 n. 300 - Ammissibilità - Esclusione, con nota di L. CAPALDO, 207.
- Svolgimento di fatto di mansioni superiori - Rilevanza - Criteri, 220.

LAVORO

- Ordinanza di precettazione prevista dall'art. 8 della legge 12 giugno 1990, n. 146 - Violazione da parte del lavoratore tenuto all'ottemperanza - Relativa sanzione pecuniaria contemplata dall'art. 9 della legge n. 146/90 - Necessità di contestazione dell'infrazione prima della irrogazione della sanzione ex art. 14 della legge 24 novembre 1981 n. 689 - Esclusione, con nota di G. PAMPANELLI, 186.

MISURE DI PREVENZIONE ANTIFAMFIA

- Divieti e decadenze - Posizione del convivente - Presunzione a suo carico - Contrasto con principi di diritto alla difesa, di libertà di iniziativa economica - Presunzione di non colpevolezza - Possibilità prova contraria - Non fondatezza della questione, 66.

ORDINAMENTO GIUDIZIARIO

- Procedimento disciplinare a carico di magistrati - Esclusione della facoltà del magistrato di farsi difendere da un legale del libero foro - Violazione delle garanzie difensive del magistrato - Illegittimità costituzionale *in parte qua*, 56.
- Perquisizione dei detenuti - Limiti - Tutela giurisdizionale - Onere motivazione - Obbligo documentazione attività e motivazioni, 78.
- Perquisizione dei detenuti - Residua libertà personale dei detenuti - Garanzie giurisdizionali - Restrizioni implicate dallo stato di detenzione, 78.

POSTE E RADIOTELECOMUNICAZIONI

- Dismissione terza rete - Concessioni televisive per trasmissioni codificate in ambito nazionale - Cessione - Esclusione - Disattivazione - Legittimità, 230.

PROCEDURA PENALE

- Connessione tra il procedimento concernente il reato di strage/disastro aviatorio e quello relativo al reato di alto tradimento, ex art. 45, nn. 1-2 del c.p.p. del 1930 -

Giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria - Sussistenza, con nota di M. GIANNUZZI, 360.

- Istanza di correzione di errore materiale proposta per la declaratoria della falsità di un atto pubblico - Convertibilità nell'incidente di esecuzione ex art. 675 c.p.p., 353.
- Modificazione dell'art. 111 Cost., per effetto dell'entrata in vigore della legge costituzionale n. 2/99 - Abrogazione implicita delle norme del c.p.p. del 1930 - Esclusione, con nota di M. GIANNUZZI, 360.
- Procedimenti che proseguono con le norme anteriormente vigenti - Connessione tra il procedimento concernente reati, poi definiti con sentenza istruttoria, contestati a diversi imputati a seguito di emissione di mandato di comparizione da parte del giudice istruttore, e quello per il reato di alto tradimento, contestato successivamente al 24 ottobre 1989, quanto meno a titolo di connessione probatoria - Sussistenza, con nota di M. GIANNUZZI, 359.
- Procedimenti che proseguono con le norme anteriormente vigenti - Connessione tra il reato di alto tradimento commesso in Roma ed il delitto di strage in ordine al quale è competente altra autorità giudiziaria - Sentenza di non doversi procedere in ordine al reato di strage - Rilevanza della connessione ai fini della determinazione della competenza territoriale per il reato di alto tradimento - Esclusione - Competenza territoriale dell'autorità giudiziaria romana, 376.
- Procedimenti che proseguono con le norme anteriormente vigenti - Deposito di note peritali successivamente alla scadenza del termine concesso alla difesa per l'esame degli atti - Nullità delle note peritali - Assenza di dipendenza sostanziale dell'ordinanza di rinvio a giudizio da tali note peritali - Trasmissibilità della nullità delle note peritali all'ordinanza di rinvio a giudizio - Esclusione, con nota di M. Giannuzzi, 360.
- Procedimenti che proseguono con le norme anteriormente vigenti - Formazione del fascicolo per il dibattimento - Ingresso in tale fascicolo di tutti gli atti trasmessi al giudice del dibattimento dal giudice istruttore, 376.
- Procedimenti che proseguono con le norme anteriormente vigenti - Mancato rispetto del termine per il deposito nel fascicolo della Cancelleria - Nullità dell'ordinanza di rinvio a giudizio - Esclusione, 376.
- Procedimenti che proseguono con le norme anteriormente vigenti - Mancato rispetto

- del termine previsto dall'art. 242, comma 3, disp. att., per il deposito dell'ordinanza di rinvio a giudizio - Nullità - Esclusione, con nota di M. GIANNUZZI, 360.
- Procedimenti che proseguono con le norme anteriormente vigenti - Ordine di assunzione delle prove - Posposizione dell'interrogatorio dell'imputato all'audizione delle parti civili non indicate come testi - Assunzione della prova chiesta dall'accusa pubblica e privata, 376.
 - Procedimenti che proseguono con le norme anteriormente vigenti - Tecnica di conduzione dell'esame dei testi e dell'interrogatorio delle parti - Esame incrociato, seguito eventualmente da domande poste dal giudice, 376.
 - Procedimento concernente il reato di falsa testimonianza commesso in data successiva al 24 ottobre 1989 - Ultrattività del codice di procedura penale anteriormente vigente - Esclusione - Competenza del giudice istruttore - Esclusione - Ordinanza di rinvio a giudizio concernente tale reato - Nullità, con nota di M. GIANNUZZI, 359.
 - Questione di legittimità costituzionale dell'art. 242, 1° e 3° comma, disp. trans. per contrasto con l'art. 111 Cost. - Manifesta infondatezza ed irrilevanza, con nota di M. GIANNUZZI, 361.
 - Questione di legittimità costituzionale dell'art. 245 disp. trans. per contrasto con l'art. 111 Cost. - Manifesta infondatezza, con nota di M. GIANNUZZI, 360.
 - Questione di legittimità costituzionale dell'art. 386 c.p.p. del 1930, per contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost. - Manifesta infondatezza, con nota di M. GIANNUZZI, 360.
 - Riparazione per l'ingiusta detenzione - Limite massimo dell'entità della riparazione - Elevazione ad un miliardo, per effetto dell'entrata in vigore della legge n. 479/99 - Applicabilità dello *ius superveniens* ai procedimenti non definiti, con nota di M. GIANNUZZI, 356.
 - Sentenza di applicazione della pena su richiesta - Falsità materiale in atti pubblici - Omessa dichiarazione della falsità di un atto pubblico - Istanza di correzione di errore materiale - Inammissibilità, 353.
 - Sentenza di applicazione della pena su richiesta - Falsità materiale in atti pubblici - Omesso accertamento della difformità dal vero di un atto pubblico - Istanza di declaratoria della falsità dell'atto pubblico proposta mediante incidente di esecuzione - Infondatezza, 353.

PUBBLICITÀ E SPONSORIZZAZIONE A FAVORE DEI PRODOTTI DEL TABACCO

- Direttiva per il ravvicinamento delle disposizioni nazionali - Fondamento giuridico - Invalidità, 174.

REATO

- Previsto e punito dell'art. 77 c.p.m.p. - Rilevanza della qualità di militare solo *quoad poenam* - Natura di reato circostanziato rispetto a quello di attentato agli organi costituzionali - Esclusione - Autonomia del reato p.e.p. dall'art. 77 c.p.m.p., quale reato militare, rispetto a quello p.e.p. dall'art. 289 c.p., con nota di M. GIANNUZZI, 360.

RESPONSABILITÀ CIVILE

- Responsabilità diretta della Pubblica Amministrazione - Presupposti - Dipendenza organica e occasionalità necessaria, con nota di C. PLUCHINO, 344.
- Riferibilità alla P.A. del comportamento illecito del dipendente - Presupposti - Necessità di un collegamento concreto e sostanziale tra comportamento criminoso e mansioni affidate, con nota di C. PLUCHINO, 343.

RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

- Fatto illecito del dipendente - Deviazione dai fini istituzionali - Interruzione del rapporto organico - Criteri per l'accertamento - Fattispecie: agente di polizia, con nota di C. PLUCHINO, 343.
- Illegittima sospensione licenza di commercio - Risarcimento danni - Esclusione, 202.

RISARCIMENTO DEI DANNI DA FUMO

- Responsabilità del produttore di sigarette - Art. 2043 c.c. - Non sussiste più il comportamento determinante del danneggiato, con nota di L. MAZZELLA, 211.
- Responsabilità del produttore di sigarette - Art. 2050 c.c. - Non è attività pericolosa - Non sussiste responsabilità, con nota di L. MAZZELLA, 211.

SANITÀ

- Diritto alla salute - Danni da vaccinazione antiepatite B - Diritto all'indennizzo a partire dall'anno 1983 - Sussiste - Illegittimità *in parte qua*, 32.

- Diritto alla salute - Danni da vaccinazione obbligatoria, trasfusioni ed emoderivati - Diritto all'indennizzo - Liquidazione del danno biologico - Discrezionalità del legislatore - Infondatezza della questione, 33.
- Diritto alla salute - Danni irreversibili da epatiti post-trasfusionali - Diritto all'indennizzo - Assegno «*una tantum*» per il periodo tra il manifestarsi della malattia e l'ottenimento dell'indennizzo - Mancata previsione - Infondatezza della questione, 33.

SEGRETO DI STATO

- Opposizione e conferma del presidente del Consiglio - Conseguenti limiti al potere del pubblico ministero e del G.I.P., con nota di I.F. CARAMAZZA,

TRIBUTI (IN GENERALE)

- Contenzioso tributario - Impugnazioni - Ricorso per cassazione - Luogo di notifica della sentenza ai fini della decorrenza del termine breve - Art. 21, comma 1, legge 13 maggio 1999 n. 133 - Onere di notifica presso l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato competente *ex art. 11*, secondo comma R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611 - Efficacia retroattiva - Questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost. - Fondatezza *in parte qua*, 75.
- Rimborso - Interessi anatocistici - Spettano, 258.
- Riscossione - Ingiunzione fiscale - Istituzione dei concessionari della riscossione - Procedura esecutiva ingiunzionale, anteriore alla riforma - Applicabilità - Condizioni - Notifica dell'ingiunzione in data anteriore al 1 gennaio 1990, 293.

TRIBUTI DOGANALI

- Diritti di statistica e per i servizi amministrativi - Contrasto con il Trattato CEE - Azione di rimborso - Onere della prova - Bollette doganali indicate ma non prodotte dall'attore - Dovere di esibizione da parte della P.A. - Sussistenza, con nota di R. de FELICE, 288.

TRIBUTI ERARIALI DIRETTI

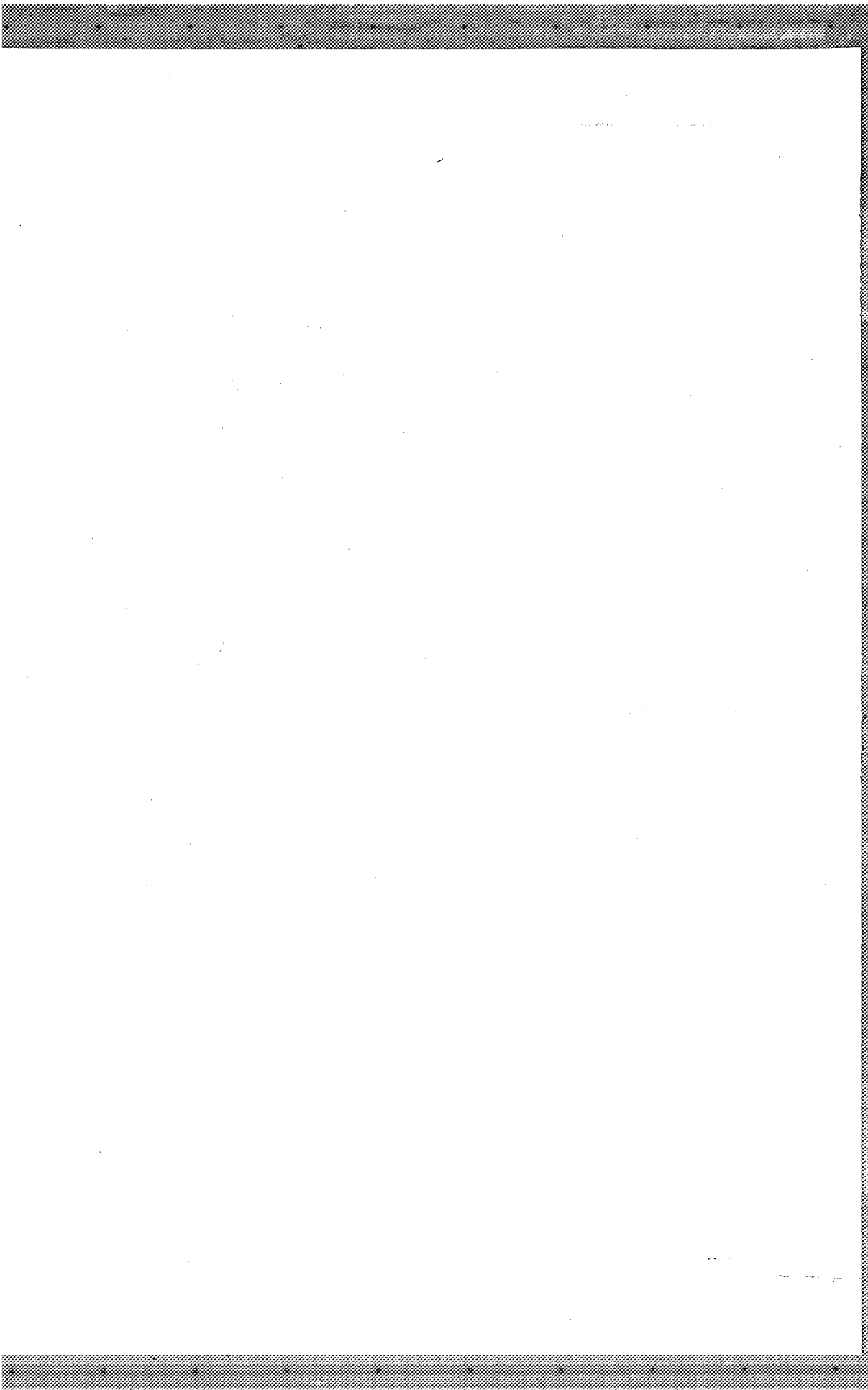
- IRPEF - Redditi diversi - Plusvalenze da esproprio - Percepito dopo il 31 dicembre

1991 in virtù di atti o provvedimenti anteriori al 31 dicembre 1988 - Imponibilità - Esclusione, 243.

- IRPEF - Redditi diversi - Plusvalenze da esproprio - Percepito dopo il 31 dicembre 1991 per titolo anteriore al 31 dicembre 1988 - Imponibilità, 329.
- IRPEG - Cessione di azienda per corrispettivo dilazionato - Cessione del relativo credito a prezzo molto inferiore - Perdita su crediti - Insussistenza - Natura di sconto finanziario - Deducibilità in più esercizi, con nota di R. de FELICE, 297.

TRIBUTI ERARIALI INDIRETTI

- Imposta di successione - Attivo - Diritto alla liquidazione della quota di una società semplice di cui era socio il defunto - Rettificabilità - Esclusione, 253.
- IVA - Detrazione - Canoni di *leasing* - Detrazione da parte del concedente - Mancata consegna del bene da parte del fornitore al concessionario, all'insaputa del concedente - Spettanza della detrazione - Insussistenza, 260.
- IVA - Obblighi del contribuente - Fatturazione - Irregolare - Obbligo di regolarizzazione - Fattispecie di erronea fatturazione come esente di prestazione imponibile - Obbligo di regolarizzazione - Esclusione, 255.
- IVA - Rettifica - Elementi - Ricarico calcolato sulla base di dichiarazioni delle parti accertate e dei cartellini dei prezzi - Legittimità, 286.
- IVA - Rettifica - Ispezione - Libri e documenti di cui è rifiutata l'esibizione - Utilizzabilità - Esclusione - Condizioni - Dolo - Necessità, 262.
- IVA - Riscossione - Ingiunzione - Opposizione - Poteri del giudice - Sospensione - Non sussiste, 294.
- Registro - Accertamento - Immobili - Valutazione - Stima Ute - Contenzioso - Poteri delle commissioni - Valutazione officiosa - Sussistenza, 284.
- Registro - Accertamento - Immobili non attribuiti di rendita catastale - Richiesta di valutazione automatica - Differenza tra il valore risultante dalla valutazione, dopo l'attribuzione di rendita, e quello dichiarato - Imposizione - Liquidazione - Definizione della lite *ex art. 2 quinquies d.l. 564/94* - Esclusione, 248.



INDICE CRONOLOGICO DELLA GIURISPRUDENZA

CORTE COSTITUZIONALE

7 aprile 2000, n. 94	pag.	3
17 luglio 2000, n. 292	»	10
20 luglio 2000, n. 309	»	24
9-16 ottobre 2000, n. 423	»	32
25 ottobre - 10 novembre 2000, n. 487	»	39
16 novembre 2000, n. 497	»	56
17 novembre 2000, n. 502	»	61
20 novembre 2000, n. 510	»	66
20 novembre 2000, n. 511	»	70
22 novembre 2000, n. 525	»	75
22 novembre 2000, n. 526	»	78

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE

Sez. 5 ^a , 14 ottobre 1999, nella causa C-223/98	pag.	98
<i>Plenum</i> , ordinanza 26 novembre 1999, nella causa C-192/98	»	102
Sez. 6 ^a , 27 gennaio 2000, nella causa C-8/98	»	106
<i>Plenum</i> , 10 febbraio 2000, nelle cause riunite C-147/97 e C-148/97	»	113
<i>Plenum</i> , 21 marzo 2000, nella causa C-6/99	»	128
<i>Plenum</i> , 11 aprile 2000, nelle cause riunite C-51/96 e C-191/97	»	137
Sez. 6 ^a , 13 aprile 2000, nella causa C-176/96	»	137
Sez. 6 ^a , 11 maggio 2000, nella causa C-37/98	»	150
<i>Plenum</i> , 16 maggio 2000, nella causa C-388/95	»	162
<i>Plenum</i> , 5 ottobre 2000, nella causa C-376/98	»	174
<i>Plenum</i> , 5 ottobre 2000, nella causa C-74/99	»	174

GIURISDIZIONI CIVILI

CORTE DI CASSAZIONE

Sez. I, 3 marzo 1999, n. 1764	pag.	183
Sez. I, 29 dicembre 1999, n. 14673	»	243
Sez. I, 5 gennaio 2000, n. 64	»	248
Sez. I, 25 gennaio 2000, n. 810	»	250
Sez. Tributaria, 28 gennaio 2000, n. 993	»	253
Sez. Tributaria, 18 febbraio 2000, n. 1841	»	255
Sez. Tributaria, 18 febbraio 2000, n. 1850	»	258
Sez. Tributaria, 18 febbraio 2000, n. 1851	»	260
S.U., 25 febbraio 2000, n. 45	»	262
Sez. Tributaria, 3 marzo 2000, n. 2390	»	273
Sez. Tributaria, 20 marzo 2000, n. 3251	»	278
Sez. Tributaria, 24 marzo 2000, n. 3547	»	281
Sez. Un., 30 marzo 2000, n. 66	»	186
Sez. Tributaria, 8 maggio 2000, n. 5776	»	284
Sez. Tributaria, 22 maggio 2000, n. 6631	»	286
Sez. Tributaria, 20 giugno 2000, n. 8340	»	288
Sez. Un., 12 ottobre 2000, n. 1092	»	293
Sez. Tributaria, 20 ottobre 2000, n. 13916	»	297
Sez. Tributaria, 28 ottobre 2000, n. 14253	»	304

Sez. Tributaria, 30 ottobre 2000, n. 14281	<i>pag.</i>	314
Sez. Tributaria, 6 novembre 2000, n. 14451	»	329
Sez. I, 9 novembre 2000, n. 14570	»	196
Sez. Tributaria, 15 dicembre 2000, n. 15888	»	333
Sez. I, 20 dicembre 2000, n. 16028	»	198
Sez. Un., 22 dicembre 2000, n. 1325	»	200
Sez. Tributaria, 22 dicembre 2000, n. 16091	»	336
Sez. Tributaria, 23 dicembre 2000, n. 16171	»	338

CORTE D'APPELLO DI FIRENZE

Sez. I, 4 dicembre 2000, n. 1992	<i>pag.</i>	202
--	-------------	-----

TRIBUNALE DI PORDENONE

25 ottobre 2000, n. 366	»	207
-------------------------------	---	-----

TRIBUNALE DI ROMA

Sez. II, 11 febbraio 2000, n. 4119	»	211
--	---	-----

GIURISDIZIONI AMMINISTRATIVE

CONSIGLIO DI STATO

Ad. Plen., 25 gennaio 2000, n. 10	<i>pag.</i>	220
Ad. Plen., 29 dicembre 2000, n. 17	»	224
Sez. IV, ordinanza 20 settembre 2000, n. 4647	»	228
Sez. VI, 10 novembre 2000, n. 6058	»	230

GIURISDIZIONI PENALI

CORTE DI CASSAZIONE

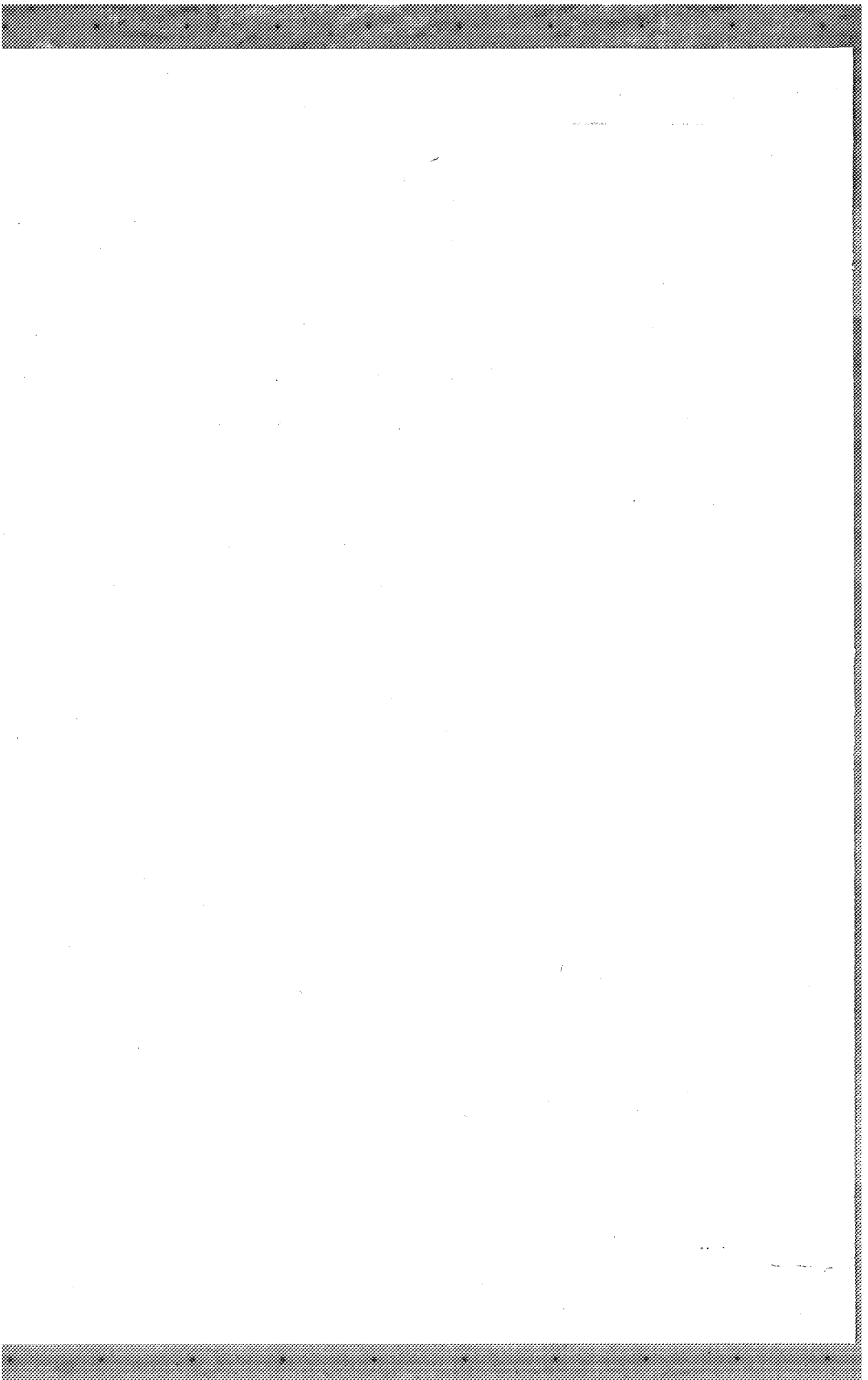
Sez. V pen., 2 febbraio 1999, n. 1386	<i>pag.</i>	343
Sez. I, 13 marzo 2000, n. 1830	»	353
Sez. IV, 22 giugno 2000, n. 3744	»	356
Sez. VI, 15 dicembre 2000, n. 1269	»	344

CORTE DI ASSISE DI ROMA

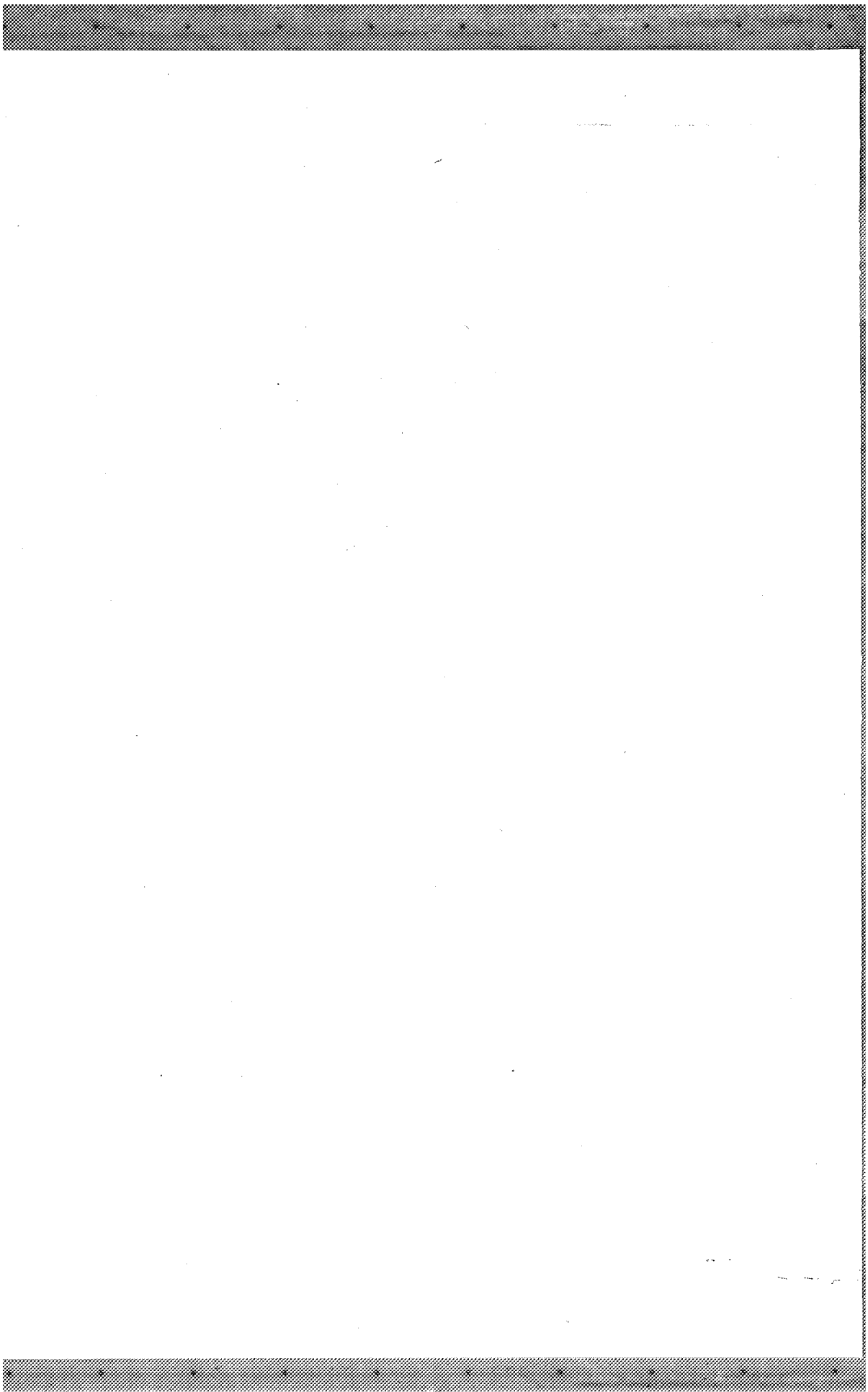
Sez. III, ordinanza emessa in data 1 dicembre 2000	<i>pag.</i>	359
Sez. III, ordinanza emessa in data 21 dicembre 2000	»	376

PARTE SECONDA

DOTTRINA	<i>pag.</i>	3
OSSERVATORIO LEGISLATIVO	»	41
OSSERVATORIO GIURIDICO SU INTERNET	»	53
CONSULTAZIONI	»	61



PARTE PRIMA



GIURISPRUDENZA

SEZIONE PRIMA

GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

CORTE COSTITUZIONALE, 7 aprile 2000 n. 94 - Pres. Guizzi - Red. Onida - Comune di Isola della Scala, Comune di Bovolone, Comune di Oppeano e Regione Veneto.

Giudizio incidentale di costituzionalità - Legge regionale sulla consultazione delle popolazioni interessate in materia di modifica delle circoscrizioni comunali - Individuazione di tali popolazioni sulla base di criteri formali di mera localizzazione - Irragionevolezza - Illegittimità.

(Cost., artt. 3, 133; legge reg. Veneto 24 dicembre 1992 n. 25, art. 6; legge reg. Veneto 21 aprile 1995, n. 37).

L'art. 6 della legge della Regione Veneto 24 dicembre 1992 n. 25, così come modificata dalla legge della Regione Veneto 30 settembre 1994 n. 61, che disciplina la partecipazione delle popolazioni interessate alla modifica delle circoscrizioni comunali ai sensi dell'art. 133 della Costituzione a mezzo di referendum, è illegittima per violazione degli artt. 3 e 133 della Costituzione nella parte in cui prevede che al referendum prenda parte l'intera popolazione dei Comuni di provenienza o di destinazione dei territori da trasferire, se il trasferimento riguarda almeno il 30% della popolazione o almeno il 10% del territorio rispettivo, e invece solo la popolazione residente nel territorio da trasferire per quei Comuni nei quali non si raggiungano le predette soglie di incidenza.

Nell'uso del potere discrezionale conferitogli dall'art. 133 della Costituzione per individuare le popolazioni chiamate ad esprimersi in materia il legislatore regionale deve infatti rispettare criteri di ragionevolezza; criteri che risultano violati da un meccanismo di tipo matematico ed inderogabile, quale quello nella specie adottato, che potrebbe comportare effetti irrazionali e distorsivi della volontà popolare (1).

(1) La sentenza in rassegna tocca delicati temi in materia di autodeterminazione e partecipazione nel quadro delle autonomie locali ed alla luce del principio cardine di ragionevolezza, riconducendo a sistema precedenti e parzialmente discordanti pronunce in materia di individuazione delle «popolazioni interessate» che debbono essere sentite nell'ambito del procedimento di modifica dei confini comunali.

Nella sentenza n. 453 del 1989 la Corte aveva, infatti, affermato che l'obbligo di consultazione riguarderebbe la «popolazione direttamente interessata», intesa come quella residente nelle aree destinate ad essere trasferite da un Comune all'altro, escludendo che potesse riconoscersi all'intera popolazione dei Comuni coinvolti «un interesse qualificato per intervenire in procedimenti di variazione che riguardano parti del territorio rispetto al quale essa non abbia alcun diretto collegamento».

(*omissis*)

1. — Le questioni, sollevate nel corso di un giudizio amministrativo nel quale sono contestati gli atti esecutivi di una variazione territoriale concernente tre Comuni della Provincia di Verona, disposta con la legge della Regione Veneto 21 aprile 1995, n. 37 (Modifica delle circoscrizioni territoriali dei comuni di Bovolone, Isola della Scala e Oppeano della Provincia di Verona), investono in primo luogo l'art. 6 della legge della Regione Veneto 24 dicembre 1992, n. 25 (Norme in materia di variazioni provinciali e comunali), così come modificato dagli artt. 3 e 4 della legge della Regione Veneto 30 settembre 1994, n. 61 (Modificazioni ed integrazioni alla legge regionale 24 dicembre 1992, n. 25), che disciplina la consultazione referendaria delle popolazioni interessate nell'ambito e ai fini di una procedura di variazione del territorio di Comuni; in secondo luogo, la stessa legge regionale n. 37 del 1995, sia in via consequenziale, in quanto approvata sulla base di una consultazione referendaria intervenuta secondo le previsioni dell'impugnato art. 6 della legge regionale n. 25 del 1992, sia, subordinatamente, in via autonoma per altri profili di illegittimità.

L'art. 6 della legge regionale n. 25 del 1992 prevede, al comma 1, che sulle proposte di variazione del territorio di Comuni — in particolare, per quanto qui interessa, di aggregazione di parti del territorio di uno o più Comuni a quello di un altro Comune — sia chiamata a pronunciarsi con *referendum* l'intera popolazione di ciascuno dei Comuni, coinvolti nella variazione in quanto destinati vuoi a cedere, vuoi ad acquisire parti di territorio, solo quando la proposta investa più del 30 per cento della popolazione ovvero più del 10 per cento del territorio del Comune medesimo; la sola popolazione, invece, residente nelle aree destinate al trasferimento, in quei Comuni per i quali dette soglie di popolazione o di territorio non siano raggiunte; al comma 2 stabilisce poi che si prescinde dal *referendum* quando il territorio oggetto del trasferimento sia disabitato e abbia una superficie inferiore alla predetta percentuale del 10 per cento. Nella specie cui si riferisce il giudizio *a quo*, riguardante una ipotesi di scorporo di parti del territorio da due Comuni (Isola della Scala e Oppea-

Nella sentenza n. 433 del 1995, invece, aveva statuito che «la regola generale direttamente ricavabile dall'art. 133, secondo comma, della Costituzione», esigerebbe «la consultazione di tutta la popolazione del Comune o dei Comuni le cui circoscrizioni devono subire modificazione», e che solo in «ipotesi particolari ed eccezionali», in base ad «una valutazione di elementi di fatto che dovrà effettuarsi caso per caso al momento di indire il referendum consultivo», potrebbe — con riguardo all'ipotesi di istituzione di nuovo Comune — «prescindersi dalla consultazione dell'intera popolazione del Comune da cui una o più frazioni chiedano di distaccarsi».

La sentenza in rassegna afferma il principio che l'individuazione della popolazione interessata è affidata alla discrezionalità del legislatore regionale, che spazia dal minimo essenziale delle popolazioni residenti nelle aree territoriali interessate al massimo della totalità delle popolazioni dei comuni coinvolti nella variazione. Il criterio di ragionevolezza esclude peraltro che tale discrezionalità possa esercitarsi mediante prefissione di criteri meramente automatici, quali l'estensione del territorio o l'entità numerica della popolazione interessata, ben potendo ipotizzarsi spostamenti di confine scarsamente rilevanti in termini di superficie o di popolazione ma estremamente importanti per l'intero comune, come ad esempio quando siano interessate aree oggettivamente modeste ma particolarmente importanti per la presenza in esse di infrastrutture di peculiare rilevanza.

I.F.C.

no) e di aggregazione delle medesime ad un terzo Comune (Bovolone), l'applicazione di tali regole ha portato a estendere la consultazione all'intera popolazione del Comune «cessionario» delle aree, la cui superficie complessiva (tenendo cioè conto di entrambi i Comuni cedenti) superava il 10 per cento del suo territorio preesistente; e a limitarla invece alle sole popolazioni residenti nelle aree da trasferire nei Comuni «cedenti», in ciascuno dei quali la superficie scorporata non superava il 10 per cento del rispettivo territorio.

Il disposto in questione è censurato dal remittente in quanto contemplerebbe «un meccanismo di tipo matematico ed inderogabile ai fini della determinazione del corpo elettorale chiamato ad esprimersi sull'ipotesi di aggregazione di una parte di territorio ad altro Comune», meccanismo che «nella sua materiale applicazione» comporterebbe «effetti irrazionali e distorsivi dell'autentica volontà popolare». La norma contrasterebbe, in primo luogo, con l'art. 133 della Costituzione, che secondo il giudice *a quo* prevederebbe come «popolazioni interessate» da consultare solo quelle che risiedono nelle aree interessate al mutamento di confini, e non la totalità delle popolazioni dei Comuni coinvolti. Contrasterebbe poi con gli articoli 5 e 128 della Costituzione, in quanto assicurerebbe immotivatamente la prevalenza della volontà del Comune «annettente» rispetto all'autonomia dei Comuni finitimi, e con gli articoli 3 e 97 della Costituzione, in quanto non sarebbe rispettata la parità del voto fra i soggetti coinvolti, e sarebbero alterati il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa deputata a preparare la consultazione referendaria e ad attuarne il risultato.

In via subordinata, il remittente censura la sola legge regionale n. 37 del 1995, che ha disposto la variazione territoriale per cui è giudizio, per contrasto con gli articoli 3, 97, 5, 128 e 133 della Costituzione, in quanto il procedimento preparatorio della medesima legge sarebbe stato caratterizzato da «elementi obiettivamente falsanti l'autentica volontà popolare e comunque miranti a surrettiziamente alterare il rapporto tra territorio e popolazione interessata al mutamento di confini e, quindi, a far appropriatamente scattare il meccanismo prestabilito» dall'art. 6 della legge regionale n. 25 del 1992 per la delimitazione della popolazione da consultare con il *referendum*. Il giudice *a quo* adduce il fatto che la individuazione della porzione di territorio soggetta allo scorporo sarebbe stata modificata dalla Giunta regionale a breve distanza di tempo; censura la mancanza di «serie indagini» sui fattori storici e culturali e sulle esigenze economiche e sociali a sostegno della proposta di variazione, nonché la carenza di motivazione sulla «meritevolezza» della variazione proposta, anche in rapporto ai pareri contrastanti dei Comuni interessati, il che sostanzierebbe anche una violazione delle regole del giusto procedimento e dunque un'ulteriore violazione dell'art. 97 della Costituzione; censura infine, alla luce dell'art. 97 e dell'art. 133 della Costituzione, la circostanza che la individuazione della popolazione interessata dal *referendum* sia avvenuta senza rispettare il termine per la convocazione della consultazione, stabilito dall'art. 25 della legge regionale n. 1 del 1973.

2. – Va preliminarmente dichiarata inammissibile la costituzione del Comune di Oppeano, in quanto il relativo atto è stato depositato oltre il termine perentorio stabilito dall'art. 25 della legge 11 marzo 1953, n. 87, computato secondo quanto prevede l'art. 3 delle norme integrative per i giudizi davanti a questa Corte (da ultimo, sentenza n. 379 del 1999).

3. — Devono, in primo luogo, essere disattese le eccezioni di inammissibilità sollevate dalla difesa del Comune di Bovolone.

Anzitutto, infatti, la circostanza che la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 della legge regionale n. 25 del 1992 potesse sollevarsi anche nel corso del giudizio instaurato per l'impugnazione di atti del procedimento referendario non toglie che essa sia stata utilmente sollevata nel successivo giudizio sugli atti di esecuzione della variazione territoriale già intervenuta, avendone il remittente motivato plausibilmente la rilevanza. L'opinione che il Tribunale amministrativo regionale manifesta circa il carattere non soddisfacente dell'indirizzo giurisprudenziale tendente ad escludere l'autonoma impugnabilità degli atti amministrativi che si inseriscono nel procedimento preparatorio della legge regionale di variazione, e l'irrituale richiesta che il medesimo Tribunale rivolge a questa Corte, in chiusura dell'ordinanza, di una pronuncia sulle modalità di ingresso di siffatte questioni di legittimità costituzionale, sono del tutto ininfluenti e prive di conseguenze in questo giudizio, per la cui legittima instaurazione è sufficiente il fatto che le questioni siano sorte nel corso di un giudizio, nell'ambito del quale esse risultino rilevanti.

Sotto un secondo profilo, viene eccepita la inammissibilità della questione relativa all'art. 6 della legge regionale n. 25 del 1992 per difetto di motivazione sulla non manifesta infondatezza e per l'esistenza di una sfera di discrezionalità legislativa, in quanto il remittente, chiedendo che la norma sia dichiarata illegittima nella parte in cui non consente di limitare la consultazione alle sole popolazioni direttamente interessate, cioè residenti nelle aree territoriali da trasferire, chiederebbe una pronuncia additiva in materia in cui non vi sarebbe una soluzione costituzionalmente obbligata, ma sussisterebbe invece discrezionalità legislativa. Ma, a parte la corretta individuazione del *thema decidendum*, di cui si dirà fra breve, una questione è ammissibile ogni volta che il giudice *a quo* dubiti della legittimità costituzionale di una norma, della quale affermi con motivazione congrua di dover fare applicazione: e ciò si verifica appunto nel caso presente, in cui il Tribunale amministrativo dubita della conformità alla Costituzione della norma di legge regionale sulla cui base è stata effettuata la consultazione delle popolazioni interessate in vista della variazione territoriale della cui attuazione si discute.

Nemmeno, infine, può accogliersi l'eccezione di inammissibilità che investe la questione relativa alla legge regionale n. 37 del 1995, sotto il profilo che la limitazione del *referendum* alle sole popolazioni direttamente interessate, quale chiesta dal remittente, condurrebbe alla conferma dell'esito già determinatosi, posto che la maggioranza della popolazione direttamente interessata — nel complesso dei due Comuni da cui è stata scorporata una parte di territorio — si è espressa a favore della variazione. La rilevanza della questione sussiste per il solo fatto che il procedimento di variazione territoriale si è compiuto sulla base di una consultazione referendaria attuata secondo le norme della cui legittimità costituzionale si dubita; a loro volta, le censure subordinate relative alla legge di variazione territoriale investono presunti profili di illegittimità della stessa indipendenti dall'orientamento concretamente manifestato nella consultazione dai vari gruppi di popolazione interpellati, e collegati fra l'altro alla individuazione, che si assume illegittimamente avvenuta, delle popolazioni stesse.

4. – Nel merito, occorre anzitutto definire l'oggetto della questione, che investe l'art. 6 della legge regionale n. 25 del 1992, e conseguenzialmente la legge regionale n. 37 del 1995.

Non può condividersi la tesi, avanzata dalla difesa del Comune di Bovolone, secondo cui la Corte dovrebbe limitarsi a decidere se «popolazioni interessate», per gli effetti dell'art. 133 della Costituzione, siano solo quelle residenti nelle aree territoriali che passerebbero da un Comune ad un altro, secondo la tesi del giudice *a quo*, e se quindi la legge regionale impugnata sia illegittima «per eccesso», non avendo limitato la consultazione a queste ultime popolazioni.

È vero che l'ordinanza di rimessione prospetta l'accennata tesi sull'interpretazione dell'art. 133 della Costituzione, mentre l'opposta tesi più estensiva, secondo cui interessate sarebbero le intere popolazioni dei Comuni coinvolti nella variazione, è sostenuta, nel presente giudizio ma anche nel giudizio *a quo*, dai Comuni ricorrenti; e che l'ordinanza presenta, sotto questo riguardo, aspetti di non totale chiarezza. Ma sta di fatto che la questione è sollevata, nel dispositivo dell'ordinanza, nei confronti dell'art. 6 della legge regionale n. 25 del 1992 senza ulteriori specificazioni, ed in riferimento agli articoli 3, 5, 97, 128 e 133 della Costituzione; che la censura del remittente muove dall'affermazione secondo cui il «meccanismo di tipo matematico ed inderogabile» cui fa riferimento la legge per individuare le popolazioni chiamate ad esprimersi nel *referendum* comporterebbe effetti irrazionali e distorsivi della volontà popolare; che secondo lo stesso remittente sarebbero violati gli articoli 5 e 128 della Costituzione per la immotivata prevalenza che verrebbe data alla volontà del Comune «annettente» rispetto all'autonomia dei Comuni finitimi, e sarebbe violata la parità del voto fra i soggetti coinvolti. Onde la Corte ritiene di intendere la questione proposta nel senso più ampio, comportante la valutazione della conformità o meno dell'art. 6 ai parametri costituzionali invocati, non limitata alla prospettazione interpretativa di questi ultimi accolta dal remittente. D'altronde, la delimitazione della questione, quale si desume dall'ordinanza di rimessione, discende dalla individuazione della norma denunciata e dei precetti costituzionali che si assumono violati: mentre la risposta da dare, in termini, se del caso, di accoglimento totale o parziale, semplice o «additivo», spetta alla Corte.

5. – La questione è fondata nei termini di seguito specificati.

Questa Corte ha avuto occasione, in passato, di pronunciarsi, in modo però non univoco, sul problema della individuazione delle «popolazioni interessate», che debbono essere sentite nell'ambito del procedimento di modifica dei confini comunali. Nella sentenza n. 453 del 1989, esaminando in generale la portata precettiva dell'art. 133, secondo comma, della Costituzione, si è affermato che l'obbligo di consultazione riguarderebbe la «popolazione direttamente interessata», intesa come quella residente nelle aree destinate ad essere trasferite da un Comune all'altro, escludendo che potesse riconoscersi all'intera popolazione dei Comuni coinvolti «un interesse qualificato per intervenire in procedimenti di variazione che riguardano parti del territorio rispetto al quale essa non abbia alcun diretto collegamento». Nella sentenza n. 433 del 1995, nel valutare la legittimità costituzionale di una disposizione di legge regionale che, nell'ipotesi di istituzione di un nuovo Comune, limitava la consultazione alla popolazione direttamente interessata, in quanto resi-

dente nella frazione o nelle frazioni da erigere in Comune autonomo, si è affermato invece che «la regola generale direttamente ricavabile dall'art. 133, secondo comma, della Costituzione», esigerebbe «la consultazione di tutta la popolazione del Comune o dei Comuni le cui circoscrizioni devono subire modificazione», e che solo in «ipotesi particolari ed eccezionali», in base ad «una valutazione di elementi di fatto che dovrà effettuarsi caso per caso al momento di indire il *referendum* consultivo», potrebbe — con riguardo all'ipotesi di istituzione di nuovo Comune — «prescindersi dalla consultazione dell'intera popolazione del Comune da cui una o più frazioni chiedano di distaccarsi».

La Corte ritiene necessario, al fine di puntualizzare l'interpretazione dell'art. 133, secondo comma, della Costituzione, prendere le mosse dal rilievo secondo cui le variazioni del territorio dei Comuni non solo sono espressamente demandate, dalla norma ora citata, a leggi regionali, ma rientrano altresì nella materia delle «circoscrizioni comunali», attribuita dall'art. 117 della Costituzione alla competenza legislativa delle Regioni. Il disposto dell'art. 133, secondo comma, e nell'ambito di questo la prescrizione dell'obbligo di sentire «le popolazioni interessate», costituisce naturalmente un vincolo nei confronti del legislatore regionale, al quale però spetta la competenza per definire, nel rispetto della Costituzione e dei principi fondamentali della legislazione statale, il procedimento che conduce alla variazione, e dunque anche i criteri di individuazione delle popolazioni interessate, la cui consultazione è in ogni caso obbligatoria.

Quali siano, nelle differenti ipotesi di istituzione di nuovi Comuni o di modifica delle circoscrizioni di Comuni esistenti, le «popolazioni interessate», l'art. 133 della Costituzione infatti non lo precisa: si può solo osservare che, essendo l'interesse che fonda l'obbligo di consultazione riferito direttamente alle popolazioni, e non agli enti territoriali (com'è del resto anche nell'art. 132, primo comma, a proposito della fusione o creazione di Regioni), si può escludere che l'ambito della consultazione debba *necessariamente* ed in ogni caso coincidere con la totalità della popolazione dei Comuni coinvolti nella variazione. Può ben essere che la consultazione debba avere siffatta estensione, ma non in forza di un vincolo costituzionale assoluto, bensì per la sussistenza di un interesse riferibile all'intera popolazione dei Comuni. È dunque inevitabile riconoscere, in materia, uno spazio al legislatore regionale, oltre che, eventualmente, al legislatore statale in sede di determinazione dei principi fondamentali. Uno spazio, naturalmente, limitato dalla *ratio* del precetto costituzionale che impone la consultazione.

Non è dunque di per sé illegittimo che la legge regionale detti criteri per individuare, nelle varie ipotesi, le popolazioni da consultare, in relazione al loro essere «interessate» alla variazione. Ma i criteri dovranno essere tali da non comportare la possibilità di una identificazione irragionevole delle popolazioni interpellate, in relazione alle circostanze e ai fattori che conducono ad individuare l'interesse su cui si fonda l'obbligo di consultazione. Soprattutto, detti criteri non potranno essere tali da condurre ad escludere dalla consultazione gruppi di popolazione per i quali non possa ragionevolmente ritenersi insussistente un interesse rispetto alla variazione territoriale proposta.

Da questo punto di vista, non potranno in primo luogo mai essere escluse dalla consultazione, com'è evidente, le popolazioni residenti nelle aree territoriali desti-

nate a passare ad un Comune diverso da quello di cui attualmente fanno parte: ed anzi la posizione particolarmente qualificata di tali popolazioni, direttamente interessate alla variazione, è tale che la volontà da esse espressa deve in ogni caso avere autonoma evidenza nel procedimento, così che il legislatore regionale ne debba tenere conto quando adotta la propria finale determinazione, componendo nella propria conclusiva valutazione discrezionale gli interessi sottesi alle valutazioni, eventualmente contrastanti, emersi nella consultazione.

I criteri per identificare le altre popolazioni, anch'esse interessate quantunque in modo meno diretto, e dunque da interpellare, nelle varie ipotesi di proposta di variazione territoriale, restano affidati alla determinazione del legislatore regionale. Quest'ultimo non può però, come si è detto, adottare criteri tali da escludere *a priori*, in modo automatico, popolazioni, residenti nei Comuni coinvolti dalla variazione (vuoi perché destinati a perdere territorio, vuoi perché destinati ad acquistarne), sulla base di elementi di per sé inidonei a comprovare ragionevolmente l'assenza di quell'interesse qualificato, al quale il principio dell'art. 133, secondo comma, ricollega l'obbligo di consultazione. Ed è indubbio — in ciò la Corte conferma l'orientamento generale espresso nella sentenza n. 433 del 1995 — che di regola anche le popolazioni dei Comuni coinvolti, residenti in aree diverse da quelle destinate al trasferimento, possono avere un interesse rispetto alla variazione, che va ad incidere sulla dimensione e sulla conformazione territoriale del Comune in cui esse insistono. Possono certamente configurarsi situazioni nelle quali l'esistenza di tale interesse può ragionevolmente escludersi: ma, appunto, l'esclusione deve fondarsi allora — tanto più quando sia sancita in astratto, senza riguardo alle singole proposte di variazione — su elementi sicuramente idonei a farne ritenere insussistente l'irragionevolezza.

6. — Sotto questo riguardo, non appare conforme al principio di cui all'art. 133, secondo comma, della Costituzione, il criterio adottato nell'art. 6, commi 1 e 2, della legge regionale impugnata, che esclude *a priori* dalla consultazione le popolazioni residenti nei Comuni coinvolti, diverse da quelle direttamente interessate, quando la variazione concerna aree che non raggiungono la soglia minima del 10 per cento della superficie totale del Comune o del 30 per cento della popolazione totale del Comune medesimo. La norma non tiene conto che la sottrazione ad un Comune di un'area territoriale, di superficie pur limitata, può avere una incidenza rilevante sugli interessi del comune medesimo e della relativa popolazione complessiva, ad esempio per la particolare conformazione del territorio o per la presenza, nell'area interessata, di infrastrutture o di funzioni territoriali di particolare rilievo per l'insieme dell'ente locale. Ancora, nel caso di operazioni di complessivo riaggiustamento territoriale, coinvolgenti più Comuni (come la riunificazione di un abitato suddiviso fra più Comuni in capo ad uno solo di essi, quale quella realizzatasi nella specie all'esame nel giudizio *a quo*), e che potrebbero astrattamente realizzarsi in modi diversi ed in capo a Comuni diversi, la norma in esame consente di attuarle dando preminente rilievo agli interessi del Comune al quale si propone l'aggregazione di più aree, rispetto agli interessi, eventualmente contrastanti, degli altri Comuni sul cui territorio si viene ad incidere.

In altri termini, le soglie minime rigide fissate dal legislatore del Veneto, al di sotto delle quali si esclude in ogni caso l'estensione della consultazione alle popo-

lazioni, non direttamente interessate, dei Comuni coinvolti, non concretano criteri tali da escludere ragionevolmente, per i soli Comuni in cui esse non sono raggiunte, la sussistenza dell'interesse qualificato che giustifica l'interpello delle popolazioni medesime.

7. – Deve pertanto dichiararsi la illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 133 e con l'art. 3 della Costituzione, dell'art. 6, commi 1 e 2, della legge regionale n. 25 del 1992: libero il legislatore regionale di sostituirvi un'altra previsione legislativa che detti criteri di individuazione delle popolazioni interessate alla variazione, esenti dal vizio qui rilevato.

La caducazione di detta norma comporta altresì, di conseguenza, la dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge regionale n. 37 del 1995, che ha disposto la variazione territoriale a seguito di un procedimento, nel cui ambito la consultazione delle popolazioni interessate è avvenuta in applicazione e in conformità della norma generale qui dichiarata illegittima.

Restano assorbite le ulteriori censure mosse sia all'art. 6 della legge regionale n. 25 del 1992, sia alla legge regionale n. 37 del 1995.

(omissis)

CORTE COSTITUZIONALE, 17 luglio 2000, n. 292 - Pres. Mirabelli - Red. Bile - S.r.l. s.r. M.E. (avv. Barcellona) - Presidente del Consiglio dei Ministri (avv. Stato Caramazza).

Giustizia amministrativa - Servizi pubblici - Devoluzione della materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo - Questione di legittimità costituzionale per eccesso di delega legislativa - Fondatezza.

(Cost., art. 76; legge 15 marzo 1997, n. 59, art. 11; d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 33).

Giustizia amministrativa - Servizi pubblici - Concessioni - Indennità, canoni e corrispettivi - Devoluzione della materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo - Questione di legittimità costituzionale per eccesso di delega legislativa - Fondatezza.

(Cost., art. 76; legge 6 dicembre 1971 n. 1034, art. 5; legge 15 marzo 1997 n. 59, art. 11; d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 33).

Giustizia amministrativa - Servizi pubblici - Devoluzione della materia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo - Definizione dell'oggetto della delega legislativa - Questione di legittimità costituzionale - Infondatezza.

(Cost., art. 76; legge 15 marzo 1997 n. 59, art. 11).

L'art. 33, primo e secondo comma, del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, è incostituzionale per eccesso di delega legislativa nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la materia dei pubblici servizi, anziché limitarsi ad estendere in tale materia la giurisdizione del giudice amministrativo

alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno, così come previsto dal legislatore delegante (1).

L'art. 33, terzo comma, del d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80 è incostituzionale per eccesso di delega legislativa nella parte in cui attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di indennità, canoni ed altri corrispettivi nelle concessioni di pubblici servizi, anziché limitarsi ad estendere in tale materia la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali così come previsto dal legislatore delegante (2).

È infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 11, quarto comma, lett. G), legge 15 marzo 1997 n. 59 nella parte in cui, riguardo all'estensione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici, non avrebbe sufficientemente definito l'oggetto della delega legislativa (3).

(1-3) Con una straordinaria tempestività il Parlamento è intervenuto immediatamente con la legge 21 luglio 2000 n. 205, a colmare il vuoto normativo conseguente all'annullamento dell'art. 33 d.lgs. 80/1998 da parte della Consulta.

Nel fare questo il legislatore non si è limitato a confermare il nuovo assetto del riparto di giurisdizione già previsto dall'art. 33 d.lgs. 80/1998 ma ha introdotto, come è noto, una radicale trasformazione del processo amministrativo sulla quale pubblichiamo il seguente contributo.

Alcune riflessioni sul nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000, n. 205.

1. - Premessa.

La legge 205/2000 pone numerosi dubbi interpretativi molti dei quali sono probabilmente destinati a rimanere aperti fino a quando l'esperienza concreta del processo — dove si faranno i conti con la realtà delle cose e soprattutto con un carico di lavoro che rimane di gran lunga superiore alle attuali possibilità di uomini e mezzi — ci darà le prime risposte della giurisprudenza amministrativa che nella sua tradizione ultrasecolare ha dato ottima prova nel saper sfruttare al massimo gli strumenti processuali a sua disposizione per garantire l'effettività della tutela nei confronti della P.A.

È evidente quindi che queste considerazioni «a caldo» sul nuovo processo non hanno certo la pretesa di offrire soluzioni ma solo spunti problematici dal punto di osservazione di chi dovrà confrontarsi con una nuova realtà processuale nel ruolo di difensore della P.A. istituzionalmente affidato all'Avvocatura dello Stato.

2. - Le finalità della legge.

Una cosa è certa, la legge n. 205/2000 non è la tanto attesa riforma «messianica» del processo amministrativo e non contiene evidentemente la soluzione di tutti i problemi che affliggono la nostra giustizia amministrativa.

Anzi l'idea di realizzare una vera e propria riforma non sembra neppure essere nelle intenzioni del legislatore che con queste «Disposizioni in materia di giustizia amministrativa» ha voluto introdurre una serie di novità in parte già create dai giudici ed in parte preannunciate, se non imposte, dai tempi di profonda trasformazione che stiamo attraversando.

Così intesa la nuova legge — che costituisce il primo intervento di sufficiente organicità dopo la legge istitutiva dei TAR — è senz'altro un fatto positivo da salutare con favore perché è un ulteriore, importante (ormai inevitabile) passo in avanti nel ciclo evolutivo della nostra giustizia amministrativa.

(omissis)

1. - I giudizi — ponendo questioni identiche o comunque relative alle stesse norme — possono essere riuniti.

2. - L'Avvocatura dello Stato ha eccepito che le questioni di cui alle ordinanze n. 252, 394 e 704 sarebbero inammissibili per irrilevanza, in quanto sollevate da giudici carenti di giurisdizione. L'eccezione è infondata, perché le questioni investono proprio le norme che, a dire dei rimettenti, sottrarrebbero loro la giurisdizione.

2.1. - Quanto alle questioni sollevate dalle ordinanze n. 659 e 704, la valutazione del Tribunale di Roma — secondo cui la carenza di giurisdizione sarebbe emendabile solo con la pronuncia di incostituzionalità — non è inficiata da un sopravvenuto orientamento della giurisprudenza di legittimità, che potrebbe condurre all'affermazione della giurisdizione ordinaria, non potendo ravvisarsi al riguardo un diritto vivente.

Essa si pone, a ben vedere, tre obiettivi:

1) dare al giudice amministrativo gli strumenti processuali per una effettiva tutela sia degli interessi legittimi (anche pretensivi) che dei diritti soggettivi ora che la giurisdizione esclusiva non è più un'eccezione;

2) ridurre i tempi del processo senza troppa spesa e senza stravolgimenti di organici e del sistema processuale;

3) dare al giudice amministrativo la giurisdizione sul risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi.

Vi è poi un quarto obiettivo, che è stato determinante nell'accelerare l'iter di approvazione della legge, ed è costituito dalla necessità di riempire il vuoto normativo conseguente alla sentenza 17 luglio 2000 n. 292 con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 33 del d. l.vo n. 80/1998 nella parte in cui il legislatore delegato — invece di limitarsi ad estendere la preesistente giurisdizione del giudice amministrativo alla cognizione dei diritti patrimoniali conseguenziali (come indicato nella delega) — ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutta la materia dei pubblici servizi.

Nel perseguire il primo obiettivo (l'effettività della tutela) l'intervento del legislatore appare pienamente rispettoso del c.d. diritto vivente perché le novità introdotte consistono in buona parte in un recepimento di quella saggia ed equilibrata giurisprudenza creativa che ha consentito di adattare — in via pretoria — alle nuove esigenze di tutela del cittadino un processo amministrativo nato per la protezione del solo interesse legittimo oppositivo (basti pensare, tanto per citare alcuni esempi, all'impugnazione delle ordinanze di sospensiva, alla sospensione degli atti negativi, alle c.d. sospensive propulsive).

Sotto altro profilo era ormai attesa l'inevitabile estensione a tutta la giurisdizione esclusiva dei mezzi istruttori previsti dal codice di procedura civile, che com'è noto era stata già introdotta solo per alcune materie dal d. l.vo 80/1998. Un po' meno attesa, invece, e davvero innovativa (per non dire rivoluzionaria) appare l'introduzione della CTU in tutta la giurisdizione amministrativa ivi compresa quella sugli interessi legittimi.

Anche qui il legislatore non ha fatto altro che recepire le indicazioni della giurisprudenza perché con l'ordinanza n. 2292 del 17 aprile 2000 il Consiglio di Stato aveva già sollevato la questione di costituzionalità relativa alla mancata previsione della CTU in sede di giurisdizione generale di legittimità sottolineando che anche in questi giudizi vi deve essere piena cognizione del fatto.

2.2. - Circa l'ordinanza n. 394 l'Avvocatura dello Stato ha eccepito l'inammissibilità, per irrilevanza, della seconda e della terza questione sollevate dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio.

L'eccezione è fondata. Il rimettente ha anzitutto impugnato l'art. 33, comma 2, lettera f), del decreto legislativo n. 80 del 1998, che, eccettuando dalla giurisdizione esclusiva sui pubblici servizi i «rapporti individuali di utenza con soggetti privati», lo renderebbe privo di giurisdizione. Le altre due questioni sull'art. 33, comma 1, dello stesso decreto e sull'art. 11, comma 4, lettera g), della legge di delega n. 59 del 1997 — sono manifestamente inammissibili, per irrilevanza, perché proposte subordinatamente al rigetto della prima, da cui deriverebbe appunto il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

2.3. - Sono manifestamente inammissibili per irrilevanza anche le questioni sollevate dall'ordinanza n. 195 sugli artt. 34 e 35 del decreto n. 80 del 1998: il giudizio *a quo* non concerne la materia di cui all'art. 34, né ha ad oggetto pretese considerate dall'art. 35.

Sul secondo obiettivo (la celerità del processo) è chiaro che più di tanto non ci si può aspettare da una legge che ritocca di poco gli organici della magistratura e del personale amministrativo rispetto all'enorme crescita del contenzioso e che non rinuncia — e questo è un bene — al principio della collegialità. Tuttavia le novità introdotte, se ben sfruttate (e ciò dipenderà non solo dai magistrati ma anche dagli avvocati) potrebbero essere utili per una effettiva riduzione dei tempi della giustizia.

Su questo fronte il legislatore è intervenuto in due modi: a) ha reso di generale applicazione il rito speciale delle decisioni in forma semplificata, mutuato dall'esperienza del Consiglio di Stato francese, prima previsto solo in materia di lavori pubblici e di provvedimenti dell'Autorità delle garanzie nelle comunicazioni, per cui oggi il giudice amministrativo chiamato a pronunciarsi sull'istanza cautelare può decidere direttamente il merito con sentenza succintamente motivata; b) ha introdotto un rito accelerato per alcune materie che coinvolgono interessi pubblici di particolare rilevanza nelle quali, oltre al dimezzamento di tutti i termini processuali (che, in verità, invece di dare un'accelerazione al processo finirà solo per rendere più gravoso il lavoro degli avvocati e dei giudici) ha sostanzialmente scoraggiato l'uso dello strumento cautelare a vantaggio della fissazione di un merito a breve.

Con queste novità vale oggi ancor di più l'affermazione che non esiste più un processo amministrativo ma esistono diversi processi amministrativi. Inoltre sembra essere cambiato il ruolo dello strumento cautelare il quale mentre da un lato è stato opportunamente rafforzato attraverso il superamento dell'ormai vecchia sospensiva e la generale applicazione dell'art. 700 c.p.c., dall'altro è diventato un giudizio cautelare che potremmo definire «con merito eventuale» o addirittura è stato scoraggiato per essere sostituito dalla fissazione di un merito a breve (nelle materie soggette al rito speciale le misure cautelari sono viste come ipotesi eccezionali e devono essere sempre accompagnate dalla contestuale fissazione a breve dell'udienza di merito).

Sul terzo obiettivo della legge (dare al giudice amministrativo la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo) la scelta del Parlamento non può che essere condivisa, non solo perché evita al danneggiato l'onere di doversi rivolgere a due giudici diversi (quello amministrativo che con l'annullamento dell'atto rimuove la causa del danno e quello civile che lo risarcisca) ma anche e soprattutto perché l'esperienza maturata e la sensibilità affinata dal giudice amministrativo nel giudicare l'interesse legittimo costituiscono un patrimonio irrinunciabile in tutti i giudizi in cui si discute di tale situazione soggettiva, sia che si tratti di tutelarla attraverso l'annullamento del provvedimento illegittimo sia che si tratti di risarcirne la lesione.

3. - Si deve preliminarmente esaminare la questione relativa all'art. 11, comma 4, lettera g), seconda parte, della legge n. 59 del 1997, che secondo l'ordinanza n. 495 avrebbe violato l'art. 76 della Costituzione, delegando il Governo a ridefinire i confini fra giurisdizione ordinaria ed amministrativa nella materia dei servizi pubblici, senza predeterminazione dell'oggetto e senza fissazione dei criteri direttivi.

La questione non è fondata.

La legge si inserisce in un ampio disegno di riforma della pubblica amministrazione, con importanti ricadute sul riparto della giurisdizione, che ha iniziato a

Tuttavia non mancheranno i problemi che appaiono essenzialmente derivanti dalla difficoltà di conciliare due diversi sistemi di tutela risarcitoria: da un lato quello dinanzi al giudice ordinario articolato in tre gradi di giudizio attraverso un processo dispositivo puro qual è il processo civile; dall'altro quello dinanzi al giudice amministrativo articolato in due soli gradi di giudizio attraverso un processo dispositivo con metodo acquisitivo qual è il processo amministrativo.

Infine, posto che l'illecito della P.A. per lesione di un interesse legittimo è pur sempre riconducibile all'art. 2043 cod. civ., sarà opportuno che la Corte di Cassazione, da un lato, ed il Consiglio di Stato, dall'altro si coordinino tra loro per assicurare l'uniforme interpretazione ed applicazione di tale norma fondamentale.

3. - *L'instaurazione del giudizio ed il deposito dei documenti.*

La struttura essenzialmente impugnatoria del processo amministrativo ha reso inevitabile, fino ad oggi, il proliferare di ricorsi distinti relativi a provvedimenti connessi che poi vengono riuniti per essere discussi contestualmente e decisi con unica sentenza.

Per evitare questo inutile dispendio di energie la nuova legge prevede all'art. 1 che tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti e «*connessi all'oggetto del ricorso stesso, sono impugnati con motivi aggiunti*» e qui l'uso delle parole «*sono impugnati*» sembrerebbe significare che il mezzo di impugnazione non sia facoltativo ma imposto a pena di inammissibilità.

Benché il legislatore usi l'espressione motivi aggiunti, che com'è noto non servono ad impugnare un nuovo provvedimento ma ad introdurre nuove censure avverso un provvedimento già impugnato, in realtà si tratta di un vero e proprio ricorso incidentale il quale ha ad oggetto un provvedimento diverso da quello impugnato in via principale e pertanto può non risentire dell'eventuale inammissibilità oggettiva del ricorso principale e può anche contenere una distinta domanda cautelare.

Quanto al rapporto di connessione tra i provvedimenti sarebbe stata opportuna maggiore chiarezza da parte del legislatore perché parlare di provvedimenti «*connessi all'oggetto del ricorso*» potrebbe anche significare un collegamento più esteso (ad esempio per materia) di quello che abitualmente caratterizza il rapporto di connessione funzionale tra provvedimenti (ad es. tra l'atto endoprocedimentale immediatamente lesivo ed il provvedimento finale oppure tra l'atto presupposto e quello consequenziale o esecutivo).

L'effetto di questa indeterminazione sarà che, nel dubbio, l'avvocato del ricorrente proporrà due distinti ricorsi, sia quello incidentale, sotto forma di motivi aggiunti, sia quello principale, il che non gioverà di certo allo snellimento del processo.

In materia di accesso ai documenti amministrativi è stata introdotta una novità analoga che però suscita maggiori perplessità. Si tratta della possibilità, in pendenza di un ricorso, di proporre l'impugnativa del diniego di accesso mediante un'istanza istruttoria nel giudizio pendente sulla quale si decide con ordinanza adottata in camera di consiglio (art. 1).

delinearsi con la legge 23 ottobre 1992, n. 421 (Delega al Governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale) seguita dal decreto legislativo delegato 3 febbraio 1993, n. 29. Per la piena attuazione della riforma, la legge 15 marzo 1997, n. 59, ha previsto all'art. 11, comma 4, l'emanazione di ulteriori disposizioni integrative e correttive, in conformità (fra l'altro) ad una serie di principi e criteri analiticamente indicati.

Tale novità è di difficile inquadramento sistematico e di dubbia interpretazione perché, a parte l'idea di un ricorso proposto sotto forma di istanza istruttoria e quindi deciso con ordinanza non impugnabile, si vengono a confondere due istituti che devono rimanere nettamente distinti: altro è l'accesso ai documenti amministrativi il quale trova dei limiti soggettivi ed oggettivi nella legge 241/90 ed è tutelato come un interesse di parte ovvero come autonoma situazione giuridica soggettiva sostanziale, altro è il potere istruttorio del giudice amministrativo che è finalizzato non già a soddisfare un interesse di parte bensì ad acquisire la conoscenza dei fatti nell'interesse della giustizia, quindi può essere esercitato anche oltre i limiti posti dalla legge 241/1990 e persino quando la parte interessata abbia prestato acquiescenza al diniego di accesso ai documenti.

Se questa è la differenza tra i due istituti è difficile comprendere la *ratio* e l'utilità della novella posto che anche in sede di impugnazione del diniego di accesso presentata sotto la nuova forma dell'istanza istruttoria il giudice dovrebbe decidere non già secondo i parametri della disciplina dell'accesso ma secondo le esigenze istruttorie del processo come già avveniva in passato quando il ricorrente presentava una istanza istruttoria nel giudizio pendente, invece di procurarsi i documenti impugnando il diniego di accesso.

In secondo luogo la nuova legge impone all'amministrazione resistente di depositare copia del provvedimento impugnato e dei documenti utili al giudizio non più all'atto della costituzione in giudizio bensì nel termine di sessanta giorni dalla scadenza del termine per il deposito del ricorso.

La ragione di tale novità sta nell'esigenza di consentire al giudice e alle parti di conoscere immediatamente quali sono i documenti che l'amministrazione intende depositare in giudizio affinché si possano assumere le opportune iniziative istruttorie prima che sia fissata l'udienza per la discussione del ricorso evitando inutili rinvii (com'è noto oggi i documenti vengono depositati di regola venti giorni prima dell'udienza).

Tuttavia la legge n. 205/2000 non prevede alcuna decadenza per l'inosservanza di detto termine alla quale si potrà far fronte mediante un'ordinanza istruttoria, come del resto già avveniva in precedenza. Il che non deve stupire perché in un processo dominato dal principio acquisitivo non è ragionevole porre un termine decadenziale per la produzione dei documenti da parte del soggetto resistente.

È probabile che tale nuovo termine sollecitatorio sia destinato a rimanere lettera morta — sia perché questo sembra essere il destino di tutti i termini non decadenziali, sia perché gli uffici amministrativi non sono ancora attrezzati per rispettarlo — tuttavia le ordinanze istruttorie dovrebbero consentire una più celere acquisizione dei documenti; il che andrà a vantaggio non solo della Giustizia ma anche della stessa Avvocatura dello Stato, oggi troppo spesso costretta a difendere «al buio» un «cliente» con cui è sempre più difficile interloquire tempestivamente a causa dell'enorme mole di contenzioso.

4. - *Il processo cautelare.*

La tutela cautelare non si identifica più nella sola sospensiva — unico rimedio possibile in un processo nato per tutelare il solo interesse legittimo oppositivo — bensì abbraccia tutte le «*le misure cautelari, compresa l'ingiunzione a pagare una somma, che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso*» (art. 3, primo comma, legge n. 205/2000).

Fra essi l'art. 11, alla lettera g) del comma citato, contemplava la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sui rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni e «infine, la contestuale estensione della giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali conseguenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno, in materia edilizia, urbanistica e di servizi pubblici».

3.1. - La valutazione di conformità di una legge di delega all'art. 76 della Costituzione — secondo cui «l'esercizio della funzione legislativa non può essere dele-

Qui il legislatore non ha fatto altro che dare riconoscimento normativo ad una prassi giurisprudenziale che di fatto aveva già da tempo superato in via pretoria gli angusti limiti della sospensiva concedendo misure cautelari a tutto campo.

Nella nuova legge si parla di pregiudizio grave ed irreparabile derivante non solo dall'esecuzione dell'atto impugnato ma anche «dal comportamento inerte dell'amministrazione» il che sta a significare, da un lato, che anche gli interessi pretesivi sono suscettibili di tutela cautelare, dall'altro, che avverso il silenzio della P.A. continua a non esservi spazio per la tutela cautelare in quanto l'espressione «comportamento inerte» sembrerebbe riferirsi solo alla mancata adozione di atti paritetici e quindi sostanzialmente al mero inadempimento della P.A.; ciò anche perché per il silenzio è stato introdotto uno speciale rito abbreviato.

Un'altra novità, anche rispetto all'evoluzione giurisprudenziale, è costituita dall'introduzione della cauzione e della fideiussione a cui oggi è possibile subordinare la concessione o il diniego della misura cautelare allorché da essa «derivino effetti irreversibili». Qui la formulazione della norma non è particolarmente felice: una misura cautelare che produce effetti irreversibili è una contraddizione in termini perché determina un risultato pienamente soddisfacente che, non lasciando alcuno spazio per il giudizio di merito, si sovrappone ad esso invece di assicurarne internamente gli effetti.

Deve ritenersi pertanto che anche dopo la legge n. 205/2000, e nonostante la suddetta formulazione della norma, non possono essere concesse misure cautelari con effetti irreversibili e che la cauzione o fideiussione servono proprio per evitare che il provvedimento cautelare — che di per se non può avere effetti irreversibili — possa essere sfruttato per creare situazioni di fatto irreversibili che renderebbero inutile la decisione del merito (ad esempio si sospende la riscossione di una sanzione dietro fideiussione per evitare che il soggetto intimato si sottragga al pagamento).

La novella prevede la possibilità che non solo la concessione della misura cautelare ma anche il diniego della stessa sia subordinato al pagamento di una cauzione o alla prestazione di una fideiussione, il che significa che anche l'amministrazione resistente ed il controinteressato possono essere chiamati a prestare tali garanzie.

Altra novità significativa è quella che riguarda la motivazione delle misure cautelari che ora, per espressa previsione legislativa, deve riguardare in modo specifico sia il *periculum in mora* («valutazione del pregiudizio allegato») sia il *fumus boni iuris* («ragionevole previsione sull'esito del ricorso»); nel corso dei lavori preparatori erano state proposte altre espressioni più vincolanti come «ragionevole certezza» contenuta nel d.d.l. o «ragionevole probabilità» contenuta nel testo approvato dal Senato).

Il fatto che oggi il giudice amministrativo sia tenuto a motivare anche sul *fumus boni iuris*, anticipando così il suo giudizio sulla apparente fondatezza del gravame, potrebbe far risorgere il noto problema dell'obbligo di astensione per i magistrati che hanno partecipato alla decisione cautelare, ove si ritenga che essi — essendosi già pronunciati — non siano più dotati della necessaria imparzialità per decidere il merito perché condizionati dalla naturale tendenza a confermare il giudizio già espresso, secondo la tesi per cui la forza della prevenzione non giova alla serenità di giudizio.

gato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato ed oggetti definiti» — non può prescindere dalle finalità ispiratrici della delega e dal suo complessivo contenuto normativo. L'esigenza della determinazione di principi e criteri direttivi e della definizione dell'oggetto della delega è tanto più pressante quanto meno delimitato e specifico è il compito affidato al legislatore delegato.

D'altro canto anche per le leggi di delega vale il fondamentale canone per cui deve essere preferita l'interpretazione che le ponga al riparo da sospetti di incostituzionalità.

In proposito la Corte Costituzionale (sent. 168/2000 che richiama la n. 326/1997), giudicando della legittimità dell'art. 51, primo comma, n. 4 c.p.c. nella parte in cui non prevede l'obbligo di astensione del giudice che si sia pronunciato sull'istanza *ex art. 186 quater c.p.c.* (ingiunzione di pagamento di somme in corso di causa), ha affermato che quando l'*iter* processuale si articola attraverso più fasi sequenziali in cui l'interesse posto a base della domanda impone la soddisfazione di esigenze di carattere conservativo, anticipatorio o istruttorio non si pone un problema di alterità del giudice perché tale problema sussiste solo in sede di impugnazione dove avviene la *revisio prioris instantiae*.

Si può dire quindi che oggi in sede cautelare assume maggiore rilevanza la valutazione del *fumus boni iuris* sia perché la legge impone anche una motivazione specifica al riguardo, sia perché con la risarcibilità dell'interesse legittimo si restringe l'area dell'irreparabilità del pregiudizio, sia perché ricorrendo determinati presupposti il giudice ha la possibilità di decidere direttamente il ricorso nel merito con una sentenza succintamente motivata.

Quest'ultima novità fa del giudizio cautelare un giudizio eventualmente di merito e quindi comporta che gli avvocati dovranno entrare in camera di consiglio pronti ad affrontare una possibile discussione di merito, il che creerà non poche difficoltà alle parti resistenti e soprattutto alla difesa dell'amministrazione.

Com'è noto si tratta di un rito speciale che era già previsto per due tipi di controversie (in materia di opere pubbliche e di provvedimenti dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni) e sulla cui legittimità si è già pronunciata la Corte Costituzionale con sent. 427/1999 osservando che la decisione in forma semplificata non è subordinata all'assenso delle parti e che questo non viola la Costituzione purché in concreto sia garantito un punto di equilibrio tra l'esigenza di celerità del processo e l'imprescindibile salvaguardia del diritto di difesa.

La Corte osserva che *«Il garante di questo equilibrio non può che essere il giudice, al quale spetta un potere di direzione del processo, nel rispetto del principio e dei diritti di difesa secondo le regole generali della giustizia amministrativa. La norma, nella parte in cui prevede che il tribunale può definire immediatamente la controversia, affida la scelta ad una valutazione del giudice, tenuto a seguire le ordinarie regole logiche processuali, che consentono di non accogliere una istanza di differimento dell'udienza o una richiesta di termine per compimento di attività di difesa, quando risulti esclusa, in maniera certa, la rilevanza dell'attività richiesta in relazione al tipo e al contenuto della adottanda decisione della controversia e della posizione di interesse della parte che ha avanzato la richiesta anzidetta».*

Tenendo conto di queste indicazioni della Corte Costituzionale si deve ritenere che il requisito della *«completezza del contraddittorio e dell'istruttoria»*, prescritto dalla legge 205 per emettere una decisione succintamente motivata in sede cautelare, debba essere inteso in senso sostanziale e non meramente formale per cui non basterà la regolare comunicazione degli avvisi della camera di consiglio o la mera presenza degli avvocati essendo opportuno che si dia ai difensori delle parti l'effettiva possibilità di controdedurre e quindi che sia consentito alla difesa dell'amministrazione di acquisire i necessari elementi di fatto dagli uffici competenti.

3.2. - Dai lavori parlamentari — il ricorso ai quali può essere rilevante per accertare le finalità perseguite dalla legge di delega e la portata dei principi e dei criteri da essa enunciati — risultano sicuramente due indicazioni.

In primo luogo il legislatore delegante intendeva rendere piena ed effettiva la tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, concentrando innanzi al giudice amministrativo — nell'esercizio della giurisdizione, sia di legittimità che esclusiva, di cui era già titolare in materia di edilizia, urbanistica e servizi pubblici — non solo la fase del controllo di legittimità dell'azione amministrativa, ma anche (ove configurabile) quella della riparazione per equivalente, ossia il risarcimento del danno, evitando per esso la necessità di instaurare un successivo e separato giudizio innanzi al giudice ordinario.

Infine appare senz'altro positiva l'introduzione della pronuncia sulle spese in sede cautelare (inizialmente introdotta da alcune isolate decisioni ma poi esclusa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato) in quanto consente di scoraggiare un uso smodato di tale strumento. Tuttavia non si comprende per quale ragione la condanna alle spese, invece di seguire la soccombenza, sia prevista solo in caso di rigetto della domanda o dell'appello.

Qui il legislatore si è probabilmente ispirato al codice di procedura civile che all'art. 669 *septies* prevede la pronuncia sulle spese solo in caso di pronuncia di rigetto, mentre in caso di accoglimento il processo prosegue dinanzi al giudice di merito che si pronuncerà anche sulle spese della fase cautelare. Tuttavia tale disposizione si riferisce espressamente alla pronuncia emessa *ante causam* ovvero ad un'ipotesi che nel processo amministrativo non ricorre perché, anche dopo la recente novella, resta fermo il principio del carattere necessariamente incidentale della domanda cautelare e quindi non v'è ragione di distinguere, ai fini delle spese, la pronuncia di rigetto da quella di accoglimento.

5. - *L'istruttoria.*

Le principali novità sono due.

La prima consiste nell'estensione a tutta la giurisdizione esclusiva del regime probatorio del processo civile che il decreto legislativo n. 80/1998 aveva introdotto solo per alcune materie. Qui la novella riproduce la stessa imprecisione terminologica del vecchio testo normativo («*mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile*») anziché dal codice civile che com'è noto se ne occupa nel libro quinto («*Della tutela dei diritti*») e lascia aperto — questa volta per tutta la giurisdizione esclusiva — il problema del se i mezzi di prova del processo civile possono essere utilizzati solo nelle controversie su diritti soggettivi o anche in quelle su interessi legittimi.

Sul punto occorre ricordare che secondo la prevalente giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. V, 19 marzo 1999, n. 284; Sez. IV, 17 febbraio 1997, n. 113; Sez. IV, 22 ottobre 1993, n. 917; Sez. V, 6 luglio 1992, n. 611; Sez. V, 6 ottobre 1990, n. 711 e da ultimo T.A.R. Emilia Romagna, 2 febbraio 2000, n. 861) nelle materie di giurisdizione esclusiva non viene meno la distinzione *ex art. 103 Cost.* tra diritto soggettivo ed interesse legittimo riguardo ai poteri che il giudice amministrativo può esercitare in relazione alla natura paritaria o autoritativa del rapporto su cui è chiamato a giudicare. Pertanto, deve ritenersi che l'uso dei mezzi di prova del processo civile sia necessariamente limitato alle controversie in cui si discute di un diritto soggettivo.

Ma anche a voler ritenere superato questo orientamento giurisprudenziale — ammettendo a tutto campo l'istruttoria civile nella giurisdizione esclusiva — si avrebbe l'assurda conseguenza che per gli interessi legittimi rientranti nelle materie di giurisdizione esclusiva sarebbero ammessi tutti i mezzi di prova del processo civile mentre la stessa regola non varrebbe per quelli appartenenti alla giurisdizione generale di legittimità.

In secondo luogo la delega intendeva perseguire tale risultato senza ampliare nelle suddette tre materie l'ambito delle esistenti giurisdizioni esclusive. Per due volte infatti fu formulata la proposta di delegare il Governo a trasferire le tre materie in questione alla giurisdizione amministrativa esclusiva, ed entrambe le volte essa non ebbe seguito, onde fu approvato definitivamente un testo che di giurisdizione esclusiva non parla.

Certo è, comunque, che l'utilizzo dei mezzi istruttori del processo civile determinerà una trasformazione della struttura del processo amministrativo che non sarà più un processo «monoverifica», cioè imperniato su un'unica udienza, perché dovrà anch'esso articolarsi in una o più udienze istruttorie. Al riguardo la nuova legge appare del tutto carente in quanto non prevede una adeguata riforma del rito che possa agevolare una così profonda trasformazione dell'istruttoria (come al solito spetterà alla giurisprudenza creare questo nuovo rito istruttorio traendone le regole dal processo civile ed adattandole alla specificità del processo amministrativo).

La seconda novità riguarda la possibilità di disporre la C.T.U. in tutte le controversie, comprese quelle in cui si discute di interessi legittimi, il che non è una modifica di poco conto e pone problemi ancor più delicati.

Il primo è capire quale è lo spazio che può avere la C.T.U. nel sindacato sull'interesse legittimo e come evitare che essa si trasformi in uno strumento per esercitare un sindacato di merito.

In realtà il problema non è del tutto nuovo perché anche prima della novella non sono mancate pronunce basate su vere e proprie C.T.U. benché mascherate sotto forma di schiarimenti o verificazioni richiesti ad organi tecnici diversi dall'amministrazione che aveva adottato il provvedimento.

Ed è per questo che il Consiglio di Stato con ordinanza n. 2292 del 17 aprile 2000 ha sollevato la questione di legittimità costituzionale con una approfondita ed interessante motivazione rivolta a dimostrare l'utilità della C.T.U. nel sindacato sull'interesse legittimo e nella quale sono contenute le «istruzioni per l'uso» di tale nuovo strumento d'indagine.

Il ragionamento del Consiglio di Stato si sviluppa — in sintesi — attraverso i seguenti passaggi logici:

– la c.d. discrezionalità tecnica (ammesso e non concesso che si tratti di discrezionalità) è altra cosa dal merito amministrativo perché, mentre quest'ultimo è oggetto di una riserva di potere dell'amministrazione e attiene alla sfera dell'opinabile, la prima attiene all'apprezzamento del fatto e risponde a certe regole la cui osservanza è sindacabile dal giudice di legittimità: un giudizio tecnico scorretto (quindi falso) non è equiparabile ad una opinabile valutazione di opportunità;

– anche quando la legge non riproduce nella norma la regola tecnica quest'ultima è implicitamente recepita dalla legge (*ex art. 97 Cost.*) e quindi la sua inosservanza determina un vizio di legittimità;

– tuttavia vi sono dei casi in cui il giudizio tecnico della P.A. coinvolge scelte di merito come quando esso si basa sulle risultanze di discipline non suscettibili di un apprezzamento neutrale (ad. es. un giudizio estetico il quale è inevitabilmente opinabile);

– quindi, conclude il Consiglio di Stato, la C.T.U. può essere usata per sindacare l'eccesso di potere nei giudizi tecnici che sottostanno alle regole delle cosiddette scienze esatte ma non anche in quelli che appartengono alla cosiddette scienze umane.

Sul piano teorico tali considerazioni non possono che essere condivise perché anche nella giurisdizione di legittimità non si può negare al giudice la piena conoscenza dei fatti di causa che, soprattutto in ambiti altamente tecnologici (oggi sempre più diffusi), può rendere indispensabile l'ausilio di un consulente tecnico.

3.3. - L'Avvocatura dello Stato afferma tuttavia che la legge n. 59 del 1997, prevedendo nelle citate tre materie l'attribuzione delle controversie relative ai «diritti patrimoniali consequenziali» al giudice amministrativo, mirava implicitamente ma necessariamente a devolvere quelle materie alla sua giurisdizione esclusiva: la categoria enunciata sarebbe infatti così strutturalmente legata alla giurisdizione esclusiva, da non essere configurabile senza di essa.

L'argomento non è fondato.

È certamente vero che, quando emersero come concetto normativo, i «diritti patrimoniali consequenziali alla pronuncia di legittimità dell'atto o provvedimento contro cui si ricorre» — così l'art. 9 del r.d. 30 dicembre 1923, n. 2840 (Modifica-

Tuttavia, sul piano pratico i problemi non saranno pochi perché non sarà affatto facile né stabilire quali siano le c.d. scienze esatte né quale sia la linea di confine tra ciò che rientra nel giudizio tecnico e ciò che appartiene alle opinabili ma insindacabili scelte di merito. È noto infatti che spesso, come rilevato anche nella citata ordinanza di rimessione, si tratta di valutazioni complesse che non appartengono a due momenti autonomi e distinti in quanto si intrecciano l'una con l'altra fino a confondersi in una unica scelta compiuta dall'amministrazione e rispetto alla quale non è sempre possibile distinguere ciò che è tecnicamente o scientificamente scorretto (e quindi illegittimo) da ciò che invece è opinabile (e quindi insindacabile).

Il rischio maggiore è che l'individuazione di questa linea di confine, che segna il limite del sindacato di legittimità, finisca di fatto per essere demandata al consulente tecnico d'ufficio il quale, come arbitro delle regole che disciplinano la scienza applicata al caso di specie, potrebbe non resistere alla tentazione di esprimere il suo giudizio tecnico anche su ciò che è opinabile benché scientificamente corretto. Per evitare questo rischio sarà necessario calibrare il più possibile la formulazione dei quesiti in modo tale da impedire al C.T.U. di entrare nel merito e valorizzare molto il contraddittorio sull'espletamento e sulle risultanze della perizia affinché gli organi tecnici dell'amministrazione abbiano la possibilità di difendere il loro operato ed in definitiva il loro ruolo istituzionale.

Altro problema non secondario è quello relativo alla individuazione del consulente tecnico da nominare. Esso si pone in maniera particolarmente evidente per il sindacato sull'eccesso di potere dei provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti che sono spesso caratterizzati da una elevata dose di tecnicismo.

Su tali controversie va ricordato che nel corso dei lavori preparatori della legge n. 205/2000 è stato proposto di limitare il sindacato sull'eccesso di potere ad alcune soltanto delle figure sintomatiche («palese errore di apprezzamento» e «manifesta illogicità del provvedimento») escludendolo per il resto. Ebbene, non solo tale limitazione — di dubbia compatibilità con l'art. 113, secondo comma Cost. — non è stata approvata dal Parlamento ma alla fine si è ottenuto il risultato diametralmente opposto perché attraverso la C.T.U. si è indubbiamente reso più incisivo il sindacato sull'eccesso di potere in tutte le materie dominate da discrezionalità tecnica.

Certo è che la scelta del consulente tecnico in queste materie non sarà facile. Si pensi, ad esempio, ad un provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che accerta e sanziona un'intesa restrittiva della concorrenza in base ad una determinata analisi economica del mercato contestata dalle imprese ricorrenti. Viene da chiedersi se in tal caso il giudice potrà scegliere un qualunque esperto di economia dall'albo dei periti del Tribunale Civile ed affidargli il compito di valutare se l'Autorità ha correttamente eseguito l'analisi del mercato, ammesso e non concesso che l'economia appartenga alle cosiddette scienze esatte.

zioni all'ordinamento del Consiglio di Stato e della giunta provinciale amministrativa in sede giurisdizionale), il cui testo fu poi trasfuso nell'art. 30 del r.d. 26 giugno 1924, n. 1054 (Approvazione del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato), e sostanzialmente riprodotto dall'art. 7 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, sui tribunali amministrativi regionali — fungevano da limite esterno alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, essendo la loro cognizione riservata al giudice ordinario.

Ma, affermatasi la configurazione della giurisdizione esclusiva quale giurisdizione sul rapporto, tali diritti (come rivela l'analisi della giurisprudenza) hanno finito per identificarsi con le pretese risarcitorie legate al rapporto da un nesso di mera occasionalità, e quindi per presentare contenuti sostanzialmente non dissimili dalle pretese miranti al risarcimento del danno da attività amministrativa soggetta alla giurisdizione generale di legittimità. Infatti — a parte le implicazioni della recente evoluzione della giurisprudenza della Corte di cassazione in tema di «danno ingiusto» — la risarcibilità del danno ricollegabile all'adozione di un atto amministrativo, considerato illegittimo in sede di giurisdizione di legittimità, integrante gli estremi dell'illecito civile, era già ammessa, ad esempio nel caso del cosiddetto «affievolimento» del diritto soggettivo seguito dalla successiva riespansione.

Di siffatto percorso evolutivo il legislatore delegante del 1997 ha evidentemente tenuto conto quando — recuperando la nozione di «diritti patrimoniali consequenziali», per estendere ad essi la giurisdizione esercitata dal giudice amministrativo nelle materie in questione — vi ha esplicitamente compreso il diritto al risarcimento del danno, così confermando che finalità della delega era l'attribuzione al giudice amministrativo — nei limiti in cui già conosceva di quelle materie — della giurisdizione anche per la consequenziale tutela risarcitoria, prima riservata al giudice ordinario.

Ove invece il legislatore delegante avesse voluto istituire nuove giurisdizioni esclusive, avrebbe dovuto — per rispettare l'art. 76 della Costituzione — definire i limiti della «materia edilizia, urbanistica e di servizi pubblici», non contemplata normativamente e quindi formalmente non identificata, ed assegnare al Governo principi e criteri direttivi per procedere a tale individuazione.

3.4. - Si deve quindi conclusivamente ritenere che l'«estensione» della giurisdizione amministrativa esistente, tanto di legittimità che esclusiva, era il compito assegnato al legislatore delegato; i «diritti patrimoniali consequenziali», in essi compreso il risarcimento del danno, erano l'oggetto (normativamente individuato) di tale estensione; e le tre materie dell'edilizia, urbanistica e servizi pubblici si ponevano come l'ambito all'interno del quale la giurisdizione amministrativa doveva essere estesa.

3.5. - Pertanto nella legge di delega n. 59 del 1997 il compito affidato al legislatore delegato si presentava sufficientemente determinato, al punto da non esigere ulteriori precisazioni di dettaglio.

Ne consegue l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 11, comma 4, lettera g), seconda parte, della legge n. 59 del 1997, proposta dall'ordinanza n. 495 in riferimento all'art. 76 della Costituzione.

4. - Le ordinanze nn. 252, 659 e 704 propongono nei medesimi termini la questione di legittimità costituzionale dell'art. 33 del decreto n. 80 del 1998, sotto il profilo dell'eccesso rispetto alla legge di delega (art. 11, comma 4, lettera g), della legge n. 59 del 1997): la norma censurata, devolvendo alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo l'intera materia dei pubblici servizi, avrebbe violato gli artt. 76 e 77 della Costituzione, poiché la legge di delega non lo consentiva, prevedendo solamente l'estensione, nella stessa materia, della giurisdizione amministrativa alle controversie sui diritti patrimoniali consequenziali, compreso il risarcimento del danno.

L'ordinanza n. 495 denuncia, invece, l'art. 33 sotto lo specifico profilo che esso, attribuendo alla giurisdizione amministrativa esclusiva le controversie sui pubblici servizi, non riserva al giudice ordinario quelle «concernenti indennità, canoni e altri corrispettivi» in materia di concessioni di servizi; ed estende la censura anche al comma 2, lettera f), ed al comma 3 dello stesso art. 33, applicativi del principio.

5. - La questione posta dalle ordinanze nn. 252, 659 e 704 è fondata.

L'art. 33 ha previsto nel comma 1 che «sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti al credito, alla vigilanza sulle assicurazioni, al mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481» ed ha nel comma 2 formulato un'elencazione non tassativa di tali controversie.

Poiché l'art. 11, comma 4, lettera g), della legge n. 59 del 1997 — in base alle considerazioni svolte in precedenza — non consentiva l'ampliamento della giurisdizione esclusiva all'intero ambito della materia dei servizi pubblici, l'eccesso di delega denunciato dai rimettenti, con conseguente violazione degli artt. 76 e 77, primo comma, della Costituzione, è palese.

Pertanto l'art. 33, comma 1, del decreto legislativo n. 80 del 1998 deve essere dichiarato costituzionalmente illegittimo, nella parte in cui, eccedendo i limiti della delega, ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutta la materia dei pubblici servizi, e non si è limitato ad estendere la giurisdizione amministrativa — nei limiti in cui essa, in base alla disciplina vigente, già conosceva di quella materia, sia a titolo di legittimità che in via esclusiva — alle controversie concernenti i diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale coinvolge anche il comma 2 dell'art. 33, che ha specificato, in via esemplificativa, il contenuto dell'ampliato ambito della giurisdizione esclusiva.

5.1. - La declaratoria di incostituzionalità comporta l'assorbimento della questione proposta dall'ordinanza n. 495 in ordine ai commi 1 e 2, lettera f), dell'art. 33, sotto il più limitato profilo prima ricordato.

5.2. - In accoglimento della censura espressamente proposta dalla medesima ordinanza n. 495, va invece dichiarato illegittimo il comma 3 dell'art. 33, il quale — modificando l'art. 5 della legge n. 1034 del 1971 — comportava (conformemente alla previsione di una giurisdizione esclusiva su tutta la materia dei servizi pubbli-

ci) l'effetto di sottrarre le concessioni di servizi, già oggetto di giurisdizione esclusiva, all'applicazione del secondo comma del medesimo art. 5, che faceva «salva la giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria per le controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi».

Infatti la devoluzione di tali controversie alla giurisdizione esclusiva sulle concessioni di servizi eccede i limiti della delega come sopra ricostruiti, trattandosi di controversie inerenti a pretese direttamente nascenti dal rapporto di concessione e quindi non riconducibili alla nozione di diritti patrimoniali conseguenziali, quale risultante dalla ricordata evoluzione.

5.3. - La dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 33, nei termini appena precisati, facendo venir meno l'estensione della giurisdizione esclusiva all'intera materia dei pubblici servizi, assorbe la censura rivolta allo stesso art. 33, comma 2, lettera f), dall'ordinanza n. 394, sotto il profilo della mancata ricomprensione nella giurisdizione esclusiva dei «rapporti individuali di utenza con soggetti privati», nonché quella sollevata dall'ordinanza n. 195, in ordine all'intero art. 33, con riferimento agli artt. 3, 103 e 113 della Costituzione.

5.4. - La dichiarazione di illegittimità costituzionale comporta effetti sull'art. 35, determinando la necessità di adeguarne in via interpretativa il contenuto, ed in particolare di limitare la portata dei richiami fatti nei commi 1, 2, 3 e 5 di tale norma alla sola parte residua dell'art. 33.

5.5. - L'ordinanza n. 495 dubita poi dell'incostituzionalità dell'art. 35, comma 4, del decreto n. 80 del 1998, nella sola parte in cui, a seguito dell'istituzione della giurisdizione esclusiva in materia di pubblici servizi, non avrebbe riservato all'autorità giudiziaria ordinaria le controversie su canoni, indennità e corrispettivi per le concessioni di servizi.

La questione è infondata, poiché il suo presupposto è stato eliminato dalla dichiarazione di illegittimità dell'art. 33.

6. - Nella formulazione sopra indicata (*retro*, § 5), la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 33 vale a ricondurre la norma delegata nei limiti posti dalla legge di delega.

Spetta al legislatore ogni ulteriore valutazione sull'opportunità di conferire al Governo una nuova delega, o anche di intervenire direttamente, nella prospettiva del compimento — in modo conforme a Costituzione — del disegno riformatore cui la legge n. 59 del 1997 si riferiva.

PER QUESTI MOTIVI
LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi,

a) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 33, comma 1, 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 legge 15 marzo 1997, n. 59), nella parte in cui istituisce una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi, anziché limitarsi ad estendere in tale materia la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali conseguenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno;

b) *dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'articolo 33, commi 2 e 3, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80;

c) *dichiara* non fondata la questione di costituzionalità dell'articolo 35, comma 4, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, sollevata, in riferimento all'articolo 77 della Costituzione, dal Giudice di pace di Palermo, con l'ordinanza indicata in epigrafe;

d) *dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 11, comma 4, lettera g), della legge 15 marzo 1997, n. 59 (Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa), sollevata, in riferimento all'articolo 76 della Costituzione, dal Giudice di pace di Palermo, con l'ordinanza indicata in epigrafe;

e) *dichiara* la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 33, comma 1, del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80 e dell'articolo 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59, sollevate, in riferimento, rispettivamente, agli articoli 76 e 77, primo comma, della Costituzione ed agli articoli 3, 24, 76 e 113 della Costituzione, dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sezione di Latina, con l'ordinanza indicata in epigrafe;

f) *dichiara* la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale degli articoli 34 e 35 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, sollevata, in riferimento agli articoli 3, 103 e 113 della Costituzione, dal Tribunale di Vibo Valentia, sezione di Tropea, con l'ordinanza indicata in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta l'11 luglio 2000. (*omissis*)

CORTE COSTITUZIONALE, 20 luglio 2000, n. 309 - *Pres.* Mirabelli - *Est.* Zagrebelsky - Procuratore della Repubblica presso la Pretura circondariale di Bolzano (dott. Robert Schülmers) c. Presidente del Consiglio dei Ministri (avv. Stato Caramazza).

Corte Costituzionale - Conflitto fra Provincia autonoma e Stato per atto emesso da Procuratore della Repubblica - Determinazione di non intervento del Presidente del Consiglio non preceduta da intesa con, o richiesta di parere al Procuratore - Conflitto fra poteri dello Stato sollevato dal Procuratore della Repubblica nei confronti del Presidente del Consiglio - Inammissibilità.

È inammissibile il conflitto fra poteri dello Stato promosso da un Procuratore della Repubblica nei confronti del Presidente del Consiglio dei Ministri per mancata costituzione di quest'ultimo in un conflitto di attribuzione fra la Provincia auto-

noma di Bolzano e lo Stato nascente da atti emessi dal Procuratore della Repubblica stesso, nei limiti in cui la determinazione di non costituzione non è stata preceduta da un'intesa con il pubblico ministero o da una richiesta allo stesso (1).

(*omissis*)

Con ricorso depositato il 3 giugno 1999, il Sostituto Procuratore della Repubblica presso la Pretura circondariale di Bolzano ha sollevato conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato contro il Presidente del Consiglio dei ministri, in relazione alla mancata costituzione di quest'ultimo nel giudizio (iscritto al registro conflitti n. 3 del 1999) per conflitto di attribuzione di fronte alla Corte costituzionale promosso dalla Provincia autonoma di Bolzano contro lo Stato a seguito di due atti (decreto di esibizione documentale e lettera ai Presidi delle scuole della Provincia) emessi dal pubblico ministero nel corso di un procedimento penale contro funzionari della medesima Provincia.

Precisato che ai sensi dell'art. 112 della Costituzione il pubblico ministero è il titolare diretto ed esclusivo dell'attività di indagine finalizzata all'esercizio dell'azione penale, e che in riferimento a detta funzione esso è legittimato a sollevare il conflitto, il

(1) **Equiordinazione dei poteri nei conflitti dinnanzi alla Corte.**

La Corte ha ritenuto inammissibile, in sede di valutazione compiuta e definitiva, il conflitto in rassegna, valutato invece ammissibile in sede di prima delibazione (ordinanza 15-30 dicembre 1999 n. 470, in questa *Rassegna*, 1999, I, 318).

Si era osservato, a commento di quella ordinanza, come giungesse *ex professo* all'esame della Corte un problema di particolare delicatezza, solo di sfuggita toccato in passato dalla Corte stessa (sentenza 20 marzo 1985 n. 70, in *Foro it.*, 1986, I, 58) e molto discusso dalla dottrina.

In effetti, quando il conflitto fra Stato e Regione si risolve in un conflitto fra potere esecutivo (di competenza regionale) e potere giudiziario, la controversia si atteggia, da un punto di vista sostanziale, più come conflitto fra poteri che come regolamento di competenza fra enti.

Peraltro nella sua configurazione normativa astratta il problema non sembrava dissimile da quello che sorge ogniqualvolta l'organo statale interessato al conflitto sia anche un qualunque potere dello Stato diverso dal legislativo.

In tutti questi casi, *indifferentemente*, Presidente del Consiglio dei Ministri e Presidente della Regione rappresentano nel giudizio, unitariamente, gli ordinamenti, statale e regionale, di cui sono parti, non singole amministrazioni o singoli organi o poteri della relativa organizzazione.

Se dunque, si concludeva, poteva convenirsi, sul piano logico, sull'opportunità dell'apertura di uno spazio di interlocuzione al potere giudiziario in casi quale quello in esame per una più piena attuazione del principio del contraddittorio, doveva però riconoscersi che ciò non sarebbe potuto avvenire che in sede legislativa.

Attesa la delicatezza e novità della questione, si pubblica qui di seguito la parte rilevante della memoria dell'Avvocatura dello Stato.

1. - Deve preliminarmente revocarsi in dubbio, in sede di valutazione compiuta e definitiva, la ammissibilità del conflitto sia sotto il profilo soggettivo che sotto quello oggettivo.

Sotto il profilo soggettivo può dubitarsi, infatti, che il Sostituto Procuratore della Repubblica sia l'organo competente a dichiarare in via definitiva la volontà del potere a cui appartiene. Tale competenza e la relativa legittimazione processuale, con riguardo alle attribuzioni relative all'esercizio dell'azione penale, devono riconoscersi invece soltanto al Procuratore della Repubblica, «non assumendo autonomo rilievo i sostituti data la gerarchia interna all'organo» (A. CERRI, *Conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato*, in *Enc. Giur. Treccani*, 3 e 6).

ricorrente rileva che nei conflitti tra Stato e Regioni o Province autonome, in base al consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, sono legittimati a costituirsi in giudizio soltanto gli enti dai quali e nei confronti dei quali può essere sollevato il conflitto stesso, cioè il Presidente del Consiglio dei ministri e il Presidente della Giunta regionale, essendo stata di recente esclusa la possibilità di interpretare l'art. 20, secondo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, nel senso di riconoscere il diritto di qualsiasi organo statale a intervenire in qualsiasi giudizio pendente innanzi alla Corte costituzionale (sentenza n. 350 del 1998). Inoltre, il ricorrente sottolinea che atti di giurisdizione possono essere a base di conflitto di attribuzioni tanto tra Regioni e Stato che tra poteri dello Stato, ma soltanto in questo secondo caso i singoli organi giudiziari sono

Sotto il profilo oggettivo deve, poi, contestarsi che l'attribuzione di cui il ricorrente lamenta la lesione attenga a quella titolarità dell'azione penale (e degli strumentali poteri di indagine) che sola legittima il P.M., quale potere dello Stato, a sollevare conflitto dinanzi a codesta Corte (F. SORRENTINO, *Garanzie Costituzionali*, Comm. Cost. Branca, Bologna-Roma 1981, 449; Corte Cost., sent. 420/95). Le attività del P.M. che la Provincia denunciava come lesive delle proprie attribuzioni erano, infatti, del tutto estranee così alle indagini come all'esercizio dell'azione penale, tanto vero che riguardavano anche attività ed atti amministrativi provinciali successivi ai fatti reati per cui era in corso l'azione penale.

La pretesa menomazione di attribuzioni costituzionalmente garantite esiste, quindi, soltanto come prospettazione del ricorrente.

Sempre sotto il profilo oggettivo deve, poi, contestarsi l'ammissibilità di un conflitto da menomazione per cattivo uso di potere quando tale lamentato cattivo uso investa il merito delle scelte politico-discrezionali riservate dall'ordinamento all'organo resistente (A. CERRI, *op. cit.*, 5), come sicuramente è nella specie.

2. — Nel merito il ricorso risulta, poi, infondato atteso che non esiste nel nostro ordinamento il principio della necessaria tutela processuale di ogni potere dello Stato — sia pure nella limitata forma dell'intesa o della previa consultazione — nei giudizi di costituzionalità che in qualche modo lo interessino.

Dalla disciplina del processo costituzionale sembra, anzi, evincersi l'opposto principio di una tendenziale limitazione della legittimazione processuale. Una legittimazione che, nei conflitti fra enti, è rigorosamente limitata agli organi di vertice.

Il che è perfettamente rispondente alla logica di ogni organismo pubblico complesso che si presenti al giudizio nella sua unitarietà di soggetto per atti e comportamenti posti in essere da uno qualunque degli organi in cui è articolato, e che ad esso soggetto unitariamente inteso vengono imputati.

Ciò accade, ad esempio, nei giudizi dinanzi alle Corti internazionali, che giudicano gli Stati per comportamenti posti in essere da uno qualsiasi dei loro organi ed elementi e che vengono agli Stati imputati in base al principio di effettività.

Così, nel 1989, la Corte Internazionale di Giustizia dell'Aja decise una causa fra gli Stati Uniti d'America e la Repubblica Italiana originata da comportamenti di una Regione e di autorità giudiziarie italiane (sent. 20 luglio 1989 n. 76, in questa *Rassegna*, 1989, I, 346). Il Governo italiano si difese — vittoriosamente — in giudizio senza che vi fosse alcuna previa intesa o consultazione né con la Regione né con le autorità giudiziarie coinvolte per scelta fatta nell'esercizio di una evidente discrezionalità politica e senza che chicchessia si sentisse prevaricato.

La stessa logica dell'ordine giuridico internazionale si ripete nell'ordine pubblico interno italiano, dove, nel conflitto tra Stato e Regione o Provincia autonoma, lo Stato unitariamente agisce o viene evocato nel suo organo di vertice per atti o comportamenti di uno qualsiasi dei suoi organi, a nulla rilevando che tale organo sia, o meno, anche un potere dello Stato.

legittimati a stare in giudizio, mentre nel primo caso il potere di costituirsi in giudizio spetta unicamente al Presidente del Consiglio dei ministri o al Ministro da lui delegato, in rappresentanza dello Stato quale ordinamento unitario.

È chiara dunque — prosegue il ricorrente — la diversità di disciplina che contraddistingue i due diversi tipi di giudizi di regolamento di competenza, sotto il profilo della legittimazione a stare in giudizio, allorché oggetto dell'impugnazione sia un atto del pubblico ministero: se a impugnare l'atto è un altro potere dello Stato, il pubblico ministero potrà legittimamente contraddire in giudizio, mentre se a promuovere il conflitto è una Regione o una Provincia autonoma lo stesso pubblico ministero non avrà la possibilità di contrastare la prospettazione della ricorrente, potendo confidare soltanto nell'intervento del Presidente del Consiglio dei ministri, e ciò benché in entrambi i casi possa darsi l'effetto dell'annullamento dell'atto del potere giudiziario che è stato impugnato (artt. 38 e 41 della legge n. 87 del 1953).

3. — Vero è che quando il conflitto fra enti coinvolge il potere giudiziario il problema di una sua specifica rappresentanza e difesa assume particolare rilievo, tanto che è stato più volte prospettato in dottrina (cfr. per tutti R. ROMBOLI, nota redazionale a Corte Cost., ordinanza 30 dicembre 1999 n. 47, in *Foro it.* 2000, I, 343; *id.*, *La magistratura nei conflitti fra enti aventi ad oggetto atti giurisdizionali: un problema ancora in attesa di soluzione*, in *Giur. Cost.* 1997, 1701; F. BIONDI, *in tema di conflitti sollevati dalle regioni contro atti giurisdizionali, ovvero quando tali conflitti sono «effettivamente» conflitti Stato-regioni, nonostante la natura giurisdizionale dell'atto impugnato*, *ivi*, 1999, 1509), risolvendosi il più delle volte la controversia in un conflitto fra potere esecutivo (di competenza regionale) e potere giudiziario, con esclusione quindi di un sostanziale regolamento di competenza tra enti vero è anche, peraltro, che nella sua configurazione normativa astratta il problema non sembra dissimile da quello che sorge ogniqualvolta l'organo statale interessato al conflitto sia anche un qualunque potere dello Stato diverso dal legislativo.

In tutti questi casi, indifferentemente, Presidente del Consiglio dei Ministri e Presidente della Regione rappresentano nel giudizio, unitariamente, gli ordinamenti, statale e regionale, di cui sono parti (v. Corte cost., 26 gennaio 1957, n. 6; 23 marzo 1960, n. 13; 26 giugno 1962, n. 68 e 26 giugno 1970, n. 110), non singole amministrazioni o singoli organi o poteri della relativa organizzazione. «Il Presidente del Consiglio, in particolare, non agisce per un interesse proprio o del governo, ma dell'ordinamento statale nel suo complesso, prima ed indipendentemente dalla spettanza del potere controverso a questo o quell'organo del sistema statale» (G. ZAGREBELSKY, *Conflitto di attribuzioni fra Stato e Regioni e fra Regioni*, in *Enc. Giuridica Treccani*, 7).

4. — La scelta così netta operata dal legislatore (art. 39 legge 11 marzo 1953 n. 87) è d'altronde perfettamente congruente con tutto il sistema del processo costituzionale, così come delineato dalla Costituzione, dalle leggi costituzionali ed ordinarie e dalle norme integrative; un sistema che, come già prima si accennava, è ispirato ad una rigorosa limitazione della legittimazione processuale: limitazione d'altronde più volte sottolineata dalla giurisprudenza di codesta Corte (cfr. per tutte sent. 350/98).

Basti pensare, a tacer d'altro, al fatto che legittimato processuale nei giudizi incidentali di costituzionalità delle leggi e nei giudizi di impugnazione diretta di leggi statali è il Presidente del Consiglio dei Ministri e non il Parlamento, che pure è indubbiamente il potere più direttamente interessato e comunque il potere — per usare le espressioni dell'odierno ricorrente — i cui atti potrebbero essere caducati per effetto del giudizio costituzionale.

Né risulta che il Parlamento abbia mai avuto a dolersi di mancate intese o consultazioni prima di eventuali determinazioni di non intervento in giudizio da parte del Presidente del Consiglio.

Questa differenziazione, fonte di possibili incongruenze (come quella per cui nel conflitto tra enti il potere giudiziario si trova a essere difeso dallo stesso organo statale che, nell'altra sede, potrebbe esserne la controparte), è stata del resto rilevata anche dalla Corte costituzionale, allorché ha avvertito l'esigenza di una «autonoma rappresentanza e difesa dell'ordine giudiziario» nei conflitti tra enti nei quali siano in discussione provvedimenti della magistratura (sentenza n. 70 del 1985).

Il ruolo di rappresentanza dello Stato nella sua unità assegnato al Presidente del Consiglio dei ministri, prosegue il ricorrente, non fa venire meno l'istituzionale indipendenza rispetto a ogni altro potere statale che gli artt. 101, 104, 107 e 112 della Costituzione garantiscono al pubblico ministero: la ripercussione delle scelte processuali del rappresentante Presidente del Consiglio dei ministri nella sfera degli interessi propri ed esclusivi del potere giudiziario rappresentato determinerebbe, secondo il ricorrente, la necessità di ricercare un punto di equilibrio tra i diversi inte-

La partecipazione al giudizio costituzionale di organi statali diversi da quello di vertice, che rappresenta unitariamente l'ordinamento, è dunque prevista, in via di eccezione, solo nel caso di conflitto fra poteri dello Stato (art. 37 legge *ult. cit.* e art. 26, Norme integrative per i giudizi avanti la Corte Costituzionale, approvate dalla Corte il 16 marzo 1956), nel quadro di una intrinseca logica e razionalità del sistema e se può convenirsi con il ricorrente e con una autorevole corrente dottrinale sulle buoni ragioni logiche che militerebbero in favore dell'apertura di uno spazio di interlocuzione al potere giudiziario in casi quali quello in esame per una più piena attuazione del principio del contraddittorio, deve però riconoscersi che ciò non potrebbe che avvenire ad opera del legislatore costituzionale o di quello ordinario o di codesta Corte in sede di adozione di norme integrative o di *révirement* giurisprudenziale in tema di ammissibilità dell'intervento (con particolare riguardo alla sentenza 70/85).

Autorevole dottrina ha infatti auspicato una revisione della Costituzione *in parte qua*, o una riforma dell'art. 39 legge 87/53 *cit.* o dell'art. 27 delle norme integrative pure *citae* (R. ROMBOLI, *La magistratura ecc...., cit.*).

Sembra invece da escludere che la questione possa essere risolta da codesta Corte in sede di giudizio di legittimità costituzionale — in ipotesi sollevato di fronte a se stessa — del citato art. 39 legge 87/53 nella parte in cui non prevede l'autonoma rappresentanza e difesa in giudizio dell'ordine giudiziario.

La questione sarebbe, infatti, inammissibile, poiché la sua risoluzione in senso positivo comporterebbe un intervento additivo «in versi liberi» e non «a rime obbligate», con invasione della sfera discrezionale del legislatore in quanto finirebbe per stravolgere, nel suo complesso, «l'impianto del conflitto fra enti, come previsto dalla legge n. 87 del 1953» (F. BIONDI, *op. cit.*, 1514).

5. — In definitiva e per concludere appare totalmente infondato l'assunto che tra le attribuzioni del potere giudiziario rientri il diritto ad una previa intesa o consultazione nel caso in esame, risultando invece come a tale pretesa osti la normativa vigente in materia di processo costituzionale.

Ciò non esclude, naturalmente, che il sistema possa essere modificato in tal senso e si potrà magari condividere il relativo auspicio: purché sia chiaro, però, che il problema della previa intesa o consultazione non costituisce attribuzione del potere giudiziario *de lege lata* ma solo auspicio di attribuzione *de iure condendo* (A. PIZZORUSSO, *La magistratura come parte del conflitto di attribuzione*, in *Riv. Dir. Proc.* 1982, 257) in alternativa con altre possibili innovazioni normative tutte idonee a soddisfare l'esigenza sostanziale rappresentata dal ricorrente e fra le quali la scelta non può spettare che alla discrezionalità politica del legislatore.

ressi in gioco, attraverso il ricorso all'istituto di carattere generale dell'intesa, quale mezzo di coordinamento e componimento di rapporti tra enti e autorità diversi, o comunque attraverso una preventiva consultazione dell'organo giudiziario coinvolto da parte del Presidente del Consiglio dei ministri; ciò nel quadro delle regole di correttezza e di lealtà che devono ispirare i rapporti tra governo e autorità giudiziaria, per il rispetto delle attribuzioni a ciascuno spettanti, come la stessa Corte costituzionale ha riconosciuto (sentenza n. 410 del 1998).

La presidenza del Consiglio dei ministri, al contrario, ha proceduto alle sue determinazioni senza interessare in alcun modo la Procura della Repubblica, neppure attraverso la semplice richiesta di un parere, con conseguente lesione «di attribuzioni riconosciute al ricorrente dal principio generale dell'intesa e dal principio di leale cooperazione tra poteri dello Stato».

Infine, il ricorrente rileva che non è di ostacolo all'accoglimento del ricorso il fatto che la eventuale sentenza della Corte non potrebbe produrre alcun effetto in ragione della oramai intervenuta decadenza dello Stato dalla facoltà di costituirsi nel giudizio promosso dalla Provincia, in quanto ciò non farebbe comunque venire meno l'interesse della Procura a ottenere una decisione sulla spettanza delle attribuzioni in contestazione, ciò che rappresenta l'oggetto principale del giudizio della Corte, secondo l'art. 38 della legge n. 87 del 1953.

2. – Con ordinanza n. 470 del 1999, la Corte costituzionale ha dichiarato l'ammissibilità del conflitto proposto dal Sostituto Procuratore di Bolzano; il ricorso e l'ordinanza sono stati regolarmente notificati in data 26 gennaio 2000 e depositati il successivo 8 febbraio.

3. – Nel giudizio si è costituito il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, chiedendo una declaratoria di inammissibilità e, nel merito, il rigetto del ricorso.

Quanto all'ammissibilità, l'Avvocatura osserva che il ricorrente non contesta né la spettanza al Presidente del Consiglio delle attribuzioni in discorso, vale a dire la legittimazione passiva nel conflitto promosso dalla Provincia autonoma nei confronti dello Stato, né il potere di determinarsi circa la costituzione in quel giudizio; egli contesta infatti solo le modalità di esercizio di quella attribuzione.

Così essendo, il ricorso per conflitto di attribuzione, in quanto concernente non la spettanza del potere ma le concrete modalità di esercizio del medesimo da parte del Presidente del Consiglio dei ministri sarebbe, ad avviso dell'Avvocatura, inammissibile.

Nel merito, l'Avvocatura sostiene il rigetto del ricorso, osservando che non ha senso chiedere, come fa il magistrato ricorrente, la necessità di una audizione o di un previo parere del potere giudiziario, in vista della decisione sulla costituzione o meno del Presidente del Consiglio nel giudizio costituzionale, poiché tale affermazione comporterebbe pur sempre la prevalenza della determinazione di natura politica del Presidente del Consiglio dei ministri, e ciò non salvaguarderebbe in alcun modo nella prospettiva da cui muove il Sostituto Procuratore l'indipendenza della magistratura.

In ogni caso, prosegue l'Avvocatura, non risulta affatto, nel vigente sistema costituzionale, un «principio generale di intesa» tra gli organi dello Stato; né il principio di leale collaborazione tra poteri dello Stato può implicare la necessità giuridica della previa concertazione tra tutti gli organi interessati alle modalità di esercizio di ogni potere pubblico.

Infine, l'Avvocatura rileva che deve ammettersi solo una delle due possibilità di ricostruzione del sistema: o la Costituzione ha abilitato ogni potere dello Stato a interloquire nel giudizio per conflitto di attribuzioni di cui all'art. 134, sia nei confronti degli altri poteri dello Stato che nei confronti delle Regioni, e allora ciò pone un problema di conformità alla Costituzione dell'art. 39 della legge n. 87 del 1953; o, al contrario, la Costituzione non impone tale estensione della tutela processuale dei singoli poteri dello Stato nei conflitti di attribuzione tra enti, e allora, oltre a non porsi alcun problema di costituzionalità del citato art. 39, deve ritenersi del tutto legittimo il comportamento del Presidente del Consiglio dei ministri che ha ritenuto, secondo le proprie valutazioni, di non costituirsi nel giudizio per conflitto promosso dalla Provincia di Bolzano.

4. — In prossimità dell'udienza, hanno depositato memorie sia la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bolzano (quale ufficio ora «incorporante» la Procura presso la Pretura circondariale, a norma dell'art. 31 del decreto legislativo 19 febbraio 1998, n. 51), in persona del Sostituto Procuratore, sia l'Avvocatura generale dello Stato.

4.1. — Il ricorrente, insistendo per l'ammissibilità del conflitto e, nel merito, contestando — anche con richiami alla giurisprudenza costituzionale, in particolare alla sentenza n. 379 del 1992 — le argomentazioni svolte dall'Avvocatura nel suo atto di costituzione in giudizio, ribadisce la necessità di ricercare una soluzione al problema del contraddittorio nei conflitti tra enti aventi a oggetto atti del potere giudiziario, imperniata sul principio della leale collaborazione e dell'intesa, per salvaguardare — allo stato e in attesa di una auspicabile nuova disciplina legislativa — le prerogative di indipendenza della magistratura.

4.2. — L'Avvocatura dello Stato ribadisce d'altra parte le proprie conclusioni nel senso dell'inammissibilità e del rigetto del ricorso.

In particolare, l'Avvocatura eccepisce l'inammissibilità del conflitto anche sotto il profilo soggettivo, nel senso che il Sostituto Procuratore della Repubblica non potrebbe dirsi l'organo competente a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartiene: tale competenza, si afferma nella memoria, andrebbe riconosciuta solo al Procuratore della Repubblica, in quanto il sostituto non assumerebbe autonomo rilievo, data la connotazione gerarchica dell'ufficio.

Quanto al merito, l'Avvocatura ribadisce che nell'ordinamento non esiste un principio della necessaria tutela processuale di ogni potere dello Stato, sia pure nella forma della intesa o della previa consultazione, nei giudizi costituzionali. Dalla disciplina di questi ultimi, anzi, emerge la contraria impostazione della limitazione della legittimazione processuale, nei conflitti tra enti, agli organi di vertice.

La partecipazione al giudizio costituzionale di organi statali diversi da quello di vertice, prosegue la memoria, è dunque prevista solo come eccezione, nei conflitti interorganici (art. 37 della legge n. 87 del 1953 e art. 26 delle norme integrative); potrebbe convenirsi con il ricorrente — conclude l'Avvocatura — circa l'esigenza di dare voce al potere giudiziario in casi come quello in esame, ma ciò non potrebbe avvenire se non per opera del legislatore, costituzionale oppure ordinario, ovvero per decisione della Corte costituzionale, in sede di adozione di (nuove) norme integrative.

Considerato in diritto

1. — Il presente conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato è promosso dalla Procura della Repubblica presso la Pretura circondariale di Bolzano in persona di un suo sostituto, designato ad esercitare le funzioni di pubblico ministero in un procedimento penale contro funzionari della Provincia autonoma di Bolzano, in riferimento a due atti del quale la Provincia autonoma medesima, ritenendo lese le proprie competenze costituzionali, ha in precedenza promosso conflitto di attribuzioni contro lo Stato. Poiché in tale conflitto costituzionale tra Provincia autonoma e Stato, la Presidenza del Consiglio dei ministri non si è costituita per difendere le attribuzioni dell'organo del potere giudiziario da cui provengono gli atti che hanno dato motivo al conflitto, il Sostituto Procuratore promuove il presente conflitto contro il Presidente del Consiglio dei ministri in relazione alla suddetta mancata costituzione nel giudizio costituzionale «senza che sia previamente intervenuta un'intesa o sia stato comunque richiesto un parere al pubblico ministero i cui atti sono stati impugnati dalla Provincia autonoma di Bolzano».

2. — Il conflitto è inammissibile.

2.1. — Il problema posto con il presente ricorso per conflitto di attribuzione riguarda la partecipazione al giudizio per conflitto di attribuzioni tra Stato e Regioni o Province autonome dell'autorità giudiziaria, quando la controversia abbia avuto origine da un suo atto che si ritenga lesivo di una competenza costituzionale e del quale si chieda l'annullamento.

Nella configurazione attuale di tali conflitti, per lo Stato è sempre e solo legittimato a intervenire il Presidente del Consiglio dei ministri (art. 39, terzo comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87, e art. 27 delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale) anche quando, come nel caso che ha dato origine al presente giudizio, siano in discussione atti provenienti da organi dello Stato che, per la natura delle funzioni che sono chiamati a esercitare, godono secondo la Costituzione di una posizione di assoluta autonomia e indipendenza dal Governo. Si comprende perciò quella «esigenza di autonoma rappresentanza e difesa dell'ordine giudiziario anche nei conflitti tra Stato e Regioni nei quali siano in discussione provvedimenti giudiziari», sulla quale questa Corte, conformemente a rilievi numerose volte prospettati dai commentatori, già con la sentenza n. 70 del 1985 ha richiamato l'attenzione, esigenza al cui soddisfacimento mira ora il presente conflitto di attribuzioni.

Sennonché, a tale carenza occorre — come ha rilevato la difesa del Presidente del Consiglio dei ministri — che si ponga rimedio in via normativa, non essendo possibile ovviare a essa in via di interpretazione e applicazione dell'ordinamento vigente. Questo pone bensì l'esigenza di un'idonea rappresentanza e difesa dell'autorità giudiziaria nei giudizi su conflitto di attribuzioni in cui sia coinvolto l'esercizio dei suoi poteri, ma non fornisce indicazioni sufficienti circa il modo di colmare la lacuna, cosicché si possa provvedere al riguardo da questa Corte nell'esercizio dei poteri giurisdizionali che le spettano.

La riprova di quanto testé osservato sta nello stesso ricorso per conflitto qui in discussione, per mezzo del quale si chiede che, nel riconoscere la carenza di potere del Presidente del Consiglio dei ministri nel determinarsi autonomamente in relazione ai suoi poteri di intervento nel giudizio, quando siano in questione atti dell'autorità giudiziaria, la Corte costituzionale detti essa stessa una disciplina relativa alle procedure da seguire e ai poteri esercitabili dall'organo giudiziario interessato: una disciplina che — indipendentemente dalla congruità delle specifiche soluzioni indicate dal ricorrente, con riguardo alla reciproca posizione costituzionale del potere esecutivo e dell'ordine giudiziario — verrebbe necessariamente a configurarsi come la predisposizione *ex novo* di un complesso di regole che non può che essere posto nella sede competente a dettare norme nella materia dei giudizi costituzionali.

2.2. — La rilevata, assorbente ragione di inammissibilità del conflitto rende superfluo l'esame dell'eccezione sollevata dalla difesa del Presidente del Consiglio dei ministri circa l'idoneità del Sostituto Procuratore della Repubblica a rappresentare l'ufficio di cui fa parte, in assenza di una designazione del capo dell'ufficio stesso specificamente riguardante il presente giudizio su conflitto di attribuzione

*PER QUESTI MOTIVI
LA CORTE COSTITUZIONALE*

dichiara inammissibile il conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato promosso dalla Procura della Repubblica presso la Pretura circondariale di Bolzano, in persona del Sostituto Procuratore della Repubblica, nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri, col ricorso indicato in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, l'11 luglio 2000.

(omissis)

CORTE COSTITUZIONALE, 9-16 ottobre 2000, n. 423 — Pres. Mirabelli — Red. Zagrebelsky — Presidente del Consiglio dei Ministri (avv. Stato G. Palmieri).

Sanità — Diritto alla salute — Danni da vaccinazione antiepatite B — Diritto all'indennizzo a partire dall'anno 1983 — Sussiste — Illegittimità *in parte qua*.

(Cost., art. 32; legge 25 febbraio 1992, n. 210, art. 1, comma 1).

Sanità – Diritto alla salute – Danni da vaccinazione obbligatoria, trasfusioni ed emoderivati – Diritto all'indennizzo – Liquidazione del danno biologico – Discrezionalità del legislatore – Infondatezza della questione.

(Cost., artt. 2 e 38; legge 25 febbraio 1992, n. 210, art. 1, comma 3, e art. 2, commi 1 e 2).

Sanità – Diritto alla salute – Danni irreversibili da epatiti post-trasfusionali – Diritto all'indennizzo – Assegno «una tantum» per il periodo tra il manifestarsi della malattia e l'ottenimento dell'indennizzo – Mancata previsione – Infondatezza della questione.

(Cost., artt. 32 e 2; legge 25 febbraio 1992, n. 210, artt. 1 e 2; legge 25 luglio 1997, n. 238, art. 1).

In applicazione dei principi enunciati nella sentenza della Corte Costituzionale n. 27 del 1998 e dalle precedenti n. 307 del 1990 e n. 118 del 1996, accertato documentalmente che anche per la vaccinazione anti-epatite è stata posta in atto una campagna legalmente promossa dall'autorità sanitaria per la diffusione di tale tipo di vaccinazione, deve ritenersi che anche per i soggetti sottoposti a vaccinazione di tipo B sussistano le condizioni per riconoscere come dovuto l'indennizzo previsto dall'art. 1, legge n. 210/92.

Pertanto, è incostituzionale l'art. 1, comma 1, legge n. 210/92 nella parte in cui non prevede il diritto all'indennizzo, alle condizioni ivi stabilite, di coloro che siano stati sottoposti a vaccinazioni anti-epatite B a partire dall'anno 1983 (1).

La disciplina apprestata dalla legge n. 210/92 opera su un piano diverso da quello in cui si colloca la disciplina civilistica in tema di risarcimento del danno, compreso il c.d. danno biologico.

Ferma la possibilità per l'interessato di azionare l'ordinaria pretesa risarcitoria, il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, ha, quindi, previsto una misura economica di sostegno aggiuntiva in un caso di danno alla salute, il cui conseguimento dipende unicamente da fattori oggettivi determinabili secondo parametri fissi.

Pertanto, non è fondata la questione di legittimità costituzionale degli articoli 1, comma 3, e 2, commi 1 e 2, della legge n. 210/92 (2).

(1) In riferimento alla prima questione non è stato proposto l'intervento da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri.

La sentenza che si annota costituisce sul punto puntuale applicazione dei principi enunciati dalla Corte Costituzionale con la pronuncia 26 febbraio 1998, n. 27 (in questa *Rassegna*, 1998, I, 6, con nota di commento di G. PALMIERI) e con le precedenti 22 giugno 1990, n. 307 (in *Giur. Cost.*, 1990, 1876, con nota di F. GIARDINA) e 18 aprile 1996, n. 118 (in questa *Rassegna*, 1996, I, 185, con nota di G.P. POLIZZI).

(2-3) Con riferimento alle due questioni poste dal Tribunale Civile di Firenze per il profilo attinente al c.d. danno biologico e dal Tribunale di Firenze, Sezione Lavoro, per il profilo attinente alla mancata previsione dell'assegno «una tantum» previsto dalla legge n. 210/1992 anche in favore di soggetti danneggiati irreversibilmente da epatiti post-trasfusionali, è stato invece proposto l'intervento del Presidente del Consiglio dei Ministri.

La Corte ha condiviso le prospettazioni di infondatezza contenute negli atti di intervento riallacciandosi proprio alla sua giurisprudenza – ormai chiaramente delineata – in materia.

La giurisprudenza costituzionale in materia è costante nell'individuare nell'interesse pubblico alla promozione della salute collettiva tramite il trattamento sanitario, e non nell'essere il singolo necessitato al trattamento, la ragione dell'obbligo generale di solidarietà nei confronti di quanti, sottomettendosi al trattamento imposto, subiscono un pregiudizio alla loro salute.

Non sono, quindi, equiparabili dal punto di vista del principio di uguaglianza, la cogenza dell'obbligo legale o l'incentivazione al trattamento sanitario, da un lato, e la necessità terapeutica del trattamento stesso, dall'altro.

Pertanto, non è fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 della legge n. 210/1992, come integrati dall'art. 1, comma 2, della legge n. 238/97 (3).

(omissis)

1. — Il Tribunale di Firenze, il Tribunale di Firenze sezione del lavoro e il Tribunale di Sanremo dubitano, sotto diversi aspetti, della legittimità costituzionale della disciplina dettata dalla legge 25 febbraio 1992, n. 210 (Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati), in tema di indennizzo dovuto a coloro che abbiano subito danni irreversibili da epatiti post-trasfusionali.

In particolare, il Tribunale di Firenze (r.o. 601/1999) dubita — in riferimento agli artt. 2 e 38 della Costituzione — della legittimità costituzionale degli artt. 1, comma 3, e 2, commi 1 e 2, della legge n. 210 del 1992, nella parte in cui, nel quantificare l'indennizzo dovuto a coloro che presentino danni irreversibili da epatiti post-trasfusionali, non prevedono la liquidazione, sia pure in misura ridotta, del danno biologico subito a seguito di emotrasfusione.

Il Tribunale di Firenze — sezione del lavoro, a sua volta (r.o. 683/1999), dubita — in relazione agli artt. 2, 3, 32 e 38 della Costituzione — della legittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 (come integrati dall'art. 1, comma 2, della legge 25 luglio 1997, n. 238) della legge n. 210 del 1992, nella parte in cui escludono i soggetti che presentino danni irreversibili da epatiti post-trasfusionali dal diritto all'assegno *una tantum* per il periodo compreso tra il manifestarsi dell'evento dannoso e l'ottenimento dell'indennizzo previsto dalla legge.

Con le statuizioni contenute nella sentenza che si annota è stato ribadito il dovere di solidarietà che incombe sulla collettività e per essa sullo Stato, descritto nella citata sentenza n. 27/1998, per sottolinearne le differenze con il regime della ordinaria responsabilità civile. È stata sottolineata altresì l'incompatibilità logico-giuridica del ristoro per c.d. danno biologico in presenza di un indennizzo discrezionalmente previsto dal legislatore, il quale — come precisa la stessa Corte — potrebbe — sempre discrezionalmente — scegliere un criterio diverso da quello attuale, collegato al trattamento pensionistico dei militari.

La Corte ha poi richiamato la pronuncia già resa in fattispecie analoga (sentenza 22 giugno 2000, n. 226, in *Giust. Cost.*, 2000, 1778) per confutare, pur nella consapevolezza di trovarsi al cospetto di un problema di tutela di soggetti deboli in gravissima difficoltà e quindi meritevoli di protezione — l'equiparazione di situazione — e quindi la lesione di parametri costituzionali — fra i soggetti sottoposti a trattamenti sanitari obbligatori e soggetti necessitati alla terapia a base di somministrazione di sangue ed emoderivati.

Il Tribunale di Sanremo, infine (r.o. 65/2000), dubita — in riferimento agli artt. 2, 3, primo comma, e 32 della Costituzione — della legittimità costituzionale dell'art. 11, comma 1, della legge n. 210 del 1992 nella parte in cui non prevede il diritto all'indennizzo per soggetti sottoposti a vaccinazioni antiepatite B non obbligatoria, in quanto appartenenti a categorie a rischio, in relazione alle quali l'autorità sanitaria abbia promosso la diffusione della vaccinazione.

2. — Le tre questioni anzidette, riguardando la medesima materia dei diritti indennitari conseguenti alla sottoposizione a trattamenti sanitari, possono essere riunite e trattate congiuntamente in un'unica sentenza.

3. — La questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Firenze, che contesta la scelta del legislatore circa i criteri adottati per quantificare il beneficio previsto, non è fondata.

La disciplina apprestata dalla legge n. 210 del 1992 opera su un piano diverso da quello in cui si colloca quella civilistica in tema di risarcimento del danno, compreso il cosiddetto danno biologico. Per quanto qui interessa, al fine di evidenziare la distanza che separa il risarcimento del danno dall'indennità prevista dalla legge denunciata, basta rilevare che la responsabilità civile presuppone un rapporto tra fatto illecito e danno risarcibile e configura quest'ultimo, quanto alla sua entità, in relazione alle singole fattispecie concrete, valutabili caso per caso dal giudice, mentre il diritto all'indennità sorge per il sol fatto del danno irreversibile derivante da epatite post-trasfusionale, in una misura prefissata dalla legge. Ferma la possibilità per l'interessato di azionare l'ordinaria pretesa risarcitoria, il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, ha dunque previsto una misura economica di sostegno aggiuntiva, in un caso di danno alla salute, il cui ottenimento dipende esclusivamente da ragioni obiettive facilmente determinabili, secondo parametri fissi, in modo da consentire agli interessati in tempi brevi una protezione certa nell'*an* e nel *quantum*, non subordinata all'esito di un'azione di risarcimento del danno, esito condizionato all'accertamento dell'entità e, soprattutto, alla non facile individuazione di un fatto illecito e del responsabile di questo.

La questione di costituzionalità in esame tende quindi a trasferire elementi di un sistema di garanzia in un altro — operazione che si potrebbe semmai giustificare se la misura prevista dalla legge impugnata dovesse valere in luogo del risarcimento del danno, o in conseguenza di una prescrizione legale o per l'impossibilità di fatto di far valere le pretese risarcitorie derivanti dal danno subito. Poiché però così non può dirsi che sia — nemmeno sotto il profilo fattuale, rispetto al quale occorre sottolineare che spetta necessariamente alla giurisprudenza rendere efficace la tutela risarcitoria nei casi di trasfusione di sangue infetto, individuando gli eventuali fatti illeciti e i responsabili di questi — la pretesa inclusione nel beneficio previsto dalla legge n. 210 di elementi propri della tutela risarcitoria non appare giustificata.

Il Tribunale rimettente ritiene che la stessa mancata considerazione, quale componente del beneficio previsto dalla legge, del danno biologico, comporti l'inadeguatezza del beneficio medesimo, con violazione degli artt. 2 e 38 della Costituzione, evocati peraltro genericamente. Ma, così argomentando, si finisce per l'appunto per confondere gli istituti in una sorta di *petitio principii*: non dimostrando ma

dando per dimostrato il presupposto, cioè il necessario carattere comune dei due istituti — il beneficio e il risarcimento — rispetto ai criteri di quantificazione.

Quanto fin qui detto non esclude comunque che il legislatore possa riconsiderare l'opportunità della scelta operata circa il criterio da adottare nella quantificazione del beneficio riconosciuto dalla legge ai soggetti danneggiati da epatiti post-trasfusionali (oltre che agli ammalati di HIV e ai danneggiati da vaccini): criterio collegato oggi al trattamento pensionistico dei militari. Ma ciò riguarda il buon uso della discrezionalità legislativa e non — quantomeno sotto i profili indicati dal Tribunale rimettente — la legittimità costituzionale della legge denunciata.

4. — Non fondata è altresì la questione sollevata dal Tribunale di Firenze — sezione del lavoro, relativa alla mancata previsione da parte della legge n. 210 del 1992, a favore dei soggetti danneggiati irreversibilmente da epatiti post-trasfusionali, del diritto all'assegno *una tantum* previsto — dall'art. 2, comma 2, della legge n. 210 per il periodo intercorrente tra il manifestarsi della malattia e l'ottenimento dell'indennizzo — a favore di quanti abbiano subito una menomazione permanente alla salute da vaccinazione obbligatoria.

Si fa dunque essenzialmente una questione di rispetto del principio di uguaglianza, mentre gli altri principi costituzionali evocati non costituiscono altro che una sua connotazione. Si denuncia l'irrazionale disparità di trattamento tra i sottoposti a vaccinazione obbligatoria e coloro che hanno subito trattamenti trasfusionali ematici, disparità che si risolve a danno dei secondi. Osserva il Tribunale rimettente che il grado di costrizione al trattamento di questi ultimi, spesso indotti dalla necessità di salvare la vita, non è minore di quello riguardante coloro che si sono sottoposti alla vaccinazione in conseguenza di un obbligo legale, tanto più in quanto alla situazione dell'obbligo legale sia stata equiparata — con la sentenza n. 27 del 1998 di questa Corte — quella dell'incentivazione nell'ambito di una politica sanitaria pubblica.

La questione, così impostata, non può essere accolta per le ragioni già addotte da questa Corte, nella sentenza n. 226 del 2000, nel dichiarare non fondata analoga questione sollevata dal Pretore di Milano. Anche in quell'occasione si faceva valere l'assimilabilità della situazione di coloro che si sono sottoposti a un trattamento sanitario, ricevendone un danno irrimediabile alla salute, in conseguenza di un obbligo legale (caso su cui sono intervenute le sentenze n. 307 del 1990 e n. 118 del 1996, relative alla vaccinazione obbligatoria antipoliomielitica) alla situazione di coloro i quali, come gli emofilici, sono necessitati, in mancanza di alternative terapeutiche, senza possibilità di scelta, a sottoporsi a somministrazioni di sangue ed emoderivati, pena il decorso infausto della loro malattia. Già in tale occasione, il giudice rimettente osservava che la necessità del ricorso alla terapia ematica, stante un rischio per la vita, si potrebbe dire perfino più cogente che non nel caso di trattamento sanitario imposto per legge, la cui violazione dà luogo meramente a una sanzione giuridica. E si concludeva ricordando che la Corte costituzionale stessa non ha assegnato valore dirimente all'esistenza di un obbligo legale avendo affermato, con la sentenza n. 27 del 1998, il diritto all'indennizzo non necessariamente in presenza di un obbligo legale ma anche nell'ipotesi in cui il trattamento terapeutico, non (ancora) reso obbligatorio, era oggetto di una specifica politica di promozione.

Queste argomentazioni, tuttavia, si collocano fuori della *ratio* costituzionale del diritto all'equo indennizzo riconosciuto in base agli artt. 32 e 2 della Costituzione. Ciò che rileva è l'esistenza di un interesse pubblico alla promozione della salute collettiva tramite il trattamento sanitario, il quale, per conseguenza, viene dalla legge assunto a oggetto di un obbligo legale o di una politica pubblica di diffusione tra la popolazione. La giurisprudenza costituzionale alla quale il giudice rimettente si riferisce è ferma nell'individuare in questo interesse — e non nell'essere il singolo necessitato al trattamento: necessità che è solo una conseguenza — la ragione dell'obbligo generale di solidarietà nei confronti di quanti, sottomettendosi al trattamento imposto, vengono a soffrire di un pregiudizio alla loro salute.

In base a queste considerazioni, si comprende che il raffronto tra la *cogenza* dell'obbligo legale o l'*incentivazione* al trattamento, da un lato, e la *necessità* terapeutica del trattamento stesso, dall'altro, non è produttivo nel senso della equiparazione delle situazioni, dal punto di vista del principio di uguaglianza. Le situazioni sono diverse e non si prestano a entrare in una visione unificatrice perché solo le prime corrispondono a un interesse generale, che è quello in base al quale è costituzionalmente necessario che la collettività assuma su di sé una partecipazione alle difficoltà nelle quali può venirsi a trovare il singolo che ha cooperato al perseguimento di tale interesse.

La questione di costituzionalità — pur ponendo un problema di tutela di soggetti deboli, posti in condizioni di gravissima difficoltà e quindi meritevoli di protezione — in quanto impiantata nei termini anzidetti, non può dunque trovare accoglimento.

5. — Fondata è invece la questione sollevata dal Tribunale di Sanremo, il quale dubita della legittimità costituzionale della mancata previsione del diritto all'indennizzo, previsto dall'art. 1, comma 1, della legge n. 210 a favore di quanti abbiano riportato danni irreversibili alla salute, essendo stati sottoposti a vaccinazione anti-epatite B non obbligatoria, appartenendo a una categoria di persone considerate «a rischio» e perciò incentivate a sottoporsi alla vaccinazione stessa nell'ambito di una campagna promossa dall'autorità sanitaria. Il giudice rimettente ritiene ingiustificata tale mancata previsione, a fronte della attribuzione dell'indennizzo a favore di chi, in analoghe circostanze, abbia contratto un'infermità a seguito di vaccinazione anti-poliomielitica (art. 1 della legge n. 210 del 1992, quale risultante a seguito della sentenza n. 27 del 1998 di questa Corte).

Il citato art. 1 della legge n. 210 prevede il diritto all'indennizzo (determinato dall'art. 2) per chiunque abbia riportato lesioni o infermità dalle quali sia derivata una menomazione permanente all'integrità psico-fisica, a causa di vaccinazioni obbligatorie per legge. Con la sentenza testé citata, questa Corte — richiamato «il principio che non è lecito [...] richiedere che il singolo esponga a rischio la propria salute per un interesse collettivo, senza che la collettività stessa sia disposta a condividere, come è possibile, il peso di eventuali conseguenze negative» (sentenze nn. 307 del 1990 e 118 del 1996) — ha ritenuto non esservi ragione di differenziare, rispetto a tale principio, «il caso [...] in cui il trattamento sanitario sia imposto per legge da quello [...] in cui esso sia, in base a una legge, promosso dalla pubblica autorità in vista della sua diffusione capillare nella società; il caso in cui si annulla la libera determinazione individuale attraverso la comminazione di una sanzione, da quello in

cui si fa appello alla collaborazione dei singoli a un programma di politica sanitaria». Infatti, si aggiungeva, «una differenziazione che negasse il diritto all'indennizzo in questo secondo caso si risolverebbe in una patente irrazionalità della legge. Essa riserverebbe [...] a coloro che sono stati indotti a tenere un comportamento di utilità generale per ragioni di solidarietà sociale un trattamento deteriore rispetto a quello che vale a favore di quanti hanno agito in forza della minaccia di una sanzione».

In applicazione dei principi così posti, la risoluzione della presente questione di costituzionalità consiste nel rispondere alla domanda se, analogamente a quanto accertato in relazione alla vaccinazione antipoliomielitica, anche per la vaccinazione antiepatite possa dirsi essere stata in atto una campagna legalmente promossa dall'autorità sanitaria per la diffusione di tale secondo tipo di vaccinazione. La risposta positiva è documentata dagli atti — ricordati analiticamente nell'esposizione in fatto — adottati a partire dal 1983, in attuazione dei compiti di promozione della salute pubblica che, alla stregua della legge 13 marzo 1958, n. 296, spettano all'autorità sanitaria nazionale. Con la legge 27 maggio 1991, n. 165, la vaccinazione contro l'epatite virale B è stata resa obbligatoria per tutti i nuovi nati nel primo anno di vita, ma anche prima di tale data gli atti sopra menzionati testimoniano essere stata condotta — a partire dalla circolare n. 2 dell'11 gennaio 1983 del Ministero della sanità — una capillare campagna per la realizzazione di un programma di diffusione della vaccinazione stessa che ha coinvolto le strutture sanitarie pubbliche del nostro paese in un'opera di responsabilizzazione e sensibilizzazione ai rischi che l'epatite di tipo B comporta per sé e per gli altri, e innanzitutto per i bambini.

Deve così ritenersi che sussistono, anche per i soggetti sottoposti a vaccinazione antiepatite di tipo B in attuazione della suddetta politica sanitaria promossa al riguardo, le condizioni che hanno indotto questa Corte, nella sentenza n. 27 del 1998, a ritenere costituzionalmente dovuto per i soggetti sottoposti a vaccinazione antipoliomielitica l'indennizzo previsto dall'art. 1 della legge n. 210. Pertanto, in accoglimento della questione proposta dal Tribunale di Sanremo, tale disposizione deve essere dichiarata incostituzionale per dare ingresso al diritto all'indennizzo anche a tale categoria di soggetti.

*PER QUESTI MOTIVI
LA CORTE COSTITUZIONALE*

riuniti i giudizi,

1) *dichiara* l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, della legge 25 febbraio 1992, n. 210 (Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati), nella parte in cui non prevede il diritto all'indennizzo, alle condizioni ivi stabilite, di coloro che siano stati sottoposti a vaccinazione antiepatite B, a partire dall'anno 1983;

2) *dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1, comma 3, e 2, commi 1 e 2, della legge n. 210 del 1992 sollevata, in riferimento agli artt. 2 e 38 della Costituzione, dal Tribunale di Firenze con l'ordinanza indicata in epigrafe;

3) *dichiara* non fondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 della legge n. 210 del 1992, come integrati dall'art. 1, comma 2, della legge 25 luglio 1997, n. 238 (Modifiche ed integrazioni alla legge 25 febbraio 1992, n. 210, in materia di indennizzi ai soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni ed emoderivati) sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 32 della Costituzione, dal Tribunale di Firenze - sezione del lavoro con l'ordinanza indicata in epigrafe. (*omissis*)

CORTE COSTITUZIONALE, 25 ottobre - 10 novembre 2000, n. 487 – Pres. Mirabelli – Red. Contri – Presidente del Consiglio dei Ministri (avv. Stato Caramazza) c. Procuratore della Repubblica di Bologna e Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Bologna (sostituto Procuratore P. Giovagnoli).

Segreto di Stato – Opposizione e conferma del Presidente del Consiglio – Conseguenti limiti al potere del pubblico ministero e del G.I.P.

L'opposizione del segreto di Stato confermata dal Presidente del Consiglio dei Ministri ai sensi dell'articolo 12 della legge 24 ottobre 1977 n. 801 non solo inibisce all'autorità giudiziaria di utilizzare gli elementi di conoscenza e di prova coperti dal segreto, ma anche di conservare nel fascicolo processuale gli atti coperti da segreto, atti che devono invece essere restituiti immediatamente all'autorità responsabile.

Ogni atto del pubblico ministero o del giudice adottato in violazione di tali principi lede le attribuzioni costituzionalmente riconosciute al Presidente del Consiglio e merita l'annullamento ad opera della Corte Costituzionale in sede di conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato (1).

(1) La sentenza in rassegna mette la parola fine ad un conflitto fra poteri articolatosi in ben cinque giudizi di costituzionalità. Si pubblica qui di seguito una nota di commento.

Epilogo di un conflitto fra potere politico e potere giudiziario in tema di segreto di Stato.

1. – QUADRO DI RIFERIMENTO NORMATIVO SUL SEGRETO DI STATO.

Nel nostro ordinamento il segreto di Stato è posto a tutela della «sicurezza dello Stato democratico» dalla legge 24 ottobre 1977 n. 801. Tale segreto viene apposto in via amministrativa dagli uffici competenti in conformità di appositi regolamenti ed opposto all'autorità giudiziaria per rifiutare la deposizione testimoniale o l'esibizione di documentazione. Se l'autorità giudiziaria procedente non ritiene fondata la dichiarazione di segretezza, interpella il Presidente del Consiglio dei Ministri che, ove ritenga di confermarla, deve provvedervi entro sessanta giorni dal ricevimento della richiesta. In tal caso, se la conoscenza di quanto coperto dal segreto di Stato sia essenziale, l'autorità procedente dichiara di non doversi procedere nell'azione penale per l'esistenza di un segreto di Stato.

In sede di giustizia civile o amministrativa è stata ritenuta applicabile la stessa norma (1). Le conseguenze sono tuttavia parzialmente diverse, in quanto in sede civile e amministrativa non è ammessa la pronuncia di un *non liquet* ma il giudice dovrà invece decidere secondo la propria regola di giudizio rinunciando a conoscere quanto coperto da segreto.

(1) Cass., SS.UU., 17 novembre 1989 n. 4905.

(omissis)

1. — Con ricorso del 5 luglio 1999 — depositato il 6 luglio 1999 e, a seguito dell'ordinanza di ammissibilità del conflitto n. 321 del 1999, regolarmente notificato il 19 e nuovamente depositato il 27 luglio 1999 — il Presidente del Consiglio dei ministri ha sollevato, previa la necessaria deliberazione del Consiglio dei ministri, assunta in data 30 giugno 1999, conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nei confronti del pubblico ministero, in persona del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bologna, in relazione alla richiesta, dal medesimo presentata in data 3 maggio 1999 al Giudice per le indagini preliminari presso lo stesso Tribunale, di «non doversi procedere» nei confronti di funzionari del SISDE e di funzionari di polizia che con essi avevano collaborato, per la esistenza di un segreto di Stato ritualmente opposto dal Presidente del Consiglio dei ministri *ex art. 12 della legge 24 ottobre 1977, n. 801* (Istituzione e

Il segreto di Stato ha dunque una forza di resistenza massima perché dinanzi ad esso cede persino l'esercizio della funzione giurisdizionale (per tacere del diritto di difesa in giudizio, dell'esercizio obbligatorio dell'azione penale, della libertà di manifestazione del pensiero e del diritto all'informazione).

La sua opposizione da parte del Presidente del Consiglio, è infatti atto politico, libero nei fini, pari-ordinato alla legge e di esso il Presidente del Consiglio risponde soltanto politicamente dinanzi al Parlamento, al quale deve rendere conto specificamente di ogni suo atto di conferma del segreto di Stato.

Unico — ovvio — limite al segreto di Stato è la non segretabilità di fatti eversivi dell'ordine costituzionale.

La relativa segretezza si porrebbe, infatti, come fatto rivoluzionario in contraddizione con il valore da proteggere: l'integrità dello Stato democratico.

Nell'esercizio delle funzioni di segretezza il Presidente del Consiglio opera quindi non tanto come rappresentante del potere esecutivo quanto come supremo vertice politico del Paese. Per comodità e brevità espositiva nel corso della presente nota si farà peraltro spesso riferimento al potere esecutivo. La relativa locuzione andrà intesa con la precisazione di cui sopra.

2. — IL SEGRETO DI STATO COME POSSIBILE OCCASIONE DI CONFLITTO FRA POTERE GIUDIZIARIO E POTERE POLITICO DINANZI ALLA CORTE COSTITUZIONALE.

Tale essendo la disciplina normativa del segreto di Stato, appare di intuitiva evidenza il fatto che la sua opposizione costituisce occasione di frizione fra i due poteri dello Stato coinvolti, l'Esecutivo ed il Giudiziario, in quanto, con l'esercizio del potere di segretezza, il primo pone un limite alle funzioni del secondo.

Appare dunque fisiologico che il Giudiziario, quando si ritenga prevaricato dall'Esecutivo per una segretezza che reputi opposta al di fuori dei limiti consentiti, reagisca elevando conflitto dinanzi alla Corte Costituzionale.

Fino al 1997, infatti, i pochi casi di conflitto *in subiecta materia* erano stati tutti sollevati dal Giudiziario (2).

Meno fisiologico l'opposto caso, che si commenta con il presente scritto, in cui il conflitto ha dovuto essere sollevato (e ben quattro volte!) dall'Esecutivo per lamentare la lesione delle sue prerogative di segretezza contestate dal Giudiziario.

(2) Corte Cost., 24 maggio 1977 n. 86.

ordinamento dei servizi per le informazioni e la sicurezza e disciplina del segreto di Stato) e «confermato dalla Corte costituzionale con le sentenze nn. 110 e 410 del 1998».

In relazione a tale attività del pubblico ministero, consistente nella richiesta di archiviazione al giudice per le indagini preliminari per l'esistenza di un segreto di Stato — deducendo la violazione degli artt. 1, 5, 52, 87, 94, 95, 102 e 126 della Costituzione, in relazione agli artt. 12 e 16 della legge 24 ottobre 1977, n. 801, agli artt. 202, 256 e 362 del codice di procedura penale, e con riferimento alle sentenze

3. — L'ANOMALO CASO BOLOGNESE.

a) I fatti.

Nel settembre 1991, in occasione di attentati perpetrati da un'organizzazione terroristica straniera su obiettivi pertinenti alla relativa nazione e siti sul territorio italiano, il SISDE e la Polizia di Stato effettuarono, per quanto di rispettiva competenza, attività di *intelligence* e controllo nei confronti di un cittadino di quello Stato.

Nel gennaio 1997, a seguito di acquisizione di documentazione sull'operazione da parte della Procura di Roma, furono sottoposti a procedimento penale per i reati di violazione di domicilio e abusiva intercettazione (artt. 110, 614 e 617 *bis* c.p.) due funzionari di polizia e un funzionario del SISDE.

Nel corso delle indagini preliminari svolte dalla Procura di Roma fu opposto il segreto di Stato in due distinte occasioni: dal funzionario del SISDE, in sede di interrogatorio, e dal Direttore del SISDE in relazione ad un ordine di esibizione documentale dell'Autorità Giudiziaria.

Conseguentemente, ritualmente interpellato dall'Autorità Giudiziaria, il Presidente del Consiglio dei Ministri confermò entrambe le opposizioni.

In particolare, il segreto di Stato fu confermato al fine di mantenere il riserbo sulle modalità operative del servizio e sull'identità degli agenti, oltre che per difendere la credibilità del servizio stesso nell'ambito internazionale.

In tal senso, in sede di controllo politico, si espresse anche il Comitato Parlamentare per i servizi di Informazione e Sicurezza, che ritenne pienamente fondata la conferma del segreto di Stato da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri.

A seguito di rilievo di incompetenza territoriale da parte della Procura di Roma, gli atti furono trasmessi alla Procura di Bologna che, benché espressamente informata dell'opposizione e conferma del segreto di Stato, avviò una serie di atti investigativi, primo tra i quali un ordine di esibizione rivolto alla Questura di Bologna. La suddetta Questura trasmise il carteggio richiesto, precisando che gli atti inviati erano coperti dal segreto di Stato.

La Procura di Bologna proseguì nelle indagini, orientandole nei confronti degli agenti che avevano partecipato all'operazione antiterrorismo ed acquisendo ulteriori elementi di conoscenza su specifiche circostanze ugualmente incise da segreto di Stato, tra cui anche il nominativo di altro dipendente del SISDE, rilevato dagli atti trasmessi dalla Questura di Bologna.

A tal punto, il Presidente del Consiglio, previa delibera del Consiglio dei Ministri adottata su proposta del Ministro dell'Interno, dava mandato all'Avvocatura Generale dello Stato di elevare conflitto di attribuzione, dinanzi alla Corte Costituzionale.

b) Il primo conflitto: le due opposte tesi e la sentenza.

La difesa dello Stato esponeva nel proprio ricorso introduttivo che le attribuzioni costituzionali del Presidente del Consiglio, esplicantesi nell'esercizio dell'attività pubblica volta alla tutela della sicurezza dello Stato mediante l'opposizione del segreto, erano state lese dall'attività di indagine del pubblico ministero di Bologna, volta ad accertare fatti e ad acquisire notizie segrete al fine di esercitare un'azione penale improcedibile in presenza di un segreto di Stato.

nn. 110 e 410 del 1998 della Corte costituzionale — il Presidente del Consiglio solleva l'odierno conflitto, ritenendo la motivazione della richiesta del pubblico ministero contraddittoria e atta a provocare, da parte del giudice, il provvedimento di fissazione dell'udienza in camera di consiglio ex art. 409, comma 2, cod. proc. pen., ed altresì lamentando che la detta richiesta è stata corredata di tutta la documentazione, anche segretata, la quale accompagnava le precedenti richieste di rinvio a giudizio, rispettivamente annullate da questa Corte con le sentenze nn. 110 e 410 del 1998.

Allo scopo di inquadrare il presente conflitto nel contesto dell'intera vicenda in cui si inserisce, il ricorrente ripercorre preliminarmente i fatti dai quali hanno tratto

Opponeva la Procura di Bologna, costituendosi in giudizio, che il segreto di Stato condiziona il potere giurisdizionale soltanto nei limiti in cui preclude una fonte di prova documentale o testimoniale. Il divieto di deporre su notizie coperte da segreto di Stato o di esibire atti o documenti da quello coperti si configurerebbe, quindi, come una prerogativa processuale di sottrarsi ad un obbligo di legge riconosciuta a categorie di soggetti tassativamente elencati (pubblici ufficiali, incaricati di pubblico servizio e pubblici dipendenti). Il relativo divieto, essendo soggettivo, opererebbe solo *ope exceptionis* ed il giudice sarebbe, quindi, libero di utilizzare le notizie comunque acquisite al processo, ancorché coperte da segreto di Stato.

La difesa del Presidente del Consiglio sosteneva invece che l'astenersi dal deporre su fatti coperti dal segreto di Stato non è una facoltà ma un «obbligo» e che la segretezza attiene non già alla forma della notizia o alle sue modalità di acquisizione ma alla notizia in sé in quanto contenuto di conoscenza rappresentato da qualunque supporto mnemonico, cartaceo, simbolico o fattuale, così come reso palese anche dalla ridondante locuzione adottata dal legislatore nell'art. 12 della legge 24 ottobre 1977 n. 801; «sono coperti dal segreto di Stato gli atti, i documenti, le notizie, le attività ed ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recare danno alla integrità dello Stato democratico...». Locuzione che costituisce chiaro sinonimo di «qualunque fonte di notizia».

Riteneva di trovare conferma dell'assunto nel principio di strumentalità fra ampiezza del segreto e tutela dell'interesse a cui presidio quel segreto è previsto dall'ordinamento.

Con sentenza n.110 del 26 giugno 1998 (3) la Corte Costituzionale, pur non condividendo *in toto* la tesi dell'Avvocatura dello Stato (le notizie, anche se segretate, sono conoscibili e giudicabili se acquisite autonomamente) accoglieva il ricorso, annullando gli atti di indagine del pubblico Ministero e la successiva richiesta di rinvio a giudizio. Confermava inoltre il principio già altre volte enunciato del segreto di Stato come limite alla funzione giurisdizionale, affermando testualmente:

«Sulla base di questi principi, e alla luce della disciplina vigente, che non delinea alcuna ipotesi di immunità sostanziale collegata all'attività dei servizi informativi, l'opposizione del segreto di Stato da parte del Presidente del Consiglio dei Ministri non ha l'effetto di impedire che il pubblico ministero indagli su fatti di reato cui si riferisce la *notitia criminis* in suo possesso, ed eserciti se del caso l'azione penale, ma ha l'effetto di inibire all'autorità giudiziaria di acquisire e conseguentemente di utilizzare gli elementi di conoscenza e di prova coperti dal segreto.

Tale divieto riguarda l'utilizzazione degli atti e documenti coperti da segreto sia in via diretta, ai fini cioè di fondare su di essi l'esercizio dell'azione penale, sia in via indiretta, per trarne spunto ai fini di ulteriori atti di indagine, le cui eventuali risultanze sarebbero a loro volta viziata dall'illegittimità della loro origine».

(3) In questa *Rassegna*, 1998, I, 23.

occasione i due conflitti di attribuzione in precedenza sollevati dal Presidente del Consiglio dei ministri nei confronti della Procura della Repubblica di Bologna, definiti da questa Corte con le citate sentenze n. 110 e n. 410 del 1998.

Nel presente giudizio, il ricorrente si duole che il Procuratore della Repubblica, invece di restituire i documenti segreti ai legittimi detentori e di avanzare richiesta di archiviazione, abbia nuovamente violato il segreto, attentando alle prerogative del Presidente del Consiglio dei ministri. In particolare, l'iniziativa della Procura di porre nella disponibilità del giudicante gli atti segreti non solo contrasterebbe con le statuizioni contenute nelle citate sentenze della Corte costituzionale nn. 110 e 410 del 1998, ma avrebbe determinato anche l'ulteriore effetto di rendere cono-

c) Il secondo conflitto: le due opposte tesi e la sentenza.

A seguito della sentenza di cui sopra, il Procuratore della Repubblica di Bologna, a cui gli atti erano stati restituiti dal G.I.P., reiterava la richiesta di rinvio a giudizio tal quale, limitandosi ad eliminare dalla richiesta stessa i riferimenti ai documenti trasmessi dalla Questura di Bologna e coperti da segreto di Stato, allegando però tali documenti alla richiesta di rinvio a giudizio, ed offrendoli alla relativa pubblicità.

Veniva quindi elevato nuovo conflitto di attribuzioni dinanzi alla Corte costituzionale.

L'Avvocatura dello Stato sosteneva che, in ossequio alla precedente sentenza della Corte, il Procuratore della Repubblica avrebbe dovuto esaminare l'intero complesso degli atti di causa, espungendone materialmente — con restituzione ai legittimi depositari — quelli segreti, stralciando quelli viziati dal fatto di essere stati compiuti sulla base di fonti di prova coperte da segreto di Stato (quali ad esempio gli interrogatori degli imputati, cui erano stati contestati fatti emersi da documenti segreti) ed operando esclusivamente *ex novo* sulla base di fonti autonome di prova non coperte da segreto. Sempreché, naturalmente tali fonti esistessero e fossero sufficienti a fondare ulteriori indagini.

«Il vero è — così correva testualmente il ricorso — che, nel caso di specie, attesa la natura delle fonti di prova e la segretezza così come opposta, non appare sussistere alcun elemento indiziante autonomo rispetto alle fonti di prova coperte da segreto di Stato: un segreto che, in via diretta o indiretta, comporta, nella specie, per l'autorità giudiziaria l'impossibilità di procedere».

Il Procuratore della Repubblica di Bologna si costituiva in giudizio sostenendo che la produzione di tutta la documentazione rispondeva ad un obbligo di legge e che gli elementi di accusa erano stati acquisiti in base ad autonome indagini, parallele a quella svolta con l'acquisizione dei documenti segreti.

Con sentenza n. 410 del 16 dicembre 1998 la Corte Costituzionale, ritenendo provato che la nuova richiesta di rinvio a giudizio si basava in via diretta o indiretta su fonti di prova acquisite in violazione del segreto di Stato, la annullava.

d) Il terzo e quarto conflitto e l'incidente di costituzionalità: la posizione dei poteri in conflitto.

A tal punto, il Procuratore della Repubblica di Bologna avanzava al G.I.P. richiesta di non doversi procedere corredata ancora di tutta la documentazione — segreta! — che già accompagnava le due precedenti richieste di rinvio a giudizio.

Tale richiesta, inoltre, si chiudeva con le seguenti espressioni:

«Purtroppo la Corte Costituzionale non indica esplicitamente quali siano i documenti provenienti dalla Questura di Bologna utilizzati nella seconda richiesta di rinvio a giudizio e ciò rende praticamente impossibile la loro eliminazione ed una nuova richiesta di rinvio a giudizio.

In tale situazione il Pubblico Ministero ritiene di essere obbligato a richiedere l'archiviazione dell'azione penale, pur non riuscendo a comprendere le ragioni di diritto sulle quali si fonda la sentenza della Corte Costituzionale e quindi non potendo dividerle».

scibile al giudice per le indagini preliminari, in sede di delibazione della menzionata richiesta di archiviazione, emergenze documentali di cui il medesimo giudice non dovrebbe prendere cognizione e di offrire la documentazione segreta alla pubblicità dell'udienza.

Il Presidente del Consiglio, deducendo la violazione dei menzionati parametri costituzionali, anche in relazione alle citate sentenze nn. 110 e 410 del 1998, chiede a questa Corte di dichiarare che non spetta al pubblico ministero corredare una richiesta di non doversi procedere per l'esistenza di un segreto di Stato dei docu-

Sulla base di tale richiesta il G.I.P. di Bologna fissava l'udienza in camera di consiglio «a sensi dell'art. 409, II comma c.p.p.» a fini di ulteriori indagini o di imputazione coatta.

L'Avvocatura Generale dello Stato, su mandato del Presidente del Consiglio dei Ministri, previa nuova delibera del Consiglio stesso, elevava due nuovi conflitti dinanzi alla Corte Costituzionale, contro il provvedimento del P.M. e quello del G.I.P.

Contro il primo si osservava quanto segue:

«Il Procuratore della Repubblica di Bologna, invece di restituire i documenti segreti ai legittimi detentori e di promuovere una richiesta di non doversi procedere motivata in spirito di leale collaborazione, con codesta Corte, con l'Esecutivo e con il G.I.P., ha, in realtà, nuovamente violato il segreto di Stato attentando alle prerogative del Presidente del Consiglio dei Ministri.

In particolare deve sottolinearsi che l'iniziativa della Procura di porre nella disponibilità del giudicante gli atti segreti in argomento, da un lato si è posta in contrasto con quanto ripetutamente statuito da codesta Corte Costituzionale con le decisioni nn. 110 e 410 del 1998, e, dall'altro, ha posto il G.I.P. nella posizione di delibare la citata richiesta di archiviazione sulla base di emergenze documentali di cui il G.I.P. non avrebbe dovuto prendere cognizione.

Inoltre va sottolineato che seppure la Procura, nella richiesta di archiviazione, esprima una valutazione di sostanziale incomprendibilità della decisione n. 410/98 di codesta Corte Costituzionale, per un verso assume la pratica impossibilità di eliminare i documenti inutilizzabili e di richiedere un ulteriore rinvio a giudizio degli indagati, per altro verso del tutto ingiustificatamente versa nel fascicolo del G.I.P. tutta la documentazione comunque in suo possesso per richiedere l'archiviazione per l'esistenza di un segreto di Stato, così ponendo in essere un operato ambiguo e contraddittorio, atto ad ingenerare nel giudicante il convincimento della necessità di ulteriori accertamenti o di una «imputazione coatta».

In ogni caso il Procuratore della Repubblica ha offerto per la terza volta alla pubblicità dell'udienza — ed in particolare alla conoscibilità della parte lesa, che è sospettata, come è noto, di essere un pericoloso terrorista straniero — tutta la documentazione segreta».

Nei confronti del decreto del G.I.P. si osservava che esso violava le prerogative del Governo in materia di segreto di Stato in quanto provvedimento:

– adottato sulla base di documenti coperti da segreto di Stato e quindi non conoscibili dal G.I.P.;

– atto a pubblicizzare tali documenti, offrendoli in particolare alla conoscenza della parte lesa (sospettata di essere un pericolosissimo terrorista straniero);

– prodromico a due ulteriori attività giurisdizionali - ulteriori indagini o imputazione coatta - entrambe precluse da segreto che aveva ormai inficiato di nullità tutta l'indagine precedentemente svolta.

Successivamente il G.I.P. di Bologna, a seguito dell'udienza tenuta, sollevava questione incidentale di costituzionalità dell'art. 256 c.p.p. (norma che esclude dalla testimonianza la notizia coperta da segreto di Stato) «nella parte in cui consente di opporre il segreto di Stato anche in relazione ad atti privi del connotato della segretezza in quanto già acquisiti al fascicolo processuale» per violazione dei principi costituzionali di ragionevolezza, di indipendenza del giudice e di obbligatorietà dell'azione penale.

menti che da quel segreto sono coperti e che non spetta al pubblico ministero motivare tale richiesta in modo contraddittorio ed atto, comunque, a provocare da parte del giudice per le indagini preliminari una richiesta di ulteriori indagini o una imputazione coatta, con il conseguente annullamento della richiesta di archiviazione del 3 maggio 1999 e con l'ordine di restituzione dei documenti coperti da segreto di Stato ai loro legittimi detentori.

Sia il Procuratore della Repubblica di Bologna che il G.I.P. si costituivano nei rispettivi giudizi di conflitto sopra descritti svolgendo sostanzialmente la stessa difesa, articolata su due punti che si possono così sintetizzare: la pregiudizialità al giudizio di conflitto della questione incidentale e l'applicabilità della normativa sul segreto istruttorio anche ai documenti coperti da segreto di Stato. In particolare, ad avviso del G.I.P., i documenti, anche se coperti dal segreto di Stato, una volta acquisiti agli atti del P.M. non possono che seguire le sorti di tutti gli altri atti processuali e godranno quindi della sola copertura del segreto istruttorio con i relativi limiti.

Unica conseguenza della loro segretezza sarebbe quindi la loro giuridica inutilizzabilità, ferma la loro «materiale-cartacea-presenza nel fascicolo».

L'Avvocatura dello Stato rileva come sia il G.I.P. che il P.M. incorressero in un errore concettuale risolvendosi nella convinzione che la documentazione *de qua* avrebbe perso la sua caratteristica di segretezza nel momento stesso in cui — proveniente dalla questura di Bologna e nonostante l'ammonimento della sua copertura con segreto di Stato — veniva versata nel fascicolo del Pubblico Ministero con conseguente rivelazione del segreto al magistrato.

Tale assunto doveva, però, ritenersi errato: l'istituto del segreto è infatti funzionale e non simbolico.

La conoscenza di un segreto è fatto diverso dalla sua diffusione ed un segreto non cessa di essere tale per essere stato rivelato a soggetti non legittimati a conoscerlo: il divieto riguarda la diffusione, non l'apprendimento.

Il risultato avuto di mira dal legislatore con la disciplina del segreto di Stato è la salvaguardia della integrità e sicurezza dello Stato democratico, che sarebbero messe in pericolo dalla «diffusione» di certe notizie. Orbene, la diffusione è fenomeno che abbraccia un indefinito ventaglio di ipotesi di gravità progressiva, che vanno dalla comunicazione a soggetti non abilitati fino alla pubblicazione sulla stampa a grande tiratura.

Affermare che la comunicazione di una notizia segreta ad un pubblico funzionario non abilitato ad apprendere la faccia perdere a quella notizia il carattere di segretezza, legittimando, quindi, quel funzionario ad avviare un procedimento destinato funzionalmente a dare a quella notizia diffusione sempre maggiore sembra, per vero, affermazione del tutto irragionevole ed in ogni caso non rispettosa di quel principio di buon senso (prima ancora che di diritto) che vuole si impedisca ad ogni fatto illecito posto in essere di venire portato a più gravi conseguenze.

Né rispettosa di quell'ulteriore corollario di pari buon senso che impedisce di ritenere qualunque funzionario malaccorto investito del potere di desegretare, mediante trasmissione al magistrato, quel che Presidente del Consiglio e Parlamento hanno segretato per la difesa dell'integrità e sicurezza dello Stato democratico.

Quanto, poi, alla pretesa giuridica impossibilità di espungere dal fascicolo atti ancorché coperti da segreto, si osservava che, ammesso e non concesso che nessuna norma di legge prevedesse esplicitamente tale espungibilità, ciò sarebbe rientrato nella generale regola di comune buon senso che nessuna espressa previsione normativa è necessaria per legittimare i comportamenti leciti che non solo rientrano nella logica del sistema ma il cui compimento è addirittura doveroso in quanto necessario per evitare conseguenze gravissime o addirittura la commissione di reati.

Nel giudizio incidentale interveniva la Presidenza del Consiglio dei Ministri concludendo per la declaratoria di inammissibilità o per l'infondatezza della questione.

2. — Con l'ordinanza n. 321 del 1999, questa Corte ha dichiarato ammissibile questo nuovo conflitto proposto dal Presidente del Consiglio dei ministri nei confronti del pubblico ministero, in persona del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bologna.

3. — Nel giudizio davanti a questa Corte quest'ultimo si è costituito, per argomentare l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso del Presidente del Consiglio.

In primo luogo, il pubblico ministero obietta che «non sarebbe stato possibile tecnicamente espungere materialmente dal fascicolo processuale la documentazione

e) Le decisioni della Corte. Considerazioni conclusive.

Con ordinanza n. 344 del 12 – 24 luglio 2000 la Corte Costituzionale concludeva il giudizio incidentale dichiarando manifestamente inammissibile la questione per irrilevanza, atteso che, derivando inequivocabilmente, ed in via definitiva, la sanzione dell'inutilizzabilità degli atti di cui si trattava non già dall'art. 256 cod. proc. pen., bensì dalle sentenze 110 e 410/98 della Corte costituzionale, sottratte dall'art. 137, ultimo comma, della Costituzione, a qualsiasi forma, anche indiretta o impropria, di impugnazione, il giudice *a quo* avrebbe dovuto rilevarla d'ufficio a norma dell'art. 191, comma 2, cod. proc. pen.

Non residuava, quindi, nel procedimento penale *a quo* alcuno spazio per fare applicazione, ai fini dell'identificazione degli atti non utilizzabili, dell'art. 256 cod. proc. pen., né per dubitare della sua legittimità costituzionale.

Quanto ai due ultimi conflitti, la Corte li decideva, previa riunione, con la sentenza in rassegna che pone — auspicabilmente — la parola fine ad una singolare *querelle* fra Potere giudiziario e Potere politico che sembra aver toccato un «nervo scoperto» del primo.

La relativa ragione di fondo sembra rinvenirsi nella contestazione del principio che l'opposizione del segreto possa costituire un limite all'esercizio della funzione giurisdizionale, contestazione che emerge con estrema chiarezza dalle allegazioni difensive dei magistrati bolognesi in conflitto.

Sembra di poter scorgere in filigrana, in tale presa di posizione, le tracce di remote polemiche corse fra Esecutivo e Giudiziario, quando, da poco tempo emersi dall'indistinto potere del Sovrano assoluto, ne erano ancora incerti i reciproci confini.

Come è noto, furono necessari parecchi decenni al potere giudiziario per conquistare il diritto di sindacare un Esecutivo che era nato come «Amministrazione senza giudice» e non poche scorie dell'antica supremazia di quello hanno continuato a turbare l'equilibrio di molti sistemi, pur in tempi di avanzata democrazia, soprattutto in tema di segreto. Terreno, questo, sul quale le tradizionali esigenze della «ragion di Stato» sono state le più dure a morire.

Si pensi al «*Crown privilege*» nel Regno Unito, fino al 1968 (4), esempio al quale possono aggiungersi gli «*acts of State*» e le «*political questions*» nordamericane (5).

Nel sistema italiano, indubbiamente, il segreto di Stato (allora politico-militare) fu, fino alla sentenza della Corte Costituzionale 24 maggio 1977 n. 86, uno strumento idoneo a fermare il Potere giudiziario affidato alla completa disponibilità del Potere esecutivo. Il che non era, ovviamente, conforme all'assetto costituzionale repubblicano.

Dopo la sentenza ora ricordata, dopo la legge di riforma dei servizi del 1977 (che di tale sentenza è la diligente applicazione) e dopo l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, che tale legge recepisce, le preoccupazioni dei rappresentanti del Giudiziario di doversi difendere da possibili prevaricazioni dell'Esecutivo non hanno, però, più ragion d'essere.

(4) W. WADE, *Administrative law*, 6° ed., 834 ss.

(5) ROSSI MERIGHI, *Segreto di Stato*, Napoli, 1994, 236.

sia perché ne è parte integrante», sia perché, proprio la Corte costituzionale, con la sentenza n. 145 del 1991, ha affermato, si legge nell'atto di costituzione, «l'obbligo inderogabile dell'integrale trasmissione degli atti processuali, comunque compiuti, al G.i.p. per le sue valutazioni». A questo riguardo, il resistente aggiunge che «nessuna norma del codice autorizza, se pure indirettamente e per qualunque motivo, l'eliminazione di atti e documenti dai fascicoli processuali». Inoltre, si afferma nell'atto di costituzione, «la stessa Corte [costituzionale] non ha mai ritenuto di indicare espressamente e specificamente i documenti colpiti dalla ricordata sanzione processuale».

In secondo luogo, il resistente asserisce la propria incompetenza a decidere sulla inutilizzabilità degli atti e dei documenti coperti da segreto di Stato, spettando esclusivamente al giudice «applicare la sanzione dell'inutilizzabilità».

4. — In prossimità della data fissata per l'udienza, il ricorrente ha depositato una memoria illustrativa, per insistere nell'accoglimento del ricorso e per sviluppare ulteriormente quanto già dedotto in sede di promovimento del presente giudizio.

Nella memoria — che nell'identico testo, data «la sostanziale identità della linea difensiva avversa in entrambi i conflitti», è stata depositata anche in vista dell'udienza prevista per la trattazione del conflitto n. 24 — il ricorrente richiama l'ordinanza di questa Corte n. 344 del 2000, che ha dichiarato, escludendone il carattere pregiudiziale, la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale — sollevata, in riferimento all'art. 3, secondo (*recte*: primo) comma,

L'interesse a tutela del quale il segreto di Stato viene opposto nel quadro normativo oggi vigente — l'integrità e la sicurezza dello Stato democratico — non è, infatti, proprio dello Stato soggetto, ma attiene allo Stato-comunità e rimane quindi nettamente distinto da quello del Governo e dei partiti che lo sostengono.

Analogamente, la competenza a confermare definitivamente l'opposizione del segreto di Stato spetta al Presidente del Consiglio quale supremo vertice politico del Paese, che tale competenza esercita con un atto tipicamente politico, libero, quindi, nei fini, equiordinato alla legge nella scala dei valori ed assoggettato al controllo di responsabilità politica del Parlamento. Un Parlamento che tale controllo esercita sulla base di una motivazione cui il Presidente è tenuto (art. 16 legge 801/77, *cit.*) e da cui si desume così l'oggetto della segretazione come le ragioni essenziali per le quali il segreto viene opposto.

Non è dunque strano né, tantomeno, scandaloso che l'opposizione del segreto di Stato costituisca «sbarramento all'esercizio del potere giurisdizionale» (così testualmente la Corte Costituzionale nella già citata sentenza 86/77, punto 8) in quanto tale «sbarramento» proviene da fonte equiordinata alla legge, che legittimamente fa prevalere il supremo valore dell'integrità e sicurezza dello Stato democratico rispetto ad altri valori, pur costituzionalmente garantiti, quali l'esercizio della giurisdizione, il diritto di difesa, la libertà di manifestazione di pensiero, il diritto all'informazione.

D'altronde che l'atto politico (nel senso rigoroso del termine), in quanto atto equiordinato alla legge, costituisca limite al potere giudiziario è nozione da tempo metabolizzata in sede di giustizia amministrativa (art. 31 T.U. sul Consiglio di Stato 26 giugno 1924 n. 1054). Un tipo di giustizia in cui, per ovvie ragioni, la sensibilità al problema del regolamento di confini fra poteri è particolarmente affinata.

101, secondo comma, e 112 della Costituzione, dal Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Bologna, nel corso del procedimento instaurato a norma dell'art. 409, comma 2, cod. proc. pen. con il provvedimento all'origine del conflitto n. 24 — dell'art. 256 cod. proc. pen., «nella parte in cui consente di opporre il segreto di Stato anche in relazione ad atti privi del connotato della segretezza in quanto già contenuti ed acquisiti al fascicolo processuale, o comunque ad atti che, venendo contestualmente trasmessi alla A.G., perdono le loro caratteristiche di segretezza, ovvero laddove non prevede che il segreto in precedenza ritualmente e correttamente opposto diventi inefficace nel caso in cui l'atto da esso coperto abbia perso il suo carattere di segretezza».

Il ricorrente contesta poi l'affermazione del resistente circa «la pretesa giuridica impossibilità di espungere dal fascicolo atti ancorché coperti da segreto», osservando che sebbene «nessuna norma di legge preveda esplicitamente tale espungibilità, ciò rientrerebbe nella generale regola di comune buon senso che nessuna espressa previsione normativa è necessaria per legittimare i comportamenti leciti che non solo rientrano nella logica del sistema ma il cui compimento è addirittura doveroso in quanto necessario per evitare conseguenze gravissime o addirittura la commissione di reati». Diversamente opinando, conclude la difesa erariale, «accettando la logica della controparte, un p.m. ed un g.i.p. nei cui incarti processuali fosse stato per avventura versato l'elenco completo degli agenti ed informatori di SISDE e SISMI dovrebbero comunque offrire tale elenco alla pubblicità del processo e sufficiente garanzia del bene pubblico e del pubblico interesse sarebbe solo l'inutilizzabilità dell'elenco al fini del decidere».

Quanto alla lamentata impossibilità di individuare con esattezza gli atti e i documenti coperti da segreto, il Presidente del Consiglio osserva che «una semplice lettura degli atti del procedimento di segretazione (segnatamente della motivazione della conferma) effettuata in spirito di leale collaborazione, sarebbe stata sufficiente, a tacer d'altro, per intendere quali documenti fossero coperti da segreto di Stato».

5. — Con ricorso del 5 luglio 1999 — depositato il 6 luglio 1999 e, a seguito dell'ordinanza di ammissibilità del conflitto n. 321 del 1999, regolarmente notificato il 19 e nuovamente depositato il 27 luglio 1999 — il Presidente del Consiglio dei ministri ha sollevato, previa la necessaria deliberazione del Consiglio dei ministri, assunta in data 30 giugno 1999, conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nei confronti del Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Bologna in relazione al decreto, emesso ai sensi dell'art. 409, secondo comma, cod. proc. pen. in data 31 maggio 1999, con il quale è stata fissata al 14 luglio 1999 l'udienza in camera di consiglio, a séguito della richiesta del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bologna di non doversi procedere nei confronti di funzionari del SISDE e di polizia, per essere le fonti di prova incise da segreto di Stato ritualmente opposto dal Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'art. 12 della legge 24 ottobre 1977, n. 801 (Istituzione e ordinamento dei servizi per le informazioni e la sicurezza e disciplina del segreto di Stato).

Il ricorrente lamenta che il provvedimento all'origine del conflitto sarebbe stato adottato sulla base di tutta la documentazione, compresa quella segretata, che accompagnava le precedenti richieste di rinvio a giudizio proposte dal pubblico

ministero riguardo al medesimo fatto, e costituirebbe quindi esercizio di attività giurisdizionale in materie sottratte alla competenza dell'autorità giudiziaria, con conseguente lesione delle proprie attribuzioni costituzionali, come definite dagli artt. 1, 5, 52, 87, 94, 95, 102 e 126 della Costituzione, in relazione agli artt. 12 e 16 della legge 24 ottobre 1977, n. 801, agli artt. 202, 256 e 362 cod. proc. pen. e con riferimento alle sentenze nn. 110 e 410 del 1998 della Corte costituzionale.

Allo scopo di inquadrare il presente conflitto nel contesto dell'intera vicenda in cui si inserisce, il ricorrente, anche in questo secondo ricorso, ripercorre preliminarmente i fatti dai quali hanno tratto occasione i due conflitti di attribuzione in precedenza sollevati dal Presidente del Consiglio dei ministri nei confronti della Procura della Repubblica di Bologna, definiti da questa Corte con le citate sentenze n. 110 e n. 410 del 1998.

Nell'atto introduttivo del presente giudizio, il ricorrente si riporta a quanto affermato da questa Corte nelle menzionate sentenze nn. 110 e 410 del 1998, ed in particolare ai principi secondo i quali i rapporti tra Governo ed autorità giudiziaria debbono essere ispirati a correttezza e lealtà, e l'opposizione del segreto di Stato non comporta alcuna immunità sostanziale e non impedisce l'esercizio dell'azione penale, ma ha l'effetto di inibire all'autorità giudiziaria l'acquisizione, in via diretta o indiretta, degli elementi di conoscenza e di prova coperti dal segreto al fine di fondare su di essi l'esercizio dell'azione penale, che può essere esercitata solo qualora vi siano elementi indiziari del tutto autonomi ed indipendenti.

Secondo il ricorrente, l'iniziativa del Procuratore della Repubblica di porre nella disponibilità del Giudice per le indagini preliminari, con la richiesta di archiviazione, gli atti segreti, da un lato, si è posta in contrasto con quanto statuito da questa Corte con le sentenze nn. 110 e 410 del 1998; dall'altro, ha posto il giudice nella posizione di delibare detta richiesta sulla base di emergenze documentali di cui non avrebbe dovuto prendere cognizione.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ritiene quindi che il provvedimento del Giudice per le indagini preliminari di fissazione dell'udienza in camera di consiglio, pronunciato ai sensi dell'art. 409, secondo comma, cod. proc. pen., abbia violato le prerogative del Governo nella materia del segreto di Stato, dal momento che è stato adottato sulla base di documenti coperti da tale segreto e quindi non conoscibili dal giudice; che esso è idoneo ad offrire la documentazione segreta alla pubblicità dell'udienza; e ancora che esso è prodromico ad ulteriori attività giurisdizionali — l'ordinanza con la quale si indica la necessità di ulteriori indagini, o l'ordinanza con la quale si dispone che il pubblico ministero formuli l'imputazione — che restano precluse dal segreto opposto.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha proposto conflitto per sentir dichiarare che non spetta al Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Bologna, né acquisire, né utilizzare sotto alcun profilo, direttamente o indirettamente, atti o documenti sui quali è stato legalmente opposto e confermato dal Presidente del Consiglio dei ministri il segreto di Stato; che non spetta allo stesso Giudice, a fronte di una richiesta del pubblico ministero di non doversi procedere per l'esistenza di un segreto di Stato, corredata dei documenti che da quel segreto di Stato sono coperti, prendere cognizione degli stessi e, su tale base, fissare l'udienza in camera di consiglio prevista dall'art. 409, secondo comma, cod. proc. pen., così offrendo tali

documenti alla pubblicità ed in particolare alla conoscenza della persona offesa. Il ricorrente chiede altresì che questa Corte disponga l'annullamento del decreto di fissazione dell'udienza in camera di consiglio del 31 maggio 1999, ordinando la restituzione dei documenti coperti dal segreto di Stato ai legittimi detentori.

6. — Con l'ordinanza n. 320 del 1999, questa Corte ha dichiarato ammissibile il conflitto sollevato dal Presidente del Consiglio dei ministri nei confronti del Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Bologna.

7. — Nel giudizio davanti a questa Corte quest'ultimo si è costituito, per chiedere che il ricorso del Presidente del Consiglio sia dichiarato infondato.

Dopo aver ricordato — come il ricorrente — i diversi momenti dell'intera vicenda che ha portato al presente conflitto, il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Bologna afferma, innanzi tutto, che «la conoscibilità degli atti processuali, nei modi e nei tempi previsti, da parte dei soggetti interessati e delle parti processuali è elemento cardine del nostro sistema processuale» e che, da un lato, «il diritto della p.o. di prendere cognizione degli atti del procedimento prescinde totalmente dalla adozione della procedura di cui all'art. 409 c.p.p., essendo il venir meno del segreto sugli atti processuali collegato al momento in cui l'imputato può averne conoscenza, o comunque 'alla chiusura delle indagini preliminari' (art. 329, c. 1, c.p.p.), evenienze entrambe verificatesi»; dall'altro, che anche qualora il g.i.p., «aderendo alla richiesta del p.m., avesse archiviato *de plano* il procedimento, comunque la p.o. avrebbe avuto, anche 'dopo la definizione del procedimento', diritto di avere copia degli atti ai sensi dell'art. 116 c.p.p.».

Da quanto precede, ed altresì in considerazione della circostanza che «detti documenti erano già ampiamente nella sfera di conoscibilità della p.o., con pieno diritto di estrarne copia (art. 131 c.p.p.)», il resistente deduce che «in alcun modo il provvedimento di fissazione della udienza *ex art. 409 c.p.p.* potrebbe di per sé ledere le attribuzioni del Presidente del Consiglio dei ministri».

Dopo aver censurato alcuni comportamenti, ritenuti non conformi al dovere di lealtà, tenuti dalla Questura di Bologna nei rapporti con l'autorità giudiziaria, il G.I.P. sottolinea il carattere obbligato, in presenza dei presupposti richiesti dall'art. 409 c.p.p. del provvedimento di fissazione dell'udienza; «pur in presenza di atti ritenuti inutilizzabili perché ottenuti in violazione del segreto di Stato», aggiunge il resistente, «rimane fermo ed ineludibile il ruolo della magistratura giudicante conte espressamente affermato dalla Corte [costituzionale] nella citata sent. 110», in ordine alla dichiarazione di «non doversi procedere». Né può affermarsi, ad avviso del resistente, che vi sia stata una utilizzazione degli atti coperti da segreto, ciò che sarebbe dimostrato proprio dalla sollevazione, da parte dello stesso G.i.p., nell'ambito del medesimo procedimento *ex art. 409 c.p.p.* di cui si tratta, di una questione di legittimità costituzionale della disciplina concernente la inutilizzabilità di tali atti.

Sul punto della mancata restituzione dei documenti coperti da segreto, per altro non addebitata al G.i.p. nel ricorso, il resistente lamenta, da un lato, la mancata indicazione, da parte di questa Corte, dei documenti illegittimamente acquisiti; dall'altro, la mancata richiesta di restituzione, da parte dell'amministrazione interessata.

8. – In prossimità della data fissata per l'udienza, il ricorrente ha depositato una memoria illustrativa, per insistere nell'accoglimento del ricorso e per sviluppare ulteriormente quanto già dedotto in sede di promovimento del presente giudizio.

Il testo della memoria, come si è detto, in considerazione della «sostanziale identità della linea difensiva avversa in entrambi i conflitti», è identico a quello della memoria presentata nell'imminenza dell'udienza prevista per la trattazione del conflitto n. 23, il cui contenuto è già stato illustrato.

Considerato in diritto

1. – Con il primo dei due ricorsi in epigrafe, il Presidente del Consiglio dei ministri ha sollevato conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nei confronti del pubblico ministero, in persona del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bologna, in relazione alla richiesta, dal medesimo presentata in data 3 maggio 1999 al Giudice per le indagini preliminari presso lo stesso Tribunale, di «non doversi procedere» nei confronti di funzionari del SISDE e di funzionari di polizia che con essi avevano collaborato, per la esistenza di un segreto di Stato ritualmente opposto dal Presidente del Consiglio dei ministri *ex art. 12 della legge 24 ottobre 1977, n. 801 e «confermato dalla Corte costituzionale con le sentenze nn. 110 e 410 del 1998».*

Il ricorrente lamenta la lesione della propria sfera di attribuzioni, come determinata dagli artt. 1, 5, 52, 87, 94, 95, 102 e 126 della Costituzione, e dagli artt. 12 e 16 della legge 24 ottobre 1977, n. 801, nonché dagli artt. 202, 256 e 362 del codice di procedura penale, anche in riferimento alle sentenze di questa Corte nn. 110 e 410 del 1998, e chiede che venga dichiarata la non spettanza al pubblico ministero, in persona del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bologna, del potere di presentare al Giudice per le indagini preliminari presso lo stesso Tribunale la menzionata richiesta di archiviazione in data 3 maggio 1999, corredandola della documentazione «segretata» e premettendo alla stessa richiesta una motivazione contraddittoria e atta a provocare, da parte del giudice, il provvedimento di fissazione dell'udienza in camera di consiglio, *ex art. 409, comma 2, cod. proc. pen.*, prodromico rispetto all'eventuale adozione di ulteriori provvedimenti (in particolare: invito al p.m., *ex art. 409, comma 4, cod. proc. pen.*, a compiere ulteriori indagini; «imputazione coatta» *ex art. 409, comma 5, cod. proc. pen.*) suscettibili di provocare una ulteriore divulgazione dei documenti coperti da segreto.

Il ricorrente chiede altresì l'annullamento della richiesta in data 3 maggio 1999 del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bologna, «con l'ordine di restituzione dei documenti coperti da segreto di Stato ai loro legittimi detentori».

2. – Con il secondo dei due ricorsi in epigrafe, il Presidente del Consiglio dei ministri ha sollevato conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nei confronti del Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Bologna in relazione al decreto, emesso ai sensi dell'art. 409, secondo comma, cod. proc. pen. in data 31 maggio 1999, con il quale è stata fissata al 14 luglio 1999 l'udienza in camera di consiglio, a séguito della richiesta del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bologna di non doversi procedere nei confronti di funzionari del SISDE e di

polizia, per essere le fonti di prova incise da segreto di Stato ritualmente opposto dal Presidente del Consiglio dei ministri ai sensi dell'art. 12 della legge 24 ottobre 1977, n. 801.

Il ricorrente lamenta la lesione della propria sfera di attribuzioni, come determinata dagli artt. 1, 5, 52, 87, 94, 95, 102 e 126 della Costituzione e dagli artt. 12 e 16 della legge 24 ottobre 1977, n. 801, nonché dagli artt. 202, 256 e 362 del codice di procedura penale, anche in riferimento alle sentenze nn. 110 e 410 del 1998 di questa Corte, e chiede che venga dichiarata la non spettanza al giudice per le indagini preliminari resistente nel presente conflitto — a fronte della richiesta di archiviazione del pubblico ministero in data 3 maggio 1999, corredata dei documenti coperti da segreto di Stato — del potere di prendere cognizione degli stessi e, su tale base, fissare, ai sensi dell'art. 409, secondo comma, cod. proc. pen., con il decreto in data 31 maggio 1999, l'udienza in camera di consiglio il 14 luglio 1999, offrendo tali documenti alla pubblicità dell'udienza ed in particolare alla conoscenza della persona offesa, e ponendo le premesse per ulteriori attività giurisdizionali — l'ordinanza con la quale si indica la necessità di ulteriori indagini, o l'ordinanza con la quale si dispone che il pubblico ministero formuli l'imputazione — che devono ritenersi precluse dal segreto di Stato opposto.

Il ricorrente chiede altresì che questa Corte disponga l'annullamento del decreto di fissazione dell'udienza in camera di consiglio del 31 maggio 1999, «ordinando la restituzione dei documenti coperti dal segreto di Stato ai legittimi detentori».

3. — Con i ricorsi indicati in epigrafe, il Presidente del Consiglio dei ministri lamenta, in riferimento ai medesimi parametri, la lesione della propria sfera di attribuzioni in materia di tutela del segreto di Stato ad opera del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bologna e del Giudice per le indagini preliminari dello stesso Tribunale, in relazione ad atti dei rispettivi uffici fra loro intimamente connessi, sia sotto il profilo della sequenza procedurale, sia per l'unicità della vicenda storica all'origine di entrambi i conflitti sollevati. In considerazione di tale stretta e duplice connessione, i relativi giudizi possono essere muniti e decisi con un'unica sentenza.

4. — Occorre, innanzitutto, confermare l'ammissibilità dei conflitti di attribuzione in questione, che questa Corte ha già dichiarato, in linea di prima e sommaria delibazione, con le ordinanze nn. 320 e 321 del 1999.

4. 1. — Sotto il profilo soggettivo, il Presidente del Consiglio dei ministri è legittimato a sollevare conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, in quanto organo competente a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartiene in ordine alla tutela, apposizione, opposizione e conferma del segreto di Stato, non solo in base alla legge 24 ottobre 1977, n. 801, ma, come questa Corte ha già avuto occasione di chiarire, anche alla stregua delle norme costituzionali che ne delimitano le attribuzioni (sentenze nn. 410 e 110 del 1998; 86 del 1977; ordinanze nn. 266 del 1998 e 426 del 1997).

Sotto il medesimo profilo, anche la legittimazione del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bologna a resistere nel conflitto deve essere ribadita, in conformità alla giurisprudenza di questa Corte che riconosce al pubblico ministero

la legittimazione ad essere parte di conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato, in quanto, al sensi dell'art. 112 della Costituzione, è il titolare diretto ed esclusivo dell'attività di indagine finalizzata all'esercizio obbligatorio dell'azione penale (sentenze nn. 410 e 110 del 1998; ordinanze nn. 266 del 1998 e 426 del 1997).

Quanto al profilo oggettivo, il conflitto n. 23 del 1999 riguarda attribuzioni costituzionalmente garantite inerenti all'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero ed alla salvaguardia della sicurezza dello Stato anche attraverso lo strumento del segreto, la cui tutela, attraverso la sua opposizione e conferma, è attribuita alla responsabilità del Presidente del Consiglio dei ministri, sotto il controllo del Parlamento.

4.2. – Anche per quanto riguarda il conflitto n. 24 del 1999, il Presidente del Consiglio dei ministri è legittimato dal punto di vista attivo in quanto organo competente a dichiarare definitivamente la volontà del potere cui appartiene in ordine alla tutela, apposizione, opposizione e conferma del segreto di Stato in base alle citate disposizioni costituzionali e legislative.

La legittimazione del Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Bologna a resistere nel conflitto deve essere ribadita, in conformità alla giurisprudenza di questa Corte, che riconosce ai singoli organi giurisdizionali la legittimazione ad essere parti di conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato, in quanto, in posizione di piena indipendenza garantita dalla Costituzione, competenti a dichiarare definitivamente, nell'esercizio delle relative funzioni, la volontà del potere cui appartengono (*ex plurimis*, sentenze nn. 50 e 35 del 1999; 375 del 1997; ordinanze nn. 471, 261 e 250 del 1998; 269 del 1996).

Quanto al profilo oggettivo, il conflitto n. 24 del 1999 riguarda attribuzioni costituzionalmente garantite inerenti all'esercizio della funzione giurisdizionale da parte del giudice per le indagini preliminari ed alla salvaguardia della sicurezza dello Stato anche attraverso lo strumento del segreto, la cui tutela, attraverso la sua opposizione e conferma, è attribuita alla responsabilità del Presidente del Consiglio dei ministri, sotto il controllo del Parlamento.

5. – Nel merito, il ricorso presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri nei confronti del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bologna è fondato.

6. – Prima di esporre le ragioni dell'accoglimento del ricorso, è necessario ricordare ancora una volta, per sommi capi, le vicende che hanno dato origine ai conflitti di cui è causa ed i precedenti costituiti dalle sentenze n. 110 e 410 del 1998.

Con la prima pronuncia, la Corte costituzionale accoglieva il ricorso con il quale il Presidente del Consiglio dei ministri aveva sollevato conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nei confronti del pubblico ministero, in persona del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bologna, in relazione ad attività istruttoria svolta nei confronti di funzionari del SISDE e di polizia, e diretta ad acquisire elementi di conoscenza su circostanze incise dal segreto di Stato opposto e confermato dal Presidente del Consiglio dei ministri, *ex art.* 12 della legge n. 801 del 1977.

La Corte, dopo aver dichiarato l'ammissibilità del conflitto con ordinanza n. 426 del 1997, dichiarava, con la menzionata sentenza n. 110 del 1998, non spettante

tare al pubblico ministero, in persona del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bologna, né acquisire, né utilizzare, sotto alcun profilo, direttamente o indirettamente, atti o documenti sui quali era stato legalmente opposto e confermato dal Presidente del Consiglio dei ministri il segreto di Stato, né trarne comunque occasione di indagini al fini del promovimento dell'azione penale, annullando conseguentemente gli atti di indagine compiuti sulla base di fonti di prova coperte dal segreto di Stato, nonché la sopravvenuta richiesta di rinvio a giudizio.

A seguito di tale sentenza, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bologna, al quale gli atti erano stati restituiti dal giudice per le indagini preliminari, reiterava la richiesta di rinvio a giudizio, eliminando da questa i riferimenti ai documenti trasmessi dalla Questura di Bologna.

Con ricorso del 10 luglio 1998, depositato il 14 luglio 1998, il Presidente del Consiglio dei ministri sollevava un nuovo conflitto di attribuzione nei confronti del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bologna, in relazione alla richiesta di rinvio a giudizio formulata in data 5 maggio 1998 nei confronti di funzionari del SISDE e di funzionari di polizia che con i primi avevano collaborato, e che si assumeva nuovamente basata su fonti di prova incise dal segreto di Stato opposto dal Presidente del Consiglio dei ministri *ex art.* 12 della legge 24 ottobre 1977, n. 801.

In accoglimento del secondo ricorso del Presidente del Consiglio, la Corte costituzionale, con sentenza n. 410 del 1998, ha dichiarato non spettare al pubblico ministero, in persona del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bologna, rinnovare la richiesta di rinvio a giudizio utilizzando fonti di prova acquisite in violazione del segreto di Stato già accertata con sentenza della Corte costituzionale e ha annullato la richiesta di rinvio a giudizio in data 5 maggio 1998.

In seguito a tale decisione, il pubblico ministero resistente ha formulato la richiesta di archiviazione ritenuta dal ricorrente lesiva della proprie attribuzioni costituzionalmente garantite.

7. - L'obbligo del pubblico ministero di trasmettere al giudice per le indagini preliminari l'intero fascicolo delle indagini preliminari, previsto dall'art. 408, comma 1, cod. proc. pen., è stato ribadito da questa Corte con la sentenza n. 145 del 1991, invocata dal resistente, che ne ha sottolineato la funzione di garantire «che nessuna indebita limitazione possa essere apposta alla cognizione del giudice per le indagini preliminari ai fini dell'adozione delle determinazioni ad esso spettanti». Senonché, a quest'ultimo, rispetto alla valutazione circa l'inutilizzabilità dei documenti di cui si tratta non compete, in questo caso, alcun potere decisorio in ordine alla adozione di determinazioni ulteriori e diverse dal rilievo d'ufficio della inutilizzabilità di tali documenti, a norma dell'art. 191, comma 2, cod. proc. pen., ciò che questa Corte ha già avuto modo di chiarire con l'ord. n. 344 del 2000, in termini del tutto espliciti.

Quest'ultima pronuncia, che ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 256 cod. proc. pen. sollevata dal giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Bologna, ha nuovamente ribadito che, con la sentenza n. 410 del 1998, questa Corte ha già inoppugnabilmente definito la controversia in merito all'utilizzabilità degli stessi atti, sui quali è stato opposto e confermato il segreto di Stato, cui fa riferimento il giudice *a quo*, statuendo in

via definitiva sulla non spettanza al pubblico ministero del potere di utilizzarli ed annullando la richiesta di rinvio a giudizio basata sugli stessi. In tale occasione, si è anche chiarito che, derivando in via definitiva la sanzione dell'inutilizzabilità degli atti di cui si tratta, non già dall'art. 256 cod. proc. pen., bensì direttamente dalle due citate sentenze della Corte costituzionale — pronunciate sulla base di parametri costituzionali e sottratte dall'art. 137, ultimo comma, della Costituzione, a qualsiasi forma, anche indiretta o impropria, di impugnazione — il giudice *a quo* avrebbe dovuto rilevarla d'ufficio a norma dell'art. 191, comma 2, cod. proc. pen., non residuando nel procedimento penale *a quo* alcuno spazio per fare applicazione, ai fini dell'identificazione degli atti non utilizzabili, dell'art. 256 cod. proc. pen. (né, quindi, per dubitare della sua legittimità costituzionale).

La circostanza, anzi, che il divieto di utilizzazione degli atti di cui si tratta deriva inequivocabilmente e in via definitiva non dall'art. 256 cod. proc. pen., bensì dalle citate sentenze di questa Corte nn. 110 e 410 del 1998, priva di valore processuale i documenti in questione e ne rende indebita e del tutto impropria l'inclusione nel fascicolo processuale.

Dalle citate decisioni costituzionali, nel rispetto della correttezza che deve ispirare i rapporti tra autorità giudiziaria e potere esecutivo nella materia della tutela del segreto di Stato, deriva un obbligo di restituzione dei documenti coperti da tale segreto, indipendentemente da una richiesta da parte dell'autorità responsabile della loro custodia.

Il sistema delle norme disciplinanti il processo penale, del resto, conosce più di un caso di obbligatoria restituzione di cose e documenti inutilizzabili a fini probatori, non solo da parte del giudice, ma anche direttamente da parte del pubblico ministero (artt. 262, comma 1; 263, comma 4; 254, comma 3, cod. proc. pen.).

Non è forse inutile ricordare poi che il comma 3 dell'art. 271 cod. proc. pen. dispone la distruzione, «salvo che costituisca corpo del reato», della documentazione delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni non utilizzabili a norma dei primi due commi.

Al pubblico ministero non spetta pertanto corredare la richiesta di archiviazione in data 3 maggio 1999 di documenti che, a séguito delle sentenze di questa Corte nn. 110 e 410 del 1998, non doveva e non poteva né acquisire, né utilizzare, direttamente o indirettamente, e che avrebbe dovuto restituire all'autorità responsabile della tutela del segreto di Stato.

La permanenza materiale nel fascicolo processuale di documenti non utilizzabili perché coperti da segreto di Stato ritualmente opposto e confermato dal Presidente del Consiglio dei ministri *ex art.* 12 della legge 24 ottobre 1977, n. 801, successivamente, e in modo irretrattabile, ritenuti inutilizzabili con le sentenze nn. 110 e 410 del 1998 di questa Corte, concreta la lesione delle attribuzioni costituzionali del ricorrente.

L'impugnata richiesta di archiviazione del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bologna, corredata di tali documenti, deve pertanto essere annullata.

Quanto precede impone a questa Corte di dichiarare che non spetta al pubblico ministero formulare la richiesta di archiviazione in data 3 maggio 1999, corredata di documenti che, anche a séguito delle sentenze di questa Corte nn. 110 e 410 del 1998, non doveva e non poteva né acquisire né utilizzare, direttamente o indi-

rettamente, e che avrebbe dovuto restituire all'autorità responsabile della tutela del segreto di Stato, e di annullare la richiesta presentata dal resistente in data 3 maggio 1999 al Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Bologna.

8. – Le ragioni che hanno condotto all'accoglimento del ricorso presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri nei confronti del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bologna e all'annullamento della richiesta di archiviazione all'origine del primo conflitto impongono di accogliere anche il secondo ricorso epigrafato, proposto dallo stesso ricorrente nei confronti del giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Bologna.

La rilevata assenza di valore processuale dei documenti dei quali questa Corte, con le sentenze nn. 110 e 410 del 1998, ha accertato, in via definitiva e sulla scorta dei parametri costituzionali applicati per la risoluzione dei rispettivi conflitti, l'inutilizzabilità nel procedimento *de quo*, impone l'espunzione dal fascicolo processuale dei documenti coperti da segreto di Stato legittimamente opposto e confermato dal Presidente del Consiglio, sottratti a qualsiasi valutazione da parte del resistente.

Da ciò consegue che non spetta al giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Bologna utilizzare in alcun modo, direttamente o indirettamente, gli atti e i documenti coperti da segreto di Stato, la cui inutilizzabilità è stata definitivamente accertata con le sentenze di questa Corte nn. 110 e 410 del 1998, neppure ai fini dei provvedimenti consequenziali alla richiesta del pubblico ministero presentata in data 3 maggio 1999 e fissare l'udienza in camera di consiglio prevista dall'art. 409, secondo comma, cod. proc. pen.

Sia l'accoglimento dei due ricorsi presentati dal Presidente del Consiglio dei ministri, sia l'annullamento della richiesta di archiviazione all'origine del primo conflitto impongono di annullare tutti gli atti successivi e consequenziali alla richiesta di archiviazione, compreso il decreto, emesso ai sensi dell'art. 409, secondo comma, cod. proc. pen. in data 31 maggio 1999, con il quale è stata fissata al 14 luglio 1999 l'udienza in camera di consiglio, a séguito della richiesta del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bologna presentata in data 3 maggio 1999.

(omissis)

CORTE COSTITUZIONALE, 16 novembre 2000, n. 497 – Pres. Mirabelli – Red. Mezzanotte - Presidente del Consiglio dei Ministri (avv. Stato Palmieri).

Ordinamento giudiziario – Procedimento disciplinare a carico di magistrati – Esclusione della facoltà del magistrato di farsi difendere da un legale del libero foro – Violazione delle garanzie difensive del magistrato – Illegittimità costituzionale *in parte qua*.

(Cost., artt. 3, 24 secondo comma; r.d. 31 maggio 1946 n. 511, art. 34, comma 2).

È costituzionalmente illegittimo l'art. 34, secondo comma, del regio decreto legislativo 31 maggio 1946 n. 511, nella parte in cui esclude la facoltà del magistrato di farsi assistere da un avvocato nel procedimento disciplinare instaurato a suo carico. La regola contenuta nella legge sulle guarentigie, secondo cui l'incol-

pato può farsi assistere da un collega, deve essere interpretata secondo il principio della trasparenza delle funzioni pubbliche, valore portante di ogni sistema democratico. Ne consegue che la norma deve essere interpretata come possibilità di scelta da parte del magistrato di farsi difendere da un collega non in quanto appartenente ad una presunta corporazione di soggetti interessati alla tutela del prestigio dell'ordine giudiziario, ma in quanto ritenuto in possesso dell'idoneità tecnica per assumere siffatta difesa. La pienezza del diritto di difesa comprende però necessariamente anche la possibilità di scelta di un legale del libero foro, quale strumento di garanzia della indipendenza della magistratura, indipendenza che, se appartiene alla magistratura nel suo complesso, si puntualizza pure nel singolo magistrato, qualificandone la posizione sia all'esterno (nei confronti degli altri poteri dello Stato), sia all'interno, nei confronti degli altri magistrati e dello stesso Consiglio superiore della magistratura.

(omissis)

1. – La sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, con tre identiche ordinanze in pari data, dubita, in riferimento agli articoli 3 e 24, secondo comma, della Costituzione, della legittimità costituzionale dell'articolo 34, secondo comma, del regio decreto legislativo 31 maggio 1946, n. 511 (Guarentigie della magistratura), «nella parte in cui esclude che il magistrato sottoposto a procedimento disciplinare possa farsi assistere, per la propria difesa, da un avvocato del libero Foro».

Ad avviso del remittente, la disposizione censurata, che rifletterebbe un assetto precostituzionale, non sarebbe compatibile con l'art. 24, secondo comma, della Costituzione, il quale delinerebbe una nozione ampia del diritto di difesa, che si estenderebbe alla garanzia dell'assistenza tecnica, sicché, anche alla luce dell'art. 6 della convenzione dei diritti dell'uomo, resa esecutiva dalla legge 4 agosto 1955, n. 848, sarebbe del tutto naturale fare riferimento allo strumento specificamente preposto a tale scopo, e cioè alla difesa assicurata da un avvocato.

La sezione disciplinare rileva inoltre che le peculiarità del procedimento disciplinare a carico dei magistrati non escluderebbero che, nel suo ambito, l'esercizio del diritto di difesa debba esplicarsi con la stessa ampiezza riconosciuta dall'ordinamento in altri settori della giurisdizione. In questa prospettiva, il divieto contenuto nell'art. 34, secondo comma, del regio decreto legislativo n. 511 del 1946 si porrebbe in contrasto anche con l'art. 3 della Costituzione, per la irragionevole limitazione del diritto di difesa e per la ingiustificata disparità di trattamento rispetto al modo in cui può esplicarsi in sede giurisdizionale il diritto di difesa di ogni cittadino.

2. – I giudizi vanno riuniti in considerazione dell'identità delle questioni proposte con le tre ordinanze di rimessione.

3. – Il tema della difesa del magistrato sottoposto a procedimento disciplinare è già venuto, nei medesimi termini, all'attenzione di questa Corte, che però non ha potuto affrontarlo nel merito. Nella fattispecie a cui si riferiva la sentenza n. 220 del 1994 si trattava di un incolpato che aveva optato per la difesa da parte di un magistrato, non riuscendo tuttavia a reperire un collega disposto ad assisterlo; sicché la

questione di legittimità costituzionale dell'art. 34 del regio decreto legislativo n. 511 del 1946, nella parte in cui non consente la nomina di un difensore del libero Foro, era, in quel caso, irrilevante ed è stata perciò dichiarata inammissibile. Nella vicenda dalla quale prende le mosse l'attuale giudizio di costituzionalità si tratta, invece, di un magistrato che, incolpato in tre distinti procedimenti disciplinari, ha dichiarato di non volersi avvalere della difesa di un collega ma di quella di un libero professionista. La questione è pertanto indubbiamente rilevante e deve essere scrutinata nel merito.

4. – La questione è fondata.

Le ragioni che hanno indotto il legislatore a configurare il procedimento disciplinare per i magistrati secondo paradigmi di carattere giurisdizionale sono state più volte esaminate da questa Corte: da un lato l'opportunità che l'interesse pubblico al regolare e corretto svolgimento delle funzioni giudiziarie e lo stesso prestigio dell'ordine giudiziario siano tutelati nelle forme più confacenti alla posizione costituzionale della magistratura e al suo statuto di indipendenza; dall'altro l'esigenza che alla persona del magistrato raggiunto da incolpazione disciplinare sia riconosciuto quell'insieme di garanzie che solo la giurisdizione può assicurare (cfr. sentenze nn. 71 del 1995, 289 del 1992 e 145 del 1976).

Ora, riconoscere al magistrato la facoltà di farsi assistere da un difensore del libero Foro, anziché imporgli, quale opzione esclusiva, un difensore «interno» appartenente all'ordine giudiziario, significa trarre alle loro naturali conseguenze le finalità di rango costituzionale sottese alla giurisdizionalizzazione della responsabilità disciplinare.

5. – La premessa teorica dalla quale occorre procedere è che il regolare e corretto svolgimento delle funzioni giudiziarie e il prestigio della magistratura investono il momento della concretizzazione dell'ordinamento attraverso la giurisdizione, vale a dire l'applicazione imparziale e indipendente della legge. Si tratta perciò di beni i quali, affidati alle cure del Consiglio superiore della magistratura, non riguardano soltanto l'ordine giudiziario, riduttivamente inteso come corporazione professionale, ma appartengono alla generalità dei soggetti e, come del resto la stessa indipendenza della magistratura, costituiscono presidio dei diritti dei cittadini.

All'inquadramento concettuale della responsabilità disciplinare secondo logiche corrispondenti all'autentico significato che l'indipendenza della magistratura assume nel sistema costituzionale (come garanzia dei diritti e delle libertà dei cittadini), si è pervenuti attraverso un ampio dibattito, che ha visto impegnata anche la magistratura in molte delle sue componenti e che ha propiziato l'abbandono di schemi obsoleti, ereditati dalla legislazione anteriore e ancora attivi dopo l'entrata in vigore della Costituzione, imperniati sull'idea, che rimandava ad antichi pregiudizi corporativi, secondo cui la miglior tutela del prestigio dell'ordine giudiziario era racchiusa nel carattere di riservatezza del procedimento disciplinare. Il punto di arrivo di un tale percorso, politico-istituzionale e culturale ad un tempo, è individuabile nella regola della pubblicità delle udienze disciplinari, anticipata in via di prassi nella giurisprudenza ispirata ai principi risultanti dall'art. 6 della convenzione europea dei diritti dell'uomo, e formalizzata, oggi, nell'art. 1 della

legge 12 aprile 1990, n. 74. In tale regola si manifesta con un massimo di evidenza il totale rovesciamento di quei vecchi schemi ricostruttivi ed emerge nitidamente la stretta correlazione tra la nozione di prestigio dell'ordine giudiziario e la credibilità dell'esercizio delle funzioni giudiziarie presso la pubblica opinione, intesa ovviamente in senso pluralistico nel suo articolarsi in modi di vedere non necessariamente uniformi. Una nozione, quindi, che postula non la segretezza del procedimento disciplinare ma la trasparenza, valore portante di ogni sistema autenticamente democratico, i cui caratteri sono destinati a riflettersi sulla stessa difesa del magistrato, che non può, a sua volta, non conformarsi alla funzione propria della responsabilità disciplinare e alla sua vocazione a oltrepassare la ristretta cerchia di un corpo professionale organizzato.

Nel mutato contesto che si è venuto dischiudendo, segnato da una crescente consapevolezza dell'ineliminabile compenetrazione dei principi costituzionali sulla magistratura con quelli di pubblicità e trasparenza delle funzioni pubbliche, la regola contenuta nella citata legge sulle guarentigie, secondo cui l'incolpato può farsi assistere da un collega, permane, né è rinvenibile alcuna ragione per la quale essa debba venire rimossa. Tuttavia tale regola dismette la sua originaria caratterizzazione corporativa ed assume una *ratio* diversa, che può essere così esplicitata: la scelta dell'incolpato cade su un collega non in quanto appartenente ad una presunta corporazione di soggetti interessati alla tutela del prestigio dell'ordine giudiziario, ma in quanto ritenuto in possesso dell'idoneità tecnica per assumere una siffatta difesa. Se però la validità della scelta legislativa deve essere misurata sul piano dell'idoneità tecnica del difensore, allora restano prive di qualunque fondamento giustificativo la limitazione ai soli magistrati della sfera dei soggetti legittimati a svolgere l'ufficio difensivo e la conseguente esclusione degli avvocati del libero Foro, ai quali, a causa del loro specifico statuto professionale, l'attitudine a difendere non può essere disconosciuta.

6. – Tutto ciò appare evidente se si assume a criterio di valutazione l'interesse pubblico al corretto e regolare svolgimento delle funzioni giurisdizionali e al prestigio dell'ordine giudiziario. Se poi ci si colloca nella prospettiva della persona incolpata e del suo diritto di difesa, è egualmente chiaro che la pienezza della tutela giurisdizionale non può trovare in tale interesse pubblico un controvalore con il quale debba essere bilanciata. Al contrario, tale tutela è anche funzionale alla migliore e più efficace realizzazione di quell'interesse. Il massimo di incisività delle garanzie accordate al magistrato sottoposto a procedimento disciplinare, infatti, non può che convertirsi in una altrettanto incisiva tutela del prestigio dell'ordine giudiziario e del corretto e regolare svolgimento delle funzioni giudiziarie. Ebbene, proprio dal punto di vista del singolo incolpato, il procedimento di cui è questione, come tutti i procedimenti disciplinari potenzialmente incidenti sullo *status* professionale, tocca la posizione del soggetto nella vita lavorativa e coinvolge quindi beni della persona che già richiedono, di per sé, le garanzie più efficaci. Ma con riferimento ai magistrati l'esigenza di una massima espansione delle garanzie difensive si fa, se possibile, ancora più stringente, poiché nel patrimonio di beni compresi nel loro *status* professionale vi è anche quello dell'indipendenza, la quale, se appartiene alla magistratura nel suo complesso, si puntualizza pure nel singolo magistrato, qualifican-

done la posizione sia all'interno che all'esterno: nei confronti degli altri magistrati, di ogni altro potere dello Stato e dello stesso Consiglio superiore della magistratura. E anzi, questo, uno dei punti nevralgici dell'insieme dei rapporti che fanno capo al magistrato incolpato: davanti alla sezione disciplinare, tanto più se si tiene conto della mancata tipizzazione legislativa degli illeciti, il diritto di difesa, a partire dalla prima delle facoltà che esso racchiude, quella della scelta del difensore, deve essere configurato in modo che nello stesso incolpato e nella pubblica opinione in nessun caso possa ingenerarsi il sospetto, anche il più remoto, che il procedimento disciplinare si trasformi in uno strumento per reprimere convincimenti sgraditi o per condizionare l'esercizio indipendente delle funzioni giudiziarie.

Vi è quindi stretta correlazione tra l'indipendenza del magistrato sottoposto a procedimento disciplinare e la facoltà di scelta del difensore da lui ritenuto più adatto, sicché limitare quest'ultima facoltà significa in definitiva menomare in parte anche il valore dell'indipendenza. Spetterà semmai al magistrato, in relazione alla singola vicenda disciplinare, decidere se sia più conveniente l'assistenza di un collega ovvero quella di un difensore esterno, che potrebbe essere reputato più efficiente anche eventualmente in considerazione della sua posizione di estraneità all'ordine giudiziario e del suo non essere soggetto ad alcuno dei poteri del Consiglio superiore della magistratura.

7. – A riprova dell'incongruenza della disciplina può ulteriormente osservarsi che, permanendo il censurato art. 34, secondo comma, del regio decreto legislativo n. 511 del 1946, l'incolpato deve obbligatoriamente servirsi di un avvocato iscritto all'albo speciale per il patrocinio innanzi alle magistrature superiori nell'eventuale successivo giudizio davanti alle sezioni unite della Cassazione, e che, in caso di accoglimento del suo ricorso con rinvio alla sezione disciplinare, egli dovrebbe necessariamente tornare all'autodifesa o all'assistenza di un collega, con un dispendio di energie difensive del quale non è ravvisabile alcun fondamento giustificativo.

Se dunque si ha riguardo all'insieme dei profili connessi alla questione di costituzionalità, la conclusione è che, nel procedimento davanti alla sezione disciplinare, la difesa del magistrato deve potersi dispiegare nella sua pienezza, la quale non può dirsi raggiunta se al magistrato è negata la possibilità di avvalersi dell'apporto difensivo di un avvocato del libero Foro.

*PER QUESTI MOTIVI
LA CORTE COSTITUZIONALE*

riuniti i giudizi,
dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 34, secondo comma, del regio decreto legislativo 31 maggio 1946, n. 511 (Guarentigie della magistratura), nella parte in cui esclude che il magistrato sottoposto a procedimento disciplinare possa farsi assistere da un avvocato.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 13 novembre 2000. (*omissis*)

CORTE COSTITUZIONALE, 17 novembre 2000, n. 502 – Pres. Mirabelli – Red. Capotosti – C., D.L., G. (avv. Zanon) c. Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi (avv. Stato Del Gaizo).

Conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato – Referendum abrogativi – Campagna referendaria 2000 – Informazione radiotelevisiva e comunicazione istituzionale sui quesiti referendari - Disciplina emessa, in attuazione della legge 2000, dalla Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi – Lamentato cattivo uso dei poteri spettanti alla Commissione – Insussistenza – Reiezione del ricorso.

(Cost., artt. 1, 3, secondo comma, 21, 48 e 75; deliberazione della commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi 29 marzo 2000, artt. 1, comma 2, 2, comma 1, lett. c) e d), 7, comma 2; legge 22 febbraio 2000 n. 28, artt. 5, comma 1 e 9).

È destituita di fondamento l'interpretazione dei ricorrenti in ordine alla qualificazione della legge 22 febbraio 2000 n. 28 come attuativa di un principio in base al quale sarebbe costituzionalmente necessaria, durante le campagne referendarie, la c.d. informazione «istituzionale» vertente sul significato e la portata dei quesiti. La complessità dei quesiti referendari elettorali, infatti, può porre questioni interpretative controverse con la conseguenza che ne sarebbe pregiudicata verosimilmente l'imparzialità della informazione. Per questo il comma 2 dell'art. 9 della legge n. 28 del 2000 assegna alle emittenti televisive pubbliche e private il compito di informare direttamente i cittadini soltanto sulle modalità di voto e sugli orari dei seggi elettorali, proprio per evitare forme improprie di attività propagandistica. Tali aspetti possono invece essere chiariti e approfonditi attraverso una informazione equilibrata che si sviluppi nel contraddittorio tra i diversi soggetti interessati. Ne consegue l'infondatezza della censura di «cattivo uso» dei poteri spettanti alla Commissione parlamentare per l'indirizzo e la vigilanza, per non avere adeguatamente attuato, in relazione ai diversi profili della deliberazione impugnata, i principi della medesima legge.

1. – Il conflitto di attribuzione tra poteri proposto, con il ricorso in epigrafe, dai promotori e presentatori dei referendum abrogativi del 21 maggio 2000 nei confronti della Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi, ha ad oggetto gli artt. 1, comma 2, 2, comma 1, lettere c) e d), 7, comma 2, della deliberazione del 29 marzo 2000 recante «Comunicazione politica, messaggi autogestiti, informazione e tribune della concessionaria del servizio radiotelevisivo pubblico per la campagna referendaria 2000» in riferimento all'art. 75 della Costituzione.

Secondo i ricorrenti, la deliberazione predetta, dato che nelle parti impuginate «non contiene la effettiva attuazione dei principi previsti nella legge» n. 28 del 2000, «determina restrizioni allo svolgimento della campagna referendaria tali da incidere sulla formazione della volontà di coloro che esprimono il loro voto nel referendum» e conseguentemente nella sfera di attribuzioni garantita, ai sensi dell'art. 75

della Costituzione, al Comitato promotore. A loro avviso, infatti, sarebbe configurabile il «cattivo uso» dei poteri spettanti alla Commissione parlamentare per la disciplina della c.d. «comunicazione istituzionale», prevista in particolare dall'art. 9 della legge n. 28 e connotata da profili di obbligatorietà costituzionale, in riferimento agli artt. 1, 3, comma secondo, 48 e 75 della Costituzione, in quanto finalizzata ad assicurare, nelle campagne referendarie, l'esistenza di un'informazione neutrale ed obiettiva e con modalità tali da garantire la formazione della libera e consapevole volontà dell'elettore.

In via gradata i ricorrenti chiedono, che la Corte costituzionale, qualora ritenga che le direttive impugnate abbiano correttamente applicato la legge n. 28 del 2000, sollevi innanzi a sé medesima questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, e 9 della citata legge n. 28, in riferimento agli artt. 1, 3 comma secondo, 21, 48 e 75 della Costituzione «in quanto non contengono una disciplina sufficiente ad assicurare l'esistenza, costituzionalmente necessaria, di una reale ed efficace comunicazione istituzionale».

2. – Preliminarmente va confermata la ammissibilità, ai sensi dell'art. 37 della legge 11 marzo 1953, n. 87, del conflitto di attribuzione in esame, già ritenuta, in via di sommaria delibazione, nell'ordinanza n. 137 del 2000.

Sussistono invero, alla stregua della costante giurisprudenza della Corte, i requisiti soggettivi del conflitto d'attribuzione tra poteri, giacché è pacifica sia la legittimazione dei promotori della richiesta di *referendum* abrogativo, competenti a dichiarare definitivamente, nell'ambito della procedura referendaria, la volontà della frazione del corpo elettorale titolare del potere di iniziativa previsto dall'art. 75 della Costituzione, sia la legittimazione della Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi, competente a dichiarare definitivamente, nell'ambito della materia di sua spettanza, la volontà delle due Camere (*ex plurimis*, sentenza n. 49 del 1998).

Sussiste anche il requisito oggettivo del conflitto di attribuzione tra poteri, poiché non è accoglibile l'eccezione dell'Avvocatura dello Stato, secondo cui gli atti ed i comportamenti dei quali i ricorrenti si dolgono «non incidono sulle attribuzioni di rilievo costituzionale spettanti ai promotori nello svolgimento della campagna referendaria, in tale ambito non rientrando la c.d. «comunicazione istituzionale»». Va invece osservato che, secondo la prospettazione del ricorso, gli atti ed i comportamenti impugnati possono configurare una ipotesi di «cattivo uso» dei poteri spettanti alla Commissione parlamentare per l'indirizzo e la vigilanza; «cattivo uso» che appare astrattamente suscettibile di influire, nell'ambito della campagna elettorale referendaria, sulla formazione della volontà degli elettori, così da ridondare in una lesione della sfera di attribuzione dei ricorrenti (sentenza n. 161 del 1995).

Non si può infine ritenere che sia venuto meno, a seguito dello svolgimento delle procedure referendarie e del loro esito, l'interesse dei ricorrenti ad ottenere una decisione di merito sulla spettanza delle attribuzioni costituzionali in contestazione, giacché non sono state prospettate argomentazioni che possano indurre un mutamento dell'orientamento favorevole fino ad ora seguito sul punto dalla Corte (cfr. sentenze n. 49 del 1998).

3. – Nel merito, il ricorso è infondato.

I ricorrenti censurano, con riferimento alle parti impugnate della deliberazione del 29 marzo 2000, il «cattivo uso» dei poteri spettanti alla Commissione parlamentare per l'indirizzo e la vigilanza, in quanto essa non avrebbe adeguatamente attuato la legge n. 28 del 2000, che, secondo la loro interpretazione, disciplinerebbe, accanto alla c.d. «comunicazione politica», cioè la diffusione di «programmi contenenti opinioni e valutazioni politiche» (art. 2, comma 2), anche la c.d. «comunicazione istituzionale», cioè l'informazione «imparziale, neutra ed obiettiva circa il significato e la portata dei quesiti referendari». In particolare, i ricorrenti sostengono che la formazione della libera e consapevole volontà del cittadino impone alle amministrazioni pubbliche l'obbligo, costituzionalmente rilevante, di fornire, nell'ambito della campagna referendaria, una informazione «neutrale, obiettiva ed imparziale» sui contenuti dei quesiti e sul significato del «sì» e del «no», in considerazione del tecnicismo delle materie, della complessità dei quesiti ed anche al fine di consentire che l'eventuale astensione dal voto sia frutto di una scelta consapevole e ragionata. Gli stessi ricorrenti ammettono però che tale obbligo informativo «lascia ampio spazio alla discrezionalità legislativa in materia», potendo esplicarsi secondo modalità anche molto diverse tra loro.

In questa prospettiva, premesso che la Corte costituzionale ha da tempo affermato che «il diritto all'informazione» va determinato e qualificato in riferimento ai principi fondanti della forma di Stato delineata dalla Costituzione, i quali esigono che «la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale» (sentenza n. 112 del 1993), va sottolineata, in relazione alla necessaria democraticità del processo politico referendario, l'esigenza che «sia offerta dal servizio pubblico radiotelevisivo la possibilità che i soggetti interessati partecipino alla informazione ed alla formazione dell'opinione pubblica» in modi e forme idonei e congrui rispetto alla finalità da perseguire (sentenza n. 49 del 1998). Al riguardo deve essere tenuto altresì presente «l'imperativo costituzionale» secondo cui il diritto all'informazione, garantito dall'art. 21 della Costituzione, è qualificato e caratterizzato, innanzi tutto, dal pluralismo delle fonti cui attingere conoscenze e notizie, cosicché il cittadino possa essere messo in condizione di compiere le sue valutazioni avendo presenti punti di vista differenti e orientamenti culturali e politici contrastanti (cfr. sentenza n. 112 del 1993).

In questa ottica, proprio per evitare che da un'informazione unilaterale possano derivare effetti distorsivi sulla pubblica opinione, tali da ledere il fondamentale principio di garantire il «voto libero» nelle competizioni elettorali, non appare affatto irragionevole la scelta che l'informazione sul merito, cioè sul significato e la portata dei quesiti referendari — e non su dati meramente estrinseci: denominazione del *referendum* e modalità di voto — si svolga attraverso la partecipazione dialettica di tutti i soggetti interessati, anziché essere affidata ad un'unica fonte, per quanto impersonale, obiettiva e neutrale possa essere. Ed infatti, sebbene i ricorrenti sottolineino l'importanza concettuale del mutamento dell'espressione «propaganda istituzionale», propria della previgente legislazione, con l'espressione «comunicazione istituzionale», usata dalla legge n. 28, rimane tuttavia alto il rischio che, nella prassi operativa, la distinzione tra queste due tipologie informative possa finire con il

perdersi. Ed in questo senso è significativo che il comma 2 dell'art. 9 della citata legge n. 28 del 2000 assegni alle emittenti radiotelesive pubbliche e private il compito di informare direttamente i cittadini soltanto sulle modalità di voto e sugli orari dei seggi elettorali, proprio per evitare, stabilendo tale contenuto minimo di comunicazione, forme improprie di svolgimento di attività propagandistica, tanto più grave in considerazione dell'incidenza sul momento elettorale.

D'altronde, proprio la rilevata complessità dei quesiti elettorali induce a ritenere che ragionevolmente non sia stato affidato — come invece vorrebbero i ricorrenti — alla comunicazione «istituzionale» delle amministrazioni pubbliche il compito di chiarire «il significato e la portata dei quesiti referendari». La tecnicità dei quesiti stessi e individuazione precisa della c.d. normativa di risulta possono infatti porre questioni interpretative così complesse e controverse, che appare incongruo pretendere al riguardo da soggetti «istituzionali» una comunicazione imparziale ed esauriente su questi delicatissimi profili di merito, i quali invece possono essere più adeguatamente chiariti e approfonditi attraverso una informazione equilibrata che si sviluppi nel contraddittorio tra i diversi soggetti interessati, secondo modalità rimesse appunto alla discrezionalità del legislatore. Il valore del pluralismo dell'informazione, sotto il profilo passivo oltre che attivo, deve infatti trovare la massima espansione proprio nell'ambito delle competizioni elettorali, dominate dal principio della parità di opportunità tra i concorrenti.

D'altra parte, la stessa disposizione invocata dal ricorrenti a sostegno della assoluta necessità della c.d. comunicazione «istituzionale» sul significato e la portata dei quesiti referendari, e cioè l'art. 9 della citata legge n. 28 del 2000, va interpretata, nel comma 1, nel senso che il divieto alle amministrazioni pubbliche di «svolgere attività di comunicazione» durante la campagna elettorale è proprio finalizzato ad evitare il rischio che le stesse possano fornire, attraverso modalità e contenuti informativi non neutrali sulla portata dei quesiti, una rappresentazione suggestiva, a fini elettorali, dell'amministrazione e dei suoi organi titolari.

4. — La scelta legislativa di limitare la diretta informazione radiotelesiva alla denominazione dei quesiti e alle modalità di voto e di riservare invece precipuamente al confronto dialettico tra i soggetti interessati il chiarimento e l'approfondimento del significato e della portata dei quesiti referendari non è dunque, per le considerazioni proposte, irragionevole. Appare così destituita di fondamento l'interpretazione dei ricorrenti in ordine alla qualificazione della legge n. 28 del 2000 come attuativa di un principio in base al quale sarebbe costituzionalmente necessaria, durante le campagne referendarie, la c.d. informazione «istituzionale», vertente proprio sul merito, cioè sul significato e la portata dei quesiti. Ed appare, di conseguenza, infondata anche la censura di «cattivo uso» dei poteri spettanti alla Commissione parlamentare per l'indirizzo e la vigilanza, per non avere adeguatamente attuato, in relazione ai diversi profili della deliberazione impugnata, i principi della medesima legge.

In effetti, la deliberazione in oggetto è conforme alla *ratio* della citata legge n. 28, modulando la disciplina concreta della comunicazione radiotelesiva nella campagna referendaria 2000, secondo criteri rispettosi del valore del pluralismo nell'informazione. In questo senso, va respinta la censura che gli artt. 4, comma 1, e 7, comma 2, della stessa delibera siano meramente ripetitivi dell'art. 9 della legge n. 28

e comunque insufficienti in ordine all'informazione che la concessionaria pubblica del servizio radiotelevisivo doveva fornire, in particolare, sulla facoltà dell'astensione dal voto e sulle relative conseguenze. Va in proposito ricordato, innanzi tutto, che i predetti articoli prevedono espressamente, integrando così il disposto dell'art. 9, che la Rai illustri imparzialmente, con diverse tipologie di trasmissione, il contenuto dei quesiti referendari, oltre ad informare sulle modalità di votazione, sulla data e sugli orari della consultazione. Risulta poi dalla documentazione presentata dalla difesa della Commissione parlamentare non solo che l'identificazione in dettaglio di contenuti e modalità dell'informazione avveniva sotto la vigilanza della Commissione stessa, ma anche che vi era una costante sottolineatura delle condizioni necessarie per la validità delle consultazioni referendarie.

Così pure va respinta la censura, relativa all'art. 1, comma 2, di mancata concessione di spazi radiotelevisivi ai sostenitori dell'astensione, poiché risulta dalla documentazione prodotta che la disposizione in questione, la quale riguarda espressamente, come riconoscono gli stessi ricorrenti, la comunicazione «politica», è stata attuata in modo tale che lo spazio concesso ai soggetti favorevoli ed a quelli contrari all'abrogazione non esaurisse affatto tutta l'informazione sui singoli quesiti referendari.

Sono infondate altresì le censure, relative all'art. 2, comma 1, lett. c) e d), sia di carenza di criteri in ordine alla responsabilità delle testate giornalistiche, sia di insufficiente programmazione di trasmissioni di approfondimento e di dibattito, in quanto tutte queste doglianze sono riferibili all'ambito dei «programmi di informazione» nei mezzi radiotelevisivi, disciplinati dall'art. 5, comma 1, della legge n. 28, che non prevede una rigida predeterminazione di criteri e contenuti informativi, risultando comunque dalla documentazione presentata in giudizio che la Commissione parlamentare aveva stabilito i necessari criteri procedurali e costantemente verificato che l'attività informativa della concessionaria pubblica si svolgeva secondo canoni di comportamento e modalità operative corrispondenti.

5. – È da rilevare infine che, in base alle motivazioni adottate nella presente decisione, risultano manifestamente infondati i dubbi di legittimità costituzionale prospettati in via gradita dai ricorrenti in ordine agli artt. 5, comma 1, e 9 della citata legge n. 28 del 2000, cosicché viene meno uno dei presupposti perché la Corte possa accogliere la proposta istanza di autoremissione della relativa questione di costituzionalità.

PER QUESTI MOTIVI
LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara che spetta alla Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi adottare la disciplina contenuta negli artt. 1, comma 2, 2, comma 1, lettere c) e d), 7, comma 2, della deliberazione approvata il 29 marzo 2000, recante «Comunicazione politica, messaggi autogestiti, informazione e tribune della concessionaria del servizio radiotelevisivo pubblico per la campagna referendaria 2000».

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 13 novembre 2000. (*omissis*)

CORTE COSTITUZIONALE, 20 novembre 2000, n. 510 – Pres. Mirabelli – Rel. Zagrebelsky – Presidente del Consiglio dei Ministri (avv. Stato Zotta).

Misure di prevenzione antimafia – Divieti e decadenze – Posizione del convivente – Presunzione a suo carico – Contrasto con principi di diritto alla difesa, di libertà di iniziativa economica – Presunzione di non colpevolezza – Possibilità prova contraria – Non fondatezza della questione.

(legge n. 31 maggio 1965 n. 575, art. 10 co. 4; Cost. artt. 3,4,24,27 e 41).

Non viola i principi costituzionali la norma che estende ai conviventi con la persona sottoposta a misura di prevenzione antimafia i divieti e le decadenze comminate a carico di quest'ultima, poiché essi possono dimostrare nel corso del procedimento di non essere coinvolti negli interessi economici della stessa (1).

(1) Con la pronuncia in rassegna la Corte conferma la legittimità di una norma più volte censurata per il suo inevitabile rigore.

A fronte dei numerosi rilievi di incostituzionalità sollevati dal Tribunale di Avellino, sulla scorta di orientamenti della stessa dottrina, la Corte opera un salvataggio della disposizione che concilia le esigenze di prevenzione cui è ispirata tutta la normativa antimafia con le garanzie di tutela che vanno riconosciute a tutti i cittadini senza ingiustificate esclusioni.

Per evitare facili elusioni dei divieti e delle decadenze poste a carico dei soggetti cui viene applicata una misura di prevenzione antimafia il legislatore ha esteso tali misure genericamente «nei confronti di chiunque conviva con la persona sottoposta alla misura», ma mentre ha previsto nel co. 2 dell' art. 10 legge 575/65 che il provvedimento definitivo di applicazione della misura determini la decadenza di diritto nei confronti del destinatario della misura, ha poi rimesso al Tribunale il potere di disporre la operatività dei divieti nei confronti dei conviventi. In tale contesto la tesi del Tribunale era quella di limitare il proprio compito alla verifica della convivenza onde applicare automaticamente i divieti ai conviventi, il che trasformava tali soggetti in una casta di «intoccabili» anche quando essi non avessero altra colpa se non quella di avere legami familiari o affettivi con persona soggetta a misura cautelare.

La sentenza della Corte ha invece valorizzato il profilo procedimentale, argomentando dall'art. 10 *quater*, per consentire ai conviventi di svolgere deduzioni ed acquisire elementi utili, e dall'art. 2 *bis*, per suggerire indagini sul tenore di vita e sulle condizioni economiche: il tutto al fine di delineare un quadro preciso sul possibile coinvolgimento del convivente negli interessi economici del soggetto destinatario della misura di prevenzione.

Per tale valutazione complessiva la Corte ha fornito anche un criterio decisionale, ponendo a carico del convivente l'onere probatorio di provare l'inesistenza di elementi che dimostrino la sua partecipazione agli interessi economici dell'altro.

Vale a dire che la convivenza determina una presunzione, ma questa non è assoluta e può essere superata da una prova contraria: è questo un punto di equilibrio delicato ma soddisfacente, che tuttavia solo nell'applicazione pratica rivelerà la sua idoneità a fungere da valido deterrente rispetto alle collusioni inevitabili nei contesti familiari.

Viene peraltro da chiedersi se la convivenza in senso economico tratteggiata dalla pronuncia della Corte non possa opportunamente intendersi come situazione non esclusivamente logistica di persone abitanti sotto lo stesso tetto, ma anche quale comunanza di interessi che lega in modo ben più significativo soggetti formalmente estranei tra loro e/o privi di vincoli di sangue e di affetti.

G.P.P.

(*omissis*)

1.1. — Con ordinanza del 23 settembre 1999 il tribunale di Avellino ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 4, 24, 27 e 41 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, comma 4, della legge 31 maggio 1965, n. 575 (Disposizioni contro la mafia), «nella parte in cui la suindicata norma, estendendo ai conviventi i divieti e le decadenze previsti nei commi 1 e 2 dello stesso articolo, non consente alcuna prova o accertamento contrario».

1.2. — Nel giudizio principale è stata richiesta al tribunale rimettente, da parte del questore competente, l'applicazione del divieto di iscrizione nel registro degli esercenti il commercio, a norma dell'art. 10, comma 4, *cit.*, nei confronti della moglie convivente di un soggetto già sottoposto, con provvedimento definitivo, alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza con obbligo di soggiorno per la durata di due anni, a norma della legge n. 575 del 1965.

1.3. — Ad avviso del tribunale, la disposizione della cui applicazione si tratta presenterebbe profili di incostituzionalità, e ciò nonostante che la Corte costituzionale, in una sua precedente decisione (ordinanza n. 675 del 1988), abbia dichiarato manifestamente infondata una questione allora sollevata circa l'estensione degli effetti interdittivi a soggetti terzi, ritenendo ragionevole la presunzione di intestazione fittizia dei beni sottesa alla norma impugnata.

Il dubbio di costituzionalità, del resto manifestato anche in dottrina e in giurisprudenza, concerne comunque — prosegue il giudice *a quo* — aspetti diversi da quelli già esaminati dalla Corte nella richiamata decisione del 1988, e precisamente riguarda la prescrizione che impone al giudice di applicare al convivente di chi sia stato sottoposto a una misura di prevenzione secondo la legge antimafia dunque a una persona che come tale non ha subito alcun procedimento il divieto di iscrizione nei registri delle camere di commercio e, con esso, il divieto di ottenere licenze o autorizzazioni all'esercizio del commercio.

Ciò che appare irragionevole al tribunale, anche avuto riguardo alle conclusioni della richiamata ordinanza n. 675 del 1988, è il carattere assoluto della presunzione di intestazione fittizia dei beni per eludere la disciplina antimafia, presunzione che è posta appunto nell'ipotesi dell'estensione degli effetti della misura: l'impossibilità di fornire una prova contraria per il convivente contrasta con la possibilità di svolgere accertamenti patrimoniali per verificare se la persona pericolosa disponga di beni e capitali suscettibili di essere reinvestiti nell'attività commerciale che fa capo alla persona convivente o se invece quest'ultima disponga autonomamente di mezzi finanziari allo scopo.

Del resto, aggiunge il rimettente, non può sostenersi che la censurata presunzione — che l'attività commerciale del terzo costituisca attività di «copertura» di quella illegale del prevenuto — sia necessariamente corrispondente alla realtà dei fatti, poiché può ben darsi il caso che l'attività commerciale del parente/convivente venga iniziata e svolta in modo autosufficiente; ne è esempio, prosegue il tribunale, proprio il caso di specie, giacché il prevenuto risulta da tempo e tuttora detenuto in esecuzione di condanne penali, ciò che legittima il dubbio circa la sua possibilità di finanziare il coniuge-convivente ai fini dell'esercizio del commercio.

La presunzione assoluta oggetto della questione sarebbe, secondo l'ordinanza di rinvio, in contrasto con il canone generale di ragionevolezza della legge, e inoltre con a) l'art. 3 [secondo comma] della Costituzione, sotto il profilo della rimozione degli ostacoli di ordine sociale al lavoro, costituendo anche l'unione matrimoniale o la convivenza una condizione di vita sociale, «non sempre scelta in piena libertà», b) l'art. 4 della Costituzione, circa l'effettività del diritto al lavoro, c) l'art. 27 della Costituzione, per l'estensione a una persona estranea al procedimento di conseguenze *lato sensu* penalistiche, poiché, secondo il Tribunale, la misura di prevenzione postulerebbe pur sempre un accertamento di responsabilità penale, solo variando il grado probatorio necessario, d) l'art. 24 della Costituzione, perché vengono applicate conseguenze sfavorevoli a un soggetto che nel procedimento giurisdizionale di prevenzione non ha avuto la possibilità di interloquire e difendersi, ed e) l'art. 41 della Costituzione, perché ne deriva un ostacolo alla libera iniziativa economica dell'individuo.

2. - È intervenuto in giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato.

L'Avvocatura richiama il precedente maggiormente pertinente della Corte costituzionale, costituito dall'ordinanza n. 675 del 1988, della quale riprende alcuni passaggi argomentativi, in particolare per l'affermazione che l'estensione degli effetti accessori della misura di prevenzione al coniuge, ai figli e ai conviventi del prevenuto, cioè a soggetti non personalmente colpiti dalla misura, poggia sull'esigenza di «impedire che i divieti e le decadenze possano essere elusi mediante il ricorso ad intestazioni fittizie a persone di comodo» e dunque che non è irragionevole, «in relazione alla situazione ad alto rischio di pericolosità nella quale la norma è destinata ad operare», la previsione che i conviventi siano «assoggettati alle medesime preclusioni della persona sottoposta alla misura, in base alla presunzione che essi possano intervenire quali prestanome della stessa, o che quest'ultima possa comunque aver parte alle attività economiche alle quali si riferiscono i provvedimenti oggetto di divieti o decadenze».

Le argomentazioni del tribunale di Avellino non sono, secondo l'Avvocatura, idonee a condurre a diversa conclusione rispetto alla citata pronuncia. Anche a trascurare il dato formale secondo cui, una volta posta e ritenuta come valida la presunzione di interposizione, le conseguenze sfavorevoli solo formalmente possono dirsi imputabili a soggetti «terzi» giacché il soggetto effettivamente colpito rimane pur sempre il prevenuto, rileva l'Avvocatura che comunque, nell'effettuare la valutazione circa la ragionevolezza della previsione, la Corte ha già chiarito che il criterio di giudizio si fonda su un bilanciamento di interessi; alla stregua di questo stesso criterio deve pertanto essere considerata la prospettazione dei nuovi e ulteriori dubbi d'incostituzionalità della norma che, nel contesto di alta pericolosità nel quale essa è destinata a operare, pur essendo di particolare rigore, si presenta tuttavia come l'unico efficace strumento per impedire aggiramenti o elusioni della disciplina antimafia attraverso intestazioni di comodo; le censure del rimettente non sarebbero dunque idonee a condurre a diverso orientamento. La richiesta dell'Avvocatura, pertanto, è nel senso dell'infondatezza della questione.

Considerato in diritto

1. — L'art. 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575 (Disposizioni contro la mafia), nei commi 1 e 2 (nella formulazione vigente a seguito della legge 19 marzo 1990, n. 55) prevede, a carico delle persone alle quali sia stata applicata con provvedimento definitivo una misura di prevenzione, diversi divieti e decadenze relativi ad atti e provvedimenti autorizzativi, concessori, abilitativi di attività d'impresa e relativi a erogazioni di danaro da parte dello Stato, di enti pubblici e delle comunità europee. Il comma 4 del medesimo articolo, della cui legittimità costituzionale il tribunale di Avellino dubita, stabilisce, tra l'altro, che tali divieti e decadenze operino anche nei confronti di chiunque conviva con il sottoposto alla misura di prevenzione. Il tribunale ritiene che tale previsione — determinata dall'intento di evitare che la persona convivente, usata come schermo, possa servire per eludere i divieti e le decadenze stabiliti — violi gli artt. 3, 4, 24, 27 e 41 della Costituzione. La doglianza riguarda quella che il giudice rimettente ritiene essere una presunzione assoluta che non consentirebbe all'interessato di provare il carattere non fittizio dell'intestazione dei beni che gli appartengono.

2. — La questione non è fondata.

3. — Nella valutazione della legittimità costituzionale della disposizione denunciata, si deve tenere conto nel suo complesso della ponderazione fatta dal legislatore degli interessi implicati nella disciplina in esame nella quale entra, come ragione determinante, l'esigenza di contrastare l'attività economica di soggetti colpiti da misure di prevenzione antimafia tramite, in particolare, il reimpiego del denaro proveniente da attività criminosa. Gli invocati artt. 4, 24, 27 e 41 della Costituzione prevedono diritti che, secondo l'ordinanza del giudice rimettente sarebbero irragionevolmente sacrificati dalla presunzione assoluta che sottostà alla disposizione impugnata. Da qui, il riferimento all'art. 3 della Costituzione che impone al legislatore il rispetto del canone della ragionevolezza o non-arbitrarietà nella valutazione comparativa e complessiva degli interessi che la norma mette in gioco.

In questa valutazione ponderata, occorre innanzitutto considerare la determinazione dell'efficacia quinquennale dei divieti, stabilita nell'ultima parte del medesimo comma 4 dell'art. 10 (quale sostituito con la legge n. 55 del 1990); la possibilità di richiedere la riabilitazione — alla quale consegue la cessazione dei divieti previsti dall'art. 10 della legge n. 575 del 1965 — dopo tre o cinque anni, a seconda del tipo di criminalità al quale la misura di prevenzione si riferisce (riabilitazione introdotta dall'art. 15 della legge 3 agosto 1988, n. 327, e, nell'area della criminalità organizzata, dall'art. 14 della legge n. 55 del 1990), nonché la deroga (introdotta anch'essa dall'art. 3 della legge n. 55 del 1990) contenuta nello stesso art. 10, al comma 5, che prevede la possibilità che il giudice escluda la decadenza e il divieto (eccettuate le autorizzazioni e le licenze di polizia relative alle armi, alle munizioni e agli esplosivi) nel caso in cui, per effetto di tali provvedimenti, vengano a mancare i mezzi di sostentamento all'interessato e alla famiglia.

Ma soprattutto, assume rilievo l'art. 10-*quater* della legge n. 575 del 1965 (nella versione risultante della legge n. 55 del 1990). Esso stabilisce che il tribunale, prima di adottare un provvedimento previsto dall'art. 10, comma 4, con decreto motivato chia-

ma a intervenire nel procedimento le parti interessate (e quindi anche il convivente nei cui confronti hanno da essere disposti divieti e decadenze), e che esse possono, anche con l'assistenza di un difensore, svolgere in camera di consiglio le loro deduzioni e chiedere l'acquisizione di ogni elemento utile alla decisione; ciò che di per sé vale a escludere il prospettato contrasto con l'art. 24 della Costituzione. Aggiunge la medesima disposizione che, ai fini dei relativi accertamenti — cioè degli accertamenti che si rendono necessari per l'estensione delle interdizioni e delle decadenze nei confronti dei conviventi —, si applicano le disposizioni degli artt. 2-bis e 2-ter della legge. In particolare, l'art. 2-bis riguarda l'effettuazione di indagini sul tenore di vita, sulle disponibilità finanziarie, sul patrimonio e in genere sulle condizioni economiche dei soggetti, indicati nell'art. 1 (indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, alla camorra o ad altre associazioni aventi caratteristiche analoghe a quelle mafiose), nei cui confronti possa essere proposta la misura della sorveglianza speciale (comma 1).

Analoghe indagini, secondo il comma 3 dello stesso art. 2-bis sono condotte anche nei confronti di altri soggetti che possono avere a che fare con le attività economiche dei primi, tra i quali i conviventi (nell'ultimo quinquennio).

Dalle disposizioni da ultimo citate risulta che il giudice deve tenere conto di una serie di elementi utili a ricostruire la posizione economica non solo della persona sospettata ma anche di quella convivente, potendosi ricavare così che le misure di cui all'impugnato comma 4 dell'art. 10 presuppongono l'esistenza di una «convivenza» avente caratteri congruenti alla *ratio* dei provvedimenti che su di essa si basano: una convivenza, segnata in concreto da coinvolgimento negli interessi economici del soggetto sottoposto alla misura di prevenzione; coinvolgimento di cui le «parti interessate», nel procedimento previsto dalla legge, sono abilitate a dimostrare l'inesistenza senza di che le norme ora citate risulterebbero prive di senso.

Il che è quanto dire che, se tra la convivenza assunta dalla legge come condizione delle misure previste dal comma 4 dell'art. 10 e queste ultime v'è automatismo, non qualunque tipo di convivenza può essere a base di tale automatismo e che il soggetto interessato è abilitato a difendersi fornendo la prova dell'inesistenza in essa di quei caratteri che, soli, giustificano le misure stesse.

Per le ragioni anzidette, la norma da cui muove il giudice rimettente si rivela meno rigida di quanto egli assume e ciò consente di superare i dubbi di legittimità costituzionale prospettati nel formulare la questione in esame. (*omissis*)

CORTE COSTITUZIONALE, 20 novembre 2000, n. 511 – Pres. Mirabelli – Rel. Zagrebelsky – Provincia di Bolzano (avv.ti Riz e Panunzio).

Ricorso per conflitto di attribuzioni – Provincia – Violazione delle attribuzioni provinciali da parte del Sostituto Procuratore della Repubblica – Modalità di indagine – Legittimità parziale in funzione dell'anteriorità al reato – Lesione competenze provinciali per accertamenti successivi.

(Lettera del Sostituto Procuratore della Repubblica 10 novembre 1998; decreto di esibizione del Sostituto Procuratore della Repubblica 1 dicembre 1998; Cost., artt. 97, 102, 104 e 112; Statuto Trentino Alto Adige, art. 8 co. 1 n. 18, art. 9 co. 1 n. 2, art. 16; d. lgs. 16 marzo 1992 n. 266 art. 4).

Nell'ambito delle indagini avviate per la morte di una bambina nel corso di un trasporto scolastico nei confronti dei funzionari della Provincia competenti, il Procuratore della Repubblica può legittimamente chiedere al Presidente della Giunta provinciale ed ai presidi delle scuole informazioni e notizie sulle lamentele, segnalazioni e denunce inviate dai genitori riguardo al servizio fino alla data dell'incidente, ma non per il tempo successivo, poiché in tale caso il suo comportamento diviene espressione di una pretesa alla generalizzata ed astratta revisione della attività dell'Amministrazione, ledendo la competenza legislativa e le potestà amministrative della Provincia in materia (1).

(omissis)

1. – Con ricorso notificato l'8 gennaio 1999 e depositato il successivo 15 gennaio, la provincia autonoma di Bolzano ha sollevato conflitto di attribuzione nei confronti dello Stato in relazione a due atti del sostituto procuratore della Repubblica presso la Pretura circondariale di Bolzano: una lettera (definita dalla ricorrente «circolare») del 10 novembre 1998, inviata ai presidi delle scuole elementari e medie della provincia di Bolzano, e un decreto di esibizione di documenti, del 1° dicembre 1998, rivolto al presidente della giunta provinciale.

(1) La sentenza in rassegna va segnalata, a prescindere dalle vicende relative all'ammissibilità dell'intervento in giudizio del Sostituto Procuratore della Repubblica per il quale si rinvia alla decisione 309/2000 pubbl. in questo fascicolo alla pag. 24, poiché risolve con prudente misura un conflitto decisamente anomalo. Difatti con encomiabile zelo il pubblico ministero che conduceva le indagini per la morte di una bambina avvenuta durante un trasporto scolastico, non si era limitato a perseguire il conducente dello scuolabus, ma aveva cercato eventuali ulteriori responsabilità tra i funzionari della Provincia competenti in materia ed a tal fine aveva sollecitato l'acquisizione di informative non solo dai genitori dei bambini, ma anche a livello dell'organizzazione degli uffici provinciali. La richiesta delle relazioni annuali sulle attività dell'ufficio e degli atti relativi all'individuazione degli obiettivi annuali suscitava la reazione della Provincia, che considerava questa modalità di indagine come un controllo sulla propria attività amministrativa e persino come un tentativo di sostituzione del magistrato nella individuazione dell'indirizzo amministrativo, tenuto conto dell'indubbia influenza che l'intervento del P.M. poteva esercitare sull'operato degli uffici interessati.

Nel conflitto tra le due posizioni la Corte ha inteso privilegiare la possibilità per il magistrato inquirente di estendere al massimo la sua indagine, richiedendo le informazioni ritenute necessarie agli uffici competenti, anche a costo di incidere sull'attività amministrativa della Provincia per verificare se la stessa presentasse dei profili di rilievo penale.

La prevalenza dell'interesse giustiziale viene tuttavia ammessa fino alla data del reato, che costituisce il fatto in funzione del quale è giustificata l'attività del PM; le indagini per il tempo successivo, rileva la Corte, «si configurano obiettivamente come espressione di un'implicita pretesa alla generalizzata e astratta revisione dell'attività dell'amministrazione e non sono quindi giustificate». Per tale parte va dunque riconosciuta la legittimità della rivendicazione da parte della Provincia della sua sfera di autonomia organizzativa che può essere tutelata con un conflitto di attribuzioni nei confronti dello Stato, cui sono riferibili gli atti del Sostituto Procuratore della Repubblica.

G.P.P.

Tali atti sono stati emessi dal magistrato nell'ambito delle indagini avviate contro tre funzionari della provincia autonoma e contro il competente assessore provinciale, a seguito della morte, il 30 aprile 1998, di una bambina nel corso di un trasporto scolastico (dopo che, in separato procedimento penale, era stata condannata la conducente dell'automezzo «scuolabus»); con essi, secondo la provincia ricorrente, il pubblico ministero avrebbe le competenze legislative esclusive e le relative potestà amministrative provinciali in materia di trasporti di interesse provinciale nonché di istruzione elementare e secondaria, quali definite dagli artt. 8, primo comma numero 18), 9, primo comma, numero 2), e 16 dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige approvato con d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670, e dalle relative norme di attuazione (in particolare, dall'art. 4 del decreto legislativo 16 marzo 1992, n. 266, secondo il quale «Nelle materie di competenza propria ... delle province autonome la legge non può attribuire agli organi statali funzioni amministrative, comprese quelle di vigilanza, di polizia amministrativa e di accertamento di violazioni amministrative, diverse da quelle spettanti allo Stato secondo lo statuto speciale e le relative norme di attuazione, salvi gli interventi richiesti ai sensi dell'art. 22 dello statuto medesimo»); competenze in forza delle quali la provincia autonoma ha emanato proprie leggi (31 agosto 1974, n. 7; 9 dicembre 1976, n. 60; 30 giugno 1983, n. 20) in materia di organizzazione e gestione del trasporto scolastico. Inoltre, con gli atti in questione, il sostituto procuratore avrebbe violato gli artt. 97, primo e secondo comma, 102, 104 e 112 della Costituzione.

In particolare, osserva la provincia ricorrente, il pubblico ministero, con il decreto di esibizione del 1° dicembre 1998, ha chiesto «... copia autentica delle relazioni annuali relative all'attività dell'ufficio» provinciale addetto al trasporto locale di persone, «copia autentica degli atti relativi all'individuazione degli obiettivi annuali e della relativa verifica», nonché «copia autentica di tutte le relazioni eventualmente predisposte», e ciò «... dal 1994 ad oggi» per tutte e tre le richieste; mentre con la lettera del 10 novembre 1998 il magistrato ha domandato ai presidi delle scuole elementari e medie della provincia notizie circa le lamentele, le segnalazioni, le denunce o i suggerimenti che siano stati fatti pervenire, «negli ultimi quattro anni», alla provincia autonoma, in materia di trasporto scolastico. In tal modo, secondo la provincia, il sostituto procuratore della Repubblica, esorbitando dalle attribuzioni proprie del potere cui appartiene e andando oltre il diritto-dovere di promuovere l'azione penale in presenza di fatti penalmente rilevanti (come si desumerebbe, in particolare, dal fatto che le notizie e i documenti oggetto delle richieste riguardano anche epoca successiva al sinistro), si attribuisce il controllo dell'attività dell'amministrazione provinciale, finendo per dettare egli stesso le linee dell'indirizzo amministrativo, sostituendosi agli organi competenti: controllo e indirizzo che però non spettano al pubblico ministero, né ad altro organo giudiziario, trattandosi di funzioni propriamente amministrative, che attengono a scelte discrezionali, insindacabili da altri poteri statali, ivi compreso quello giurisdizionale, al quale non spetta fissare obiettivi inerenti al servizio del trasporto scolastico.

Proprio il tenore della lettera del 10 novembre 1998 ai presidi delle scuole metterebbe in luce, secondo la provincia autonoma, lo scopo dell'indagine del sostituto procuratore: come si legge in essa, infatti, «... al fine di meglio valutare l'attuale stato del trasporto scolastico in provincia di Bolzano, soprattutto in relazione agli

standard di sicurezza che vengono o dovrebbero essere applicati con riguardo all'incolumità dei minori trasportati», l'ufficio del pubblico ministero «gradirebbe venire a conoscenza di tutte le lamentele, segnalazioni, denunce o suggerimenti che, da parte di chiunque, siano state fatte pervenire negli ultimi quattro anni alla provincia autonoma di Bolzano, ente organizzatore del servizio (ad esempio, su eventuali condotte scorrette da parte degli autisti, su *deficit* di sicurezza delle autovetture e su quanto altro abbia attinenza con la sicurezza dei bambini)». Ma questo tipo di accertamento, rileva la provincia, non rientra nelle attribuzioni del potere giudiziario e invade il campo delle funzioni costituzionalmente a essa riservate.

Il pubblico ministero, conclude la ricorrente, è andato oltre l'ambito dell'indagine su reati eventualmente commessi, poiché ha tentato di disciplinare l'attività amministrativa e di imporre alla provincia indirizzi e scelte operative e tecniche, in luogo dei competenti organi amministrativi, ciò che, anche alla stregua della giurisprudenza costituzionale (sentenza n. 70 del 1985), non gli è consentito.

2. – Nel giudizio di fronte alla Corte costituzionale è intervenuto, con atto depositato il 4 giugno 1999, il sostituto procuratore della Repubblica presso la pretura circondariale di Bolzano, che, oltre a far valere l'esigenza di riconoscere allo stesso uno strumento di contraddittorio, ha chiesto, nel merito, che il conflitto sia dichiarato inammissibile, trattandosi di un improprio mezzo di censura del modo di esercizio della funzione giurisdizionale.

3. – Con ordinanza letta nell'udienza pubblica del 26 ottobre 1999, uditi i difensori della ricorrente provincia di Bolzano e il sostituto procuratore della Repubblica, questa Corte ha dichiarato irricevibile, per tardività, l'atto di intervento del sostituto procuratore.

4. – Con ordinanza dell'11 gennaio 2000 la Corte — essendo pendente un separato conflitto promosso dalla procura della Repubblica presso la pretura circondariale di Bolzano nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri, in relazione alla mancata costituzione di quest'ultimo nel presente giudizio per conflitto — ha disposto la nuova trattazione del giudizio promosso dalla provincia di Bolzano in successiva pubblica udienza, al fine di consentire la previa trattazione e decisione dell'anzidetto separato conflitto di attribuzione (reg. confl. n. 5/2000), che è stato definito con la sentenza n. 309 del 2000.

5. – All'udienza del 24 ottobre 2000, la difesa della provincia ricorrente ha insistito per l'accoglimento del ricorso.

Considerato in diritto

1. - La provincia autonoma di Bolzano solleva conflitto di attribuzione nei confronti dello Stato in relazione a due atti del sostituto procuratore della Repubblica presso la pretura circondariale di Bolzano adottati nell'ambito del procedimento penale di cui si dà conto nell'esposizione dei fatti. Si tratta di una lettera inviata ai

presidi delle scuole elementari e medie della provincia di Bolzano e di un decreto di esibizione di documenti rivolti al presidente della giunta provinciale. La ricorrente lamenta che il sostituto procuratore, con gli atti in questione avrebbe preteso di controllare e indirizzare le funzioni amministrative della provincia autonoma con atti estranei all'esercizio della funzione giudiziaria, lesivi delle sue attribuzioni. Sarebbero nella specie violati gli artt. 8, primo comma, numero 18), 9, primo comma, numero 2), e 16 dello statuto speciale per il Trentino-Alto Adige (d.P.R. 31 agosto 1972, n. 670), le relative norme di attuazione contenute, in particolare, nell'art. 4 del decreto legislativo 16 marzo 1992, n. 266, nonché gli artt. 97, primo e secondo comma, 102, 104 e 112 della Costituzione.

Il problema che la Corte è chiamata a risolvere può essere sintetizzato nella domanda se rientri nella sfera delle attribuzioni dello Stato e, per esso, dell'autorità giudiziaria ovvero se, non rientrandovi, violi la sfera di attribuzioni provinciali: a) invitare autorità amministrative (nella specie i presidi delle scuole elementari e medie della provincia di Bolzano) a diffondere (nella specie tra i genitori di bambini interessati al servizio di trasporto scolastico) la richiesta di comunicare a un organo della giurisdizione (nella specie il sostituto procuratore) notizie (nella specie, lamenti, segnalazioni, denunce o suggerimenti da chiunque fatti pervenire negli ultimi quattro anni alla provincia autonoma di Bolzano, circa la sicurezza dei bambini avvalentisi del servizio di trasporto scolastico) ritenute rilevanti per le indagini preliminari in un processo penale; b) ordinare al presidente della giunta provinciale la produzione in copia di documenti comprovanti l'attività amministrativa di un funzionario provinciale, direttore dell'ufficio competente in materia di trasporto locale di persone.

2. – Il conflitto è in parte infondato, in parte fondato.

3. – Secondo, la prospettazione della ricorrente, i menzionati atti del sostituto procuratore della Repubblica costituiscono manifestazione di un preteso potere di controllo e indirizzo amministrativi delle funzioni della provincia, come tali esorbitanti dai compiti propri dell'autorità giudiziaria e illegittimamente incidenti sull'autonomia provinciale. Questo assunto, però, non è giustificato alla stregua del tenore proprio degli atti all'origine del presente conflitto, sopra richiamati. Essi sono evidentemente finalizzati all'acquisizione di elementi di conoscenza che il pubblico ministero procedente, in base alla sua valutazione della loro potenziale rilevanza ai fini dell'accertamento dei reati contestati, ritiene di dovere compiere in vista dell'esercizio dell'azione penale e non si riesce a vedere in che cosa l'acquisizione di conoscenze possa ledere le attribuzioni della provincia. In nessuno dei due atti è dato intravedere la pretesa del sostituto procuratore della Repubblica di disciplinare l'attività amministrativa (o addirittura legislativa) della provincia e di imporre obblighi e indirizzi politici, scelte tecniche, regole di comportamento e criteri di organizzazione dei propri mezzi, come si legge nell'atto introduttivo del presente giudizio.

Il punto di vista della provincia non vale nemmeno con riferimento al contenuto della lettera inviata ai presidi delle scuole elementari e medie che mira anch'essa solo a conoscere se vi fossero state iniziative delle famiglie interessate, intese a

segnalare all'amministrazione eventuali carenze e a formulare suggerimenti all'amministrazione stessa circa l'esercizio del servizio di trasporto, nell'ambito del quale si è verificato l'incidente mortale sulle cui responsabilità è in corso il procedimento penale. Le iniziative alle quali la lettera in questione si riferisce sono dunque di soggetti terzi e non sono affatto riferibili al sostituto procuratore: egli semplicemente ne ritiene utile la conoscenza ai fini delle proprie determinazioni nell'esercizio dell'azione penale. La forma utilizzata nell'ambito del procedimento in corso, un invito alla cooperazione, privo di carattere obbligatorio, sia nei confronti dei presidi, sia nei confronti delle famiglie dei ragazzi utenti del servizio di trasporto non si presta di per sé a fornire motivo di doglianza nel giudizio su conflitto costituzionale, preordinato alla difesa delle attribuzioni definite dalla Costituzione.

4. – Fondato è invece il ricorso della provincia per quanto riguarda l'arco temporale al quale gli atti impugnati si riferiscono.

L'accadimento che forma oggetto del procedimento penale l'incidente che ha causato la perdita della vita di una bimba che usufruiva del servizio di trasporto è occorso il 30 aprile 1998. Gli atti che sono all'origine del presente giudizio sono, l'uno, del 10 novembre e, l'altro, del 1° dicembre del medesimo anno. I documenti e le notizie che il sostituto procuratore ha inteso, con essi, acquisire riguardano non solo il periodo di tempo anteriore al 30 aprile ma anche il periodo successivo, fino alla data di emissione degli atti in questione. La lettera del 10 novembre 1998 fa riferimento a lamentele, segnalazioni, denunce, suggerimenti pervenuti «negli ultimi quattro anni» alla provincia; a sua volta, il decreto del 1° dicembre 1998 riguarda documenti dell'amministrazione provinciale relativi al periodo «dal 1994 ad oggi».

Da ciò si deduce che, per questa parte, in assenza di qualsiasi ragione che li giustifichi, gli atti impugnati non risultano derivare da concrete esigenze di indagine e si configurano obiettivamente come espressione di un'implicita pretesa alla generalizzata e astratta revisione dell'attività dell'amministrazione, al fine di un esercizio solo ipotetico dell'azione penale (v., per analoghi rilievi, la sentenza n. 104 del 1989). Sotto questo aspetto è dato effettivamente rilevare negli atti del sostituto procuratore un'oggettiva pretesa nei confronti della provincia che non trova giustificazione nella posizione dell'autorità giudiziaria e nei poteri che le spettano. (*omissis*)

CORTE COSTITUZIONALE, 22 novembre 2000 n. 525 – Pres. Mirabelli – Red. Santosuosso – Presidente del Consiglio dei Ministri (avv. Stato Mandò).

Tributi (in generale) – Contenzioso tributario – Impugnazioni – Ricorso per cassazione – Luogo di notifica della sentenza ai fini della decorrenza del termine breve – Art. 21, comma 1, legge 13 maggio 1999 n. 133 – Onere di notifica presso l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato competente ex art. 11, secondo comma R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611 – Efficacia retroattiva – Questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 Cost. – Fondatezza in parte qua.

(legge 13 maggio 1999, n. 133, art. 21; d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, art. 38; r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611, art. 11; cod. proc. civ., art. 325).

È illegittimo, per violazione dell'art. 3 Cost., l'art. 21, comma 1, della legge 13 maggio 1999, n. 133 (Disposizioni in materia di perequazione, razionalizzazione e federalismo fiscale) nella sola parte in cui si estende, anche al periodo anteriore alla sua entrata in vigore, l'efficacia dell'interpretazione autentica, da essa dettata, dell'art. 38, comma 2, d. lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 (Disposizioni sul processo tributario in attuazione della delega al Governo contenuta nell'art. 30 legge 30 dicembre 1991, n. 413) nel senso che le sentenze pronunciate dalle commissioni tributarie regionali e dalle commissioni tributarie di secondo grado delle province autonome di Trento e di Bolzano, ai fini del decorso del termine di cui all'art. 325, secondo comma, c.p.c., vanno notificate all'Amministrazione finanziaria presso l'ufficio dell'Avvocatura dello Stato competente ai sensi dell'art. 11, secondo comma, del T.U. approvato con R.D. 30 ottobre 1933, n. 1611 e successive modifiche (1).

(omissis)

1 – La Corte di cassazione dubita della legittimità costituzionale dell'art. 21, comma 1, della legge 13 maggio 1999, n. 133 (Disposizioni in materia di perequazione, razionalizzazione e federalismo fiscale), nella parte in cui stabilisce l'interpretazione autentica dell'art. 38, comma 2, del d. lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 (Disposizioni sul processo tributario in attuazione della delega al Governo contenuta nell'art. 30 della legge 30 dicembre 1991, n. 413), in riferimento agli artt. 3, primo comma, e 24, secondo comma, della Costituzione.

Secondo il giudice *a quo*, la norma impugnata non troverebbe giustificazione, poiché: *a)* quando è stata emanata, non vi sarebbe stato più alcun contrasto interpretativo nella giurisprudenza della Cassazione riguardo alla notifica delle sentenze delle commissioni tributarie; *b)* il suo contenuto precettivo sarebbe innovativo e, comunque, chiaramente estraneo alla formulazione della norma originaria, imponendo — in riferimento alla notifica delle sole sentenze emesse in secondo grado (mentre prima la disciplina doveva ritenersi identica per entrambe le fasi di merito) e con effetto retroattivo — un'interpretazione diversa sia da quella consolidatasi nella giurisprudenza di legittimità, sia da quella comunque fatta propria inizialmente dalla Cassazione.

Da ciò deriverebbero seri dubbi sulla ragionevolezza della nuova disciplina e sulla sua compatibilità con i principi costituzionali della tutela del legittimo affidamento e della certezza delle situazioni giuridiche.

2. – La questione è fondata nei limiti di seguito precisati.

La giurisprudenza costituzionale ha più volte affermato che il legislatore può adottare norme che precisino il significato di altre disposizioni legislative non solo

(1) La Corte Costituzionale «salva» l'art. 38, secondo comma, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 ma non per il periodo anteriore alla sua entrata in vigore in quanto ritiene che l'efficacia retroattiva di tale norma incida irragionevolmente su situazioni regolate da leggi precedenti e quindi violi il principio di affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica il quale costituisce elemento essenziale dello Stato di diritto anche in materia processuale (in argomento si veda C. Cost. sent. 416/1999, in *Foro it.* 2000, I, 2456; sent. 111/1998 in *Giust. Civ.* 1998, I, 1786; sent. 397/1994 in questa *Rassegna* 1994, I, 1, 399; sent. 311/1995 in *Giur. Cost.*, 1995, 2419).

quando sussista una situazione di incertezza nell'applicazione del diritto o vi siano contrasti giurisprudenziali, ma anche in presenza di un indirizzo omogeneo della Corte di cassazione, quando la scelta imposta dalla legge rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario, con ciò vincolando un significato ascrivibile alla norma anteriore (v., tra le altre, le sentenze n. 311 del 1995 e n. 397 del 1994 e l'ordinanza n. 480 del 1992). Peraltro, l'effettivo problema da affrontare nella presente fattispecie non è quello relativo alla natura di tali leggi, ma investe sostanzialmente i limiti che esse incontrano quanto alla loro portata retroattiva.

In proposito questa Corte ha individuato, oltre alla materia penale, altri limiti, che attengono alla salvaguardia di norme costituzionali (v., *ex plurimis*, le citate sentenze n. 311 del 1995 e n. 397 del 1994), tra i quali i principi generali di ragionevolezza e di uguaglianza, quello della tutela dell'affidamento legittimamente posto sulla certezza dell'ordinamento giuridico, e quello del rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario (ciò che vieta di intervenire per annullare gli effetti del giudicato o di incidere intenzionalmente su concrete fattispecie *sub iudice*).

In questa sede occorre in particolare soffermarsi sull'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica; principio che, quale elemento essenziale dello Stato di diritto, non può essere lesa da norme con effetti retroattivi che incidano irragionevolmente su situazioni regolate da leggi precedenti (v. le sentenze n. 416 del 1999 e n. 211 del 1997).

Tale principio deve valere anche in materia processuale, dove si traduce nell'esigenza che le parti conoscano il momento in cui sorgono oneri con effetti per loro pregiudizievoli, nonché nel legittimo affidamento delle parti stesse nello svolgimento del giudizio secondo le regole vigenti all'epoca del compimento degli atti processuali (cfr. la sentenza n. 111 del 1998).

3. – Nel caso di specie, l'art 38, comma 2, del d. lgs. n. 546 del 1992 stabilisce che ciascuna parte ha l'onere di provvedere direttamente alla notifica alle altre parti delle sentenze delle commissioni tributarie, ai sensi degli artt. 137 e seguenti del codice di procedura civile. Qualora l'Amministrazione finanziaria sia stata in giudizio senza l'assistenza dell'Avvocatura dello Stato, ed un privato voglia notificare una pronuncia di secondo grado, la giurisprudenza della Corte di cassazione ha talora affermato che egli deve effettuarla presso l'Avvocatura generale dello Stato, ma sempre più frequentemente ha ritenuto che debba indirizzarla direttamente all'ufficio finanziario che ha emesso l'atto oggetto del giudizio. Mentre più contrastato risulta l'orientamento della dottrina.

La norma impugnata dà una interpretazione del citato art. 38, comma 2, che non era fra quelle accolte in sede giudiziale ed era nettamente minoritaria anche nella dottrina: come rileva il giudice *a quo*, anche il contribuente più scrupoloso difficilmente avrebbe potuto pensare che la notifica delle sentenze tributarie di secondo grado, ricorribili per cassazione, dovesse essere effettuata presso l'Avvocatura distrettuale dello Stato, ma tutt'al più presso quella generale.

Sono state così rese inefficaci, ai fini della decorrenza del termine breve di impugnazione, le notifiche operate sia presso l'Avvocatura generale, sia presso i singoli uffici finanziari, consentendo all'Amministrazione la possibilità di ricorrere contro decisioni che, altrimenti, avrebbero dovuto essere ritenute coperte dal giudicato.

La volontà di chiarire il senso dell'anzidetto art. 38, comma 2, del d. lgs. n. 546 del 1992 e le eventuali, pur legittime, considerazioni di convenienza del legislatore non avrebbero, quindi, dovuto portare a dichiarare applicabile anche per il passato la nuova disciplina delle notifiche delle sentenze tributarie, poiché in questo modo è stato frustrato l'affidamento dei soggetti nella possibilità di operare sulla base delle condizioni normative presenti nell'ordinamento in un dato periodo storico, senza che vi fosse una ragionevole necessità di sacrificare tale affidamento nel bilanciamento con altri interessi costituzionali (cfr. la sentenza n. 211 del 1997).

Detta fondamentale esigenza di garanzia si arresta, peraltro, nel momento in cui la norma interpretativa è entrata in vigore.

Deve, pertanto, dichiararsi illegittima, per violazione dell'art. 3 della Costituzione, la sola parte della norma impugnata che estende anche al passato l'interpretazione autentica dell'art. 38, comma 2, del d. lgs. n. 546 del 1992.

Resta assorbita la censura relativa all'art. 24 della Costituzione.

*PER QUESTI MOTIVI
LA CORTE COSTITUZIONALE*

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 21, comma 1, della legge 13 maggio 1999, n. 133 (Disposizioni in materia di perequazione, razionalizzazione e federalismo fiscale), nella parte in cui estende anche al periodo anteriore alla sua entrata in vigore l'efficacia dell'interpretazione autentica, da essa dettata, dell'art. 38, comma 2, del d. lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 (Disposizioni sul processo tributario in attuazione della delega al Governo contenuta nell'art. 30 della legge 30 dicembre 1991, n. 413). (*omissis*)

CORTE COSTITUZIONALE, 22 novembre 2000, n. 526 – Pres. Mirabelli – Rel. Onida – Presidente del Consiglio dei Ministri (avv. Stato Bruni N.).

Ordinamento penitenziario – Perquisizione dei detenuti – Residua libertà personale dei detenuti – Garanzie giurisdizionali – Restrizioni implicate dallo stato di detenzione.

(Cost., artt. 3, 13, 24, 97 e 113; legge 26 luglio 1975 n. 354, art. 34).

Ordinamento penitenziario – Perquisizione dei detenuti – Limiti – Tutela giurisdizionale – Onere motivazione – Obbligo documentazione attività e motivazioni.

(Cost., artt. 3, 13, 24, 97 e 113; legge 26 luglio 1975 n. 354, art. 34).

Non è illegittima la norma che nel regolare la perquisizione dei detenuti non prevede le garanzie imposte dall'art. 13 Cost., poiché la perquisizione non incide sul residuo di libertà personale riconosciuto ai detenuti, ma rientra nell'ambito delle restrizioni alla libertà personale implicate dallo stato di detenzione.

Poiché il riconoscimento dei diritti dei detenuti sarebbe vano senza una forma di tutela giurisdizionale, occorre che gli ordini di perquisizione siano motivati e che si conservi una documentazione idonea a dare certezza dei soggetti procedenti, delle circostanze di tempo e di luogo, del fondamento giustificativo, delle modalità e delle motivazioni (1).

(omissis)

1. – Chiamato a decidere sul reclamo di un detenuto avverso l'ammonizione inflittagli dal direttore del carcere per inosservanza di ordini, il magistrato di sorveglianza di Bologna, con ordinanza emessa il 28 ottobre 1998, pervenuta a questa Corte l'11 gennaio 1999, ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli articoli 3, 13, secondo e terzo comma, 24, primo e secondo comma, 97, primo comma, 113, primo e secondo comma, della Costituzione, dell'art. 34 della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui non prevede che nel disporre le perquisizioni personali l'amministrazione penitenziaria rediga atto motivato circa i presupposti e le modalità della perquisizione, da comunicare entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria per la convalida.

Il remittente premette che il detenuto reclamante lamentava la illegittimità della sanzione disciplinare irrogata a causa del suo rifiuto di effettuare nudo le flessioni sulle gambe davanti agli agenti della polizia penitenziaria in sede di per-

(1) Grande interesse suscita la sentenza in rassegna che valuta oculatamente la delicata questione della perquisizione dei detenuti.

La Corte respinge la tesi estremista del giudice di sorveglianza, che intendeva riconoscere ai detenuti una garanzia costituzionale rapportata all'art. 13 rispetto al potere di perquisizione dell'autorità carceraria, escludendo che negli spazi di libertà residui pur riconosciuti ai detenuti possa rientrare la tutela di una intimità personale.

La previsione di perquisizioni fa parte del regime carcerario, in cui l'autorità deve costantemente vigilare per evitare l'introduzione e la detenzione di armi, oggetti atti ad offendere o altre sostanze vietate, sicché non c'è spazio per una libertà del detenuto limitabile solo con atti motivati dell'autorità giurisdizionale.

Tuttavia la Corte avverte anche l'esigenza di contenere il potere di perquisizione entro limiti che assicurino il rispetto dell'ordine carcerario, ma nello stesso tempo tutelino i detenuti contro possibili abusi e trattamenti punitivi mascherati, ed allora essa propone una ricostruzione del sistema articolata principalmente sulla legge 230/2000, nel cui art. 74 evidenzia la novità della motivazione, che è richiesta quando, in caso di particolare urgenza, il personale procede senza l'ordine del direttore, inquadrandola nell'ambito dei principi generali dell'attività amministrativa.

Scartato quindi come improprio il riferimento all'art. 13 Cost., la Corte, in base ai parametri degli artt. 3, 24, 97 e 113 afferma che va garantita una diretta ed oggettiva tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti, realizzabile attraverso un obbligo di documentazione che l'Amministrazione carceraria deve adempiere, onde dare conto, sia pure a posteriori, delle modalità, dei tempi e delle ragioni del suo operato nelle attività di perquisizione.

Vengono così analiticamente specificati i contenuti della documentazione nel rispetto dei quali l'art. 34, letto in combinato con l'art. 74 legge 230/2000, può essere ritenuto conforme ai principi costituzionali.

G.P.P.

quisizione personale, sottolineando il carattere lesivo della propria dignità di tale operazione; che in risposta al quesito posto da esso magistrato in sede istruttoria circa la legittimità di tale pratica durante le perquisizioni personali, il Ministero della giustizia rilevava che la suddetta modalità di perquisizione consente con la collaborazione del detenuto e in determinate occasioni che giustificano perquisizioni più accurate, un controllo efficace e tempestivo, evitando ritardi o disservizi che potrebbero compromettere l'ordine e la sicurezza all'interno dell'istituto o la sicurezza della stessa persona, precisando altresì che dinanzi al rifiuto di collaborazione l'amministrazione può far ricorso all'uso della forza, ai sensi dell'art. 41 dell'ordinamento penitenziario per prevenire od impedire eventuali situazioni pericolose per la sicurezza, e che il prosieguo della perquisizione può assumere natura di atto di polizia giudiziaria, disciplinata dalle norme del codice di procedura penale; che la direzione del carcere comunicava che le perquisizioni personali nei confronti di detto detenuto erano eseguite con modalità particolarmente accurate secondo le disposizioni contenute in una circolare del 28 gennaio 1982, che appunto prevede le flessioni sulle gambe, a causa di una precisa segnalazione proveniente dal dipartimento dell'amministrazione penitenziaria circa la pericolosità del predetto detenuto; che la difesa del reclamante eccepiva l'illegittimità costituzionale dall'art. 34 della legge n. 354 del 1975, per contrasto con l'articolo 13 della Costituzione, nella parte in cui non prevede l'atto motivato dell'autorità giudiziaria per procedere a perquisizione personale nei confronti dei detenuti; che il pubblico ministero concludeva per la rilevanza e la non manifesta infondatezza di detta questione.

Ciò premesso, il magistrato remittente motiva la rilevanza della questione di legittimità costituzionale osservando che, poiché si tratta di un reclamo contro il provvedimento disciplinare adottato per sanzionare il rifiuto del detenuto, considerato come inosservanza di ordine legittimamente impartito dalla polizia penitenziaria in sede di perquisizione personale, dal riconoscimento della illegittimità costituzionale della norma denunciata discenderebbe l'illegittimità dell'agire amministrativo, e pertanto l'illegittimità della sanzione inflitta per l'inosservanza di un ordine non legittimo.

Osserva poi il giudice *a quo* quanto alla non manifesta infondatezza, che l'art. 34 dell'ordinamento penitenziario, prevedendo il potere di perquisire le persone detenute o internate qualora sussistano motivi di sicurezza, e nel pieno rispetto della personalità del detenuto, prescinde totalmente da un intervento dell'autorità giudiziaria a garanzia della legittimità di tale restrizione della libertà personale: il procedimento si svolge tutto in ambito amministrativo, in quanto è l'amministrazione che decide l'*an*, ravvisando la sussistenza dei motivi di sicurezza, il *quando* e il *quomodo*.

Ad avviso del remittente tali interventi sulla libertà personale sarebbero in contrasto con l'art. 13 della Costituzione, che non ammette alcuna forma di perquisizione personale se non con l'intervento, sia pure successivo in sede di convalida, dell'autorità giudiziaria. I detenuti non potrebbero essere esclusi da questa garanzia, se non considerando il potere di perquisizione personale come inerente alle modalità di esecuzione della detenzione, e dunque l'ordinamento penitenziario come un

ordinamento separato per il quale non varrebbero i principi generali dell'ordinamento giuridico. Il contrasto di tale orientamento con la Costituzione apparirebbe ancora più evidente nei casi di soggetti sottoposti a custodia cautelare. Più in generale, il detenuto, secondo quanto riconosciuto dalla giurisprudenza di questa Corte, sarebbe titolare di un residuo di libertà incomprimibile *ad libitum* dell'amministrazione penitenziaria, residuo tanto più prezioso in quanto è l'ultimo ambito in cui può espandersi la sua personalità. Onde l'amministrazione penitenziaria potrebbe adottare solo i provvedimenti in ordine alle modalità di esecuzione della detenzione, dai quali sarebbero escluse le misure suscettibili di introdurre ulteriori restrizioni, che richiederebbero l'esercizio di una funzione giurisdizionale, in ossequio all'art. 13 della Costituzione.

Il giudice *a quo* si pone il problema del bilanciamento dei principi costituzionali concorrenti nel caso in esame, in particolare rilevando come a fronte della posizione soggettiva del detenuto vi sia l'opposta esigenza della difesa dell'ordine e della sicurezza negli istituti penitenziari, dell'ordine giuridico e della collettività, che giustificerebbe l'esercizio dei poteri di coazione personale sui detenuti: ma ritiene che la disciplina costituzionale sulla libertà personale, che consente in via di urgenza la temporanea sostituzione degli organi di pubblica sicurezza a quelli giudiziari nell'adozione di atti coercitivi, sia idonea a consentire la composizione dell'eventuale conflitto tra esigenze contrapposte.

La norma denunciata rimette invece l'esecuzione di tali interventi alla completa ed insindacabile discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria, la quale non deve motivare in alcun atto la perquisizione, mentre la prescrizione che questa avvenga «nel pieno rispetto della personalità» (art. 34, secondo comma) potrebbe costituire «una mera petizione di principio», dal momento che la perquisizione è effettuata dalla stessa autorità che la dispone, la quale non deve renderne conto ad alcuno, né redigere alcun verbale. Non potrebbe negarsi che negli istituti di pena sussista l'esigenza di interventi «a sorpresa» dettati dall'urgenza di prevenire situazioni pericolose per la sicurezza, ma tali esigenze potrebbero, ad avviso del mittente, congruamente perseguirsi anche nel rispetto del principio costituzionale che riserva all'autorità giudiziaria la formulazione di giudizi di disvalore sulla persona e l'adozione di misure «degradanti».

L'attuale sistema delle perquisizioni personali nei confronti dei detenuti appare, secondo il giudice *a quo*, in contrasto con gli invocati parametri costituzionali, anzitutto perché non prevede nessun potere di controllo *ex post* da parte di un organo giudiziario circa il rispetto dei presupposti e dei limiti prescritti, onde l'art. 34 violerebbe la previsione della riserva di giurisdizione sancita dall'art. 13 della Costituzione. Inoltre il controllo *ex post* del giudice imporrebbe all'amministrazione l'obbligo di motivare le ragioni che hanno giustificato l'intervento con effetto deterrente circa eventuali abusi e vessazioni, e a garanzia anche del diritto di difesa. La mancata previsione della redazione di un atto che illustri i motivi e le modalità della perquisizione eseguita non consentirebbe al destinatario di tutelare in modo adeguato i suoi diritti in via giurisdizionale, in violazione degli art. 24, commi primo e secondo, 97, comma primo e 113, commi primo e secondo, della Costituzione.

La «lacuna normativa» apparirebbe infine «in contrasto con il principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost.» per la disparità di trattamento rispetto ad altre situazioni in cui pure si richiedono interventi preventivi nell'immediatezza del fatto, per le quali tuttavia il legislatore prevede perquisizioni effettuate dagli organi della pubblica sicurezza, soggette a successiva convalida da parte del Procuratore della Repubblica sulla base del processo verbale redatto: si richiamano in proposito l'art. 4 della legge n. 152 del 1975, in tema di perquisizioni volte ad accertare il possesso di armi, nel corso di operazioni di polizia, e l'art. 103 del d.P.R. n. 309 del 1990, in tema di perquisizioni urgenti nel corso di operazioni di polizia per la prevenzione e la repressione del traffico illecito di sostanze stupefacenti. Non si giustificerebbe, in questa prospettiva, la scelta legislativa operata in materia di perquisizioni personali sui detenuti.

In definitiva, secondo il remittente, la previsione di un obbligo in capo all'amministrazione penitenziaria di redigere un atto congruamente motivato sulla perquisizione personale effettuata, da sottoporre al vaglio dell'autorità giudiziaria, realizzerebbe, in ossequio al principio di ragionevolezza, un equilibrato bilanciamento dei principi costituzionali in gioco, mentre l'attuale sistema assicurerebbe tutela solo alle esigenze di sicurezza a scapito dei diritti di libertà e di difesa.

2. - È intervenuto nel giudizio il Presidente del Consiglio dei ministri, chiedendo che la questione sia dichiarata inammissibile per difetto di rilevanza, o, in subordine, infondata.

Essa sembrerebbe difettare di rilevanza, non avendo il giudice remittente motivato in ordine alla legittimità dell'ordine impartito dall'autorità penitenziaria, e quindi in ordine alla legittimità della conseguente sanzione disciplinare.

Infatti la legittimità della normativa sulle perquisizioni personali dei detenuti potrebbe essere sindacata solo nella concreta ipotesi in cui il giudice abbia accertato preliminarmente che il comportamento della amministrazione sia conforme alla normativa censurata, sì che la proposizione della questione di costituzionalità si porrebbe come ultimo rimedio possibile per l'accoglimento del reclamo, altrimenti da respingere.

La questione sarebbe invece posta come ipotetica o eventuale. Ciò risulterebbe anche considerando che lo stesso remittente ha evidenziato nelle premesse la tesi secondo cui la pratica delle flessioni sulle gambe sarebbe consentita con la collaborazione del detenuto, in mancanza della quale, ove ritenuto necessario, l'amministrazione potrebbe ricorrere all'impiego di mezzi di coercizione, ai sensi dell'art. 41 dell'ordinamento penitenziario. Non risultando dall'ordinanza che oggetto di discussione sia l'applicazione di tale ultima norma, non sarebbe chiaro se il giudice abbia considerato la collaborazione del detenuto per tale pratica come una facoltà a lui attribuita (avendo l'amministrazione la possibilità di ricorrere a mezzi diversi dalla perquisizione in senso stretto, cioè ai mezzi di coercizione), con la conseguenza che, in mancanza del consenso del detenuto, un ordine in tal senso non avrebbe potuto essere impartito, risultando perciò illegittima la sanzione disciplinare irrogata.

Nel merito, in subordine, l'Avvocatura erariale osserva che lo stato di detenzione comporterebbe necessariamente limitazioni alla garanzia della inviolabilità della libertà personale.

Considerato in diritto

1. — La questione sollevata investe l'art. 34 della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), che disciplina le perquisizioni personali nei confronti dei detenuti e degli internati, stabilendo che esse possono essere effettuate «per motivi di sicurezza» (primo comma), e che devono essere effettuate «nel pieno rispetto della personalità» (secondo comma). La disposizione è censurata nella parte in cui non prevede che, nel disporre la perquisizione, l'amministrazione penitenziaria debba redigere atto motivato circa i presupposti e le modalità della stessa e comunicarlo entro quarantotto ore all'autorità giudiziaria per la convalida, secondo quanto è previsto dall'art. 13, terzo comma, della Costituzione per i provvedimenti restrittivi della libertà personale adottati in via provvisoria dall'autorità di pubblica sicurezza.

La disciplina denunciata sarebbe in contrasto, in primo luogo, con l'art. 13 della Costituzione, appunto perché non rispetterebbe la «riserva di giurisdizione» ivi stabilita, non prevedendo un intervento di controllo a posteriori da parte dell'autorità giudiziaria, controllo che imporrebbe all'amministrazione l'obbligo di motivare i provvedimenti, con effetto deterrente circa eventuali abusi e vessazioni, a garanzia altresì del diritto di difesa.

La mancata previsione di un atto dell'amministrazione che illustri i motivi e le modalità della perquisizione eseguita, inoltre, non consentirebbe al destinatario di tutelare in modo adeguato i suoi diritti in via giurisdizionale, con conseguente violazione dei diritti di azione giudiziaria e di difesa (art. 24, primo e secondo comma, della Costituzione), dei principi di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art. 97, primo comma, della Costituzione), nonché del diritto alla tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione, senza esclusioni o limitazioni (art. 113, primo e secondo comma, della Costituzione).

Sussisterebbe, infine, violazione del principio di eguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 della Costituzione per la disparità di trattamento rispetto ad altre ipotesi nelle quali la legge, pur prevedendo il potere degli organi di pubblica sicurezza di procedere a perquisizioni personali in via di urgenza, impone la successiva convalida da parte dell'autorità giudiziaria.

Secondo il giudice *a quo* solo la previsione dell'obbligo di redigere un atto motivato, da sottoporre al vaglio dell'autorità giudiziaria, realizzerebbe un ragionevole bilanciamento fra i diritti di libertà e di difesa, da un lato, e dall'altro le esigenze di sicurezza che possono giustificare le perquisizioni.

2. — L'eccezione di inammissibilità della questione, avanzata dalla difesa del Presidente del Consiglio, non può essere accolta.

Il remittente ha infatti motivato la rilevanza della questione, osservando che la risoluzione di essa è pregiudiziale alla definizione del giudizio davanti ad esso instaurato, nel quale è contestata la legittimità di una sanzione disciplinare inflitta per inosservanza dell'ordine di sottoporsi a perquisizione con le modalità indicate. La legittimità costituzionale della norma che prevede il potere di procedere a perquisizioni personali nei confronti dei detenuti condiziona infatti la legittimità dell'ordine di perquisizione, e la legittimità di tale ordine a sua volta condiziona la legittimità della sanzione disciplinare.

Non si può condividere la tesi dell'Avvocatura erariale, secondo cui la questione di legittimità costituzionale potrebbe essere sollevata solo come estremo rimedio, una volta esclusa ogni altra ragione di illegittimità dell'atto sottoposto al controllo del giudice. Al contrario, il quesito sulla legittimità costituzionale della norma attributiva del potere esercitato, legittimità messa in dubbio in quanto detta norma non prevede la convalida della perquisizione da parte dell'autorità giudiziaria, e non consentirebbe un efficace controllo giudiziario sulle perquisizioni, precede logicamente ogni questione circa la conformità o meno, alla norma stessa, dell'atto sottoposto a controllo.

Né vale osservare, come fa la difesa del Presidente del Consiglio, che, nella specie, richiedendo la perquisizione, da effettuare con le particolari modalità indicate, la collaborazione del detenuto, il giudice *a quo* avrebbe dovuto chiarire se riteneva il consenso del detenuto condizione di legittimità dell'ordine, con la conseguenza che, in mancanza di tale consenso, l'ordine, e dunque la sanzione, risulterebbero senz'altro illegittimi. Altro è infatti la collaborazione necessaria del detenuto per la effettuazione della perquisizione con le particolari modalità indicate, altro il consenso dello stesso, non richiesto e comunque irrilevante, vertendosi nell'ambito di diritti indisponibili.

3. – Nel merito, la questione non è fondata nei sensi di seguito specificati.

La tesi del remittente, secondo cui le perquisizioni personali a carico dei detenuti dovrebbero rispettare le regole di cui all'art. 13, secondo e terzo comma, della Costituzione, e in particolare la regola che impone l'intervento dell'autorità giudiziaria, sia pure per controllare e convalidare a posteriori la perquisizione disposta ed eseguita dall'amministrazione in via di urgenza, presuppone che dette perquisizioni incidano su un diritto di libertà del detenuto non venuto meno per effetto dello stato di detenzione. Solo in questo caso, infatti, potrebbero trovare applicazione le norme costituzionali che stabiliscono i presupposti e le modalità per l'adozione di misure di «restrizione della libertà personale» (art. 13, secondo comma).

Lo stato di detenzione comporta, per definizione, una limitazione della libertà personale che deve intervenire alle condizioni e nei modi previsti dall'art. 13 della Costituzione, cioè sulla base di una misura legale adottata o convalidata dall'autorità giudiziaria.

È certamente vero che, come argomenta il giudice *a quo*, lo stato di detenzione lascia sopravvivere in capo al detenuto diritti costituzionalmente protetti, e in particolare un «residuo» di libertà personale. Questa Corte muovendo proprio da questa premessa, ha più volte chiarito che l'amministrazione penitenziaria non può adottare «provvedimenti suscettibili di introdurre ulteriori restrizioni in tale ambito, o che, comunque, comportino una sostanziale modificazione nel grado di privazione della libertà personale» imposto al detenuto, il che può avvenire «soltanto con le garanzie (riserva di legge e riserva di giurisdizione) espressamente previste dall'art. 13, secondo comma della Costituzione»; ma può solo adottare «provvedimenti in ordine alle modalità di esecuzione della pena (*rectius*: della detenzione), che non eccedono il sacrificio della libertà personale già potenzialmente imposto al

detenuto con la sentenza di condanna» (sentenza n. 349 del 1993), ossia «misure di trattamento rientranti nell'ambito di competenza» della medesima amministrazione, «attinenti alle modalità concrete, rispettose dei diritti del detenuto, di attuazione del regime carcerario in quanto tale, e dunque già potenzialmente ricomprese del *quantum* di privazione della libertà personale conseguente allo stato di detenzione» (sentenza n. 351 del 1996).

Pertanto, il quesito preliminare cui la Corte è chiamata a rispondere nella presente occasione è se le perquisizioni personali previste dal regolamento penitenziario ed effettuate dagli agenti della polizia penitenziaria a carico dei detenuti siano misure incidenti sul «residuo» di libertà personale di cui questi ultimi sono titolari, ovvero costituiscano misure rientranti nel regime carcerario e dunque non eccedenti il sacrificio della libertà personale già discendente dallo stato di detenzione. Soltanto se, infatti, la risposta fosse nel primo senso, come si è detto, dovrebbero trovare applicazione le garanzie di cui all'art. 13, secondo e terzo comma, della Costituzione.

4. — Il remittente non contesta che vi sia un'esigenza di difesa dell'ordine e della sicurezza negli istituti penitenziari, nonché di difesa dell'ordine giuridico e della collettività, che giustifica l'esercizio di poteri di coazione personale sui detenuti, e quindi anche di poteri di perquisizione: ma ritiene che tali esigenze possano giustificare solo la previsione di misure restrittive adottate con le garanzie dell'art. 13 della Costituzione, e quindi sottintende che da tali misure risulti inciso un diritto di libertà non compresso dallo stato di detenzione.

Se così fosse, invero, non sarebbe nemmeno sufficiente richiedere solo, come fa il giudice *a quo*, un intervento successivo di convalida della perquisizione da parte dell'autorità giudiziaria. Se si trattasse di misure incidenti uno spazio di libertà non pregiudicato dallo stato di detenzione, dovrebbero dispiegarsi pienamente le garanzie di cui all'art. 13, secondo e terzo comma, della Costituzione, e dunque i «casi e modi» delle perquisizioni personali dovrebbero essere specificati tassativamente dalla legge — non essendo sufficiente in proposito il generico riferimento ai «motivi di sicurezza» che si trova nel testo dell'art. 34 della legge n. 354 del 1975 —, e l'intervento motivato dell'autorità giudiziaria dovrebbe di norma essere preventivo, e non successivo, salva restando solo l'ipotesi di perquisizioni effettuate senza previo ordine giudiziale per ragioni di urgenza riscontrate in concreto, e con successivo giudizio di convalida.

In realtà, la restrizione della libertà personale in cui si sostanzia lo stato di detenzione da luogo all'applicazione di un regime — risultante dalla complessiva disciplina dell'ordinamento penitenziario, nel rispetto dell'art. 13, quarto comma, della Costituzione — al quale sono intrinseche le ragioni di ordine e di sicurezza che consentono o impongono un controllo della persona da parte degli agenti amministrativi. Il detenuto si trova sotto la responsabilità dell'amministrazione penitenziaria, a cui è affidato il compito di assicurare che egli rimanga in carcere (evitando pericoli di evasione), di controllare il rispetto da parte sua delle regole di disciplina carceraria, ma anche di garantirne l'incolumità proteggendolo da possibili aggressioni da parte di altri detenuti.

Del regime carcerario, come definito dalle norme che lo regolano, fa parte la previsione di perquisizioni volte a prevenire i rischi, che l'esperienza della vita dei penitenziari dimostra sussistere, di introduzione in carcere e di detenzione da parte dei carcerati di armi, di oggetti atti ad offendere o comunque proibiti per ragioni di disciplina, di altre cose o sostanze vietate. Infatti il regolamento penitenziario (ora il d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230, che però non reca sostanziali innovazioni, a questo riguardo, rispetto al previgente d.P.R. 29 aprile 1976, n. 431) disciplina le diverse ipotesi di perquisizione personale dei detenuti, all'ingresso in istituto (art. 23, comma 1) in, occasione dei trasferimenti (art. 83, comma 2), nelle altre situazioni in cui il regolamento interno dell'istituto stabilisce che si effettuino perquisizioni ordinarie (art. 74, comma 4), nonché, in via straordinaria, su ordine del direttore ovvero, in caso d'urgenza, su iniziativa del personale (art. 74, commi 5 e 7).

Deve dunque concludersi che le perquisizioni personali disposte nei confronti dei detenuti, nei casi previsti dai regolamenti, sono comprese fra le «misure di trattamento, rientranti nella competenza dell'amministrazione penitenziaria, attinenti alle modalità concrete (...) di attuazione del regime carcerario in quanto tale» (sentenza n. 351 del 1996). Esse non incidono di per sé sul «residuo» di libertà personale di cui sono titolari i detenuti, bensì rientrano nell'ambito delle restrizioni alla libertà personale implicate dallo stato di detenzione. Non v'è pertanto luogo, in questi limiti, ad applicare le regole dell'art. 13, secondo e terzo comma, della Costituzione.

5. – Neppure ha fondamento la censura di violazione del principio di eguaglianza o di ragionevolezza, fondata sul raffronto con le ipotesi di perquisizioni personali effettuate dalla polizia per accertare l'eventuale possesso di armi, esplosivi e strumenti di effrazione (art. 4 della legge 22 maggio 1975, n. 152) o nell'ambito dei controlli per la prevenzione e la repressione del traffico illecito di sostanze stupefacenti (art. 109, comma 3, del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309), in cui è prevista la convalida da parte dell'autorità giudiziaria. Si tratta infatti, in quelle ipotesi, di perquisizioni a carico di persone in stato di libertà, e dunque nessun utile raffronto può effettuarsi con la diversa situazione dei detenuti.

6. – Questa prima conclusione non esaurisce, però, l'ambito dei problemi sollevati con la presente questione di legittimità costituzionale.

Il potere di persecuzione dei detenuti attribuito all'amministrazione carceraria, non è senza limiti, né con riguardo ai presupposti, né con riguardo alle modalità del suo esercizio. Inoltre, e conseguentemente, la garanzia del rispetto di tali limiti richiede che le misure adottate ed eseguite dall'amministrazione penitenziaria siano soggette a pieno controllo giurisdizionale.

Per ciò che attiene ai presupposti, le perquisizioni possono essere effettuate solo «per motivi di sicurezza» (art. 34 della legge n. 354 del 1975), come specificati dalle norme regolamentari ricordate. Queste indicano le situazioni nelle quali le esigenze di sicurezza comportano in via ordinaria l'effettuazione di perquisizioni personali, nonché i presupposti e le procedure per le perquisizioni «fuori dei casi ordinari», che possono essere disposte solo per ordine del direttore (art. 74, comma 5, del d.P.R. n. 230 del 2000), ovvero, in caso di comprovata «particolare urgenza», su iniziativa

del personale dell'istituto, che deve però informarne immediatamente il direttore, «specificando i motivi che hanno determinato l'urgenza» (art. 74, comma 7, del d.P.R. n. 230 del 2000).

Il potere di perquisizione non può dunque essere esercitato *ad libitum* dell'amministrazione o della polizia penitenziaria, ma solo nei casi in cui è previsto dalle norme che definiscono il regime carcerario. Al di fuori di questi presupposti, esso sarebbe esercitato arbitrariamente, esulando dalla applicazione del regime carcerario per sconfinare nell'indebita incisione della libertà personale del detenuto, onde le relative misure e attività sarebbero contrarie al diritto.

Quanto ai modi della perquisizione che — è il tema specifico da cui prende origine il giudizio *a quo* — vale anzitutto il principio per cui i provvedimenti dell'amministrazione in ordine alle modalità di esecuzione della pena detentiva, non eccedenti il sacrificio della libertà personale già imposto al detenuto dallo stato di detenzione «rimangono soggetti ai limiti ed alle garanzie previsti dalla Costituzione in ordine al divieto di ogni violenza fisica e morale (art. 13, quarto comma), o di trattamenti contrari al senso di umanità (art. 27 terzo comma) ed al diritto di difesa (art. 24)» (sentenza n. 349 del 1993; e cfr. anche sentenza n. 410 del 1993). A fronte dunque del potere dell'amministrazione, fondato sulle ragioni di sicurezza inerenti alla vita carceraria, e pur non opponendovisi un diritto di libertà personale, già compresso dallo stato di detenzione, stanno in ogni caso precisi ed inviolabili diritti della personalità spettanti al detenuto e le misure di attuazione del regime carcerario devono essere in ogni caso «rispettose dei diritti del detenuto» (sentenza n. 351 del 1996).

Per ciò che concerne i limiti sostanziali, la legge sull'ordinamento penitenziario li ribadisce espressamente, là dove stabilisce che «la perquisizione personale deve essere effettuata nel pieno rispetto della personalità» del detenuto (art. 34, secondo comma, della legge n. 354 del 1975), con una prescrizione da ritenersi di portata sostanzialmente equivalente a quella contenuta nell'art. 249, comma 2, del codice di procedura penale, concernente le perquisizioni per ragioni di ricerca di corpi di reato o di cose pertinenti al reato, ai cui sensi «la perquisizione è eseguita nel rispetto della dignità e, nei limiti del possibile, del pudore di chi vi è sottoposto». Nella stessa linea, il regolamento penitenziario specifica che «il personale che effettua la perquisizione e quello che vi presenzia deve essere dello stesso sesso del soggetto da perquisire» (art. 74, primo comma, del d.P.R. n. 230 del 2000). A ciò si aggiunge, comunque, lo stretto dovere dell'amministrazione di curare e sorvegliare che le circostanze ambientali in cui le perquisizioni si svolgono, e i comportamenti del personale che vi procede, siano in concreto rispettosi della persona e della sua inviolabile dignità. Quanto più, infatti, la persona, trovandosi in stato di soggezione, è esposta al possibile pericolo di abusi, tanto più rigorosa deve essere l'attenzione per evitare che questi si verifichino.

7. — L'affermazione di limiti sostanziali al potere di perquisizione, derivanti da diritti della personalità, e per altro verso del diritto inviolabile alla tutela giurisdizionale, che accompagna per necessità costituzionale ogni situazione soggettiva protetta, e dunque anche i diritti dei detenuti (cfr. sentenze n. 212 del 1997, n. 26 del 1999) comporta che ci si interroghi sulla sussistenza in concreto nell'ordina-

mento penitenziario, di garanzie effettive di tutela giurisdizionale dei diritti suscettibili di essere incisi dalle perquisizioni. È questa, al di là dell'improprio richiamo all'art. 13, secondo e terzo comma, della Costituzione, la sostanza della censura mossa dal remittente all'art. 34 della legge penitenziaria, attraverso l'evocazione dei parametri degli articoli 3, 24, primo e secondo comma, 97, primo comma, e 113 della Costituzione.

Sarebbe infatti vano rinvenire nel sistema legislativo il riconoscimento dei diritti del detenuto, se non sussistessero forme di tutela giurisdizionale degli stessi, o queste non risultassero efficaci per mancanza dei presupposti necessari all'esercizio del controllo giurisdizionale.

Non basta il controllo che il giudice penale può essere chiamato ad esercitare sulle perquisizioni illegittime in sede di cognizione dei reati di «perquisizione e ispezione personale arbitrarie» (art. 609 del codice penale, ai cui sensi è punito «il pubblico ufficiale che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, esegue una perquisizione o un'ispezione personale»), che fossero eventualmente commessi dal personale delle istituzioni penitenziarie, pur dovendosi ritenere applicabile tale fattispecie delittuosa anche alle perquisizioni arbitrarie o abusive compiute carico dei detenuti. Né basta il controllo esercitabile dallo stesso giudice penale allorquando sia chiamato a valutare la sussistenza, nei confronti di detenuti imputati di reati contro la pubblica amministrazione, come la violenza o minaccia o la resistenza ad un pubblico ufficiale, compiuti in occasione di perquisizioni illegittime, della esimente di aver reagito ad un atto arbitrario del pubblico ufficiale (art. 4 del d.lgs. 14 settembre 1944, n. 288)

Si tratta infatti, in entrambi i casi, di una cognizione solo indiretta ed eventuale, insufficiente ad apprestare una piena tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti nei riguardi di atti illegittimi dell'amministrazione.

Per la stessa ragione, non basta il sindacato giurisdizionale, ancora una volta indiretto, sulla legittimità dell'ordine di sottoporsi a perquisizione, in sede di reclamo al magistrato di sorveglianza, ai sensi dell'art. 69, comma 6, lettera *b* della legge penitenziaria — come nella specie sottoposta al giudice *a quo* — avverso la sanzione disciplinare che sia stata irrogata per il rifiuto da parte del detenuto di ottemperarvi.

Occorre che vi sia una sede giurisdizionale nella annuale l'eventuale illegittimità della misura possa essere direttamente e pienamente fatta valere *ex se*, come motivo di impugnazione della misura medesima, per garantire l'osservanza sia dei limiti «esterni» del potere esercitato, sia dei limiti «interni» inerenti alla congruità dell'atto rispetto al fine cui è diretto (cfr. sentenze n. 410 del 1993, n. 351 del 1996, n. 376 del 1997).

Benché il legislatore della legge penitenziaria «non abbia esplicitamente e compiutamente risolto il problema dei rimedi giurisdizionali idonei ad assicurare la tutela» dei diritti dei detenuti nell'ambito dell'istituzione carceraria (sentenza n. 212 del 1997), a censurare tale lacuna ha già provveduto questa Corte dichiarando l'illegittimità costituzionale degli articoli 35 e 69 della legge n. 354 del 1975 proprio «nella parte in cui non prevedono una tutela giurisdizionale nei confronti degli atti della amministrazione penitenziaria lesivi di diritti di coloro che sono sottoposti a restrizione della libertà personale» (sentenza n. 26 del 1999). Non vi è ragione dunque di

tornare sul punto (avendo detta pronuncia già realizzato, nei limiti di ciò che spetta a questa Corte, l'adeguamento costituzionale dell'ordinamento sotto il profilo considerato: mentre spetta al legislatore effettuare le scelte necessarie per disciplinare la materia, e spetta ai giudici, frattanto, individuare nell'ordinamento in vigore lo strumento per concretizzare il principio affermato (cfr. sentenze n. 270 del 1999, n. 295 del 1991).

8. — In questa sede resta solo da esaminare se le modalità procedurali applicabili alle perquisizioni dei detenuti siano sufficienti ed idonee a consentire un effettivo controllo giurisdizionale degli atti dell'amministrazione. In particolare, a questi fini, è necessario che tali atti siano motivati e documentati.

Già si è detto, quanto ai presupposti della misura, come il regolamento penitenziario contenga una disciplina, ovviamente vincolante, dei casi di perquisizione ordinaria, nonché dei casi e dei modi in cui si può procedere a perquisizione «fuori dei casi ordinari». In quest'ultima ipotesi, non manca la garanzia di motivazione dell'atto, sia nel caso di ordine del direttore (art. 74, comma 5, del d.P.R. n. 230 del 2000), che, in base ai principi generali dell'attività amministrativa, specie se incidente su posizioni individuali tutelate, deve essere motivato; sia nel caso d'urgenza, in cui il personale procede di propria iniziativa, dovendone motivare specificamente le ragioni nell'informarne «immediatamente» il direttore (art. 74 *cit.*, comma 7). Ciò comporta che, in ogni caso, i presupposti dell'atto devono essere documentati.

Quanto alle modalità, il regolamento, espressamente, si limita a prescrivere che la perquisizione avvenga alla presenza di un appartenente al corpo di polizia penitenziaria, di qualifica non inferiore a quella di vice sovrintendente (art. 74 *cit.*, comma 1, primo periodo), e a precisare che la perquisizione può non essere eseguita quando è possibile compiere l'accertamento con strumenti di controllo (art. 74 *cit.*, comma 2).

Tuttavia, il sistema normativo deve essere interpretato in conformità alla Costituzione, e questa impone, come si è detto, che sia assicurata una diretta ed effettiva tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti. Perché essa possa dispiegarsi, è necessario che l'attività dell'amministrazione risulti sempre documentata e verificabile — in conformità del resto anche ai principi di trasparenza e buon andamento che la governano — al fine di consentire il controllo del giudice sul rispetto dei limiti ad essa posti.

Deve pertanto ritenersi che sia sempre necessaria ed imposta, proprio per consentire un effettivo controllo giurisdizionale, una forma di documentazione dell'avvenuta perquisizione che permetta di conoscere l'identità di chi vi è stato sottoposto e di chi vi ha proceduto e assistito, le circostanze di luogo e di tempo, il fondamento giustificativo della stessa, dato dal ricorrere dei casi ordinari o dall'esistenza dell'ordine del direttore o dalle ragioni di particolare urgenza, specificate nell'informazione immediata data al direttore, nonché le modalità con le quali la perquisizione è avvenuta, in particolare nel caso in cui si ritenga di dover ricorrere a modalità diverse da quelle ordinarie o che comportino una ispezione corporale. In tali ultime ipotesi, inoltre, l'obbligo di motivazione, e la conseguente possibilità di sindacato giurisdizionale, si debbono ritenere estesi anche

alla scelta delle modalità, che debbono essere, oltre che sempre rispettose della personalità del detenuto, adeguatamente giustificate, e ciò sia che si tratti di una iniziativa assunta nell'ambito dell'istituto, sia che sussistano istruzioni o segnalazioni dell'amministrazione penitenziaria centrale, a loro volta pienamente sindacabili da parte del giudice.

9. – Così interpretato, alla luce dei principi costituzionali, il sistema normativo, non hanno ragione di sussistere le censure mosse dal remittente in relazione all'art. 34 della legge penitenziaria. (*omissis*)

SEZIONE SECONDA

GIURISPRUDENZA
COMUNITARIA E INTERNAZIONALE

Le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee dell'anno 2000 in cause cui ha partecipato l'Italia.

Nel corso dell'anno 2000 le sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee alle quali ha partecipato il Governo italiano sono state 33: 8 su ricorsi diretti della Commissione contro l'Italia e 3 viceversa; una in causa tra due Stati membri con intervento dell'Italia; 2 su appelli avverso sentenze del Tribunale di 1° grado; le altre 21 su rinvii pregiudiziali di giudici nazionali - 10 - ovvero di altri Stati membri - 9 -. Va aggiunta una sentenza del Tribunale di primo grado in causa nella quale è intervenuta l'Italia.

Oltre quelle pubblicate nella *Rassegna* del corrente anno, le sentenze della Corte sono state le seguenti:

- 9 marzo 2000, nella causa C-358/98, *Commissione c. Italia*, nella quale la Corte ha dichiarato che «subordinando, ai sensi degli artt. 1 e 6 della legge italiana 25 gennaio 1994, n. 82, la prestazione, da parte delle imprese stabilite negli altri Stati membri, di *servizi relativi alle attività di pulizia*, di disinfezione, di disinfestazione, di derattizzazione e di sanificazione all'iscrizione nei registri di cui all'art. 1 della stessa legge, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa imposti dall'art. 59 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 49 CE)».

- 9 marzo 2000, nella causa C-386/98, *Commissione c. Italia*, dove la Corte ha dichiarato che «non avendo adottato nel termine prescritto le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva 23 novembre 1993, 93/104/CE, concernente taluni aspetti dell' *organizzazione dell'orario di lavoro*, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incomenti in forza di detta direttiva».

- 18 maggio 2000, nella causa C-230/98, *Schiavon*, con la quale la Corte ha dichiarato che «l'art. 7 del regolamento (CEE) del Consiglio 3 febbraio 1992, n. 545, relativo al regime applicabile alle importazioni nella Comunità di prodotti originari delle Repubbliche di Croazia e Slovenia e delle Repubbliche iugoslave di Bosnia-Erzegovina, Macedonia e Montenegro, e il regolamento (CEE) della Commissione 3 aprile 1992, n. 859, che stabilisce le modalità di applicazione per l'importazione di taluni prodotti del settore delle carni bovine originari delle Repubbliche di Croazia e Slovenia e delle Repubbliche iugoslave di Bosnia-Erzegovina, Macedonia e Montenegro, devono essere interpretati nel senso che importazioni nella Comunità effettuate nel settembre e ottobre 1992 e relative a partite di carne bovine del tipo «*baby-beef*» originaria dell'ex Repubblica iugoslava di Macedonia

e dalla stessa proveniente i cui certificati di provenienza sono stati rilasciati dall'ente iugoslavo competente prima della denuncia dell'accordo di cooperazione tra la Comunità economica europea e la Repubblica socialista federativa di Jugoslavia da parte della Comunità non possono beneficiare del *regime di riduzione del prelievo all'importazione* previsto all'art. 7 del regolamento n. 545/92, e ciò anche se il nuovo ente competente per l'ex Repubblica iugoslava di Macedonia non era stato ancora designato alla data in cui esse sono state effettuate».

– 23 maggio 2000, nella causa C-58/99, *Commissione c. Italia*, con la quale si è statuito che «la Repubblica italiana, adottando gli artt. 1, n. 5, e 2 del testo coordinato del decreto legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito con modificazioni nella legge 30 luglio 1994, n. 474, recante norme per l'accelerazione delle *procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici* in società per azioni, nonché i decreti relativi ai «*poteri speciali*» nel caso delle privatizzazioni dell'ENI SpA e di Telecom Italia SpA, è venuta meno agli obblighi che ad essa incombono in forza degli artt. 52, 59 del Trattato CE (divenuti, in seguito a modifica, artt. 43 CE e 49 CE) e 73 B del Trattato CE (divenuto art. 56 CE)».

– 23 maggio 2000, nella causa C-424/98, *Commissione c. Italia*, con la quale la Corte ha accolto solo in parte il ricorso della Commissione, *in tema di diritto di soggiorno di studenti* cittadini di altri Stati membri e ha dichiarato che «limitando i mezzi di prova utilizzabili e prevedendo, in particolare, che taluni documenti debbano essere rilasciati o visti dall'autorità di uno Stato membro, — esigendo dagli studenti, cittadini di altri Stati membri, che richiedano il riconoscimento in Italia del proprio diritto di soggiorno nonché di quello dei propri familiari in base alla direttiva del Consiglio 29 ottobre 1993, 93/96/CEE, relativa al diritto di soggiorno degli studenti, in primo luogo, che garantiscano alle autorità italiane di disporre di risorse economiche di un determinato importo, in secondo luogo, per quanto attiene agli strumenti da utilizzare a tal fine, non lasciando chiaramente allo studente la scelta tra la dichiarazione e qualsiasi altro mezzo quanto meno equivalente e, infine, non ammettendo l'utilizzazione di una dichiarazione da parte dello studente quando questi sia accompagnato da propri familiari —, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi incombenti ai sensi delle direttive del Consiglio 28 giugno 1990, 90/364/CEE, relativa al diritto di soggiorno, e 28 giugno 1990, 90/365/CEE, relativa al diritto di soggiorno dei lavoratori salariati e non salariati che hanno cessato la propria attività professionale, nonché 93/96»; mentre ha respinto il ricorso della Commissione nella parte in cui essa censurava la normativa italiana che prevede un regime differenziato, concedendo ai familiari delle persone che abbiano esercitato un'attività lavorativa condizioni più favorevoli rispetto a quelle fissate per i familiari dei beneficiari della direttiva 90/364/CEE.

– 6 giugno 2000, nella causa C-281/98, *Angonese*, dove la Corte, in relazione ad una disposizione vigente nella provincia di Bolzano, ha dichiarato che «l'art. 48 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 39 CE) osta a che un datore di lavoro obblighi i candidati ad un concorso ai fini di assunzione a comprovare le loro cognizioni linguistiche esclusivamente mediante un unico diploma, rilasciato in una sola provincia di uno Stato membro».

– 8 giugno 2000, nella causa C-258/98, *Carrà, in tema di collocamento dei lavoratori*, con la quale è stato statuito che «anche nell'ambito dell'art. 90 del Trattato CE (divenuto art. 82 CE) l'art. 86 del Trattato CE (divenuto art. 82 CE) ha effetto diretto ed attribuisce ai singoli diritti che i giudici nazionali devono tutelare. Gli uffici pubblici di collocamento — ha proseguito la Corte — sono soggetti al divieto dell'art. 86 del Trattato nei limiti in cui l'applicazione di questa disposizione non vanifichi il compito particolare loro conferito. Lo Stato membro che vieti qualunque attività di mediazione e interposizione tra domanda e offerta di lavoro che non sia svolta dai detti uffici trasgredisce l'art. 90, n. 1, del Trattato se dà origine ad una situazione in cui gli uffici pubblici di collocamento saranno necessariamente indotti a contravvenire alle disposizioni dell'art. 86 del Trattato. Ciò si verifica in particolare qualora ricorrano i seguenti presupposti: – gli uffici pubblici di collocamento non sono palesemente in grado di soddisfare, per tutti i tipi di attività, la domanda esistente sul mercato del lavoro; – l'espletamento effettivo delle attività di collocamento da parte delle imprese private viene reso impossibile dal mantenimento in vigore di disposizioni di legge che vietano le dette attività comminando sanzioni penali e amministrative; – le attività di collocamento di cui trattasi possono estendersi a cittadini o territori di altri Stati membri. Il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni del 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, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale».

– 8 giugno 2000, nella causa C-264/99, *Commissione c. Italia*, con la quale la Corte ha dichiarato che «la Repubblica italiana, mantenendo una normativa che esige dai cittadini comunitari che esercitano l'attività di spedizioniere in Italia in qualità di prestatori di servizi l'iscrizione all'albo specifico presso le camere di commercio, e questo previa autorizzazione del Ministero dell'Interno, è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza degli artt. 12 CE, 43 CE e 49 CE».

– 22 giugno 2000, nella causa C-318/98, *Fornasar*, con la quale la Corte ha dichiarato che «1. – la direttiva del Consiglio 12 dicembre 1991, 91/689/CEE, relativa ai rifiuti pericolosi, non impedisce agli Stati membri, ivi comprese, nell'ambito dei loro poteri, le rispettive autorità giudiziarie, di qualificare come pericolosi rifiuti diversi da quelli figuranti nell'elenco dei rifiuti pericolosi fissato dalla decisione del Consiglio 22 dicembre 1994, 94/904/CE, che istituisce un elenco di rifiuti pericolosi ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 4 della direttiva 91/689, e di stabilire, conseguentemente, misure rafforzate di protezione al fine di vietare l'abbandono, lo scarico e l'eliminazione incontrollata di tali rifiuti. In tale ipotesi, spetta alle autorità dello Stato membro interessato, competenti in base alla legge nazionale, darne notifica alla Commissione, ai sensi dell'art. 1, n. 4, secondo trattino, della direttiva 91/689; 2. – l'art. 1, n. 4, della direttiva 91/689 e la decisione 94/904 devono essere interpretati nel senso che la determinazione dell'origine di un rifiuto non costituisce una condizione necessaria per poterlo classificare, in un caso concreto, come rifiuto pericoloso».

– 6 luglio 2000, nella causa C-402/98, *Tabaccheria Bonavicina*, con la quale, in materia relativa alla *organizzazione comune dei mercati nel settore del tabacco greggio*, è stato dichiarato che «l'esame della questione sollevata non ha messo in luce alcun elemento atto ad inficiare la validità: – del regolamento (CE) del Consiglio 27 marzo 1995, n. 711, che modifica il regolamento (CEE) n. 2075/92 relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore del tabacco greggio; – del regolamento (CE) della Commissione 12 maggio 1995, n. 1066, relativo alle modalità d'applicazione del regolamento (CEE) n. 2075/92 del Consiglio in ordine al regime delle quote nel settore del tabacco greggio per i raccolti 1995, 1996 e 1997, e – del regolamento (CE) della Commissione 12 maggio 1995, n. 1067, che modifica il regolamento (CEE) n. 3478/92 recante modalità di applicazione del regime di premi previsto nel settore del tabacco greggio».

– 6 luglio 2000, nella causa C-289/97, *Eridania Zuccheri*, in materia relativa alla *organizzazione comune dei mercati nel settore dello zucchero*, la Corte ha statuito che «l'esame delle questioni sollevate non ha messo in luce alcun elemento idoneo ad inficiare la validità del regolamento (CE) del Consiglio 30 luglio 1996, n. 1580, che fissa, per la campagna di commercializzazione 1996/1997, i prezzi d'intervento derivati dello zucchero bianco, il prezzo d'intervento dello zucchero greggio, i prezzi minimi della barbabietola A e della barbabietola B, nonché l'importo del rimborso per la compensazione delle spese di magazzinaggio, e del regolamento (CEE) del Consiglio 30 giugno 1981, n. 1785, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore dello zucchero».

– 13 luglio 2000, nella causa C-456/98, *Centrosteeel*, ove la Corte ha dichiarato che «la direttiva del Consiglio 18 dicembre 1986, 86/653/CEE, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli *agenti commerciali indipendenti*, osta a una normativa nazionale che subordini la validità di un contratto di agenzia all'iscrizione dell'agente di commercio in un apposito albo. Il giudice nazionale, nell'applicare disposizioni del diritto nazionale anteriori o successive alla detta direttiva, è tenuto ad interpretarle quanto più possibile alla luce del tenore e della finalità della direttiva stessa, in modo da consentirne un'applicazione conforme agli obiettivi di quest'ultima».

– 14 settembre 2000, nella causa C-348/98, *Ferreira*, con la quale la Corte ha dichiarato che: «1. – l'art. 3 della seconda direttiva del Consiglio 30 dicembre 1983, 84/5/CEE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di assicurazione della responsabilità civile risultante dalla circolazione di autoveicoli, impone che *l'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile risultante dalla circolazione degli autoveicoli* copra i danni alle persone causati ai passeggeri membri della famiglia dell'assicurato, del conducente o di qualsiasi altra persona la cui responsabilità civile sia sorta a causa di un sinistro e sia coperta dall'assicurazione automobilistica obbligatoria, trasportati a titolo gratuito, indipendentemente dalla sussistenza di alcuna colpa da parte del conducente del veicolo che ha provocato l'incidente, solo se il diritto nazionale dello Stato membro di cui trattasi prescrive la copertura dei danni causati nelle medesime condizioni ai passeggeri terzi; 2. – gli artt. 1, n. 2, e 5, n. 3, come modificato dall'allegato I, parte IX, F, intitolata «Assicurazioni», dell'atto relativo alle condizioni di adesione del Regno di

Spagna e della Repubblica portoghese e agli adattamenti dei trattati, della seconda direttiva 84/5 ostano ad una normativa nazionale che prevede massimali per il risarcimento inferiori agli importi minimi di garanzia previsti da tali articoli allorché, in assenza di colpa da parte del conducente del veicolo che ha provocato l'incidente, sia sorta solo la responsabilità civile oggettiva».

– 26 settembre 2000, nella causa C-443/98, *Unilever Italia*, dove la Corte ha dichiarato, in relazione alla legge italiana 3 agosto 1998 n. 319, concernente l'*eticchettatura relativa all'origine geografica dell'olio di oliva*, che, costituendo le prescrizioni in questa contenute regole tecniche rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva del Consiglio 28 marzo 1983 n. 83/189/CEE e succ. mod., adottate in violazione dell'art. 9 della direttiva stessa, debba il giudice nazionale, adito nell'ambito di un procedimento civile relativo ad una controversia vertente su diritti ed obblighi di natura contrattuale, disapplicare la regola tecnica invocata.

– 26 settembre 2000, nella causa C-22/99, *Bertinetto*, dove, in relazione alla legge italiana 16 marzo 1988 n. 88, che disciplina la stipulazione di accordi interprofessionali attribuendo alle parti di tali accordi il compito di determinare in anticipo i prezzi del latte, la Corte ha statuito che «l'art. 3 del regolamento (CEE) del Consiglio 27 giugno 1968, n. 804, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore del latte e dei prodotti lattiero-caseari, osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nella causa principale, diretta a promuovere e favorire la fissazione di un prezzo uniforme del latte alla produzione».

– 3 ottobre 2000, nella causa C-371/99, *Gozza*, con la quale la Corte, confermando e precisando la sua precedente pronuncia 29 febbraio 1999, nella causa C-131/97, *Carbonari* (pubblicata in *questa Rassegna*, 1999, I, 59), ha dichiarato: «L'art. 2, n. 1, lett. c), nonché il punto 1 dell'allegato della direttiva del Consiglio 16 giugno 1975, n. 75/363/CEE, concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative per le attività di medico, come modificata dalla direttiva del Consiglio 26 gennaio 1982, 82/76/CEE, che modifica la direttiva 75/362/CEE concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli di medico e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, nonché la direttiva 75/363, e l'art. 3, n. 2, nonché il punto 2 dell'allegato della direttiva 75/363, come modificata dalla direttiva 82/76, devono essere interpretati come segue: – l'obbligo di *retribuire in maniera adeguata i periodi di formazione* tanto a tempo pieno quanto a tempo parziale dei medici specialisti s'impone unicamente per le specializzazioni mediche comuni a tutti gli Stati membri o a due o più di essi e menzionate agli artt. 5 o 7 della direttiva del Consiglio 16 giugno 1975, 75/362/CEE, concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli di medico e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi; – tale obbligo s'impone solo se le condizioni di formazione a tempo pieno di cui al punto 1 dell'allegato della direttiva 75/363, come modificata dalla direttiva 82/76, o quelle della formazione a tempo ridotto di cui al punto 2 dell'allegato della direttiva 75/363, come modificata dalla direttiva 82/76, sono rispettate dai medici specialisti in formazione; – tale obbligo è incondizionato e sufficientemente preciso nella

parte in cui richiede — affinché un medico specialista possa avvalersi del sistema di reciproco riconoscimento istituito dalla direttiva 75/362 — che la sua formazione si svolga a tempo pieno o a tempo ridotto e sia retribuita; il detto obbligo tuttavia non consente di per sé al giudice nazionale di identificare il debitore tenuto a versare la remunerazione adeguata né di individuare l'importo della stessa. Il giudice nazionale è tenuto tuttavia, quando applica disposizioni di diritto nazionale precedenti o successive ad una direttiva, ad interpretarle, quanto più possibile, alla luce della lettera e dello scopo della direttiva stessa».

– 9 ottobre 2000, nelle cause riunite C-15/98 e C-105/99, *Italia e Sardegna Lines c. Commissione*, con la quale la Corte ha accolto il ricorso italiano per l'annullamento di una decisione della Commissione relativa a taluni aiuti concessi dalla Regione Sardegna alle imprese di navigazione in Sardegna, decisione ritenuta non motivata per quanto riguarda il presunto danno alla concorrenza.

– 9 novembre 2000, nella causa C-387/98, *Coreck*, con la quale è stato dichiarato che «l'art. 17, primo comma, della *Convenzione 27 settembre 1968, concernente la competenza giudiziaria e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, come modificata dalla *Convenzione 9 ottobre 1978, relativa all'adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, dalla *Convenzione 25 ottobre 1982, relativa all'adesione della Repubblica ellenica*, e dalla *Convenzione 26 maggio 1989, relativa all'adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese*, dev'essere interpretato come segue: 1. – Detto articolo non prescrive che una clausola attributiva di competenza sia formulata in modo tale che sia possibile identificare il giudice competente solo con il suo testo. È sufficiente che la clausola identifichi gli elementi oggettivi sui quali le parti si sono accordate per scegliere il giudice o i giudici ai quali esse intendono sottoporre le loro controversie presenti o future. Tali elementi, che devono essere sufficientemente precisi per permettere al giudice adito di stabilire se sia competente, possono essere concretati, eventualmente, mediante le circostanze proprie del caso di specie; 2. – Esso si applica soltanto qualora, da un lato, almeno una delle parti del contratto iniziale sia domiciliata all'interno di uno Stato contraente e, qualora dall'altro, le parti convengano di portare le loro controversie dinanzi ad un giudice o alcuni giudici di uno Stato contraente; 3. – Una clausola attributiva di competenza, che è stata convenuta tra un vettore ed un caricatore e che è stata inserita in una polizza di carico, produce i suoi effetti nei confronti del terzo portatore della polizza di carico purché, acquistando quest'ultima, questi sia subentrato nei diritti ed obblighi del caricatore in forza del diritto nazionale vigente. In caso contrario, occorre accertare il suo consenso alla detta clausola alla luce di quanto prescritto dall'art. 17, primo comma, della detta *Convenzione*, come modificata».

– 23 novembre 2000, nella causa C-441/97-P, *Wirtschaftvereinigung Stahl ed altri c. Commissione*, e 23 novembre 2000, nella causa C-1/98-P, *British Steel c. Commissione*, entrambe con intervento del governo italiano a favore della Commissione, con le quali sono stati respinti gli appelli di alcune società siderurgiche straniere che avevano impugnato decisioni della Commissione ritenute illegittime per aver consentito aiuti statali al settore pubblico italiano della siderurgia.

– 30 novembre 2000, nella causa C-422/99, *Commissione c. Italia*, con la quale è stato statuito che «non avendo adottato nel termine prescritto le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 ottobre 1997, 97/51/CE, che modifica le direttive del Consiglio 90/387/CEE e 92/44/CEE per adeguarle al *contesto concorrenziale delle telecomunicazioni*, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in virtù di tale direttiva».

– 7 dicembre 2000, nella causa C-395/99, *Commissione c. Italia*, dove si legge che «non avendo adottato, entro i termini prescritti, le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alle disposizioni di cui all'art. 2, n. 1, lett. a), della direttiva del Consiglio 23 luglio 1996, 96/51/CE, che modifica la direttiva 70/524/CEE relativa agli *additivi nell'alimentazione degli animali*, nonché alle disposizioni della direttiva del Consiglio 17 dicembre 1996, 96/93/CE, relativa alla *certificazione di animali e di prodotti di origine animale*, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che le incombono in forza di tali disposizioni».

– 7 dicembre 2000, nella causa C-423/99, *Commissione c. Italia*, con la quale la Corte ha dichiarato che «la Repubblica italiana, non avendo adottato nel termine prescritto le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 26 febbraio 1998, 98/10/CE, sull'applicazione del regime di fornitura di una rete aperta (ONP) alla telefonia vocale e sul servizio universale delle telecomunicazioni in un ambiente concorrenziale, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in virtù di tale direttiva».

– 7 dicembre 2000, nella causa C-482/99, *Italia c. Commissione*, con la quale la Corte ha respinto il ricorso italiano diretto all'annullamento della decisione della Commissione che aveva negato all'Italia l'autorizzazione a rifiutare l'esenzione dall'accisa per alcuni prodotti (profumi ed altri cosmetici e taluni prodotti per la casa a base di alcole denaturato) esenti dall'accisa in virtù della direttiva 92/83/CEE del Consiglio, relativa all'*armonizzazione delle strutture delle accise sull'alcole e sulle bevande alcoliche*.

– 14 dicembre 2000, nella causa C-99/99, *Italia c. Commissione*, con la quale la Corte ha respinto il ricorso italiano proposto per l'annullamento del reg. 22 dicembre 1998 n. 2815 della Commissione, relativo alle *norme commerciali dell'olio di oliva*, ritenendo non illogica né incoerente la scelta, discrezionalmente operata dalla Commissione, del luogo in cui si ottiene l'olio (luogo di molitura delle olive) per designare l'origine di un olio extravergine di oliva o di un olio di oliva vergine, allorché tale origine si riferisce ad uno Stato membro o alla comunità europea.

Il *Tribunale di primo grado*, con sentenza 15 giugno 2000, nelle cause riunite T-298/97 ed altre, avverso la quale è stata proposta impugnazione dinanzi alla Corte, ha accolto in parte il ricorso della Regione Friuli-Venezia Giulia (a cui favore era intervenuto il Governo italiano, che a sua volta aveva proposto ricorso alla Corte per gli stessi motivi, ricorso ancora pendente e che andrà riunito all'impugnativa suddetta) annullando la decisione della Commissione relativa agli *aiuti concessi dalla Regione*

in favore degli autotrasportatori della Regione stessa, nella parte in cui dichiarava illegali gli aiuti concessi a decorrere dal 1° luglio 1990 alle imprese che esercitano esclusivamente l'attività di trasporto locale, regionale o nazionale e ne imponeva il recupero, ed ha respinto invece il ricorso nella parte riguardante gli altri aiuti concessi dalla medesima Regione nel settore dell'autotrasporto internazionale di merci.

OSCAR FIUMARA

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, sez. 5^a, 14 ottobre 1999, nella causa C-223/98 – Pres. Edward – Rel. Wathelet – Avv. Gen. Cosmas – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Kammarrätten i Stockholm nel procedimento Adidas AG - Interv.: Governi belga (ag. Devadder) e italiano (avv. Stato Fiumara) e Commissione delle Comunità europee (ag. Ström).

Comunità europee – Libera circolazione delle merci – Merci contraffatte o usurpative – Comunicazione dei dati personali del dichiarante o del destinatario delle merci al titolare del diritto di marchio – Limiti.

(Regolamento CE del Consiglio 22 dicembre 1994, n. 3295).

Il regolamento (CE) del Consiglio 22 dicembre 1994, n. 3295, che fissa misure intese a vietare l'immissione in libera pratica, l'esportazione, la riesportazione e il vincolo ad un regime sospensivo di merci contraffatte e di merci usurpative, deve essere interpretato nel senso che si oppone ad una disposizione nazionale in forza della quale l'identità del dichiarante o del destinatario di merci importate, merci che il titolare del diritto di marchio ha accertato essere contraffatte, non può essere comunicata a quest'ultimo (1).

(1) Comunicazione dei dati personali per far valere o difendere un diritto: il titolare del diritto di marchio e l'importazione di merci contraffatte o usurpative.

Il Kammarrätten di Stoccolma aveva chiesto alla Corte di Giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale sulla compatibilità con il regolamento CE del Consiglio 22 dicembre 1994, n. 3295, della normativa nazionale svedese che impedisce che al titolare di un marchio vengano comunicati i nominativi dei destinatari o dei soggetti che abbiano presentato la dichiarazione in dogana su presunte merci contraffatte.

Il regolamento suddetto, sostituendo con innovazioni, puntualizzazioni e ampliamenti il reg. CEE n. 3842/1986 del Consiglio del 1° dicembre 1986, fissa misure intese a vietare l'immissione in libera pratica, l'esportazione, la riesportazione e il vincolo ad un regime sospensivo di merci contraffatte e di merci usurpative. Esso, in particolare, prevede che l'autorità doganale di ogni Stato membro possa bloccare le merci per le quali è richiesta l'immissione in libera pratica, l'esportazione o la riesportazione ovvero siano vincolate ad un regime sospensivo, allorché vi sia un qualificato sospetto che esse siano contraffatte o usurpative nel senso precisato nel regolamento stesso. Il blocco può avvenire su denuncia del titolare del diritto (cioè del titolare del marchio di fabbrica, di commercio o di altri diritti di privativa) o anche d'ufficio, e dura un breve periodo entro il quale il titolare del diritto ha l'onere di adire l'autorità competente a deliberare nel merito della ritenuta contraffazione o usurpazione, la quale potrà adottare i conseguenti provvedimenti

(*omissis*)

23. — Occorre ricordare, anzitutto, la giurisprudenza costante della Corte secondo cui, ai fini dell'interpretazione di una norma di diritto comunitario si deve tener conto non soltanto della lettera della stessa, ma anche del suo contesto e degli scopi perseguiti dalla normativa di cui essa fa parte (v. in particolare, sentenze 17 novembre 1983, causa 292/82, Merck, *Racc.*, 3781, punto 12, e 21 febbraio 1984, causa 337/82, St. Nikolaus Brenneri, *Racc.*, 1051, punto 10).

conservativi. È previsto specificamente (art. 6, comma primo, secondo periodo) che «conformemente alle disposizioni nazionali relative alla protezione dei dati a carattere personale ... l'ufficio doganale o il servizio che ha esaminato la domanda informa il titolare del diritto, a richiesta di quest'ultimo, del nome e dell'indirizzo del dichiarante e, laddove conosciuto, del destinatario, per consentire al titolare del diritto di adire l'autorità competente a deliberare nel merito».

Osservava il Kamarrätten che secondo l'art. 9 della legge svedese in materia di tutela della riservatezza (legge n. 100/1980) l'ufficio doganale è tenuto, nell'effettuare i controlli, al mantenimento del segreto con riguardo ad informazioni relative alla situazione economica e personale dei soggetti interessati e può rilasciare informazioni solamente laddove sia certo che l'informazione possa essere comunicata senza che ne derivi un danno per l'interessato. Tale presupposto non si riscontrava evidentemente nel caso di specie, sicché era da ritenere che la normativa nazionale svedese non consentisse il rilascio al titolare del diritto dei dati personali del dichiarante e/o del destinatario delle merci che si presumevano contraffatte.

La Corte ha dato al quesito risposta sostanzialmente conforme a quella suggerita dal Governo italiano, intervenuto nel giudizio.

Si era, invero, rilevato — nelle osservazioni scritte presentate alla Corte — che la norma contenuta nell'art. 6, sopra citato, prevedendo un'informativa a favore del titolare del diritto circa il nome e l'indirizzo del dichiarante doganale e/o del destinatario della merce, stabilisce un obbligo a carico dell'ufficio doganale che esso deve adempiere «conformemente alle disposizioni nazionali relative alla protezione dei dati a carattere personale», nel senso cioè che esso non può sottrarsi alla comunicazione dei dati ma deve eseguire la comunicazione al titolare del diritto rispettando le eventuali procedure nazionali e garantendo, ove queste lo impongano, la riservatezza nei confronti di terzi, affinché l'uso di esse sia strettamente funzionale all'esercizio del diritto in relazione al quale assumono rilievo.

Sotto il profilo letterale è da osservare, invero, che la norma, a significativa differenza dell'art. 7 del vecchio e sostituito reg. n. 3842/1986 che prevedeva un'informativa «salvo che la normativa nazionale lo vieti» (e, in modo ben più incisivo e cogente che non l'art. 57, sezione n. 4, parte III, dell'Accordo TRIPS, allegato all'Accordo OMC del 15 aprile 1994, sottoscritto dalla Comunità e da tutti gli Stati membri, — di cui pure il sesto «considerando» del nuovo regolamento dichiara di voler tener conto —, il quale parla di una «facoltà» degli Stati di fornire l'informazione), non subordina l'obbligo di informativa ad alcuna previsione di segno positivo, né all'assenza di previsioni di segno negativo nelle legislazioni nazionali, ma si limita a rendere la sua esecuzione «conforme alle disposizioni nazionali».

E sotto il profilo logico la puntuale informazione del titolare del marchio costituisce una condizione essenziale ai fini della corretta applicazione del regolamento. Una assoluta riservatezza opposta dalle norme nazionali circa il nome del dichiarante e/o del destinatario delle merci contraffatte o usurpative, ove fosse consentita, renderebbe senz'altro meno efficace in via generale la protezione del titolare del diritto di privativa, che pur il regolamento specificamente persegue, fino al punto da renderla del tutto vana laddove detto titolare non fosse in grado di procedere da solo alla individuazione (e dovrebbe essere la normalità dei casi, — cfr. l'art. 3, comma primo, ultimo trattino —, in particolare quelli rilevati d'ufficio ex art. 4), per la conseguente impossibilità di ricorrere in via giurisdizionale, nel brevissimo tempo concesso dal regolamento medesimo, a tutela del proprio diritto.

24. – Si deve rilevare poi che, allorchè una disposizione di diritto comunitario è suscettibile di svariate interpretazioni delle quali una sola idonea a salvaguardare l'effetto utile della norma, è a questa che occorre dare priorità (v. in questo senso la sentenza 22 settembre 1988, causa 187/87, Land de Sarre e a., *Racc.*, 5013, punto 19).

25. – Infine, quando l'attuazione di un regolamento comunitario spetta alle autorità nazionali, come nel caso del regolamento n. 3295/94, il ricorso alle norme nazionali è possibile solo nella misura necessaria all'applicazione corretta di detto regolamento e nella misura necessaria all'applicazione corretta di detto regolamento e nella misura in cui l'applicazione delle norme nazionali non ne menomi la sua portata e la sua efficacia (v. sentenza 6 maggio 1982, cause riunite 146/81, 192/81 e 193/81, BayWa e a., *Racc.*, 1503, punto 29). Tali norme nazionali devono, in via generale, anche per gli obblighi derivanti dall'art. 5 del Trattato CE (divenuto art. 10 CE) facilitare l'applicazione del regolamento comunitario e non ostacolare la sua esecuzione (v. in tal senso, sentenza 17 dicembre 1970, causa 30/70, Scheer, *Racc.*, 1197, punto 8).

26. – A tal proposito occorre rilevare, da un lato che, al fine di impedire, nella misura del possibile, l'immissione sul mercato di merci contraffatte e di merci usurpative il regolamento attribuisce un ruolo essenziale al titolare del diritto. Infatti, emerge dagli artt. 3 e 4 del regolamento che il blocco delle merci da parte delle autorità doganali è, in linea di principio, subordinata ad una domanda da parte di esso. D'altronde, la condanna definitiva di tali pratiche da parte dell'autorità nazionale competente per decidere il merito della causa, suppone che il titolare del diritto ricorra al giudice. In mancanza di tale ricorso da parte del titolare del diritto, il provvedimento di sospensione dello svincolo o di blocco delle merci cessa di spiegare i suoi effetti a corto termine, conformemente all'art. 7, n. 1, del regolamento.

In Italia la legge 31 dicembre 1996, n. 675, sulla «tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali», prevede in via generale che «la comunicazione e la diffusione dei dati personali da parte di soggetti pubblici a privati o a enti pubblici economici sono ammesse solo se previste da norme di legge o di regolamento» (art. 27, n. 3) ed esclude che sia comunque necessario il consenso dell'interessato, ove previsto, se il trattamento dei suoi dati sia necessario «per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento» (art. 12, comma primo, lettera h, e 20, comma primo, lettera h), dove ben può notarsi il limite «conforme alle disposizioni nazionali» entro il quale cionondimeno un'informazione sul nome e l'indirizzo di una certa persona può essere data (gli artt. 6 e 23 del decreto legislativo 19 marzo 1996, n. 198, contengono analoghe disposizioni, a modifica delle leggi sui marchi e sui brevetti, per adeguarsi all'Accordo TRIPS sopra richiamato). In Italia, quindi, per l'autorità doganale non v'è alcun problema a rendere l'informazione richiesta.

27. – Di conseguenza, l'applicazione effettiva del regolamento è direttamente in funzione delle informazioni fornite al titolare del diritto di proprietà intellettuale. Infatti, se l'identità del dichiarante e/o del destinatario delle merci non potesse essergli comunicato, sarebbe ad esso impossibile, in pratica, ricorrere all'autorità nazionale competente.

28. – Il rinvio che opera l'art. 6, n. 1, secondo comma del regolamento, alle disposizioni nazionali relative alla tutela dei dati a carattere personale, del segreto commerciale e industriale, nonché del segreto professionale e amministrativo non può, date tali condizioni, essere interpretato come un impedimento alla comunicazione al titolare del diritto delle informazioni necessarie alla difesa dei suoi interessi.

29. – Occorre d'altronde rilevare che svariate disposizioni del regolamento sono dirette a tutelare il dichiarante e il destinatario delle merci sottoposte al controllo, in modo da evitare che la comunicazione dei loro nomi e indirizzi al titolare del diritto li danneggi.

30. – Anzitutto, quando un ufficio doganale accerta che le merci controllate corrispondono alla descrizione delle merci contraffatte o delle merci usurpative ne informa immediatamente il dichiarante ai sensi dell'art. 6, n. 1, secondo comma, del regolamento. Ai sensi dell'art. 7 n. 2, del regolamento, il proprietario, l'importatore o il destinatario delle merci ha la possibilità di ottenere lo svincolo delle merci o la revoca del blocco mediante il deposito di una garanzia.

31. – Inoltre, emerge dall'art. 6, n. 1, secondo comma, del regolamento che il titolare del diritto può utilizzare i dati comunicati dall'ufficio doganale solo allo scopo di adire l'autorità nazionale competente a deliberare sul merito. Se tali dati sono utilizzati per altri scopi, il titolare del diritto può vedersi riconosciuto responsabile in base al diritto dello Stato membro nel quale si trovano le merci di cui trattasi, conformemente all'art. 9, n. 3, del regolamento.

32. – Infine, il risarcimento del danno risultante da un uso illecito dei dati o di ogni altro danno eventualmente subito dal dichiarante o dal destinatario delle merci è facilitato dal fatto che gli Stati membri possono imporre la costituzione di una garanzia al titolare del diritto in forza dell'art. 3, n. 6, del regolamento.

33. – Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre rispondere al giudice del rinvio che il regolamento deve essere interpretato nel senso che si oppone ad una disposizione nazionale in forza della quale l'identità del dichiarante o del destinatario di merci importate, merci che il titolare del diritto di marchio ha accertato essere contraffatte, non può essere comunicata a quest'ultimo.

(*omissis*)

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Plenum*, ordinanza 26 novembre 1999 nella causa C-192/98 – *Pres.* Rodriguez Iglesias – *Rel.* Edward – *Avv. Gen.* Cosmas – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte dei conti italiana nel procedimento di controllo successivo nei confronti dell'ANAS – Azienda nazionale autonoma delle strade. Interv.: Governo austriaco e Commissione delle C.E.

Comunità europee – Corte di Giustizia delle Comunità europee – Rinvio pregiudiziale – Nozione di giurisdizione di uno degli Stati membri – Corte dei conti – Controllo successivo sulla gestione dell'ANAS – Procedimento di natura non giurisdizionale.

(Trattato CE, art. 177 – ora art. 234 CE -; legge 14 febbraio 1994, n. 20, art. 3).

La Corte dei Conti italiana non può essere considerata una giurisdizione nazionale, legittimata a proporre domanda pregiudiziale alla Corte di giustizia delle Comunità europee ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto ora art. 234 CE), allorché esercita la funzione di controllo successivo sulla gestione del bilancio e del patrimonio delle amministrazioni dello Stato (1).

(*omissis*)

1. – Con decisione 7 aprile 1998, pervenuta in cancelleria il 19 maggio seguente, la Corte dei conti ha sottoposto a questa Corte, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE), tre questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione della direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (*G.U. L 209, 1*).

2. – Le dette questioni sono state proposte nell'ambito di un procedimento di controllo vertente sulla legittimità, sulla regolarità e sull'economicità della gestione dell'Azienda nazionale autonoma delle strade, divenuta Ente nazionale per le strade (in prosieguo: l'«ANAS»), per quanto riguarda due quote di un mutuo contratto da quest'ultima.

(*omissis*)

(1) Nella causa l'Avvocatura dello Stato non aveva presentato osservazioni scritte per il Governo italiano. Considerato che la Commissione delle Comunità europee aveva sostenuto l'irricevibilità del ricorso, la Corte ha posto un quesito al Governo italiano per conoscere il suo punto di vista e il Ministero degli Affari esteri - Servizio del Contenzioso diplomatico ha precisato quanto riportato dalla Corte nei punti 15 e 16 dell'ordinanza.

Riguardo alla funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato allorché emette un parere nell'ambito di un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica cfr. la sentenza della Corte 16 ottobre 1997, nelle cause riunite C-69 e 79/96, GAROFALO, in *questa Rassegna*, 1998, I, 47, con nota di FIUMARA, *Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia delle C.E.* Più in generale, per la giurisprudenza della Corte in ordine al concetto di «giurisdizione nazionale» dotata del potere di porre questioni pregiudiziali ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE (ora art. 234 CE), cfr. anche nota alla sentenza 19 ottobre 1995, nella causa C-111/94, JOB CENTER, citata in motivazione, in *questa Rassegna*, 1995, I, 360, con richiami ai precedenti.

9. – La Corte dei conti considera che, quando si pronuncia nella sede collegiale del controllo, sia preventivo di legittimità sugli atti, sia successivo sulla gestione del bilancio e del patrimonio delle amministrazioni dello Stato, essa possiede tutti i requisiti stabiliti dalla Corte per essere qualificata «giurisdizione di uno degli Stati membri» ai sensi dell'art. 177 del Trattato.

10. – A tal proposito essa rileva che è stata istituita in via permanente dalla Costituzione italiana, la quale garantisce l'indipendenza tanto dell'Istituto quanto dei magistrati che ne fanno parte, che l'intero procedimento di controllo si svolge in contraddittorio con le amministrazioni interessate e che la sua funzione di controllo sulla gestione delle amministrazioni pubbliche ha carattere obbligatorio, in quanto si esplica in forza di programmi da essa stessa definiti, i quali, una volta adottati, vincolano tanto la Corte dei conti medesima quanto le amministrazioni interessate, che non possono sottrarsi.

11. – Inoltre la Corte dei conti rileva che il procedimento di controllo si chiude con una pronuncia collegiale definitiva che, ai sensi dell'art. 3, quarto comma, della legge 14 gennaio 1994, n. 20 (*GURI* n. 10 del 14 gennaio 1994), in primo luogo, verifica e dichiara la legittimità e la regolarità della gestione o, al contrario, la sua illegittimità o la sua irregolarità e, in secondo luogo, accerta la rispondenza dei risultati dell'attività amministrativa agli obiettivi stabiliti dalla legge. Vi è quindi una prima fase che è esclusivamente giuridica e una seconda fase in cui si accertano la regolarità finanziaria della gestione e i suoi risultati in termini di efficienza, di efficacia e di economicità, utilizzando parametri di tipo finanziario, economico, statistico e simili.

12. – Nella comunicazione 24 maggio 1999, trasmessa alla Corte dal governo italiano, la Corte dei conti si richiama al fatto che il procedimento di controllo si svolge in contraddittorio, in forma di una controversia vertente su questioni di legittimità e che sorge tra l'Ufficio di controllo che, in istruttoria, muove rilievi all'amministrazione e quest'ultima che controdiede. Tale controversia viene poi decisa dalla Sezione del controllo, in sede collegiale e in seguito ad adunanza pubblica nel corso della quale sono sentiti i rappresentanti dell'amministrazione interessata.

13. – Per quanto riguarda gli effetti giuridici delle decisioni («deliberazioni») così emesse, la Corte dei conti afferma che vi è un'incidenza diretta sulla gestione dell'amministrazione interessata giacché questa è tenuta, ai sensi dell'art. 3, sesto comma, della legge n. 20/94 a comunicarle le misure adottate a seguito della deliberazione che la riguarda. Inoltre, per quanto concerne le pubbliche amministrazioni non territoriali, l'art. 3, ottavo comma, della legge n. 20/94 dispone che la Corte dei conti può chiedere, nella sua deliberazione, il riesame di atti ritenuti non conformi alla legge.

14. – L'ANAS osserva che non vi è alcun dubbio che la Corte dei conti, configurata in modo astratto e generale, sia una «giurisdizione» ai sensi dell'art. 177 del Trattato.

15. – Il governo italiano, in risposta ad un quesito rivoltagli dalla Corte, sostiene che le questioni proposte dalla Corte dei conti sono irricevibili.

16. – Esso aggiunge che la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana (in particolare la sentenza n. 335/95, *Rivista della Corte dei conti*, 1995, 3, II, 163) distingue tra il controllo preventivo di legittimità degli atti e quello successivo sulla gestione finanziaria degli enti. Mentre il primo tipo di controllo, secondo tale giurisprudenza, è per molti aspetti analogo alla funzione giurisdizionale, il controllo successivo sulla gestione di cui all'art. 3, quarto comma, della legge n. 20/94, «non è tale da poter assumere le connotazioni di un controllo assimilabile alla funzione giurisdizionale, cioè preordinato alla tutela del diritto oggettivo con esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico», configurandosi invece «come un controllo di carattere empirico, ispirato, più che a precisi parametri normativi, a canoni di comune esperienza che trovano la loro razionalizzazione nelle conoscenze tecnico-scientifiche proprie delle varie discipline utilizzabili al fini della valutazione dei risultati dell'azione amministrativa».

17. – Secondo il governo austriaco risulta dai chiarimenti forniti dalla Corte dei conti nell'ordinanza di rinvio che essa è legittimata ad adire la Corte. Tuttavia, non essendo in possesso delle pertinenti disposizioni nazionali in merito all'ordinamento di tale istituzione né, in generale, di quelle relative al suo inquadramento giuridico, il detto governo non può esprimere una valutazione definitiva della realtà di tale legittimazione.

18. – La Commissione sostiene che la Corte dei conti, nell'esercizio della funzione di controllo successivo, non può essere qualificata come giurisdizione ai sensi dell'art. 177 del Trattato. Essa afferma in particolare, che nel procedimento *a quo* la Corte dei conti non è stata adita per una controversia sulla quale deve statuire con una decisione di carattere giurisdizionale. Infatti, poiché le funzioni di controllo successivo esercitate dalla detta istituzione riguardano atti che, come i decreti ministeriali di approvazione dei contratti di mutuo oggetto della causa *a qua*, sono già stati eseguiti, essa compie un'operazione di controllo dei risultati ottenuti dall'amministrazione in relazione ai programmi stabiliti originariamente. Ciò facendo, la Corte dei conti svolge funzioni di autorità amministrativa e non funzioni giurisdizionali.

19. – Peraltro la Commissione rileva che la Corte dei conti, per valutare l'operato dell'amministrazione, non si basa esclusivamente sull'applicazione di norme giuridiche, ma prende in considerazione anche altri criteri. Essa aggiunge che la situazione sarebbe diversa se i contratti di mutuo stipulati tra l'ANAS e la Nomura International plc venissero contestati da un'altra società. Solo allora sussisterebbe una lite tra un singolo e l'amministrazione. Peraltro, l'organo competente a dirimerla non sarebbe la Corte dei conti, ma il tribunale amministrativo regionale.

20. – Per valutare se un organo possieda le caratteristiche di un giudice ai sensi dell'art. 177 del Trattato, questione unicamente di diritto comunitario, la Corte tiene conto di un insieme di elementi quali l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente (V., in particolare, sentenze 30 giugno 1966, causa 61/65, Vaassen-Göbbels, *Racc.*, 407; 17 settembre 1997, causa C-54/96, Dorsch Consult, *Racc.*, I-4961, punto 23, e 2 marzo 1999, causa C-416/96, Eddline El-Yassini, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 17).

21. – Inoltre discende da una giurisprudenza costante che i giudici nazionali possono adire la Corte unicamente se dinanzi ad essi sia pendente una lite e se essi siano stati chiamati a statuire nell'ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale (v. ordinanza 5 marzo 1986, causa 318/85, Greis Unterweger, *Racc.*, 955, punto 4; sentenze 19 ottobre 1995, causa C-111/94, Job Centre, *Racc.*, I-3361 punto 9, e 12 novembre 1998, causa C-134/97, Victoria Film, *Racc.*, I-7023), punto 14).

22. – Occorre quindi determinare la legittimazione di un organo a rinviare alla Corte secondo criteri tanto strutturali quanto funzionali. In proposito, un organo nazionale può essere qualificato come «giurisdizione» ai sensi dell'art. 177 del Trattato quando esercita funzioni giurisdizionali, mentre, nell'esercizio di altre funzioni, in particolare di natura amministrativa, tale qualifica non può essergli riconosciuta.

23. – Ne consegue che, per stabilire se un organo nazionale cui la legge affida funzioni di natura diversa debba essere qualificato come «giurisdizione» ai sensi dell'art. 177 del Trattato, è necessario accertare quale sia la natura specifica delle funzioni che esso esercita nel particolare contesto normativo in cui è indotto a rivolgersi alla Corte. Nell'ambito di questo esame è ininfluente il fatto che altre sezioni dell'organo di cui trattasi, o addirittura la stessa sezione che ha adito la Corte, ma nell'esercizio di funzioni diverse da quelle che sono all'origine del rinvio, debbano essere qualificati come «giurisdizioni» ai sensi dell'art. 177 del Trattato.

24. – Orbene, dalle osservazioni presentate alla Corte risulta che la funzione di controllo successivo esercitata dalla Corte dei conti nel procedimento *a quo* è sostanzialmente una funzione di valutazione e di controllo dei risultati dell'attività amministrativa. Ne consegue che nel contesto che ha dato luogo alla domanda pregiudiziale in esame il detto organo non esercita funzioni giurisdizionali.

25. – Alla luce di quanto sopra considerato, la Corte non è competente a statuire sulle questioni proposte dalla Corte dei conti.
(*omissis*).

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, sez. 6^a, 27 gennaio 2000, nella causa C-8/98 – *Pres. rel.* Schintgen – *Avv. Gen.* La Pergola – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Landgericht di Heilbronn (Germania) nella causa Dansommer c. Götz. – *Interv.*: Governi spagnolo (ag. Silva de Lapuerta), francese (ag. Rispel-Bellanger), italiano (avv. Stato Fiumara) e del Regno Unito (ag. Collins) e Commissione delle Comunità europee (ag. Iglesias).

Comunità europee – Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale – Competenza esclusiva in materia di affitto di immobili – Ambito di applicazione.

(Convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968 e successive modifiche, rat. in Italia con legge 21 giugno 1971, n. 804 e successive, art. 16, n. 1).

La regola di competenza esclusiva prevista in materia di contratti d'affitto di immobili dall'art. 16, punto n. 1, lettera a), della Convenzione del 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, quale modificata dalla convenzione del 9 ottobre 1978, relativa all'adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna ed Irlanda del Nord, dalla convenzione del 25 ottobre 1982, relativa all'adesione della Repubblica ellenica, e dalla convenzione del 26 maggio 1989, relativa all'adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese, è applicabile ad un'azione di risarcimento danni per cattiva manutenzione dei locali e per danni causati ad un alloggio preso in locazione da un privato per trascorrervi qualche settimana di vacanze, anche qualora essa non sia intentata direttamente dal proprietario dell'immobile, ma da un operatore turistico professionale presso il quale l'interessato aveva preso in locazione l'alloggio e che agisce in giudizio a seguito di surroga nei diritti del proprietario dell'immobile. Le clausole accessorie relative all'assicurazione in caso di risoluzione e alla garanzia del prezzo pagato dal cliente, che figurano nelle condizioni generali del contratto stipulato tra tale operatore ed il locatario e che non formano oggetto della controversia di cui alla causa principale, non incidono sulla natura del contratto d'affitto di un immobile ai sensi di tale disposizione della Convenzione (1).

(1) Soluzione conforme a quella proposta dal Governo italiano.

Il problema centrale della causa era quello di stabilire se nel caso in esame fosse applicabile la lettera a) dell'art. 16, n. 1, della convenzione di Bruxelles, nel testo risultante dalle modifiche via via apportate con l'ingresso nella Comunità dei nuovi Stati, se fosse cioè applicabile la norma generale che prevede la competenza esclusiva del giudice dello Stato contraente in cui è situato l'immobile.

E qui le tesi espone nelle osservazioni scritte degli intervenuti erano divergenti e si articolavano in tre posizioni:

– Spagna, Francia e Italia si richiamavano essenzialmente alla sentenza della Corte 15 gennaio 1985, nella causa 241/83, RÖSSLER (in *questa Rassegna*, 1985, I, 392) e sostenevano, con argomenti sostanzialmente coincidenti, che nel caso in questione si era in presenza di un contratto di locazione di immobile, riguardo al quale uno dei contraenti (il mandatario del proprietario) faceva valere l'inadempimento alle obbligazioni contrattuali da parte del conduttore, sicché valeva la competenza esclusiva del *forum rei sitae*, di cui alla norma suddetta;

(*omissis*).

1. — Con ordinanza 16 giugno 1997, pervenuta alla Corte il 14 gennaio 1998, il Landgericht di Heilbronn ha proposto, ai sensi del protocollo del 3 giugno 1971, relativo all'interpretazione da parte della Corte di giustizia della Convenzione del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione dell'art. 16, punto 1, lett. a), di tale Convenzione (GU 1972, L 299, 32), quale modificata dalla convenzione del 9 ottobre 1978, relativa all'adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna ed Irlanda del Nord (GUL 304, 1 e — testo modificato — 77), dalla

— il Regno Unito e le due parti contraenti richiamavano la sentenza 26 febbraio 1992, nella causa C-280/90, HACKER, citata in motivazione, e ritenevano che non potesse trovare applicazione la norma suddetta, perché l'obbligazione dedotta in causa non riguardava un contratto di locazione di immobile ma ineriva ad un contratto complesso, nel quale un organizzatore turistico aveva offerto ad un consumatore un pacchetto di servizi, comprensivo dell'uso di un immobile per le vacanze e di un'assicurazione per l'eventuale annullamento della vacanza stessa;

— isolatamente la Commissione C.E. prospettava una terza tesi sostenendo che la norma dell'art. 16, n. 1, lettera a), non trovava applicazione perché il contratto di affitto aveva esaurito i suoi effetti e la domanda avanzata dal proprietario dell'immobile (e, in sua vece, dal mandatario) aveva per oggetto un risarcimento danni, come tale esterno al contratto stesso.

Certamente non poteva essere condivisa la tesi della Commissione, perché fra le obbligazioni del conduttore (nell'ordinamento giuridico italiano, come anche in qualsiasi altro ordinamento giuridico) v'è quella di conservare la cosa in ottimo stato e di riconsegnarla tal quale salvo la consumazione per l'uso ordinario secondo contratto. Di conseguenza, un'azione come quella di specie, nella quale si chiedevano i danni perché, come precisava il giudice del rinvio, «*il convenuto non avrebbe lasciato l'appartamento in ordine secondo l'ordinaria diligenza*», appariva diretta a far valere un puro e semplice inadempimento contrattuale: e la Corte, sia nella citata sentenza RÖSSLER del 1985, come già nella sentenza 14 dicembre 1977, nella causa 73/77, SANDERS, citata in motivazione, aveva osservato che la «*materia di contratti di affitto immobili*» comprende, in particolare, le pretese relative alla riparazione dei danni causati dall'inquilino e qualunque altra lite riguardante gli obblighi dell'inquilino stesso.

Rimanevano allora le altre due tesi: quella ispano-franco-italiana dell'applicabilità della norma in questione, essendo dedotta in giudizio un'obbligazione relativa all'adempimento di un contratto di locazione di immobile; e la tesi del Regno Unito e delle due parti in causa, che asserivano essere dedotta in giudizio un'obbligazione relativa ad un contratto complesso di servizi turistici.

Quest'ultima tesi si poggiava essenzialmente, come si è detto, sulla sentenza HACKER del 1992. Invero questa sentenza — pronunciata sì nel 1992, ma relativa ad una situazione in cui temporalmente non poteva trovare applicazione la norma mitigatrice della lettera b) dello stesso art. 16, n. 1, della Convenzione, aggiunta dalla convenzione di S. Sebastiano del 1989 — riaffermava i principi della sentenza RÖSSLER, ma precisava che essi, e quindi la regola generale della competenza esclusiva del foro dell'immobile, «*non valgono nel caso in cui l'oggetto principale del contratto sia di natura diversa*»; e questa natura diversa essa riscontrava in un contratto che prevedeva, oltre all'uso di un alloggio per le vacanze di breve durata, «*anche altre prestazioni, quali le informazioni e i consigli con cui l'organizzatore di viaggi propone al cliente diverse possibilità di scelta per le vacanze, la prenotazione di un alloggio per il periodo previsto dal cliente, la prenotazione del posto per il trasporto, l'accoglienza sul posto e, eventualmente, un'assicurazione per l'annullamento del viaggio*».

convenzione del 25 ottobre 1982, relativa all'adesione della Repubblica ellenica (*GU L 388*, 1), e dalla convenzione del 26 maggio 1989 relativa all'adesione del Regno di Spagna e della Repubblica portoghese (*GU L 285*, 1; in prosieguo: la «Convenzione»).

2. – La questione è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra la società di diritto danese Dansommer A/S (in prosieguo: la «Dansommer»), stabilita in Danimarca, e il signor Götz, cittadino tedesco residente in Germania.

La Convenzione

3. – L'art. 16, punto 1, della Convenzione di Bruxelles, nella sua versione anteriore alla modifica introdotta dalla convenzione 26 maggio 1989, dispone:

«Indipendentemente dal domicilio, hanno competenza esclusiva:

1. in materia di diritti reali immobiliari e di contratti d'affitto d'immobili, i giudici dello Stato contraente in cui l'immobile è situato».

4. – Nella sua versione risultante dalla convenzione del 26 maggio 1989 (in prosieguo: la «convenzione di San Sebastián»), tale disposizione è così formulata:

«Indipendentemente dal domicilio, hanno competenza esclusiva:

a) in materia di diritti reali immobiliari e di contratti d'affitto d'immobili, i giudici dello Stato contraente in cui l'immobile è situato;

b) tuttavia, in materia di contratti d'affitto di immobili ad uso privato temporaneo stipulati per un periodo massimo di sei mesi consecutivi, hanno competenza anche i giudici dello Stato contraente in cui il convenuto è domiciliato, purché il proprietario e l'inquilino siano persone fisiche e siano domiciliati nel medesimo Stato contraente».

5. – Ai sensi dell'art. 29, n. 1, della convenzione di San Sebastián:

«La convenzione del 1968 ed il protocollo del 1971, modificati dalla convenzione del 1978, dalla convenzione del 1982 e dalla presente convenzione, si applicano solo alle azioni giudiziarie proposte (...) posteriormente all'entrata in vigore della presente convenzione nello Stato di origine (...)».

6. – La convenzione di San Sebastián è entrata in vigore in Germania il 1° dicembre 1994.

Nel nostro caso, oltre l'uso dell'alloggio v'era solo un'assicurazione per l'annullamento del viaggio; e, soprattutto, oggetto della lite era il presunto danno arrecato dall'inquilino all'immobile. In questa situazione doveva necessariamente riconoscersi che il contratto rientrava nella «materia della locazione di immobile». Né, del resto, ricorrevano esigenze di effettiva mitigazione della regola di competenza esclusiva, a quest'effetto avendo già provveduto la deroga di cui alla lettera b) introdotta dalla convenzione di S. Sebastiano.

La controversia nella causa principale

7. – Risulta dalla causa principale che, il 27 febbraio 1995, il signor Götz ha preso in locazione presso la Dansommer, per passarvi le proprie vacanze dal 29 luglio al 12 agosto 1995, un alloggio, sito in Danimarca, di proprietà di un privato residente in Danimarca.

8. – La Dansommer ha svolto semplicemente il ruolo di intermediario in quanto operatore turistico professionale.

9. – In forza delle condizioni generali del contratto stipulato tra la Dansommer e il signor Götz, il prezzo dovuto da quest'ultimo come corrispettivo della messa a disposizione dell'alloggio per il periodo convenuto includeva un premio di assicurazione destinato a coprire le spese in caso di risoluzione del contratto.

10. – Inoltre, dalle medesime condizioni generali risulta che, conformemente all'art. 651 k, n. 3, del Bürgerliches Gesetzbuch (codice civile tedesco), la Dansommer forniva la garanzia del rimborso del prezzo pagato dal signor Götz in caso di insolvenza dell'organizzatore del viaggio.

11. – È pacifico che la Dansommer non era tenuta a fornire altre prestazioni.

12. – Dopo il soggiorno del signor Götz nell'alloggio di cui trattasi, la Dansommer citava il locatario dinanzi all'Amtsgericht di Heilbronn (Germania). Con tale azione, la Dansommer, che era stata in precedenza surrogata nei diritti del proprietario dell'alloggio preso in locazione dal signor Götz, chiedeva la condanna di quest'ultimo al pagamento di un risarcimento danni in quanto egli non aveva proceduto alla corretta pulizia dei locali prima della sua partenza e aveva deteriorato il pavimento nonché il dispositivo di sicurezza del forno.

13. – A seguito del rigetto di tale ricorso, la Dansommer ha interposto appello dinanzi al giudice *a quo*.

14. – Nutrendo dubbi sulla propria competenza a conoscere della controversia, il Landgericht di Heilbronn ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'art. 16, punto 1, lett. a), della Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale trovi applicazione qualora l'obbligazione contrattuale dell'operatore turistico, in presenza di condizioni generali che prevedono un'assicurazione per il caso di annullamento del viaggio, si limiti alla messa a disposizione di un alloggio per vacanze, ma il proprietario e il locatario dell'alloggio non abbiano il loro domicilio nello stesso Stato contraente».

Sulla questione pregiudiziale

15. – Preliminarmente, occorre ricordare che, in deroga al principio generale sancito dall'art. 2, primo comma della Convenzione, e cioè la competenza dei giudici dello Stato contraente nel territorio nel quale il convenuto ha il suo domicilio, l'art. 16, punto 1, della stessa Convenzione prevede, in materia di diritti reali immobiliari e di contratti d'affitto di immobili, la competenza esclusiva dei giudici dello Stato contraente in cui l'immobile è situato.

16. – A questo proposito, occorre anzitutto constatare che, nella causa *a qua*, la lite non verte manifestamente su un diritto reale immobiliare, ai sensi di quest'ultima disposizione.

17. – Inoltre, anche se la causa proposta dinanzi al giudice nazionale ha come origine la locazione di breve durata di un alloggio per vacanze, è importante sottolineare, come rilevato dal Landgericht di Heilbronn nella sua ordinanza di rinvio, che la lett. b), che contiene una disposizione particolare relativa ai contratti di affitto a durata limitata aggiunta all'art. 16, punto 1, della Convenzione di Bruxelles dalla convenzione di San Sebastián, non è pertinente nel caso di specie, dato che non ricorrono tutte le condizioni specificate in tale disposizione. Così, nella fattispecie di cui alla causa principale, il proprietario e il locatario dell'immobile non sono domiciliati nello stesso Stato contraente.

18. – Pertanto, il giudice *a quo* chiede alla Corte se l'ambito di applicazione dell'art. 16, punto 1, lett. a), che risulta dalla convenzione di San Sebastián, pertinente alla controversia di cui alla causa principale, ma la cui formulazione è rimasta inalterata rispetto all'art. 16, punto 1, della Convenzione di Bruxelles nelle sue versioni anteriori, si estenda ad un'azione giudiziaria come quella dinanzi ad esso proposta.

19. – Occorre infine precisare che la circostanza, menzionata nella questione pregiudiziale, che nella fattispecie il proprietario ed il locatario dell'immobile non abbiano il loro domicilio nello stesso Stato contraente è irrilevante, poiché, come risulta dalla sua formulazione stessa e fatto salvo il suo punto 1, lett. b), che, come è stato appena rilevato al punto 17 della presente sentenza, è inapplicabile nella presente controversia, l'art. 16 della Convenzione prescinde dal domicilio delle parti (v., in tal senso, sentenza 14 dicembre 1977, causa 73/77, Sanders, *Racc.*, 2383, punto 10).

20. – Di conseguenza, la questione pregiudiziale dev'essere intesa come diretta sostanzialmente a determinare se la regola di competenza esclusiva prevista in materia di contratti d'affitto di immobili dall'art. 16, punto 1, lett. a), della Convenzione si applichi ad un'azione di risarcimento danni per cattiva manutenzione dei locali e per danni causati ad un alloggio preso in locazione da un privato per trascorrervi alcune settimane di vacanze, anche qualora essa non sia intentata direttamente dal proprietario dell'immobile, ma da un operatore turistico professionale presso il quale l'interessato aveva preso in locazione l'alloggio e che agisce in giudizio a seguito di una surroga nei diritti del proprietario dell'immobile.

21. – A questo proposito, occorre ricordare che, in quanto eccezione alla regola generale di competenza sancita all'art. 2, primo comma, della Convenzione, l'art. 16 non deve essere interpretato in senso più ampio di quanto richieda la finalità da esso perseguita, dal momento che esso ha per effetto di privare le parti della scelta, che altrimenti spetterebbe loro, del foro competente e, in taluni casi, di portarle davanti ad un giudice che non è quello proprio del domicilio di alcuna di esse (v. sentenze Sanders, già citata, punti 17 e 18; 10 gennaio 1990, causa C-115/88, Reichert e Kockler, *Racc.*, I-27, punto 9, e 9 giugno 1994, causa C-292/93, Lieber, *Racc.*, I-2535, punto 12).

22. – Di conseguenza, secondo una giurisprudenza costante, affinché trovi applicazione l'art. 16, punto 1, della Convenzione non è sufficiente che l'azione abbia un nesso con un immobile (sentenze 17 maggio 1994, causa C-294/92, Webb, *Racc.*, I-1717, punto 14, e Lieber, già citata, punto 13).

23. – Nondimeno, risulta da questa stessa giurisprudenza che, per quanto concerne una causa come quella principale, che è relativa non ad un diritto reale immobiliare, ma ad un contratto di locazione di un immobile, rientra nell'ambito di questa disposizione ogni controversia che riguardi i diritti e gli obblighi che discendono da un contratto di locazione di un bene immobile, indipendentemente dal fatto che l'azione sia fondata su un diritto reale o su un diritto di obbligazione (citata sentenza Lieber, punti 10, 13 e 20).

24. – Ora, ciò avviene appunto nella fattispecie oggetto della causa principale, poiché l'azione giudiziaria intentata dalla Dansommer, sorta dall'inadempimento parziale di un contratto di locazione di immobili, è fondata sull'obbligo del locatario di conservare in buono stato l'immobile locato e di riparare i danni da lui causati a quest'ultimo.

25. – L'oggetto della controversia pendente dinanzi al giudice *a quo* si ricollega così direttamente ad un contratto di locazione relativo ad una proprietà immobiliare e, pertanto, ad un contratto d'affitto di un immobile ai sensi dell'art. 16, punto 1, lett. a), della Convenzione, di modo che la controversia rientra nella regola di competenza esclusiva enunciata in tale disposizione.

26. – Questa interpretazione, che è peraltro la sola che non privi del suo effetto utile la detta regola di competenza esclusiva in materia di contratti di affitto di immobili, è corroborata dalla *ratio* della disposizione controversa.

27. – Risulta infatti tanto dalla relazione del signor Jenard relativa alla Convenzione di Bruxelles (*GU* 1979, C 59, 1, in particolare pag. 35) quanto dalla giurisprudenza che la ragione essenziale della competenza esclusiva attribuita ai giudici dello Stato contraente in cui si trova l'immobile è data dalla circostanza che tali giudici sono quelli meglio in grado, vista la prossimità, di avere una buona conoscenza delle situazioni di fatto, effettuando *in loco* accertamenti, inchieste e perizie e di applicare le norme e gli usi particolari che sono, nella generalità dei casi, quelli dello Stato di ubicazione dell'immobile (v., in particolare, citate sentenze Sanders, punto 13, e Reichert e Kockler, punto 10).

28. – Questa interpretazione è inoltre corroborata dal fatto che la relazione del signor Jenard (*cit.*, pagg. 34 e 35) precisa che, da un lato, le regole di competenza enunciate all'art. 16 della Convenzione si fondano sull'oggetto della domanda e, dall'altro, in ordine, più precisamente, alla regola di competenza esclusiva in materia di contratti di locazione di immobili di cui al punto 1 di tale articolo, gli autori della Convenzione hanno inteso riferirsi, in particolare, alle controversie relative alla riparazione dei danni causati dal conduttore.

29. – Le considerazioni che precedono non possono essere rimesse in discussione dalla sentenza 26 febbraio 1992, causa C-280/90, Hacker (*Racc.*, I-1111).

30. – In tale sentenza la Corte ha dichiarato, al punto 15, che un contratto complesso, che si riferisce ad un insieme di prestazioni di servizi fornite contro un prezzo globale pagato dal cliente, non costituisce un contratto d'affitto di un immobile ai sensi dell'art. 16, punto 1, della Convenzione.

31. – Il contratto che formava oggetto di tale controversia era stato concluso tra un organizzatore di viaggi professionale ed il suo cliente nel luogo in cui si trovavano, rispettivamente, la loro sede e domicilio e, benché esso prevedesse una prestazione riferita all'uso di un alloggio per le vacanze per una breve durata, tale contratto comportava anche altre prestazioni, quali le informazioni e i consigli con cui l'organizzatore di viaggi propone al cliente diverse possibilità di scelta per le vacanze, la prenotazione di un alloggio per il periodo scelto dal cliente, la prenotazione di posti per il trasporto, l'accoglienza sul posto e, eventualmente un'assicurazione per annullamento del viaggio (citata sentenza Hacker, punto 14).

32. – Tuttavia, è giocoforza constatare che le circostanze che caratterizzano la controversia oggetto della causa principale sono diverse da quelle della citata causa Hacker.

33. – Infatti, il contratto di cui trattasi nella causa principale verte esclusivamente sulla locazione di un immobile.

34. – La clausola delle condizioni generali di tale contratto relativa all'assicurazione destinata a coprire le spese in caso di risoluzione è una mera disposizione accessoria che non può alterare la qualificazione del contratto di locazione di immobili a cui essa si collega, tanto più che tale clausola non forma oggetto di una controversia di cui il giudice *a quo* sia investito.

35. – Lo stesso vale per la garanzia, peraltro imposta dalla normativa tedesca, del rimborso del prezzo anticipato dal cliente in caso di insolvenza dell'organizzatore del viaggio.

36. – Infine, l'art. 16, punto 1, lett. a), della Convenzione non è reso inapplicabile dal solo fatto che nella fattispecie la controversia non veda direttamente contrapposti il proprietario e il locatario dell'immobile, dato che la Dansommer ha

intentato un'azione giudiziaria contro il locatario in quanto surrogata nei diritti del proprietario del bene immobile che aveva formato oggetto del contratto di locazione concluso tra la Dansommer ed il signor Götz.

37. – Basti a questo proposito rilevare che, attraverso la surroga, una persona si sostituisce ad un'altra perché sia consentito alla prima di esercitare diritti appartenenti alla seconda, di modo che, nella causa principale, la Dansommer non agisce in veste di operatore turistico professionale, ma come se fosse la proprietaria dell'immobile di cui trattasi.

38. – Alla luce di quanto precede, occorre risolvere la questione pregiudiziale nel senso che la regola di competenza esclusiva prevista in materia di contratti d'affitto di immobili dall'art. 16, punto 1, lett. a), della Convenzione è applicabile ad un'azione di risarcimento danni per cattiva manutenzione dei locali e per danni causati ad un alloggio preso in locazione da un privato per trascorrervi qualche settimana di vacanze, anche qualora essa non sia intentata direttamente dal proprietario dell'immobile, ma da un operatore turistico professionale presso il quale l'interessato aveva preso in locazione l'alloggio e che agisce in giudizio a seguito di surroga nei diritti del proprietario dell'immobile.

Le clausole accessorie relative all'assicurazione in caso di risoluzione e alla garanzia del prezzo pagato dal cliente, che figurano nelle condizioni generali del contratto stipulato tra tale operatore ed il locatario e che non formano oggetto della controversia di cui alla causa principale, non incidono sulla natura del contratto d'affitto di un immobile ai sensi di tale disposizione della Convenzione.

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Plenum*, 10 febbraio 2000, nelle cause riunite C-147/97 e C-148/97 – *Pres. Rodriguez Iglesias – Rel. Kapteyn – Avv. Gen. La Pergola* – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'Oberlandesgericht di Francoforte sul Meno nella causa Deutsche Post AG contro GZS ed altri – Interv.: Governi danese (ag. Biering), italiano (avv. Stato Fiumara), olandese (ag. Lammers), austriaco (ag. Stix-Hackl), finlandese (ag. Rotkirch), ellenico (ag. Apessos) e francese (ag. Rispal - Bellanger) e Commissione delle Comunità europee (ag. Wiedner).

Comunità europee – Impresa pubblica – Servizio postale – Reimpostazione immateriale – Applicazione delle tariffe nazionali dello Stato di distribuzione della posta - Limiti.

(Artt. 49, 82, e 86 CE; convenzione postale universale 14 dicembre 1989, art. 25).

In assenza di un accordo tra i servizi postali degli Stati membri interessati che fissi le spese terminali in relazione ai costi reali di trattamento e distribuzione della corrispondenza transfrontaliera in entrata, l'esercizio, da parte di un ente quale la Deutsche Post AG, del diritto previsto all'art. 25, paragrafo 3, della convenzione postale universale, nella versione adottata il 14 dicembre 1989, nei

casi di cui ai paragrafi 1, seconda frase, e 2 di tale disposizione, di gravare delle proprie tariffe nazionali gli invii impostati in grande quantità presso i servizi postali di uno Stato membro diverso da quello cui fa capo tale ente, non è contrario all'art. 90 del Trattato CE (divenuto art. 86 CE), letto congiuntamente agli artt. 86 del Trattato CE (divenuto art. 82 CE), e 59 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 49 CE). Invece, l'esercizio di un diritto siffatto è contrario all'art. 90, n. 1, del Trattato, letto congiuntamente all'art. 86 del medesimo, nella misura in cui esso implica che tale ente possa esigere l'integralità delle tariffe nazionali applicabili nello Stato membro cui fa capo senza detrarre le spese terminali versate dai detti servizi postali e corrispondenti agli invii summenzionati (1).

(1) La pratica della reimpostazione nel servizio postale universale.

Le controversie pendenti dinanzi al giudice remittente tedesco si riferivano ad un comportamento ritenuto abusivo dal ricorrente (Poste tedesche) mediante il quale un soggetto (Soc. Eurocard) residente nel paese A, ricorrendo alle moderne tecnologie informatiche di trasmissione dati, inviava un corriere postale in un paese B ove, mediante il locale gestore postale, avviava nuovamente gli oggetti postali nel paese A per farli recapitare attraverso la locale rete pubblica.

Tale comportamento connotava un caso di reimpostazione (*repostage* o *remailing*) sanzionato dalla convenzione internazionale dell'U.P.U. - Unione postale universale del 14 dicembre 1989 (art. 25).

Nei diversi paesi sono attualmente in vigore differenti livelli tariffari dovuti non solo alla diversa efficienza dei gestori nazionali, ma anche, e soprattutto, al diverso grado di copertura del servizio universale che i gestori devono, ai sensi delle diverse regolamentazioni nazionali, garantire al pubblico.

Attraverso la pratica della «*repostage*» alcuni soggetti, sfruttando tali differenti livelli, evitano di pagare la tariffa in vigore nel proprio ambito nazionale per affrontare quella più conveniente dei gestori dei paesi vicini, i quali si limitano a rinviare la corrispondenza nel paese che l'ha originata. Tale corrispondenza viene, quindi, distribuita a cura del gestore nazionale del paese di destinazione (e di origine). In base ad accordi U.P.U. viene riconosciuta al soggetto recapitante solamente una quota parte della tariffa percepita dal gestore del paese B che ha provveduto alla fase iniziale di lavorazione.

Mediante una simile pratica, che, ove perseguita non occasionalmente, deve ritenersi abusiva perché tendente a sviare il traffico postale originato nell'ambito di un paese e colà stesso indirizzato, i gestori nazionali, che devono sopportare i costi della rete fissa nonché il vincolo della consegna anche in zone periferiche, possono veder compromesso il loro equilibrio economico-finanziario.

La Corte si è pronunciata nel modo in cui il Governo italiano aveva auspicato.

Nelle more del giudizio erano intervenute la direttiva n. 97/67/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 dicembre 1997, concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari ed il miglioramento della qualità del servizio, e la comunicazione della Commissione delle Comunità europee 98/C-39/02, pubblicata nella G.U.CE del 6 febbraio 1998, sull'applicazione delle regole di concorrenza al settore postale e sulla valutazione di alcune misure statali relative ai servizi postali, con la quale la Commissione espressamente aveva inteso dare la propria «interpretazione delle disposizioni del Trattato in materia» e «fornire agli Stati membri ed alle imprese linee direttrici chiare, per evitare violazioni del Trattato», salva ovviamente l'interpretazione del diritto da parte della Corte di giustizia.

(*omissis*)

1. – Con due ordinanze 25 marzo 1997 pervenute alla Corte il 17 aprile successivo, l'Oberlandesgericht di Francoforte sul Meno ha sottoposto alla Corte, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE), cinque questioni pregiudiziali relative all'interpretazione degli artt. 5, secondo comma, del Trattato CE (divenuto art. 10, secondo comma, CE), 30 e 59 del Trattato CE (divenuti, in seguito a modifica, artt. 28 CE e 49 CE), 85, 86 e 90, nn. 1 e 2, del Trattato CE (divenuti artt. 81 CE, 82 CE e 86, nn. 1 e 2, CE).

2. – Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di due controversie tra, da un lato, la Deutsche Post AG (in prosieguo: la «Deutsche Post») e, dall'altro, la Gesellschaft für Zahlungssysteme mbH (GZS) (in prosieguo: la «GZS») e la Citicorp Kar-

Secondo la direttiva (8° considerando) le misure adottate in campo comunitario cercano di assicurare «una liberalizzazione progressiva e controllata del mercato ed un giusto equilibrio nella loro applicazione, al fine di garantire in tutto il territorio comunitario, nel rispetto degli obblighi e dei diritti dei prestatori del servizio universale, la libera prestazione dei servizi nel settore postale», aggiungendo (9° considerando) che «è, pertanto, necessaria un'azione a livello comunitario tendente ad assicurare una maggiore armonizzazione». Essa, quindi, ha precisato (16° considerando) che «il mantenimento di una serie di servizi che possono essere riservati nel rispetto delle norme del Trattato e fatta salva l'applicazione delle norme di concorrenza, appare giustificato dalla necessità di consentire il funzionamento del servizio universale in condizioni di equilibrio finanziario». La direttiva, dunque, sottolinea l'esigenza di mantenere diritti riservati per l'esigenza di assicurare il servizio universale in condizioni di equilibrio finanziario, attuando parallelamente una progressiva liberalizzazione ed una progressiva armonizzazione delle discipline di settore. Essa, poi, ha ricordato, in particolare, — all'art. 13 — che occorre garantire la fornitura transfrontaliera del servizio universale, e che per far ciò è opportuno che i fornitori del servizio si accordino sulle spese terminali, rispettando il principio che esse devono essere fissate in relazione ai costi di trattamento e di distribuzione della posta transfrontaliera in entrata.

Dal suo canto, nella citata sua comunicazione, la Commissione ha posto anch'essa l'accento (paragrafo 8.5.) sulla possibilità per gli Stati membri di «mantenere talune restrizioni vigenti per la distribuzione di corrispondenza transfrontaliera in arrivo, per evitare sviamenti artificiali del traffico che gonfierebbero la quota della corrispondenza transfrontaliera sul traffico comunitario», ribadendo (paragrafo 8.6., terz'ultimo e penultimo capoverso) che l'obbligo di fornire un accesso non discriminatorio alla rete postale pubblica non implica che gli Stati membri siano tenuti a garantire l'accesso per gli invii con il sistema della c.d. «reimpostazione immateriale», fatta «unicamente per potersi avvantaggiare di tariffe postali inferiori», meccanismo questo che può «effettivamente costituire un problema economico per l'esercente che distribuisce gli invii, data l'entità delle spese terminali fra esercenti postali».

In effetti, il Governo italiano aveva sottolineato che il problema potrebbe essere risolto o, quanto meno, perdere importanza allorché l'ammontare delle spese terminali fosse effettivamente proporzionato e rapportato ai costi di trattamento e di distribuzione della posta transfrontaliera in entrata. E a ciò si sta provvedendo con i c.d. accordi di Reims: ma essi non esplicano ancora la loro efficacia (e chissà ancora per quanto tempo e con quale intensità) e, quindi, il problema posto dal giudice tedesco si presentava e si presenta ancora in tutta la sua valenza, perché è ben noto e non seriamente contestato che oggi le spese terminali coprono solo in piccola parte e in modo assolutamente insufficiente il costo del servizio reso dal gestore del servizio nello Stato di destinazione della posta.

tenservice GmbH (in prosieguo: la «CKG»), con riguardo alla distribuzione della corrispondenza proveniente dall'estero che sia stata oggetto di una reimpostazione immateriale.

SFONDO GIURIDICO

La convenzione postale universale

3. — A norma della convenzione postale universale, la cui prima versione risale al 1874, i servizi postali di uno Stato contraente hanno l'obbligo di inoltrare e distribuzione ai destinatari interessati della corrispondenza internazionale che a tali servizi venga trasmessa dai servizi postali di altri Stati contraenti e che sia indirizzata a destinatari domiciliati sul territorio del detto Stato.

Allorché si invia una lettera ad un corrispondente che si trova in altro Stato membro, il francobollo con cui si affranca questa corrispondenza è uguale sia che la consegna debba avvenire nello stesso Stato membro nel quale si imposta, sia che debba avvenire in altro Stato membro. Ma, mentre nel primo caso tutte le spese di raccolta, trasporto e distribuzione sono sopportate dal medesimo gestore e, quindi, sono adeguatamente remunerate (sia pure in un contesto di servizio universale), nel secondo caso lo Stato in cui si imposta la corrispondenza riceve il corrispettivo dell'intera operazione ma opera solo la raccolta ed il trasporto fino alla frontiera (il che è il meno dell'intera operazione), mentre lo Stato di destinazione dovrebbe eseguire l'ulteriore trasporto e la distribuzione (il che è il più dell'intera operazione) senza ricevere alcun corrispettivo.

La reciprocità del servizio reso nei rapporti interfrontalieri ed una iniziale limitatezza del traffico transfrontaliero hanno reso dapprima non eccessivamente rilevante il problema, per via della compensazione reciproca degli oneri. Ma le differenze strutturali dei servizi (dimensionati ed efficienti anche in relazione a dati oggettivi riguardanti la dimensione e la configurazione geografica dei rispettivi territori e la distribuzione della popolazione) e l'ampliamento del traffico transfrontaliero hanno imposto un meccanismo di pagamento di spese terminali, che però, allo stato attuale degli accordi, sono ancora lontane dal coprire effettivamente i costi del gestore di destinazione: cionondimeno il sistema, malgrado tale inadeguatezza, risulta, entro certi limiti, accettabile, purché il traffico transfrontaliero si svolga nei suoi limiti fisiologici, limiti che, quindi, presuppongono una certa compensazione reciproca degli effetti negativi, cioè dei maggiori costi di distribuzione.

Altra cosa è, invece, lo sviamento di traffico, che rappresenta la patologia del rapporto transfrontaliero. Se l'utente, anziché rispettare il meccanismo ordinario di impostazione nel paese in cui opera, si avvale, sia pur adoperando i mezzi della moderna tecnologia, del servizio postale di altro Stato membro che costa di meno (e non solo magari per un problema di mera maggiore efficienza ma anche, magari, per il minore impegno che gli è necessario per svolgere il servizio universale nel suo territorio), vi sarà un palese e ingiustificato aggravio di spesa per il gestore del paese di destinazione, che non è compensato da alcunché.

Non v'è alcuna ragione per favorire questo sviamento e a ciò cerca di porre rimedio l'art. 25 della convenzione U.P.U. (sia nella sua versione del 1989, in esame nella causa in corso, sia in quella successiva di Seoul, oggi vigente). Ma l'art. 25 è operante nel solo caso, espressamente indicato, in cui l'impostazione in un paese diverso da quello di destinazione finale della corrispondenza avvenga «allo scopo di fruire delle condizioni tariffarie più favorevoli ivi applicate». Questo è il presupposto assoluto e inderogabile per l'applicazione della norma della convenzione che consente al paese di destinazione di richiedere il pagamento della propria tariffa interna e, in caso di mancanza di pagamento, di restituire la posta al gestore di impostazione.

4. — Al centro delle cause principali è la convenzione postale universale, quale è stata adottata il 14 dicembre 1989 a Washington (in prosieguo: la «CPU»). In Germania, la CPU è stata approvata dalla Gesetz zu den Verträgen vom 14 dicembre 1989 des Weltpostvereins (legge relativa alle convenzioni 14 dicembre 1989 dell'Unione postale universale) 31 agosto 1992 (BGB1. II, 749).

5. — Originariamente, i servizi postali distribuivano la corrispondenza internazionale senza essere retribuiti per tale compito. Uno dei principi costitutivi del fondamento della CPU era che, nella misura in cui qualsiasi lettera genera una risposta, i flussi di traffico postale tra i due Stati contraenti dovevano necessariamente tende-

Proprio e solo in presenza di uno sviamento di traffico occorreva verificare se il Trattato consente l'applicazione della regola di salvaguardia posta dall'art. 25 della convenzione U.P.U.

Naturalmente nel caso di applicazione di tale norma le spese terminali devono essere calcolate non in via forfettaria, ma in modo specifico (anche se ovviamente con una certa approssimazione) in relazione alla dimensione e al peso della corrispondenza che dallo Stato membro di impostazione viene avviata, tutta insieme, allo Stato membro di destinazione. Non può, in effetti, essere consentito allo Stato membro di destinazione (come, del resto, aveva riconosciuto in corso di causa la stessa Deutsche Post) di sommare a proprio favore, in caso di applicazione della misura di protezione dell'art. 25, le spese terminali alla tariffa interna o anche solo di riscuotere le spese terminali senza accettare la corrispondenza per la distribuzione: in caso di applicazione dell'art. 25, lo Stato di destinazione o non riscuote le spese terminali per la corrispondenza oggetto di sviamento (il che è ben possibile potendo separare questa da quella avviata subito al corso ulteriore di trasporto interno e distribuzione) oppure sottrae, dall'ammontare della tariffa interna richiesta per l'accettazione, l'ammontare delle spese terminali riscosse o da riscuotere.

Il servizio postale può essere sottoposto ad un regime particolare secondo il Trattato, dovendo il gestore provvedere al servizio universale in condizioni di equilibrio finanziario. Finché l'utilizzatore del servizio usa ed esercita il suo diritto, l'operatore postale sarà tenuto ad assicurare il trattamento di posta internazionale limitandosi a riscuotere, a parziale copertura dei suoi costi, le spese terminali fissate con l'accordo. Ma se l'utilizzatore finale intende sconfinare per approfittare del minor carico delle spese postali in altro Stato membro, egli userà sì il suo diritto d'impostare dove vuole, ma non può più pretendere che il servizio gli sia reso al prezzo minore da lui sopportato quando esso impegna il gestore di destinazione ad un servizio non corrispondente ai costi programmati, in funzione dei quali sono stabilite le tariffe: se una pratica del genere prendesse piede, il gestore del paese di distribuzione sarebbe costretto ad aumentare le proprie tariffe (a danno, altresì, degli utenti che potremmo dire ordinari, fisiologici) per far fronte allo sviamento di traffico, con una reazione a catena non più controllabile, che finirebbe con il mettere in crisi lo stesso servizio universale.

Saremmo certamente in presenza di un abuso del diritto, ma non da parte del gestore di distribuzione, quanto dell'utilizzatore finale, per contrastare il quale un rimedio adeguato sembra essere proprio l'art. 25 della convenzione U.P.U. (finché non si raggiunga un accordo — tipo Reims — per le spese terminali corrispondenti ai costi effettivi).

Fatto salvo, dunque, il diritto dell'utilizzatore del servizio postale comunitario di utilizzare un qualsiasi punto di accesso alla rete in condizioni di assoluta trasparenza, ha aggiunto la difesa del Governo italiano, i rischi che, durante il cosiddetto periodo transitorio, il ricorso alle pratiche di «repostage ABA non fisico» non trovino altra giustificazione se non l'attuale inadeguatezza degli attuali tassi di spese terminali sono fortissimi e altrettanto gravi sono le conseguenze che, in termini finanziari, alcuni operatori postali pubblici dovrebbero sopportare qualora venisse esclusa l'applicazione delle disposizioni previste dall'articolo 25 della Convenzione U.P.U.

re all'equilibrio. Quando è però emerso che i servizi postali dei diversi Stati dovevano trattare quantitativi di corrispondenza internazionale molto variabili, disposizioni speciali sono state previste a tal riguardo a, partire dal 1924.

6. – L'art. 25 della CPU dispone:

«1. Nessun paese membro è tenuto a trasmettere né a distribuire ai destinatari gli invii della posta lettere che mittenti residenti sul suo territorio impostano o fanno impostare in un paese estero, allo scopo di beneficiare delle tariffe più basse che vi si applicano. Lo stesso vale per gli invii di questo tipo, impostati in grande quantità, che queste impostazioni vengano o meno effettuate allo scopo di beneficiare di tariffe più basse.

2. Il paragrafo 1 si applica indistintamente sia agli invii preparati nel paese di residenza del mittente e successivamente trasportati attraverso la frontiera, sia a quelli confezionati in un paese estero.

3. L'amministrazione interessata ha il diritto o di rispedire gli invii all'origine, o di gravarli delle proprie tariffe nazionali. Se il mittente rifiuta di pagare queste tariffe, essa può disporre di tali invii in conformità alla propria legislazione interna.

4. Nessun paese membro è tenuto ad accettare, avviare o distribuire ai destinatari gli invii di posta lettere che i mittenti hanno impostato o fatto impostare in grandi quantità in un paese diverso da quello in cui sono domiciliati. Le amministrazioni interessate hanno il diritto di rispedire tali invii all'origine o di consegnarli ai mittenti senza restituire la tassa pagata».

Oltre che ad una perdita di traffico nazionale, che già di per sé mette a rischio la viabilità finanziaria della rete del servizio universale, con grave pregiudizio non solo per l'economicità della gestione ma anche, e soprattutto, per gli interessi degli utilizzatori, le Poste dovrebbero sopportare anche ulteriori danni economici legati a pratiche che sostanzialmente sfruttano le inadeguatezze attuali delle spese terminali da un lato e dall'altro l'obbligo che incombe ai gestori pubblici di assicurare, comunque, la consegna della posta internazionale in arrivo sul proprio territorio.

In buona sostanza, in presenza di un danno economico, spesso anche rilevante, per l'operatore postale destinatario della posta internazionale, non può avere alcuna rilevanza la modalità di trasmissione, fisica o telematica, del corriere ai fini di una applicazione dell'articolo 25 della Convenzione U.P.U., attualmente unico strumento di difesa per l'operatore danneggiato. E del tutto irrilevante è, sotto questo aspetto, il fatto che la reimpostazione sia fisica o non fisica. Anche nel caso di reimpostazione non fisica v'è uno sviamento di traffico con conseguente inadeguatezza del sistema di servizio universale a sopportarne le conseguenze. Nessuna rilevanza può avere l'eventuale valore aggiunto che si dà alla corrispondenza nel paese B, posto che il servizio postale prescinde dal valore della corrispondenza ed è ancorato sui costi per il suo solo recapito (raccolta, trasporto, distribuzione). Così come irrilevante è l'eventuale costo aggiuntivo sopportato dall'utilizzatore che abbia scelto di impostare nel paese B per godere del minore importo della tariffa: se questo era il suo scopo, ha fatto male i calcoli e ne sopporti le conseguenze, senza cercare di addossare i maggiori costi al servizio dello Stato di destinazione.

OSCAR FIUMARA

Le spese terminali

7. – Le spese terminali sono le spese che un'amministrazione postale percepisce da un'altra per la distribuzione dei suoi invii internazionali. La normativa relativa a tali spese è stata introdotta, per la prima volta, nella convenzione postale universale del 1969. Tuttavia, tale normativa non era sufficiente a coprire le spese dei servizi postali del paese di destinazione dei detti inoltri, segnatamente a causa del fatto che, senza l'accordo dei paesi in via di sviluppo, non era possibile l'imposizione di spese terminali più elevate.

8. – Nel 1987, nel contesto della Conferenza europea delle amministrazioni delle Poste e Telecomunicazioni svoltasi a Berna (Svizzera), operatori postali pubblici di taluni Stati membri della Comunità europea e di paesi terzi hanno concluso un accordo per introdurre una nuova formula di calcolo delle tariffe delle spese terminali.

9. – Il 13 dicembre 1995 sedici servizi postali, tra cui figuravano tutti quelli degli Stati membri dell'Unione europea, tranne la Spagna, nonché quelli della Norvegia e dell'Islanda, hanno concluso l'«accordo Reims I». Tale accordo prevedeva un aumento graduale delle spese terminali per un periodo di sei anni. Nel 2001, tali spese dovrebbero raggiungere un livello corrispondente all'80% delle tariffe postali interne. Ai sensi di una clausola risolutiva espressa relativa all'adesione del servizio postale spagnolo, tale accordo è scaduto il 30 settembre 1997.

10. – Il 9 luglio 1997, i servizi postali di dieci Stati, cioè la Danimarca, la Germania, la Finlandia, la Francia, la Grecia, l'Islanda, l'Italia, la Norvegia, l'Austria e la Spagna, hanno sottoscritto l'«accordo Reims II», entrato in vigore il 1° ottobre 1997. Tale accordo prevede un periodo transitorio più breve. Al termine di tale periodo, l'art. 25 della CPU non sarà più applicabile tra le parti contraenti.

La reimpostazione

11. – Risulta dagli atti di causa che, quanto ai servizi di reimpostazione, è consuetudinario effettuare una distinzione tra la reimpostazione materiale e la reimpostazione non materiale, designata anche «reimpostazione immateriale».

12. – la reimpostazione materiale comprende i seguenti casi:

la reimpostazione detta «ABA»: le lettere provengono dallo Stato A, ma sono reimpostate nello Stato B per essere distribuite nello Stato A;

la reimpostazione detta «ABB»: le lettere provengono dallo Stato A, ma sono impostate nello Stato B per essere distribuite in tale Stato;

la reimpostazione detta «ABC»: le lettere provengono dallo Stato A, ma sono impostate dallo Stato B per essere distribuite nello Stato C.

13. – In caso di reimpostazione non fisica, il contenuto delle lettere è trasmesso mediante trasferimento elettronico dallo Stato A verso lo Stato B, in cui l'informazione è stampata per essere distribuita negli Stati A, B o C.

*IL PROCEDIMENTO C-148/97**La controversia nella causa principale*

14. – Le attività europee nel settore delle carte di credito del gruppo Citibank dirette dall'European Headquarters della Citibank NA a Bruxelles. Il gruppo Citibank possiede, nei vari Stati membri, consociate o succursali operanti nel mercato dei servizi bancari, come lo sono in Germania le società Citibank Privatkunden AG e Diners Club Deutschland GmbH. Tra le imprese del gruppo Citibank figura anche la CKG, con sede in Francoforte sul Meno. Quest'ultima è un'impresa che presta servizi e si occupa della redazione e dell'invio degli estratti conto, delle attestazioni, delle fatture e delle richieste di pagamento o di fatturazione dirette ai clienti titolari della carta Visa o di altre carte.

15. – Nel 1993, il gruppo Citibank ha deciso di istituire un organismo centralizzato per la redazione e l'invio degli estratti conto ed altri conteggi bancari standardizzati, il Citicorp European Service Center BV (in prosieguo: il «CESC»), con sede in Arnhem (Paesi Bassi).

16. – Sino al 30 giugno 1995, l'elaborazione informatica veniva effettuata al centro di calcolo della CKG a Francoforte sul Meno. I dati elaborati relativi ai clienti titolari di una carta Visa erano dapprima trasmessi, mediante un sistema di trasferimento elettronico, al CESC, affinché quest'ultimo redigesse gli estratti conto o le attestazioni, i conteggi e gli ordini di pagamento o di compensazione. Il CESC provvedeva quindi alla stampa in forma di lettere standard, poi imbustate ed affrancate per l'invio. Tali invii erano infine rimessi alla PTT Post BV (Posta olandese; in prosieguo: la «PTT Post») di Arnhem a fini di inoltrare. Quest'ultima trasmetteva gli invii alla Deutsche Post, affinché quest'ultima li recapitasse ai destinatari residenti in Germania.

17. – Oltre alla CKG, altre imprese e reti di succursali del gruppo Citibank in Francia, Belgio, Spagna, Portogallo e Grecia sono connessi all'installazione centrale di ricevimento, trattamento, stampa dei dati ed invio per posta del CESC. Quest'ultimo occupa attualmente ventidue dipendenti per realizzare gli invii di posta lettere verso destinatari domiciliati negli Stati membri dell'Unione europea.

18. – Risulta dagli atti di causa che, dal 1° luglio 1995, i dati non sono più trattati negli stabilimenti del gruppo Citibank siti in diversi Stati, ma in maniera centralizzata, per il mondo intero, dagli elaboratori del centro elaborazione dati del gruppo Citibank a Sioux Falls (Dakota del Sud, Stati Uniti). I giustificativi riferentisi alle carte di credito sono in un primo tempo presentati dalle imprese contraenti alla CKG, la quale rileva i dati dell'impresa mittente, quelli dell'importo relativo all'utilizzazione della carta e quelli del cliente. Tali dati sono poi trasmessi via satellite al centro di trattamento di Sioux Falls. Quest'ultimo effettua allora il trattamento ulteriore dei dati, attraverso l'addebito del bonifico e degli oneri corrispondenti sul conto del cliente. I dati così prodotti sono infine trasmessi via satellite al CESC che li stampa e li spedisce.

19. – Per gli invii di posta lettere spediti a destinatari residenti in Germania, la PTT Post percepisce, nei Paesi Bassi, la tariffa abituale per invii internazionali, cioè l'importo di circa DEM 0,55. Essa versa alla Deutsche Post le spese terminali che, alla data dei fatti nel procedimento principale, variavano da DEM 0,37 a DEM 0,40 per una lettera.

20. – In forza dell'art. 25, paragrafo 3, della CPU e 9 della Postgesetz (legge sul servizio postale), la Deutsche Post ha richiesto, per ciascuna lettera della CKG distribuita in Germania, l'importo delle tariffe interne, cioè DEM 1 a lettera. Per il periodo dal 24 febbraio al 9 luglio 1995, la Deutsche Post ha chiesto il pagamento di una somma di DEM 3 668 916 che corrisponde agli invii della posta lettere recante la menzione il mittente «Citicorp European Service Center, P.O. Box 5411, 6802 EK Arnhem, The Netherlands» o «Citicorp European Service Center BV, P.O. Box 5200, 7570 GE Oldenzaal, The Netherlands», invii pervenuti all'ufficio postale competente a ricevere in consegna il corriere proveniente dai Paesi Bassi.

21. – Poiché la CKG ha rifiutato di corrispondere la somma richiesta, la causa è stata deferita al Landgericht di Francoforte sul Meno. Con sentenza 8 maggio 1996, quest'ultimo ha rigettato la domanda della Deutsche Post per il motivo ch'essa non poteva fondare un diritto contrattuale sull'art. 25, paragrafo 3, della CPU, poiché tale disposizione si limita ad offrire un fondamento per la richiesta di tariffe supplementari nell'ambito di rapporti di utenza disciplinati dal diritto pubblico. Esso ha inoltre ritenuto che la stampa delle lettere nei Paesi Bassi non costituiva la «preparazione» di un invio ai sensi dell'art. 25 della CPU. Non sarebbe infatti decisivo, nell'ambito del mercato interno, che la stampa e la messa in busta delle lettere siano trasferiti all'estero.

Le questioni pregiudiziali

22. – Il 28 giugno 1996, la Deutsche Post ha proposto un ricorso in appello avverso la detta sentenza dinanzi all'Oberlandsgericht di Francoforte sul Meno che ha sospeso il procedimento e sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'art. 90 del Trattato CE vada interpretato nel senso che una legge di ratifica delle convenzioni dell'Unione postale universale 14 dicembre 1989, in forza della quale sia attribuito al servizio postale dello Stato membro A il diritto di esigere il pagamento di tariffe interne per la distribuzione della corrispondenza inoltrata nello Stato membro B o di rifiutare la distribuzione senza il pagamento di tali tariffe, qualora il contenuto della corrispondenza sia determinato da un'impresa nello Stato membro A e trasmesso mediante un sistema elettronico di trasferimento di dati a un'impresa con sede nello Stato membro B per la stampa, la messa in busta e la consegna al servizio postale di questo Stato, costituisca un provvedimento nazionale che, in violazione dell'art. 90, n. 1, del Trattato CE, configuri una misura contraria all'art. 86 e non rientrante nell'eccezione prevista dall'art. 90, n. 2, del Trattato CE.

2) Se gli artt. 30 e seguenti, nonché 59 e seguenti del Trattato CE vadano interpretati nel senso che il diritto del servizio postale dello Stato membro A di esigere tariffe postali interne per la distribuzione di corrispondenza inoltrata nello Stato membro B a destinatari residenti nello Stato membro A, o di rifiutare la distribuzione senza il pagamento di tali tariffe, sia in contrasto con il principio della libera circolazione delle merci, qualora il contenuto della corrispondenza venga determinato da un'impresa nello Stato membro A e trasmesso a un'impresa con sede nello Stato membro B mediante un sistema elettronico di trasferimento di dati per la stampa, la messa in busta e la consegna al servizio postale di tale Stato.

3) Per il caso in cui dalla soluzione adottata per le questioni pregiudiziali di cui sopra emerga che una violazione del diritto comunitario sussiste solo in quanto il servizio postale dello Stato membro A percepisca tariffe postali interne in aggiunta a quelle pagate nello Stato membro B o al saldo delle spese terminali ai sensi della convenzione postale universale e/o dell'accordo CEPT, o possa ottenere tali tariffe avvalendosi del rifiuto di recapitare la corrispondenza:

se l'art. 5, secondo comma, del Trattato CE vada interpretato nel senso che una legge dello Stato membro A che ratifica le convenzioni dell'Unione postale universale 14 dicembre 1989 sia inapplicabile nel suo complesso o soltanto nella misura in cui il pagamento di tariffe postali interne sia richiesto in aggiunta a quelle pagate nello Stato membro B e/o in aggiunta al saldo delle spese terminali ai sensi della Convenzione postale universale o dell'accordo CEPT, o possa essere ottenuto facendo leva sul rifiuto di recapitare la corrispondenza.

4) Se la soluzione delle precedenti tre questioni debba essere diversa per il fatto che l'impresa, avente sede nello Stato membro B, incaricata della stampa, della messa in busta e della consegna al locale servizio postale sia collegata nell'ambito di uno stesso gruppo di imprese con l'impresa, avente sede nello Stato membro A, che determina il contenuto della corrispondenza.

5) Se la soluzione delle prime tre questioni dipenda dal fatto che l'impresa, avente sede nello Stato membro B, incaricata della stampa, della messa in busta e della consegna al locale servizio postale operi esclusivamente per l'impresa, avente sede nello Stato membro A, che determina il contenuto della corrispondenza, o anche per una serie di imprese committenti dello stesso tipo».

IL PROCEDIMENTO C-147/97

La controversia nella causa principale

23. - La GZS, i cui soci sono istituti di credito che emettono carte di credito EUROCARD, è il principale operatore quanto al fatturato realizzato dalle carte di credito Eurocard in Germania. Nel contesto della sua attività di trattamento di dati, la GZS emette, per i titolari della detta carta e per le imprese associate, estratti conto mensili che vengono spediti per lettera.

24. – In un primo tempo, la GZS aveva provveduto direttamente alle operazioni di stampa e messa in busta degli estratti conto, nonché di inoltro delle lettere alla Deutsche Post per la successiva distribuzione. Dall'estate 1995, la GZS trasmette mediante trasferimento elettronico i dati necessari al suo associato danese per l'emissione degli estratti conto. Presso quest'ultimo, gli estratti conto vengono emessi, stampati, imbustati e subito inoltrati alla posta danese. Quest'ultima li trasmette alla Deutsche Post per l'ulteriore spedizione in Germania e distribuzione ai destinatari residenti nel territorio di tale Stato membro. Per gli invii della posta lettere a tali destinatari, il servizio postale danese percepisce la tariffa in vigore in Danimarca per le spedizioni all'estero, tariffa che è inferiore alla tariffa nazionale in vigore in Germania. Esso paga alla Deutsche Post le spese terminali, che ammontavano, all'epoca dei fatti nella causa principale, a DEM 0,36 a lettera.

25. – In forza degli artt. 25, paragrafo 3, della CPU e 9 della Postgesetz, la Deutsche Post ha preteso dalla GZS il pagamento di una somma di DEM 623 984. Poiché quest'ultima ha rifiutato di corrispondere la somma richiesta, la causa è stata deferita al Landgericht di Francoforte sul Meno, il quale ha rigettato la domanda per gli stessi motivi di quelli menzionati al punto 21 della presente sentenza.

Le questioni pregiudiziali

26. – L'8 settembre 1996, la Deutsche Post ha proposto ricorso in appello avverso tale sentenza dinanzi all'Oberlandsgericht di Francoforte sul Meno il quale ha sospeso il procedimento e sottoposto alla Corte tre questioni pregiudiziali di identico tenore a quello delle prime tre questioni nella causa C-148/97.

27. – Con ordinanza 8 luglio 1997, il presidente della Corte ha deciso di riunire le cause ai fini della fase scritta ed orale e della sentenza.

28. – Va preliminarmente dichiarato che l'art. 25, paragrafo 1, della CPU distingue due casi in cui i servizi postali degli Stati contraenti non sono tenuti ad inoltrare o distribuire ai destinatari la corrispondenza che qualunque mittente, domiciliato sul territorio di uno Stato contraente, imposti o faccia impostare in un altro Stato contraente. Nel caso di cui all'art. 25, paragrafo 1, prima frase, trattasi delle lettere impostate in un altro Stato contraente al fine di beneficiare delle tariffe più basse che vi sono applicate. In conformità dell'art. 25, paragrafo 1, seconda frase, trattasi degli invii in grande quantità, che queste impostazioni vengano o meno effettuate allo scopo di beneficiare di tariffe più basse.

29. – Ai sensi dell'art. 25, paragrafo 2, della CPU, il paragrafo 1 di tale disposizione si applica indistintamente sia agli invii preparati nel paese di residenza del mittente e successivamente trasportati attraverso la frontiera, sia agli invii confezionati in quest'ultimo Stato.

30. – A tenore dell'art. 25, paragrafo 3, della CPU, i servizi postali hanno il diritto, nei casi di cui al paragrafo 1 di tale disposizione, o di rispedire gli invii all'origine, o di gravarli delle proprie tariffe nazionali.

31. – Dagli atti del procedimento C-148/97 risulta che il CESC stampa e spedisce, a partire dai Paesi Bassi verso destinatari domiciliati negli Stati membri dell'Unione europea, circa 42 milioni di invii postali all'anno redatti sulla base dei dati elaborati dalla CKG e trasmessi per via telematica. Secondo il fascicolo C-147/97, la GZS trasmette attraverso lo stesso canale al suo associato danese i dati corrispondenti a circa 7 milioni di titolari di carte di credito per il loro inoltro attraverso la posta danese.

32. – Risulta anche dagli atti dei procedimenti e dalle ordinanze di rinvio che, in forza dell'art. 25, paragrafo 3, della CPU, la legislazione nazionale autorizza la Deutsche Post ad esigere l'importo della tariffa nazionale per ogni lettera spedita dalla CKG e dalla GZS ch'essa distribuiva in Germania.

33. – Ne deriva infine che, per risolvere le questioni sollevate, non occorre prendere in considerazione la specifica circostanza che, nel caso di specie, il contenuto del corriere sia stato comunicato mediante trasferimento elettronico (reimpostazione immateriale).

34. – Ne consegue che le questioni pregiudiziali relative al caso previsto all'art. 25, paragrafo 1, seconda frase, della CPU, letto in combinato disposto col paragrafo 2 di tale disposizione, cioè l'impostazione presso i servizi postali di altri Stati membri di invii postali in grande quantità preparati o confezionati in questi ultimi Stati. Pertanto, al fine di risolvere in modo utile le controversie nella causa principale, non occorre esaminare se la CKG e la GZS impostino i loro invii presso i servizi postali di altri Stati membri al fine di fruire delle tariffe più basse che vi sono applicate.

35. – Trattandosi dell'interpretazione dell'art. 30 del Trattato, chiesta dal giudice *a quo*, è sufficiente rilevare che tale disposizione non è applicabile nelle cause principali. Infatti, gli invii internazionali della posta lettere vanno considerati come una prestazione transfrontaliera del servizio postale universale comportante, per i servizi postali dello Stato contraente di destinazione, l'obbligo di inoltro e di distribuzione dei detti invii.

36. – Alla luce delle precedenti considerazioni, le prime tre questioni vanno intese nel senso che il giudice nazionale chiede in sostanza se l'esercizio, da parte di un ente come la Deutsche Post, del diritto previsto all'art. 25, paragrafo 3, della CPU, nei casi di cui ai paragrafi 1, seconda frase, e 2 di tale disposizione, di gravare delle proprie tariffe nazionali gli invii depositati in grande quantità presso i servizi postali di uno Stato membro diverso da quello cui appartiene l'ente stesso, sia contrario all'art. 90 del Trattato letto in combinato disposto con gli artt. 86 e 59 del medesimo.

37. – Per risolvere tale questione, come essa è stata riformulata, è opportuno dapprima rilevare che un ente, quale la Deutsche Post, cui è stata accordata l'esclusività per la raccolta, il trasporto e la distribuzione della corrispondenza, va considerato un'impresa investita dallo Stato membro interessato di diritti esclusivi, ai sensi dell'art. 90, n. 1, del Trattato (sentenza 19 maggio 1993, causa C-320/91, Corbeau, *Racc.*, 1-2533, punto 8).

38. – Occorre ricordare inoltre che, secondo una giurisprudenza costante, un'impresa che gode di un monopolio di legge su una parte sostanziale del mercato comune può essere considerata occupare una posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del Trattato (v. sentenze 10 dicembre 1991, causa C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova SpA, *Racc.*, 1-5889, punto 14; 13 dicembre 1991, causa C-18/88, GB-Inno-BM, *Racc.*, 1-5941, punto 17, e Corbeau, già citata, punto 9).

39. – La Corte ha avuto occasione di precisare al riguardo che, sebbene il mero fatto che uno Stato membro crei una posizione dominante mediante la concessione di diritti esclusivi di per sé non sia incompatibile con l'art. 86, nondimeno il Trattato impone agli Stati membri di non adottare o mantenere in vigore misure atte ad eliminare l'effetto utile del detto articolo (v. sentenze 18 giugno 1991, causa C-260/89, ERT, *Racc.*, I - 2925, punto 35, e Corbeau, già citata, punto 11).

40. – Di conseguenza, l'art. 90, n. 1, prevede che gli Stati membri, per quanto riguarda le imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, non emanino né mantengano in vigore alcuna misura in contrasto, in particolare, con le norme del Trattato in materia di concorrenza (v. sentenza Corbeau, già citata, punto 12).

41. – Questa disposizione dev'essere interpretata congiuntamente al n. 2 dello stesso articolo che prevede che le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale siano sottoposte alle norme sulla concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica funzione loro affidata.

42. – Va infine rilevato che la CPU parte dall'ipotesi di un mercato della corrispondenza in cui i servizi postali dei diversi Stati contraenti dell'Unione postale universale non si trovano tra loro in concorrenza.

43. – In tale contesto, l'oggetto della CPU è quello di istituire regole che assicurino l'inoltro e la distribuzione degli invii internazionali a destinatari domiciliati sul territorio di uno Stato contraente e trasmessi dai servizi postali di altri Stati contraenti. Infatti, uno dei principi fondamentali della CPU, enunciato all'art. 1 di quest'ultima, è l'obbligo dell'amministrazione postale dello Stato contraente di destinazione di inoltrare e distribuire il corriere internazionale ai destinatari domiciliati sul suo territorio, utilizzando a tal fine i mezzi più rapidi della sua posta lettere. A tale proposito, gli Stati che hanno adottato la convenzione dell'Unione postale universale costituiscono un territorio postale unico, in cui la libertà di transito degli invii internazionali reciproci è, in linea di principio, garantita.

44. – L'adempimento degli obblighi derivanti dalla CPU costituisce quindi in quanto tale, per i servizi postali degli Stati membri, un servizio d'interesse economico generale ai sensi dell'art. 90, n. 2, del Trattato.

45. – Nel caso di specie, la gestione di tale servizi è attribuita, a norma della legislazione tedesca, alla Deutsche Post.

46. – Com'è stato richiamato al punto 5 della presente sentenza, originariamente i servizi postali distribuivano il corriere internazionale senza percepire compenso per tale funzione. Tuttavia, quando è apparso che, di frequente, i flussi di traffico postale tra due Stati contraenti non tendevano all'equilibrio, di modo che i servizi postali dei vari Stati membri dovevano trattare quantitativi di corrispondenza internazionale molto variabili, sono state previste al riguardo specifiche disposizioni, tra cui figura l'art. 25 della CPU.

47. – Ai sensi dell'art. 25, paragrafo 3, della CPU, i servizi postali degli Stati contraenti hanno segnatamente il diritto, nei casi di cui ai paragrafi 1 e 2 di tale disposizione, di gravare gli invii delle proprie tariffe interne.

48. – L'attribuzione ad un ente quale la Deutsche Post del diritto di assimilare, in casi siffatti, gli invii internazionali al corriere interno fa sorgere una situazione in cui l'ente in parola può essere indotto, a detrimento degli utenti dei servizi postali, a sfruttare abusivamente la sua posizione dominante che consegue dal diritto di esclusiva, conferitogli, d'inoltrare e distribuire i detti invii ai destinatari interessati.

49. – In tale ottica, va quindi esaminato in quale misura l'esercizio di un diritto siffatto sia necessario a permettere a tale ente di compiere la sua missione d'interesse generale conformemente agli obblighi derivanti della CPU e, in particolare, di fruire di condizioni economicamente accettabili.

50. – In proposito, va dichiarato che l'obbligo di un ente quale la Deutsche Post d'inoltrare e di distribuire ai destinatari domiciliati sul territorio tedesco invii impostati in grande quantità presso i servizi postali di altri Stati membri da mittenti domiciliati sul detto territorio, senza che sia prevista per tale ente la possibilità di ottenere la compensazione finanziaria di tutte le spese che comporta il detto obbligo, sarebbe idoneo a mettere in pericolo l'adempimento, in condizioni economiche equilibrate, di tale missione d'interesse generale.

51. – Infatti, i servizi postali di uno stato membro non possono sopportare in pari tempo le spese causate dal compimento del servizio d'interesse economico generale d'inoltro e di distribuzione degli invii internazionali loro incombenti a norma delle stipulazioni della CPU e le perdite di reddito generate dal fatto che gli invii in grande quantità non sono più impostati presso i servizi postali dello Stato membro sul cui territorio sono domiciliati i destinatari, ma presso quelli di altri Stati membri.

52. – In un caso siffatto, il trattamento della corrispondenza transfrontaliera come corrispondenza interna e, conseguentemente, l'imposizione delle tariffe nazionali vanno considerati quali misure giustificate ai fini del compimento, in condizioni economicamente equilibrate, della missione d'interesse generale affidata alla Deutsche Post dalla CPU.

53. – Ciò non varrebbe se le spese terminali per la corrispondenza transfrontaliera intracomunitaria in entrata fossero stabilite da accordi tra i servizi postali interessati in relazione ai costi reali di trattamento e di distribuzione della posta in questione, come previsto all'art. 13 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 15 dicembre 1997, 97/67/CE, concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e il miglioramento della qualità del servizio (*GU* 1998, L 15, 14).

54. – L'art. 90, n. 2, del Trattato giustifica quindi, in assenza di un accordo tra i servizi postali degli Stati membri interessati che fissi le spese terminali in relazione ai costi reali di trattamento e di distribuzione della corrispondenza transfrontaliera in entrata, che la legislazione di uno Stato membro conferisca ai suoi servizi postali il diritto di gravare gli invii delle loro tariffe nazionali qualora mittenti domiciliati in tale Stato impostino o facciano impostare in un altro Stato membro invii in grande quantità presso i servizi postali di un altro Stato membro al fine di spedirli nel primo Stato membro.

55. – Ne risulta che, pur supponendo che l'art. 25, paragrafo 3, della CPU possa essere considerato, tenuto conto dei suoi effetti quando è applicato da un ente quale la Deutsche Post, tale da costituire un ostacolo alla libera circolazione dei servizi, in tal caso neppure l'art. 90 del Trattato osterebbe ad una disposizione siffatta.

56. – Invece, nella misura in cui una parte dei costi di inoltro e distribuzione sia compensata dal pagamento delle spese terminali da parte dei servizi postali di altri Stati membri, l'adempimento degli obblighi che ad un ente come la Deutsche Post derivano dalla CPU non necessita che gli invii impostati in grande quantità presso i detti servizi siano gravati da tariffe nazionali al tasso integrale.

57. – Va ricordato in proposito che un ente quale la Deutsche Post, il quale fruisce di un monopolio legale su una parte sostanziale del mercato comune, può considerarsi occupare una posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del Trattato.

58. – Pertanto, l'esercizio del diritto, da parte di un ente siffatto, di esigere l'importo integrale delle tariffe nazionali, senza tener conto della compensazione tra le spese relative all'inoltro e alla distribuzione di invii impostati in grande quantità presso i servizi postali di uno Stato membro diverso da quello ove sono domiciliati sia i mittenti, sia i destinatari di tali invii, da un lato, e le spese terminali pagate dai detti servizi, dall'altro, può considerarsi come un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del Trattato.

59. – Infatti, al fine di evitare l'esercizio, da parte di un ente quale la Deutsche Post, del diritto, previsto all'art. 25, paragrafo 3, della CPU, di rispedire gli invii all'origine, i mettoni di questi ultimi non possono fare altro che corrispondere l'importo integrale delle tariffe nazionali.

60. – Come la Corte ha rilevato con riguardo ad un rifiuto di vendita da parte di un'impresa che occupa una posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del Trattato, un siffatto comportamento sarebbe in contrasto con l'obiettivo enunciato all'art. 3, lett. g), del Trattato CE [divenuto, in seguito a modifica, art. 3, lett. g), CE], e che trovano più precisa espressione nell'art. 86, e in specie alle lett. b) e c) (sentenza 14 febbraio 1978, causa 27/76, *United Brands/Commissione*, *Racc.*, 207, punto 183).

61. – Da quanto precede risulta che, in assenza di un accordo tra i servizi postali degli Stati membri interessati che fissi le spese terminali in relazione ai costi reali di trattamento e distribuzione della corrispondenza transfrontaliera in entrata, l'esercizio, da parte di un ente quale la Deutsche Post, del diritto previsto all'art. 25, paragrafo 3, della CPU, nella versione adottata il 14 dicembre 1989, nei casi di cui ai paragrafi 1, seconda frase, e 2 di tale disposizione, di gravare delle proprie tariffe nazionali gli invii impostati in grande quantità presso i servizi postali di uno Stato membro diverso da quello cui fa capo tale ente, non è contrario all'art. 90 del Trattato, letto congiuntamente agli artt. 86 e 59 di quest'ultimo. Invece, l'esercizio di un diritto siffatto è contrario all'art. 90, n. 1, del Trattato, letto congiuntamente all'art. 86 del medesimo, nella misura in cui esso implica che tale ente possa esigere l'integralità delle tariffe nazionali applicabili nello Stato membro cui fa capo senza detrarre le spese terminali versate dai detti servizi postali e corrispondenti agli invii summenzionati.

62. – Tenuto conto della soluzione data alle prime tre questioni pregiudiziali, non è necessario risolvere le altre. (*omissis*)

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Plenum*, 21 marzo 2000, nella causa C-6/99 – *Pres. Rodriguez Iglesias – Rel. Kapteyn – Avv. Gen. Mischo* – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Stato francese nella causa Greenpeace France ed altri contro Ministero dell'agricoltura e della pesca, Novartis e Monsanto – Interv.: Governi italiano (avv. Stato Fiumara), austriaco e francese e Commissione delle Comunità europee (ag. Hausen e Couvert-Castéra).

Comunità europee – Biotecnologia – Organismi geneticamente modificati – Procedimento per l'emissione deliberata nell'ambiente – Fase nazionale e fase comunitaria.

(Direttiva del Consiglio 23 aprile 1990, n. 90/220/CEE; in Italia decreto legislativo 3 marzo 1993, n. 92).

Comunità europee – Biotecnologia – Organismi geneticamente modificati – Procedimento per l'emissione deliberata nell'ambiente – Validità della decisione favorevole della Commissione – Competenza della Corte di giustizia.
(Trattato CE, art. 177, ora 234; direttiva del Consiglio 23 aprile 1990, n. 90/220/CEE).

La direttiva del Consiglio 23 aprile 1990, n. 90/220/CEE, sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati, come modificata dalla direttiva della Commissione 18 giugno 1997, n. 97/35/CE, recante secondo adeguamento al progresso tecnico della direttiva 90/220, dev'essere interpretata nel senso che, qualora, a seguito della trasmissione alla Commissione di una domanda d'immissione in commercio di un OGM, nessuno Stato membro abbia sollevato obiezioni, in conformità all'art. 13, n. 2, della detta direttiva, o qualora la Commissione abbia adottato una «decisione favorevole» ai sensi del n. 4 della stessa norma, l'autorità competente che ha trasmesso alla Commissione la domanda con parere favorevole è tenuta a rilasciare il «consenso scritto» che permette l'immissione in commercio del prodotto. Tuttavia, ove lo Stato membro interessato, nel frattempo, sia entrato in possesso di nuove informazioni che lo inducono a ritenere che il prodotto oggetto della notifica possa essere pericoloso per la salute e l'ambiente, esso non sarà tenuto a dare il proprio consenso, a condizione che ne informi immediatamente la Commissione e gli altri Stati membri affinché, entro il termine prescritto dall'art. 16, n. 2, della direttiva n. 90/220, sia adottata una decisione in materia secondo il procedimento previsto dall'art. 21 della detta direttiva (1).

(1-2) Certamente da condividere è la statuizione della Corte sull'obbligo dell'autorità nazionale di rilasciare il «consenso scritto» all'immissione sul mercato di OGM allorché essa stessa ha trasmesso la domanda alla Commissione e questa abbia dato parere favorevole o non abbia sollevato obiezioni.

Qualche perplessità lascia la seconda parte della prima massima, la quale presuppone che il potere discrezionale dell'autorità nazionale si consumi nel momento dell'esame della domanda con il suo rigetto o la sua trasmissione alla Commissione (cfr. il punto n. 39 della sentenza) e non riviva, invece, allorché siano acquisite nuove informazioni che evidenzino rischi per la salute o per l'ambiente: in tal caso, secondo la Corte, l'autorità nazionale può solo adottare misure cautelative e deve trasmettere le nuove informazioni acquisite alla Commissione, cui spetterà la valutazione definitiva con la procedura dell'art. 21 della direttiva.

La Corte richiama, in proposito, il disposto dell'art. 16 della direttiva. Ma ben avrebbe potuto trovare accoglimento una interpretazione più rigorosa della direttiva, con la conservazione all'autorità nazionale del potere discrezionale anche dopo la trasmissione della domanda alla Commissione e finanche dopo il parere favorevole della stessa, consentendo, così, il diniego del consenso scritto o addirittura la revoca di questo ove emergano nuovi elementi di rischio, tali da indurre l'autorità nazionale a mutare il suo precedente avviso. Non avrebbe ostato a questa interpretazione l'art. 16 della direttiva, potendo esso trovare riferimento ed applicazione solo nei confronti di autorità nazionali di uno Stato diverso da quello in cui è presentata la domanda, le quali, infatti, possono esprimere le proprie osservazioni o perplessità, anche se emerse in un momento successivo, solo nell'ambito della fase comunitaria del procedimento.

Consequenziale alla posizione assunta dalla Corte con la prima massima è la statuizione di cui alla seconda massima.

Qualora il giudice nazionale accerti che, in ragione di irregolarità nello svolgimento dell'esame della notifica da parte dell'autorità nazionale competente previsto dall'art. 12, n. 1, della direttiva n. 90/220, quest'ultima non ha validamente trasmesso alla Commissione il fascicolo con parere favorevole ai sensi del n. 2 di tale norma, il detto giudice è tenuto ad adire la Corte in via pregiudiziale ove ritenga che tali irregolarità siano idonee a pregiudicare la validità della decisione favorevole della Commissione, eventualmente disponendo la sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di attuazione della detta decisione fino a che la Corte non abbia statuito sulla questione della validità (2).

(omissis)

1. – Con decisione 11 dicembre 1998, pervenuta in cancelleria il 13 gennaio 1999, il Conseil d'État ha sottoposto a questa Corte, ai sensi dell'art. 177 del trattato CE (divenuto art. 234 CE), due questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione della direttiva del Consiglio 23 aprile 1990, 90/220/CEE, sull'emissione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati (GU L117,15) come modificata dalla direttiva della Commissione 18 giugno 1997, 97/35/CE, recante secondo adeguamento al progresso tecnico della direttiva 90/220 (GU L 169,72; in prosieguo: la «direttiva 90/220»).

2. – Le questioni sono sorte nell'ambito di un ricorso d'annullamento proposto dall'Association Greenpeace France (in prosieguo: «Greenpeace») avverso il decreto 5 febbraio 1998 del ministro dell'Agricoltura e della Pesca, recante modifica del catalogo ufficiale delle specie e varietà di piante coltivate in Francia, per includervi una specie di granturco geneticamente modificato prodotto dalla Ciba-Geigy LTD, poi divenuta Novartis Seeds SA.

(omissis)

17. – A seguito della decisione 97/98, il 4 febbraio 1997 il ministro francese dell'Agricoltura, della Pesca e dell'Alimentazione ha adottato un decreto recante autorizzazione all'immissione in commercio di linee di granturco (*ZEA mays* L.) geneticamente modificate protette contro la piralide e che presentano una maggiore tolleranza agli erbicidi della famiglia del glufosinato-ammonio (in prosieguo: il «decreto 4 febbraio 1997»), che costituisce il «consenso scritto» previsto dall'art. 13 della direttiva 90/220. Il 5 febbraio 1998 lo stesso ministro ha adottato un decreto recante modifica del catalogo ufficiale delle specie e varietà di piante coltivate in Francia (semi di granturco) (in prosieguo: il «decreto 5 febbraio 1998»). Tale decreto ha lo scopo di autorizzare l'immissione in commercio di sementi derivanti di talune varietà di granturco geneticamente modificate.

18. – Il decreto 5 febbraio 1998 è stato oggetto di una domanda di sospensione dell'esecuzione e di un ricorso d'annullamento proposti da Greenpeace dinanzi al Conseil D'État.

19. – La domanda di sospensione dell'esecuzione è stata oggetto di una decisione del Conseil d'État 25 settembre 1998, che ha disposto la sospensione dell'esecuzione del decreto 5 febbraio 1998 in quanto, da una parte, un motivo dedotto da

Greenpeace pareva serio e atto a giustificare l'annullamento del detto decreto e, d'altra parte, l'esecuzione di quest'ultimo avrebbe potuto determinare conseguenze idonee a giustificare il provvedimento di sospensione. Il motivo dedotto da Greenpeace, e riconosciuto serio in sede di sospensione dell'esecuzione dal Consiglio di Stato, verte sul fatto che il decreto 5 febbraio 1998 sarebbe stato adottato in esito a un procedimento irregolare e in violazione del principio di precauzione.

20. – Il Conseil D'État, in particolare, nella sua decisione 25 settembre 1998 ha rilevato che Greenpeace sostiene «che il parere della Commissione di studio sull'emissione dei prodotti derivati dall'ingegneria biomolecolare sarebbe stato reso sulla scorta di un fascicolo incompleto in quanto non corredato da elementi idonei a valutare l'impatto sulla salute del gene di resistenza all'ampicillina contenuto nelle varietà di granturco transgenico oggetto della domanda di autorizzazione».

21. – Il ricorso di annullamento proposto da Greenpeace avverso il decreto 5 febbraio 1998 è stato riunito dal Conseil d'État ad altri quattro ricorsi, anch'essi diretti all'annullamento di tale decreto, proposti da altre tre associazioni nonché, quanto all'ultimo, da tre privati.

22. – I ricorrenti nelle cause *a quibus* hanno dedotto una serie di motivi attinenti alla legittimità estrinseca e alla legittimità intrinseca del decreto 5 febbraio 1998. Essi sostengono, in particolare, che il decreto 5 febbraio 1998 sarebbe illegittimo in ragione dell'illegittimità, invocata in via di eccezione, del decreto 4 febbraio 1997, a seguito del quale esso è stato adottato. Si sostiene, in particolare, che il decreto 4 febbraio 1997, recante autorizzazione all'immissione in commercio delle linee di granturco controverse, sarebbe illegittimo in quanto il procedimento amministrativo seguito dalle autorità francesi prima della trasmissione del fascicolo alla Commissione sarebbe viziato da irregolarità.

23. – Alla luce di quanto sopra, il Conseil D'État ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se le disposizioni della direttiva del Consiglio 90/220 debbano interpretarsi nel senso che, qualora a seguito della trasmissione alla Commissione delle Comunità europee di una domanda di immissione in commercio di un organismo geneticamente modificato, nessuno Stato membro abbia mosso obiezioni come previsto dall'art. 13, n. 2, della direttiva 90/220, ovvero qualora la Commissione delle Comunità europee abbia adottato una «decisione favorevole» ai sensi del n. 4 di tale articolo, la competente autorità che ha trasmesso la domanda, con parere favorevole, alla Commissione sia tenuta a rilasciare il «consenso scritto» che permette l'immissione in commercio del prodotto, ovvero se tale autorità conservi il potere discrezionale di non dare un consenso del genere.

2) Se la decisione della Commissione delle Comunità europee 23 gennaio 1997, secondo la quale «le autorità francesi autorizzano l'immissione in commercio del (...) prodotto, notificato dalla Ciba-Geigy Limited», debba interpretarsi nel senso che obbliga il governo francese a rilasciare il suo «consenso scritto».

Sulla prima questione

24. – Con la prima questione, il giudice *a quo* domanda alla corte se lo Stato membro che abbia ricevuto una notifica relativa all'immissione in commercio di un OGM e che abbia trasmesso il fascicolo alla Commissione con parere favorevole disponga, nel caso in cui nessun altro Stato membro abbia sollevato obiezioni, oppure nel caso in cui la Commissione abbia adottato una decisione favorevole, del potere discrezionale di non dare il proprio consenso.

25. – Occorre ricordare anzitutto che, ai sensi dell'art. 13, n. 4, della direttiva 90/220, «Se la Commissione ha adottato una decisione favorevole, l'autorità competente che ha ricevuto la notifica originale dà il suo consenso scritto alla notifica in modo che il prodotto possa essere immesso sul mercato» e che, ai sensi del n. 2 della stessa norma, lo stesso obbligo s'impone qualora la detta autorità non abbia ricevuto alcuna indicazione contraria da parte di altri Stati membri entro 60 giorni dalla data di distribuzione del fascicolo da parte della Commissione.

26. – In proposito, Greenpeace ha dedotto che, sebbene l'art. 13, n. 4, della direttiva 90/220 possa far pensare che l'autorità competente è tenuta a prestare il proprio consenso, una lettura siffatta non è compatibile con i «considerando» né con l'economia generale della direttiva. Inoltre, il termine «consenso» presupporrebbe, in ogni caso, la manifestazione di una volontà libera da vincoli.

27. – Secondo Ecoropa, un'interpretazione dell'art. 13, n. 4, della direttiva 90/220 secondo la quale lo Stato membro sarebbe obbligato a prestare il proprio consenso scritto in modo da permettere l'immissione in commercio del prodotto allorché la commissione ha adottato una decisione favorevole sarebbe esclusa dal tenore letterale della norma. In proposito, Ecoropa deduce in particolare che, nell'ipotesi di una competenza vincolata, il tenore della norma sarebbe stato diverso.

28. – Occorre rilevare, anzitutto, che, se è vero che una redazione diversa avrebbe potuto far emergere in maniera più esplicita l'esistenza di una competenza vincolata degli Stati membri, ciò non toglie che tanto l'uso, nella versione francese dell'art. 13, nn. 2 e 4, della direttiva 90/220, dell'indicativo presente, quanto la costruzione dei periodi di tale norma indicano in maniera chiara ed inequivoca che lo Stato membro interessato ha l'obbligo di prestare il proprio consenso.

29. – Si deve rilevare peraltro che il senso e il contenuto della norma in oggetto si rinvencono in altre versioni linguistiche della direttiva 90/220, in particolare nella versione inglese [«The component authority (...) shall give its consent in writing»].

30. – Ne deriva che, considerato il tenore letterale dell'art. 13, nn. 2 e 4, della direttiva 90/220, tale norma impone allo Stato membro interessato, nei casi ivi previsti, l'obbligo di rilasciare il proprio consenso scritto.

31. – Occorre poi esaminare se, come sostengono i ricorrenti nelle cause *a quibus*, il contesto procedurale in cui s'inserisce l'art. 13, nn. 2 e 4, osti a un'interpretazione del genere.

32. – Greenpeace e la Confédération paysanne affermano in proposito che, siccome risulta dall'art. 13, nn. 2 e 4, della direttiva 90/220 che l'autorizzazione ad immettere in commercio il prodotto si fonda sul consenso scritto della competente autorità nazionale, un'interpretazione quale quella enunciata al punto 30 della presente sentenza comporterebbe che la decisione favorevole della Commissione, e non quella della competente autorità nazionale, varrebbe come autorizzazione all'immissione in commercio, privando così gli Stati membri di qualunque potere discrezionale prima del rilascio del loro consenso.

33. – Si deve rilevare sul punto che, al fine di predisporre un procedimento comunitario di autorizzazione all'immissione in commercio di prodotti contenenti OGM, il legislatore comunitario ha instaurato, agli artt. 10-18 della direttiva 90/220, una stretta cooperazione tra la Commissione e l'autorità competente dello Stato membro in cui il prodotto sarà immesso in commercio per la prima volta.

34. – Secondo gli artt. 12 e 13 della direttiva, infatti, la procedura di autorizzazione all'immissione in commercio di prodotti contenenti OGM si articola in due fasi.

35. – Per quanto riguarda, in primo luogo, l'autorità nazionale competente, risulta dall'art. 12, n. 1, della direttiva 90/220 che tale autorità, dopo aver ricevuto la notifica del produttore o dell'importatore interessato, prevista all'art. 11, deve esaminare se essa sia conforme alle disposizioni della direttiva, attribuendo particolare attenzione alla valutazione dei rischi per l'ambiente e alle precauzioni raccomandate per un uso sicuro del prodotto. Ai sensi dell'art. 12, n. 2, al più tardi 90 giorni dopo il ricevimento della notifica l'autorità competente trasmette il fascicolo alla Commissione con parere favorevole, oppure informa il notificante che l'emissione progettata non è conforme alle condizioni sancite dalla direttiva 90/220 e che è quindi respinta.

36. – L'art. 12, della direttiva 90/220 dispone che il fascicolo trasmesso alla Commissione deve essere corredato da una sintesi della notifica nonché da una dichiarazione delle condizioni in cui l'autorità competente «propone di consentire l'immissione sul mercato del prodotto».

37. – Pertanto, la fase nazionale del procedimento volto all'immissione in commercio di prodotti contenenti OGM ha lo scopo, conformemente al diciassettesimo «considerando» della direttiva 90/220, di mettere l'autorità competente in grado di dare il proprio parere favorevole, seguito, se del caso, dal consenso scritto, solo dopo che si sia accertato che l'emissione non presenterà rischi per la salute e per l'ambiente.

38. – Per quanto riguarda, in secondo luogo, la Commissione, l'art. 13, n. 1, della direttiva 90/220 dispone che essa trasmette il fascicolo alle autorità competenti di tutti gli Stati membri, accompagnato da altre informazioni raccolte ai sensi della

direttiva. L'autorità nazionale competente dà il proprio consenso vuoi in assenza di indicazioni contrarie da parte di altri Stati membri, come previsto dal n. 2 della stessa norma, vuoi, nel caso previsto dal n. 4, ove la Commissione abbia adottato una decisione favorevole conformemente alla procedura prevista dall'art. 21 della direttiva 90/220, cui fa riferimento l'art. 13, n. 3, della direttiva.

39. — Ne consegue che il procedimento di autorizzazione all'immissione in commercio di un prodotto contenente OGM, istituito dalla direttiva 90/220, ha luogo soltanto dopo la chiusura di un procedimento nel corso del quale le autorità nazionali hanno adottato parere favorevole sulla scorta dell'esame previsto dall'art. 12, n. 1, della stessa direttiva, ed hanno quindi avuto l'occasione di esercitare pienamente il proprio potere discrezionale nel valutare i rischi che l'emissione di prodotti contenenti OGM comporta per la salute e per l'ambiente.

40. — I ricorrenti nelle cause *a quibus* affermano, infine, che l'interpretazione dell'art. 13, nn. 2 e 4, della direttiva 90/220 nel senso di una competenza vincolata contrasta con il principio di precauzione.

41. — Occorre rilevare in proposito che, secondo l'ottavo «considerando» della direttiva 90/220, essa instaura «procedure e criteri armonizzati per la valutazione, caso per caso, dei rischi potenziali derivanti dall'emissione deliberata nell'ambiente di OGM». In forza del nono «considerando», tale valutazione caso per caso deve sempre essere effettuata prima di ogni emissione.

42. — Come risulta dal punto 39 della presente sentenza, a questo fine le competenti autorità nazionali dispongono di un potere discrezionale per assicurarsi che la notifica prevista dall'art. 11 della direttiva sia conforme alle disposizioni di quest'ultima, attribuendo attenzione particolare alla valutazione dei rischi derivanti dall'immissione in commercio di prodotti contenenti OGM per l'ambiente e la salute, come previsto dall'art. 12, n. 1, della direttiva 90/220, nonché dal suo terzo «considerando».

43. — Per quanto riguarda le autorità competenti degli altri Stati membri, l'art. 13, nn. 2 e 3, della direttiva 90/220 prevede che esse hanno la facoltà di sollevare obiezioni prima che l'autorità competente interessata dia il proprio consenso alla notifica.

44. — Inoltre, il rispetto del principio di precauzione si traduce, da una parte, nell'obbligo, imposto al notificante dall'art. 11, n. 6, della direttiva 90/220, di comunicare immediatamente all'autorità competente ogni nuova informazione in merito ai rischi che il prodotto comporta per la salute o l'ambiente, nonché nell'obbligo, imposto all'autorità competente dall'art. 12, n. 4, d'informarne immediatamente la Commissione e gli altri Stati membri e, d'altra parte, nella facoltà, attribuita ad ogni Stato membro dall'art. 16 della direttiva, di limitare o vietare provvisoriamente l'uso e/o la vendita sul proprio territorio del prodotto per il quale — benchè sia stato oggetto di un consenso — vi sono valide ragioni di ritenere che presenti un rischio per la salute o per l'ambiente

45. – Occorre aggiungere che il sistema di protezione istituito dalla direttiva 90/220, in particolare dai suoi artt. 4, 12, n.4, e 16, implica necessariamente che lo Stato membro interessato non è tenuto a dare il proprio consenso scritto ove nel frattempo sia entrato in possesso di nuove informazioni che lo inducono a ritenere che il prodotto oggetto della notifica possa essere pericoloso per la salute e l'ambiente.

46. – In un caso del genere, esso è tenuto ad informare immediatamente la Commissione e gli altri Stati membri affinché, entro il termine prescritto dall'art. 16, n. 2, della direttiva 90/220, sia adottata una decisione in materia secondo il procedimento previsto dall'art. 21 della detta direttiva

47. – Ne consegue che la direttiva 90/220 dev'essere interpretata nel senso che, qualora, a seguito della trasmissione alla Commissione di una domanda d'immissione in commercio di un OGM, nessuno Stato membro abbia sollevato obiezioni, in conformità all'art. 13, n. 2, della detta direttiva, o qualora la Commissione abbia adottato una «decisione favorevole» ai sensi del n. 4 della stessa norma, l'autorità competente che ha trasmesso alla Commissione la domanda con parere favorevole è tenuta a rilasciare il «consenso scritto» che permette l'immissione in commercio del prodotto. Tuttavia, ove lo Stato membro interessato nel frattempo sia entrato in possesso di nuove informazioni che lo inducono a ritenere che il prodotto oggetto della notifica possa essere pericoloso per la salute e l'ambiente, esso non sarà tenuto a dare il proprio consenso, a condizione che ne informi immediatamente la Commissione e gli altri Stati membri affinché, entro il termine prescritto dall'art. 16, n. 2, della direttiva 90/220, sia adottata una decisione in materia secondo il procedimento previsto dall'art. 21 della detta direttiva.

Sulla seconda questione

48. – Come risulta dagli atti della sua causa *a qua*, con la seconda questione il giudice nazionale domanda in sostanza se la «decisione favorevole» della Commissione imponga all'autorità nazionale competente di dare il proprio «consenso scritto», pur in presenza d'irregolarità eventualmente accertate dal giudice nel corso dell'esame della notifica da parte di tale autorità e che siano tali da pregiudicare la legittimità della decisione di trasmettere il fascicolo alla Commissione con parere favorevole.

49. – Come rilevato al punto 47 della presente sentenza, allorché la Commissione adotta una «decisione favorevole» in forza dell'art. 13, n. 4, della direttiva 90/220, l'autorità competente che ha trasmesso la domanda con parere favorevole alla Commissione è tenuta, fatte salve le circostanze menzionate alla fine di tale punto, a rilasciare il «consenso scritto» che permette l'immissione in commercio del prodotto.

50. – Tale obbligo presuppone che la competente autorità nazionale abbia trasmesso alla Commissione, a norma dell'art. 12, n. 2, lett. a), della direttiva 90/220, il fascicolo con parere favorevole ed abbia, quindi, avviato la fase comunitaria del procedimento di autorizzazione all'immissione in commercio del prodotto di cui trattasi.

51. — Pertanto, la decisione dell'autorità competente condiziona il procedimento comunitario e può persino, in assenza d'indicazione contraria da parte di un altro Stato membro entro il termine previsto dall'art. 13, n. 2, della direttiva, determinarne l'esito.

52. — Poiché il parere favorevole dell'autorità nazionale competente è fondato sui risultati dell'esame della notifica previsto dall'art. 12, n. 2, della direttiva 90/220, occorre esaminare l'incidenza — sulla validità della decisione favorevole della Commissione — di eventuali irregolarità nello svolgimento di tale esame, atte a pregiudicare la legittimità della decisione di trasmettere il fascicolo alla Commissione con parere favorevole.

53. — Trattandosi dell'atto dotato da un'autorità nazionale, spetta ai giudici nazionali statuire sulla regolarità dell'esame della notifica previsto dall'art. 12, n. 1, della direttiva 90/220 nonché sulle conseguenze che le eventuali irregolarità nello svolgimento di tale esame potrebbero comportare sulla legittimità della decisione adottata dall'autorità competente di trasmettere il fascicolo alla Commissione con parere favorevole, ai sensi dell'art. 12, n. 2, lett. a), di tale direttiva.

54. — Va ricordato inoltre che, qualora l'attuazione amministrativa di una decisione comunitaria spetti alle autorità nazionali, la tutela giurisdizionale garantita dal diritto comunitario comporta il diritto per i singoli di contestare incidentalmente la legittimità di tale decisione dinanzi al giudice nazionale e di domandare a quest'ultimo di sottoporre alla Corte questioni pregiudiziali di validità della detta decisione. In un caso del genere, la Corte è la sola competente a dichiarare l'invalidità di un atto comunitario (v. sentenza 22 ottobre 1987, causa 314/85, Foto-Frost, *Racc.*, 4199, punto 20).

55. — Ne consegue che, qualora il giudice nazionale accerti che, in ragione di irregolarità nello svolgimento dell'esame della notifica da parte dell'autorità nazionale competente previsto dall'art. 12, n. 1, della direttiva 90/220, quest'ultima non ha trasmesso validamente il fascicolo con parere favorevole alla Commissione ai sensi del n. 2 di tale norma, egli è tenuto ad adire la Corte in via pregiudiziale ove ritenga che tali irregolarità siano idonee a pregiudicare la validità della decisione favorevole della Commissione, esponendo i motivi dell'invalidità che gli appaiano fondati e, eventualmente, disponendo la sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti d'attuazione della decisione in oggetto fino a che la Corte non abbia statuito sulla questione della validità (v., in tal senso, sentenza 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89, Zucherfabrik Süderdithmarschen e Zucherfabrik Soest, *Racc.*, I-415, punto 24).

56. — Nel caso in cui la Corte dichiarasse l'illegittimità della decisione favorevole della Commissione, non ricorrerebbero le condizioni per il rilascio del consenso scritto da parte dell'autorità competente previste dall'art. 13, nn. 2 e 4, della direttiva 90/220, e ne risulterebbe che il consenso scritto non è stato validamente dato, oppure che non potrebbe validamente esserlo.

57. – Risulta da quanto precede che, qualora il giudice nazionale accerti che, in ragione di irregolarità nello svolgimento dell'esame della notifica da parte dell'autorità nazionale competente previsto dall'art. 12, n. 1, della direttiva 90/220, quest'ultima non ha validamente trasmesso alla Commissione il fascicolo con parere favorevole ai sensi del n. 2 di tale norma, il detto giudice è tenuto ad adire la Corte in via pregiudiziale ove ritenga che tali irregolarità siano idonee a pregiudicare la validità della decisione favorevole della Commissione, eventualmente disponendo la sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di attuazione della detta decisione fino a che la Corte non abbia statuito sulla questione della validità.

(omissis)

I

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Plenum*, 11 aprile 2000, nelle cause riunite C-51/96 e C-191/97 – Pres. Rodríguez Iglesias – Rel. Ragnemalm – Avv. Gen. Cosmas – Domande di pronuncia pregiudiziale proposte dal Tribunal de première instance di Namur nelle cause promosse da C. Deliège c. Lega francofona di judo. Interv.: Governi belga, tedesco, ellenico, spagnolo, francese, italiano (avv. Stato Del Gaizo), olandese, austriaco, finlandese, svedese e norvegese e Commissione delle Comunità europee (ag. Caciro e Wils).

Comunità europee – Libera prestazione dei servizi – Regole di concorrenza applicabili alle imprese – Judoka – Normative sportive che prevedono contingenti nazionali e procedure di selezione da parte delle federazioni nazionali per la partecipazione a tornei internazionali.

(Trattato CE, art. 49, 50, 55, 81 e 82).

Una norma che imponga ad un atleta professionista o semiprofessionista, o candidato a divenir tale, di essere in possesso di un'autorizzazione o di un provvedimento di selezione della propria federazione per poter partecipare ad una competizione sportiva internazionale ad alto livello in cui non sono in gara squadre nazionali, qualora essa discenda da una necessità inerente all'organizzazione di una siffatta competizione, non costituisce di per se stessa una restrizione alla libera prestazione di servizi vietata dall'art. 59 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 49 CE).

II

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, sez. 6^a, 13 aprile 2000, nella causa C-176/96 – Pres. Schintgen – Rel. Ragnemalm – Avv. Gen. Alber – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunal de première instance di Bruxelles nella causa J. Lehtonen c. Federazione reale belga delle società di pallacanestro. Interv.: Governi tedesco, ellenico, francese, italiano (avv. Stato Del Gaizo) e austriaco e Commissione delle C.E. (ag. Wolfcarius e González-Díaz).

Comunità europee – Libera circolazione dei lavoratori – Regole di concorrenza applicabili alle imprese – Giocatori professionisti di pallacanestro – Regolamenti sportivi relativi al trasferimento di giocatori provenienti da altri Stati membri.

(Trattato CE, artt. 12, 39, 81 e 82).

L'art. 48 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 39 CE) osta all'applicazione di norme emanate in uno Stato membro da associazioni sportive che vietino ad una società di pallacanestro di schierare in campo, in occasione delle partite del campionato nazionale, giocatori provenienti da altri Stati membri che siano stati trasferiti dopo una certa data qualora tale data sia precedente a quella che si applica ai trasferimenti di giocatori provenienti da taluni Paesi terzi, a meno che ragioni obiettive, attinenti unicamente allo sport in sé e per sé o relative a differenze esistenti tra la situazione dei giocatori provenienti da una federazione appartenente alla zona europea e quella dei giocatori provenienti da una federazione non appartenente alla detta zona, non giustifichino una simile disparità di trattamento.

I

(omissis)

1. – Con ordinanza 16 febbraio 1996 (C-51/96), pervenuta alla Corte il 21 febbraio 1996, e con sentenza 14 maggio 1997 (C-191/97), pervenuta alla Corte il 20 maggio 1997, il Tribunal de première instance di Namur, statuendo rispettivamente in sede di procedimento sommario e nel merito, ha proposto, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE), due questioni pregiudiziali relative all'interpretazione degli artt. 59 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 49 CE), 60, 66, 85 e 86 del Trattato CE (divenuti artt. 50 CE, 55 CE, 81 CE e 82 CE).

2. – Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di controversie tra la signora Deliège, da un lato, e la Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL (in prosiegua: la «LFJ»), la Ligue belge de judo ASBL (in prosiegua: la «LBJ») e il presidente di quest'ultima, il signor François Pacquée, dall'altro, in ordine al rifiuto di selezionarla per partecipare al torneo internazionale di judo di Parigi, nella categoria dei pesi inferiori a 52 kg. (omissis)

Le controversie nelle cause a quibus e le questioni pregiudiziali

6. – La signora Deliège pratica il judo dal 1983 e, a partire dal 1987, ha ottenuto, nella categoria dei pesi inferiori a 52 kg, eccellenti risultati fra cui diversi titoli di campionessa del Belgio, un titolo di campionessa d'Europa ed un titolo di campionessa del mondo nella classe atlete al di sotto dei 19 anni, nonché vittorie e piazzamenti prestigiosi in tornei internazionali. Le parti nelle cause *a quibus* sono in disaccordo quanto allo *status* della signora Deliège, dato che quest'ultima sostiene di esercitare il judo a titolo professionistico o semiprofessionistico, mentre la LBJ e la LFJ fanno valere che il judo è uno sport che, in Europa ed in particolare in Belgio, è praticato da dilettanti.

7. – La signora Delière sostiene che, dal 1992, i responsabili della LFJ e della LBJ hanno illegittimamente ostacolato lo svolgimento della sua carriera. Ella lamenta in particolare il fatto che le sia stato impedito di partecipare ai giochi olimpici di Barcellona nel 1992, di non essere stata selezionata per i campionati del mondo nel 1993 né per i campionati d'Europa nel 1994. Nel marzo 1995, la signora Delière sarebbe stata informata di non essere preselezionata per i giochi olimpici di Atlanta. Nell'aprile 1995, mentre si preparava a partecipare ai campionati d'Europa che dovevano tenersi in maggio, ella sarebbe stata esclusa dalla squadra belga a vantaggio di un'atleta affiliata alla VJF. Nel dicembre 1995, le sarebbe stato impedito di partecipare al torneo internazionale di categoria A di Basilea.

8. – La LFJ asserisce che la signora Delière è più volte entrata in conflitto con gli allenatori, i selezionatori o i responsabili della LFJ e della LBJ e che ella è poco disciplinata, essendo stata sottoposta in particolare ad una sanzione di sospensione temporanea da ogni attività federale. Inoltre, ella si sarebbe trovata di fronte a difficoltà di ordine sportivo, dato che il Belgio disponeva di almeno quattro judoka di alto livello nella categoria dei pesi inferiori a 52 kg. La LBJ precisa che le decisioni relative alla selezione degli atleti ai fini della partecipazione ai vari tornei e campionati sono prese dal suo comitato sportivo nazionale, organo costituito pariteticamente da membri della VJF e membri della LFJ.

9. – I fatti che si trovano direttamente all'origine delle cause *a quibus* riguardano la partecipazione al torneo internazionale di categoria A di Parigi del 10 e dell'11 febbraio 1996. Poiché la LBJ aveva selezionato altre due atlete che, secondo la signora Delière, avevano ottenuto risultati sportivi meno brillanti dei suoi, il 26 gennaio 1996 quest'ultima, ha adito il giudice dell'urgenza del Tribunal de première instance di Namur. (*omissis*)

Sull'interpretazione dell'art. 59 del Trattato

41. – In via preliminare, occorre ricordare che, considerati gli obiettivi della Comunità, l'attività sportiva è disciplinata dal diritto comunitario in quanto sia configurabile come attività economica ai sensi dell'art. 2 del Trattato (v. sentenze 12 dicembre 1974, causa 36/74, Walrave e Koch, *Racc.*, 1405, punto 4, e 15 dicembre 1995, causa C-415/93, Bosman, *Racc.*, I-4921, punto 73). La Corte ha d'altro canto riconosciuto che l'attività sportiva presenta una notevole importanza sociale nella Comunità (v. citata sentenza Bosman, punto 106).

42. – Tale giurisprudenza è del resto confortata dalla dichiarazione n. 29 sullo sport, figurante in allegato all'atto finale della conferenza che ha adottato il testo del Trattato di Amsterdam, la quale sottolinea la rilevanza sociale dello sport ed invita segnatamente gli organi dell'Unione europea a riservare un'attenzione particolare alle caratteristiche specifiche dello sport dilettantistico. In particolare, tale dichiarazione è coerente con la detta giurisprudenza in quanto essa riguarda le situazioni in cui l'esercizio dello sport costituisce un'attività economica.

43. – Occorre ricordare che le norme del Trattato in materia di libera circolazione delle persone non ostano a normative o prassi che escludano i calciatori stranieri da determinati incontri per motivi non economici, attinenti al carattere e all'ambito specifici di tali partite e che quindi hanno natura prettamente sportiva, come, ad esempio, nel caso di incontri fra le rappresentative di paesi diversi. La Corte ha sottolineato, però, che tale restrizione della sfera d'applicazione del Trattato deve restare entro i limiti del suo oggetto specifico e non può essere fatta valere per escludere da tale sfera un'intera attività sportiva (sentenze 14 luglio 1976, causa 13/76, Donà, *Racc.*, 1333, punti 14 e 15, e Bosman, *cit.*, punti 76 e 127).

44. – Ora, le norme di selezione controverse nelle cause *a quibus* non vertono su incontri tra squadre o selezioni nazionali di paesi diversi, comprendenti solo persone in possesso della cittadinanza dello Stato di cui fa parte la federazione che le ha selezionate, come i giochi olimpici o taluni campionati del mondo o d'Europa, ma riservano la partecipazione, per federazione nazionale, a taluni altri incontri internazionali ad alto livello agli atleti che sono affiliati alla federazione di cui trattasi, indipendentemente dalla loro cittadinanza. La sola circostanza che i piazzamenti ottenuti dagli atleti in tali competizioni siano presi in considerazione per determinare i paesi che potranno iscrivere loro rappresentanti ai giochi olimpici non può giustificare l'equiparazione di queste ultime ad incontri tra squadre nazionali che possono esulare dall'ambito di applicazione del diritto comunitario.

45. – La LFJ ha in particolare sostenuto che le associazioni e federazioni sportive hanno il diritto di determinare liberamente le condizioni di accesso a competizioni che riguardano solo sportivi dilettanti.

46. – Al riguardo, occorre rilevare che la semplice circostanza che un'associazione o federazione sportiva qualifichi unilateralmente come dilettanti gli atleti che ne fanno parte non è di per sé tale da escludere che questi ultimi esercitino attività economiche ai sensi dell'art. 2 del Trattato.

47. – Quanto alla natura delle norme controverse, risulta dalle citate sentenze Walrave e Koch (punti 17 e 18) e Bosman (punti 82 e 83) che le disposizioni comunitarie in materia di libera circolazione delle persone e dei servizi non disciplinano soltanto gli atti delle autorità pubbliche, ma si applicano anche alle normative di altra natura dirette a disciplinare collettivamente il lavoro subordinato e le prestazioni di servizi. Infatti, l'abolizione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone e alla libera prestazione dei servizi sarebbe compromessa se l'eliminazione delle limitazioni stabilite da norme statali potesse essere neutralizzata da ostacoli derivanti dall'esercizio dell'autonomia giuridica di associazioni ed enti di natura non pubblicistica.

48. – Ne consegue che il Trattato, ed in particolare i suoi artt. 59, 60 e 66, può applicarsi alle attività sportive e alle norme adottate dalle associazioni sportive, come quelle di cui trattasi nelle cause principali.

49. – Alla luce di quanto precede e della trattazione svoltasi dinanzi alla Corte, è importante verificare se un'attività come quella esercitata dalla signora Delière possa costituire un'attività economica ai sensi dell'art. 2 del Trattato e, più in particolare, una prestazione di servizi ai sensi dell'art. 59 dello stesso Trattato.

50. – Nell'ambito della collaborazione giudiziaria instauratasi attraverso il procedimento pregiudiziale tra il giudice nazionale e la Corte, spetta al primo accertare e valutare i fatti di causa (v., in particolare, sentenza 3 giugno 1986, causa 139/85, Kempf, *Racc.*, 1741, punto 12) e alla Corte fornire al giudice nazionale gli elementi interpretativi necessari per consentirgli di statuire sulla lite (sentenza 22 maggio 1990, causa C-332/88, Alimenta, *Racc.*, I-2077, punto 9).

51. – A questo proposito, è importante constatare innanzi tutto che la sentenza di rinvio nella causa C-191/97 menziona in particolare sussidi attribuiti in relazione a precedenti risultati sportivi e contratti di sponsorizzazione direttamente connessi ai risultati conseguiti dall'atleta. D'altro canto, la signora Delière ha sostenuto dinanzi alla Corte, producendo taluni documenti a sostegno delle sue affermazioni, che ella aveva percepito, in ragione delle sue prestazioni sportive, sussidi della Comunità francese del Belgio e del comitato olimpico e interfederale belga e che ella era stata sponsorizzata da un istituto bancario e da un costruttore di automobili.

52. – In ordine poi alla nozione di attività economica e di prestazione di servizi ai sensi, rispettivamente, degli artt. 2 e 59 del Trattato, si deve rilevare che esse definiscono la sfera d'applicazione di una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato e, come tali, non possono venir interpretate restrittivamente (v. in questo senso, sentenza 23 marzo 1982, causa 53/81, Levin, *Racc.*, 1035, punto 13).

53. – Per quanto riguarda più in particolare la prima di queste nozioni, risulta da una giurisprudenza costante (sentenze Donà, *cit.*, punto 12, e 5 ottobre 1988, causa 196/87, Steymann, *Racc.*, 6159, punto 10) che una prestazione di lavoro subordinato o una prestazione di servizi retribuita dev'essere considerata come attività economica ai sensi dell'art. 2 del Trattato.

54. – Tuttavia, come la Corte ha in particolare dichiarato nelle citate sentenze Levin (punto 17) e Steymann (punto 13), le attività esercitate devono essere reali ed effettive e non talmente ridotte da potersi definire puramente marginali ed accessorie.

55. – Quanto alla prestazione di servizi, risulta dall'art. 60, primo comma, del Trattato che ai sensi di questa disposizione sono considerate quali servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone.

56. – A questo proposito, occorre constatare che le attività sportive e, in particolare, la partecipazione di un atleta ad alto livello ad una competizione internazionale possono comportare la prestazione di diversi servizi distinti, ma stretta-

mente connessi, che possono rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 59 del Trattato anche se taluni di questi servizi non sono pagati da coloro che ne fruiscono (v. sentenza 26 aprile 1988, causa 352/85, *Bond van Adverteerders e a.*, *Racc.*, 2085, punto 16).

57. – A mo' d'esempio, l'organizzatore di una siffatta competizione offre all'atleta la possibilità di esercitare la sua attività sportiva misurandosi con altri concorrenti e, correlativamente, gli atleti, con la loro partecipazione alla competizione, permettono all'organizzatore di produrre uno spettacolo sportivo al quale il pubblico può assistere, che emittenti di programmi televisivi possono ritrasmettere e che può interessare quanti intendono inviare messaggi pubblicitari nonché sponsor. Inoltre, l'atleta fornisce ai propri sponsor una prestazione pubblicitaria che trova il suo supporto nell'attività sportiva in se stessa.

58. – Infine, per quanto riguarda le obiezioni espresse nelle osservazioni presentate dinanzi alla Corte secondo le quali, da un lato, le cause principali riguarderebbero una situazione puramente interna e, dall'altro, talune manifestazioni internazionali esulerebbero dall'ambito di applicazione territoriale del Trattato, occorre ricordare che le disposizioni del Trattato relative alla libera prestazione dei servizi non sono applicabili ad attività che in tutti i loro elementi si collocano all'interno di un solo Stato membro (v., da ultimo, sentenze 9 settembre 1999, causa C-108/98, *RI.SAN.*, *Racc.*, I-0000, punto 23, e 21 ottobre 1999, causa C-97/98, *Jägerskiöld*, *Racc.*, I-0000, punto 42). Tuttavia, un elemento di estraneità può in particolare derivare dalla circostanza che un atleta partecipi ad una competizione in uno Stato membro diverso da quello in cui è stabilito.

59. – Spetta al giudice nazionale valutare, sulla base di questi elementi interpretativi, se le attività sportive della signora Deliège, ed in particolare la sua partecipazione ai tornei internazionali, costituiscano un'attività economica ai sensi dell'art. 2 del Trattato, e, più in particolare, una prestazione di servizi ai sensi dell'art. 59 dello stesso Trattato.

60. – Supponendo che l'attività della signora Deliège possa essere qualificata come prestazione di servizi, occorre esaminare se le norme di selezione di cui trattasi nelle cause principali costituiscano una restrizione alla libera prestazione dei servizi, ai sensi dell'art. 59 del Trattato.

61. – A questo proposito, si deve rilevare che, a differenza delle norme applicabili nella causa *Bosman*, le norme di selezione controverse nelle cause principali non determinano le condizioni di accesso degli sportivi professionisti al mercato del lavoro e non contengono clausole di cittadinanza che limitino il numero di cittadini di altri Stati membri che possono partecipare ad una competizione.

62. – La signora Deliège, cittadina belga, non sostiene del resto che la scelta effettuata dalla LBJ, che non la ha selezionata per partecipare ad un torneo, sia stata operata in relazione alla sua cittadinanza.

63. – Inoltre, come è stato rilevato al punto 44 della presente sentenza, siffatte norme di selezione non riguardano un torneo il cui scopo sia quello di mettere a confronto squadre nazionali, ma un torneo in cui, una volta selezionati, gli atleti concorrono per conto proprio.

64. – In tale quadro, basta constatare che, se norme di selezione come quelle controverse nelle cause principali hanno inevitabilmente l'effetto di limitare il numero di partecipanti ad un torneo, tale limitazione è inerente allo svolgimento di una competizione sportiva internazionale ad alto livello, che implica necessariamente l'adozione di talune norme o di taluni criteri di selezione. Norme del genere non possono quindi essere di per se stesse considerate come configuranti una restrizione alla libera prestazione dei servizi vietata dall'art. 59 del Trattato.

65. – Del resto, l'adozione, ai fini di un torneo sportivo internazionale, di un sistema di scelta dei partecipanti rispetto ad un altro dev'essere fondata su un gran numero di considerazioni estranee alla situazione personale di un atleta qualsiasi, come la natura, l'organizzazione ed il finanziamento dello sport interessato.

66. – Se un sistema di scelta può rivelarsi più favorevole nei confronti di una categoria di atleti rispetto ad un altro, non si può dedurre da questo solo fatto che l'adozione di un siffatto sistema costituisca una restrizione alla libera prestazione di servizi.

67. – Pertanto, spetta naturalmente ai soggetti interessati, come gli organizzatori dei tornei, le federazioni sportive o ancora le associazioni di atleti professionisti, emanare le norme appropriate ed effettuare la selezione in forza di esse.

68. – A questo proposito, occorre ammettere che l'affidamento di un siffatto compito alle federazioni nazionali, in seno alle quali si trovano normalmente riunite le conoscenze e l'esperienza necessarie, costituisce il riflesso dell'organizzazione adottata nella maggior parte delle discipline sportive, organizzazione che si basa in linea di principio sull'esistenza di una federazione in ciascun paese. Inoltre, dev'essere rilevato che le norme di selezione controverse nelle cause principali si applicano tanto alle competizioni organizzate all'interno della Comunità quanto ai tornei che si svolgono all'esterno di essa e riguardano nel contempo cittadini degli Stati membri e cittadini di paesi terzi.

69. – Si devono pertanto risolvere le questioni sollevate nel senso che una norma che imponga ad un atleta professionista o semiprofessionista, o candidato a divenir tale, di essere in possesso di un'autorizzazione o di un provvedimento di selezione della propria federazione per poter partecipare ad una competizione sportiva internazionale ad alto livello in cui non sono in gara squadre nazionali, qualora essa discenda da una necessità inerente all'organizzazione di una siffatta competizione, non costituisce di per se stessa una restrizione alla libera prestazione di servizi vietata dall'art. 59 del Trattato.

(omissis)

II

(*omissis*)

1. – Con ordinanza 23 aprile 1996, pervenuta in cancelleria il 22 maggio 1996, il Tribunal de première instance di Bruxelles, statuendo in sede di procedimento sommario, ha sottoposto a questa Corte, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE), una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione degli artt. 6, 48 del Trattato CE (divenuti, in seguito a modifica, artt. 12 CE e 39 CE), 85 e 86 del Trattato CE (divenuti artt. 81 e 82 CE).

2. – Tale questione è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra il signor Lehtonen e la Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL (in prosieguo: la «Castors Braine») da una lato, e la Fédération royale belge des sociétés de basket-ball ASBL (in prosieguo: la «FRBSB»), nonché la Ligue belge - Belgische Liga ASBL (in prosieguo: la «BLB») dall'altro, in ordine al diritto della Castors Braine di far giocare il signor Lehtonen in occasione di partite della serie maggiore del campionato nazionale belga di pallacanestro. (*omissis*)

La controversia nella causa a qua

12. – Il signor Lehtonen è un giocatore di pallacanestro avente cittadinanza finlandese. Durante la stagione 1995/1996, egli ha giocato in una squadra che ha partecipato al campionato finlandese e, alla fine di quest'ultimo, è stato ingaggiato dalla Castors Braine, società aderente alla FRBSB, per partecipare alla fase finale del campionato del Belgio 1995/1996. A tal fine, le parti hanno stipulato, il 3 aprile 1996, un contratto di lavoro di «sportivo retribuito», in forza del quale il signor Lehtonen doveva percepire 50.000 BEF netti al mese come retribuzione fissa e 15.000 BEF supplementari per ogni vittoria della società. Tale ingaggio era stato registrato il 30 marzo 1996 presso la FRBSB, poiché la lettera di uscita del giocatore era stata rilasciata il 29 marzo 1996 dalla federazione di provenienza. Il 5 aprile 1996, la FRBSB ha informato la Castors Braine che, se la Fiba non avesse rilasciato la licenza, la società sarebbe stata passibile di sanzioni e che, nel caso in cui essa avesse schierato in campo il signor Lehtonen, lo avrebbe fatto a suo rischio e pericolo.

13. – Nonostante tale avvertimento, la Castors Braine ha fatto giocare il signor Lehtonen nel corso della partita del 6 aprile 1996, giocata contro la squadra della società Belgacom Quaregnon. Questa partita è stata vinta dalla Castors Braine. L'11 aprile 1996, a seguito di una denuncia presentata dalla società Belgacom Quaregnon, la sezione «competizione» della FRBSB ha sanzionato la Castors Braine infliggendole una sconfitta «a tavolino» con il punteggio di 0-20 per la partita alla quale il signor Lehtonen aveva partecipato, in violazione delle disposizioni del regolamento della Fiba attinenti ai trasferimenti dei giocatori all'interno della zona europea. Nella partita seguente, contro la squadra della società Pepinster, la Castors Braine ha iscritto il signor Lehtonen sul foglio di gara, ma alla fine non l'ha fatto giocare. Essa è stata nuovamente assoggettata alla sanzione della sconfitta «a tavo-

lino». Correndo il rischio di subire nuove sanzioni di squalifica ad ogni iscrizione del signor Lehtonen sul foglio di gara, o addirittura di vedersi relegare nella divisione inferiore in caso di terza squalifica, la Castors Braine ha rinunciato alle prestazioni del signor Lehtonen per le partite di *play-off*.

14. – Il 16 aprile 1996, il signor Lehtonen e la Castors Braine hanno citato la FRBSB dinanzi al Tribunal de première instance di Bruxelles, in sede di procedimento sommario. Essi hanno chiesto, in sostanza, che venisse ingiunto alla FRBSB di revocare la sanzione di squalifica inflitta alla Castors Braine per la partita del 6 aprile 1996 contro la società Belgacom Quaregnon e che le fosse vietato di irrogare nei suoi confronti qualsiasi sanzione tesa ad impedirle di far partecipare il signor Lehtonen al campionato del Belgio 1995/1996, comminandosi una penale di 100.000 BEF per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione dell'ordinanza.

15. – Con accordo del 17 aprile 1996, le parti della causa *a qua* hanno convenuto di presentare «conclusioni concordi» con le quali esse avrebbero sollecitato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, congelando la situazione controversa nell'attesa della futura sentenza di quest'ultima. Pertanto, le sanzioni di squalifica sarebbero state mantenute, sarebbe stato sospeso il giudizio circa le sanzioni pecuniarie inflitte alla Castors Braine e quest'ultima si sarebbe astenuta dallo schierare in campo il signor Lehtonen nel corso delle partite di *play-off*, restando per il resto salvi i diritti delle parti.

16. – Durante l'udienza del 19 aprile 1996, la BLB ha presentato una domanda di intervento volontario a sostegno della FRBSB e le parti hanno presentato le loro conclusioni concordi.

La questione pregiudiziale

17. – Nella sua ordinanza 23 aprile 1996, il giudice dell'urgenza del Tribunal de première instance di Bruxelles ha innanzi tutto rilevato che nulla ostava a che esso sottoponesse una domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia. Esso ha poi considerato che, al momento della proposizione dell'azione, il presupposto dell'urgenza era sicuramente soddisfatto, in quanto la Castors Braine intendeva schierare in campo il signor Lehtonen per le successive partite di campionato. Infine, esso ha preso atto dell'accordo intervenuto tra le parti al fine di consentire il rinvio pregiudiziale alla Corte, accordo ai sensi del quale la Castors Braine si sarebbe astenuta dallo schierare in campo il signor Lehtonen per tutta la durata del campionato in corso, mentre la FRBSB si impegnava, dal canto suo, a sospendere ogni sanzione.

18. – Pertanto, il Tribunal de première instance di Bruxelles, dopo aver preso atto dell'intervento volontario della BLB, ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte la questione pregiudiziale seguente:

«Se siano compatibili con il Trattato di Roma (e specialmente con gli artt. 6, 48, 85 e 86) le disposizioni regolamentari di una federazione sportiva che vietano

ad una società di schierare in campo per la prima volta un giocatore in una competizione se esso è stato ingaggiato dopo una certa data, qualora si tratti di un giocatore professionista cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea, nonostante le ragioni di carattere sportivo invocate dalle federazioni per giustificare le dette disposizioni, vale a dire la necessità di non falsare le competizioni».
(*omissis*)

Nel merito

31. – Alla luce di quanto precede, la questione sollevata dev'essere intesa come diretta sostanzialmente a stabilire se gli artt. 6 e 48 del Trattato ostino all'applicazione di norme emanate in uno Stato membro da associazioni sportive che vietino ad una società di pallacanestro di schierare in campo, in occasione di partite del campionato nazionale, giocatori provenienti da altri Stati membri qualora il trasferimento sia avvenuto dopo una certa data.

Sulla sfera di applicazione del Trattato

32. – In via preliminare, si deve ricordare che, considerati gli obiettivi della Comunità, l'attività sportiva è disciplinata dal diritto comunitario in quanto sia configurabile come attività economica ai sensi dell'art. 2 del Trattato (divenuto, in seguito a modifica, art. 2 CE) (v. sentenze 12 dicembre 1974, causa 36/74, Walrave e Koch, *Racc.*, 1405, punto 4, e 15 dicembre 1995, causa C-415/93, Bosman, *Racc.*, I-4921, punto 73). La Corte ha d'altra parte riconosciuto che l'attività sportiva presenta una notevole importanza sociale nella Comunità (v. sentenza Bosman, *cit.*, punto 106).

33. – Tale giurisprudenza è peraltro confortata dalla dichiarazione n. 29 sullo sport, figurante in allegato all'atto finale della conferenza che ha adottato il testo del Trattato di Amsterdam, la quale sottolinea la rilevanza sociale dello sport ed invita segnatamente gli organi dell'Unione europea a riservare un'attenzione particolare alle caratteristiche specifiche dello sport dilettantistico. In particolare, tale dichiarazione è coerente con la detta giurisprudenza in quanto essa riguarda le situazioni in cui l'esercizio dello sport costituisce un'attività economica.

34. – Occorre ricordare che le norme del Trattato in materia di libera circolazione delle persone non ostano a normative o prassi che escludano i calciatori stranieri da determinati incontri per motivi non economici, attinenti al carattere e all'ambito specifici di tali partite e che quindi hanno natura prettamente sportiva, come, ad esempio, nel caso di incontri fra le rappresentative di paesi diversi. La Corte ha sottolineato, però, che tale restrizione della sfera d'applicazione del Trattato deve restare entro i limiti del suo oggetto specifico e non può essere fatta valere per escludere da tale sfera un'intera attività sportiva (sentenze 14 luglio 1976, causa 13/76, Donà, *Racc.*, 1333, punti 14 e 15, e Bosman, *cit.*, punti 76 e 127).

35. – Per quanto riguarda la natura delle norme controverse nella causa principale, risulta dalle citate sentenze Walrave e Koch, punti 17 e 18, e Bosman, punti 82 e 83, che le disposizioni comunitarie in materia di libera circolazione delle persone e di libera prestazione dei servizi non disciplinano soltanto gli atti delle autorità pubbliche, ma si estendono anche alle normative di altra natura dirette a disciplinare collettivamente il lavoro subordinato e le prestazioni di servizi. Infatti, l'abolizione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone ed alla libera prestazione dei servizi sarebbe compromessa se l'eliminazione delle limitazioni stabilite da norme statali potesse essere neutralizzata da ostacoli derivanti dall'esercizio dell'autonomia giuridica di associazioni ed enti di natura non pubblicistica.

36. – Pertanto, si deve constatare che il Trattato, ed in particolare i suoi artt. 6 e 48, possono essere applicati ad attività sportive ed a regole emanate dalle associazioni sportive come quelle di cui trattasi nella causa *a qua*.

Sul principio di non discriminazione in base alla cittadinanza

37. – Occorre ricordare che, conformemente ad una giurisprudenza costante, l'art. 6 del Trattato, che sancisce il principio generale del divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità, tende ad applicarsi autonomamente solo nelle situazioni disciplinate dal diritto comunitario per le quali il Trattato non stabilisce norme specifiche di non discriminazione (v., segnatamente, sentenze 10 dicembre 1991, causa C-179/90, Merci convenzionali porto di Genova, *Racc.*, I-5889, punto 11, e 14 luglio 1994, causa C-379/92, Peralta, *Racc.*, I-3453, punto 18).

38. – Ora, per quel che riguarda i lavoratori subordinati, questo principio è stato attuato in concreto dall'art. 48 del Trattato.

Sull'esistenza di un'attività economica e sulla qualità di lavoratore del signor Lehtonen

39. – Alla luce di quanto precede e della trattazione svoltasi dinanzi alla Corte, occorre verificare se un giocatore di pallacanestro come il signor Lehtonen possa esercitare un'attività economica ai sensi dell'art. 2 del Trattato e, più in particolare, se egli possa essere considerato come un lavoratore ai sensi dell'art. 48 dello stesso Trattato.

40. – Nell'ambito della collaborazione giudiziaria instauratasi attraverso il procedimento pregiudiziale fra il giudice nazionale e la Corte, spetta al primo accertare e valutare i fatti di causa (v., in particolare, sentenza 3 giugno 1986, causa 139/85, Kempf, *Racc.*, 1741, punto 12) ed alla Corte fornire al giudice nazionale gli elementi interpretativi necessari per consentirgli di statuire sulla lite (sentenza 22 maggio 1990, causa C-332/88, Alimenta, *Racc.*, I-2077, punto 9).

41. – A questo proposito, è importante ricordare innanzi tutto che l'ordinanza di rinvio definisce il signor Lehtonen come un giocatore professionista di pallacanestro. Quest'ultimo e la Castors Braine hanno prodotto dinanzi alla Corte il con-

tratto di lavoro «sportivo retribuito» di cui al punto 12 della presente sentenza, contratto che prevedeva il pagamento di una retribuzione mensile fissa e di premi.

42. – Per quanto riguarda poi le nozioni di attività economica e di lavoratore ai sensi rispettivamente degli artt. 2 e 48 del Trattato, occorre rilevare che esse definiscono la sfera d'applicazione di una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato e come tali non possono venir interpretate restrittivamente (v., in tal senso, sentenza 23 marzo 1982, causa 53/81, Levin, *Racc.*, 1035, punto 13).

43. – Per quanto riguarda più in particolare la prima di tali nozioni, risulta da una giurisprudenza costante (sentenze Donà, *cit.*, punto 12, e 5 ottobre 1988, causa 196/87, Steymann, *Racc.*, 6159, punto 10) che una prestazione di lavoro subordinato o una prestazione di servizi retribuita dev'essere considerata come attività economica ai sensi dell'art. 2 Trattato.

44. – Tuttavia, come la Corte ha in particolare dichiarato nelle citate sentenze Levin, punto 17, e Steymann, punto 13, le attività esercitate devono essere reali ed effettive e non talmente ridotte da potersi definire puramente marginali ed accessorie.

45. – Per quanto riguarda la nozione di lavoratore, occorre ricordare che, in forza di una giurisprudenza costante, essa non può essere interpretata in vario modo, con riferimento agli ordinamenti nazionali, ma ha portata comunitaria. Tale nozione dev'essere definita in base a criteri obiettivi che caratterizzino il rapporto di lavoro sotto il profilo dei diritti e degli obblighi delle persone interessate. Ora, la caratteristica essenziale del rapporto di lavoro è la circostanza che una persona fornisca, per un certo periodo di tempo, a favore di un'altra e sotto la direzione di quest'ultima, prestazioni in contropartita delle quali riceva una retribuzione (v., segnatamente, sentenza 3 luglio 1986, causa 66/85, Lawrie-Blum, *Racc.*, 2121, punti 16 e 17).

46. – Ora, dagli accertamenti di fatto compiuti dal giudice *a quo*, nonché dai documenti prodotti dinanzi alla Corte, risulta che il signor Lehtonen aveva stipulato un contratto di lavoro con una società di un altro Stato membro per esercitare un'attività retribuita nel territorio di tale Stato. Come ha giustamente osservato il ricorrente nella causa *a qua*, egli ha, ciò facendo, risposto ad un'offerta di lavoro effettiva ai sensi dell'art. 48, n. 3, lett. a), del Trattato.

Sull'esistenza di un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori

47. – Poiché un giocatore di pallacanestro come il signor Lehtonen deve essere qualificato come lavoratore ai sensi dell'art. 48 del Trattato, occorre accertare se le norme relative ai termini di trasferimento di cui ai punti 6 e 9-11 della presente sentenza costituiscono un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori, vietato dalla stessa norma.

48. – Vero è, al riguardo, che ai giocatori provenienti da un'altra società di pallacanestro belga si applicano termini di trasferimento più rigorosi.

49. – Non è meno vero che tali norme sono idonee a limitare la libera circolazione dei giocatori che vogliono svolgere la loro attività in un altro Stato membro poiché impediscono alle società belghe di schierare in campo, nelle partite di campionato, giocatori di pallacanestro provenienti da altri Stati membri qualora essi siano stati ingaggiati dopo una certa data. Di conseguenza, le dette norme costituiscono un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori (v., in tal senso, sentenza *Bosman, cit.*, punti 99 e 100).

50. – Il fatto che le norme di cui trattasi non riguardino l'ingaggio dei detti giocatori, che non è limitato, ma la possibilità, per le società cui appartengono, di farli scendere in campo nelle partite ufficiali è irrilevante. Poiché la partecipazione a tali incontri costituisce l'oggetto essenziale dell'attività di un calciatore professionista, è evidente che una norma che limiti detta partecipazione incide anche sulle possibilità d'ingaggio del giocatore interessato (v. sentenza *Bosman, cit.*, punto 120).

Sull'esistenza di giustificazioni

51. – Essendo stata così accertata l'esistenza di un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori, occorre verificare se quest'ultimo possa essere obiettivamente giustificato.

52. – La FRBSB e la BLB, così come tutti i governi che hanno presentato osservazioni dinanzi alla Corte, sostengono che le norme relative ai termini di trasferimento sono giustificate da motivi non economici, attinenti unicamente allo sport in sé e per sé.

53. – Al riguardo, si deve riconoscere che la fissazione di termini per i trasferimenti di giocatori può rispondere all'obiettivo di assicurare la regolarità delle competizioni sportive.

54. – Infatti, trasferimenti tardivi potrebbero modificare sensibilmente il valore sportivo dell'una o dell'altra squadra nel corso del campionato, rimettendo così in discussione la comparabilità dei risultati tra le diverse squadre impegnate in tale campionato e, di conseguenza, il regolare svolgimento del campionato nel suo insieme.

55. – Il rischio di una simile rimessa in discussione è particolarmente evidente nel caso di una competizione sportiva che si svolga secondo le regole del campionato nazionale belga di pallacanestro di prima divisione. Infatti, le squadre ammesse a partecipare alle partite di *play-off* o chiamate a disputare le partite di *play-out* potrebbero approfittare di trasferimenti tardivi per rafforzare i propri effettivi in vista della fase finale del campionato, o persino in occasione di un unico incontro decisivo.

56. – Tuttavia, le misure adottate dalle federazioni sportive per garantire il regolare svolgimento delle competizioni non devono eccedere quanto necessario per conseguire lo scopo perseguito (v. sentenza *Bosman, cit.*, punto 104).

57. – Nella causa *a qua*, risulta dalle norme relative ai termini di trasferimento che i giocatori provenienti da una federazione non appartenente alla zona europea sono assoggettati al termine del 31 marzo e non a quello del 28 febbraio, che si applica ai soli giocatori provenienti da una federazione della zona europea, la quale comprende le federazioni degli Stati membri.

58. – A prima vista, una siffatta disciplina dev'essere considerata eccedente quanto necessario per conseguire lo scopo perseguito. Infatti, dai documenti prodotti agli atti non risulta che il trasferimento, tra il 28 febbraio e il 31 marzo, di un giocatore proveniente da una federazione della zona europea presenti rischi maggiori per la regolarità del campionato rispetto al trasferimento, durante lo stesso periodo, di un giocatore proveniente da una federazione non appartenente a detta zona.

59. – Tuttavia, spetta al giudice nazionale verificare in che misura ragioni obiettive, attinenti unicamente allo sport in sé e per sé o relative a differenze esistenti tra la situazione dei giocatori provenienti da una federazione appartenente alla zona europea e quella dei giocatori provenienti da una federazione non appartenente a detta zona, giustificano una simile disparità di trattamento.

60. – Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, occorre risolvere la questione sollevata, come riformulata, nel senso che l'art. 48 del Trattato osta all'applicazione di norme emanate in uno Stato membro da associazioni sportive che vietino ad una società di pallacanestro di schierare in campo, in occasione delle partite del campionato nazionale, giocatori provenienti da altri Stati membri che siano stati trasferiti dopo una certa data qualora tale data sia precedente a quella che si applica ai trasferimenti di giocatori provenienti da taluni Paesi terzi, a meno che ragioni obiettive, attinenti unicamente allo sport in sé e per sé o relative a differenze esistenti tra la situazione dei giocatori provenienti da una federazione appartenente alla zona europea e quella dei giocatori provenienti da una federazione non appartenente alla detta zona, non giustificano una simile disparità di trattamento. (*omissis*)

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, sez. 6°, 11 maggio 2000, nella causa C-37/98 – Pres. Schintgen – Avv. Gen. La Pergola – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla High Court of Justice (England & Wales) nel processo *the Queen e Secretary of State for the Home Department c. Abdulnasir Savas* – Interv.: Governo Regno Unito, tedesco, ellenico, francese, italiano (avv. Stato Quadri), e Commissione C.E.

Comunità Europee – Diritto di stabilimento e di soggiorno – Associazione CEE – Turchia – Effetto diretto.

(Accordo 12 settembre 1963 tra Turchia, Stati membri e CEE; decisione Consiglio 23 dicembre 1963, 64/732/CEE, art. 11\3; Protocollo addizionale 23 novembre 1970, regolamento CEE 19 settembre 1972, n. 2760, art. 41,1).

L'art. 13 dell'Accordo che crea un'associazione tra la Comunità economica europea e la Turchia, sottoscritto ad Ankara il 12 settembre 1963 dalla Repubblica di Turchia, da un lato, nonché dagli Stati membri della CEE e dalla Comunità dall'altro, e concluso, approvato e confermato a nome della Comunità mediante la decisione del Consiglio 23 dicembre 1963, 64/732/CEE, e l'art. 41, n. 2, del protocollo addizionale, sottoscritto il 23 novembre 1970 a Bruxelles e concluso, approvato e confermato a nome della Comunità mediante il regolamento (CEE) del Consiglio 19 settembre 1972, n. 2760, non costituiscono disposizioni di diritto comunitario direttamente applicabili nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri.

L'art. 41, n. 1, del protocollo addizionale ha effetto diretto negli Stati membri.

Il detto art. 41, n. 1, non è di per sé tale da conferire ad un cittadino turco un diritto di stabilimento e, correlativamente, un diritto di soggiorno nello Stato membro sul territorio nel quale egli ha risieduto e ha esercitato attività lavorative come lavoratore autonomo in violazione della normativa nazionale in materia di immigrazione.

Invece, l'art. 41, n. 1, del protocollo addizionale vieta l'introduzione di nuove restrizioni nazionali alla libertà di stabilimento e al diritto di soggiorno dei cittadini turchi a partire dalla data di entrata in vigore del detto protocollo nello Stato membro ospitante. Spetta al giudice nazionale interpretare il diritto interno per determinare se la normativa applicata al ricorrente nella causa a qua sia meno favorevole a quella applicabile al momento dell'entrata in vigore del protocollo addizionale (1).

(1) Cittadini provenienti da paesi terzi e diritto di stabilimento.

La sentenza in commento affronta la delicata questione della diretta applicabilità delle norme contenute nell'Accordo di Associazione CEE - Turchia — sottoscritto ad Ankara il 12 settembre 1963 ed approvato dal Consiglio con decisione 23 dicembre 1963 n. 64/732/CEE — e nel protocollo addizionale, approvato con regolamento del Consiglio 19 settembre 1972, n. 2760.

Le norme che formano oggetto di interpretazione da parte della Corte sono l'art. 13 dell'Accordo e l'art. 41 del protocollo.

L'art. 13 così recita: «Le Parti Contraenti convengono d'ispirarsi agli articoli da 52 a 56 incluso e all'articolo 58 del Trattato che istituisce la Comunità per eliminare tra loro le restrizioni alla libertà di stabilimento».

L'art. 41, co. 1, così dispone: «Le parti contraenti si astengono dall'introdurre tra loro nuove restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi».

Il caso sottoposto alla Corte riguarda due cittadini turchi, autorizzati ad entrare nel Regno Unito in qualità di turisti per un solo mese, con il diritto di esercitare attività commerciali o di lavoro autonomo ed ivi stabilirsi, in situazione irregolare secondo l'*Immigration Act* britannico, con lo scopo di esercitare un'attività lavorativa autonoma.

Di fronte al rifiuto delle autorità britanniche di concedere l'autorizzazione a soggiornare ed, anzi, in presenza di un provvedimento di espulsione, essi ricorrono al giudice nazionale per far dichiarare l'illegittimità del comportamento dell'*Home Department* e l'applicazione in via diretta delle norme dell'Accordo di Associazione che riconoscerebbe loro un diritto di stabilimento equivalente a quello che vantano i lavoratori degli Stati membri ai sensi degli artt. 43 (*ex art.* 52) e ss. del Trattato UE.

Di qui nasce l'esigenza per il giudice nazionale di provocare una pronuncia pregiudiziale della Corte di Giustizia di interpretazione delle norme dell'accordo, mediante la sottoposizione dei quesiti che si leggono nella sentenza.

(omissis)

Le questioni pregiudiziali

36. – Ritenendo pertanto che la soluzione della controversia dipendesse dall'interpretazione dell'accordo di associazione, la High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division, ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le sei questioni pregiudiziali seguenti:

«1) Se l'accordo di associazione tra la Comunità economica europea e la Turchia firmato ad Ankara il 12 settembre 1963, unitamente al protocollo addizionale a detto accordo firmato a Bruxelles il 23 novembre 1970 vada interpretato nel senso che conferisce diritti a un cittadino turco che è a) entrato o b) rimasto nel territorio di uno Stato membro in violazione della legge sull'immigrazione di detto Stato membro.

Va anzitutto osservato come la Corte neanche si soffermi sulla questione della competenza a pronunciarsi sull'interpretazione degli accordi di associazione approvati dalla Comunità. Essa è, invero, ormai definitivamente risolta in base ad una costante giurisprudenza (1), secondo la quale le disposizioni di un accordo concluso dal Consiglio in base agli artt. 300 (*ex* 228) e 310 (*ex* 238) del Trattato sono parte integrante del diritto comunitario, particolarmente per quanto attiene la libera circolazione dei lavoratori ed il diritto di stabilimento, settori disciplinati dal Trattato e che rientrano pertanto nella competenza della Comunità in forza dell'art. 310 (*ex* 238). Di conseguenza, nell'ambito dell'ordinamento comunitario che viene ad essere integrato dalle norme dell'accordo, la Corte è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla sua interpretazione.

Occorre poi segnalare che norme di contenuto analogo a quelle interpretate nella sentenza SAVAS e facenti parte di altri accordi di associazione (CEE-Bulgaria, CEE-Polonia, CEE-Repubblica Ceca) sono state pure sottoposte, sotto profili solo parzialmente diversi da quelli considerati nella decisione in commento, dallo stesso giudice britannico alla Corte.

Sulla loro interpretazione si attende la pronuncia del giudice comunitario (2).

Venendo alle questioni affrontate dalla Corte, esse possono riassumersi, da una parte, nella conferma dei principi generali già accolti in passato circa l'efficacia diretta delle disposizioni contenute nell'accordo di associazione e, dall'altra, nella affermazione della limitazione delle norme di favore cui venga riconosciuta efficacia diretta ai soli casi di ingresso e permanenza legale in uno Stato, con conseguente riconoscimento della competenza degli Stati membri in materia di regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno nel loro territorio.

Sul primo punto, concernente i requisiti che le disposizioni devono rivestire affinché ad esse possa essere riconosciuta efficacia diretta nei singoli ordinamenti e, quindi, diretta invocabilità dei diritti da esse nascenti dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato membro, la Corte riprende i principi già affermati nella sentenza SÜRÜL (3), secondo cui può considerarsi direttamente efficace una disposizione che, in base al suo tenore letterale ed allo scopo ed alla natura dell'accordo, implichi un obbligo chiaro e preciso la cui esecuzione ed i cui effetti non siano subordinati all'adozione di alcun atto ulteriore.

(1) Sent. 30 aprile 1974 in causa C-181/73, HALGEMAN, *Racc.*, 1974, I-449; sent. 30 settembre 1987 in causa C-12/86, DEMIVEL, *Racc.*, I-3747; sent. 20 settembre 1990 in causa C-192/89, SEVINCE, *Racc.*, I-3497.

(2) Sono le cause C-235/99, C-63/99 e C-257/99, in cui risultano già depositate le conclusioni dell'Avvocato Generale, che appaiono in linea con la giurisprudenza SAVAS.

(3) Sent. 4 maggio 1999 in causa C-262/96, SÜRÜL, *Racc.*, I-2685, oltre che in sentenze DEMIREL e SEVINCE, *citt.*

2) Qualora la soluzione dell'uno o dell'altro punto della prima questione sia affermativa, se a) l'art. 13 dell'Accordo o b) l'art. 41 del protocollo addizionale abbia effetto diretto negli ordinamenti giuridici nazionali degli Stati membri.

3) Se l'accordo, unitamente al protocollo addizionale osti all'applicazione, da parte di uno Stato membro, di una norma della propria legislazione nazionale che nega ad un cittadino turco l'autorizzazione a soggiornare nel territorio di detto Stato membro per il solo motivo che il suo permesso di ingresso o di soggiorno nel predetto territorio è scaduto.

Dalla natura meramente programmatica della norma di cui all'art. 13, contenente un principio di graduale eliminazione delle restrizioni alle libertà di stabilimento, senza la previsione di regole precise che abbiano per scopo il raggiungimento di tale eliminazione, la Corte fa discendere l'esclusione della sua efficacia diretta.

A conclusioni opposte, seguendo lo stesso ragionamento, la Corte giunge invece nell'interpretazione dell'art. 41, n. 1 del protocollo addizionale che, contenendo una clausola di *standstill* dal contenuto chiaro, preciso e non abbinabile a alcun ulteriore atto applicativo, comporta, in effetti, una proibizione formale non dissimile da quella che l'art. 53 del Trattato (abrogato dal Trattato di Amsterdam) imponeva agli Stati membri e che poteva essere direttamente invocata nei loro confronti dai cittadini.

Ne consegue che l'obbligo di astensione dall'introduzione di restrizioni alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi può essere fatto valere direttamente dai soggetti che ne abbiano diritto dinanzi ai giudici nazionali.

Rimane l'ulteriore — ed anzi prioritaria — questione di quali siano i soggetti in favore dei quali la disposizione possa essere direttamente invocata.

La tesi prospettata dal Signor Savas era che l'art. 41 n. 1 facesse nascere in capo a cittadini turchi che svolgessero una attività di lavoro autonomo il diritto di stabilimento e che, di conseguenza, questo implicasse il diritto a vedersi riconoscere il titolo in base al quale soggiornare legalmente.

Del tutto opposta era invece la tesi affermata dagli Stati intervenuti, tra cui l'Italia, e dalla Commissione, che sostenevano in maniera compatta — a prescindere da alcune difformità di vedute in materia di efficacia diretta dell'art. 41 — la necessità di un ingresso e di un soggiorno regolare ai sensi delle leggi nazionali in materia.

A tale impostazione ha aderito la Corte che, ispirandosi anche a propri precedenti (4) ha ribadito che le disposizioni di favore contenute nell'Accordo presuppongono una situazione stabile, non precaria e, soprattutto, legale in capo a chi intenda avvalersene, valutata ai sensi della normativa dello Stato ospite, che disciplina le condizioni di ingresso e di soggiorno del cittadino del paese terzo nel territorio nazionale. Va dunque respinta secondo la Corte l'ipotesi che un ingresso od un soggiorno illegali — o, addirittura, fraudolenti — possano essere superati in virtù della pretesa applicazione della norma sullo stabilimento contenuta nell'accordo.

Dalla sentenza emerge il perdurare della sostanziale diversità di trattamento tra i cittadini comunitari — cui si applicano, direttamente, le norme del Trattato in materia di libera circolazione di lavoratori e di diritto di stabilimento — e cittadini di paesi con cui la Comunità abbia concluso accordi di associazione implicanti un trattamento più favorevole rispetto ad altri paesi terzi. Non è un caso, tra l'altro, che detti accordi siano stati stipulati proprio con paesi il cui ingresso nell'U.E. è atteso per il 2003.

(4) Sent. SEVINCE, *cit.*; sent. 16 dicembre 1992 in causa C-237/91, KUS, in *Racc.*, I-6807; sent. 6 giugno 1995 in causa C-434/93, BOZKURT, in *Racc.*, I-1492.

4) Se l'autorità competente di uno Stato membro, qualora esamini, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, nonostante le disposizioni della legge nazionale, una domanda presentata da un cittadino turco per rimanere nel territorio di detto Stato, debba prendere in considerazione l'esistenza dell'accordo, unitamente al protocollo addizionale.

5) Qualora la soluzione della questione n. 4 sia affermativa, se l'autorità competente dello Stato membro sia tenuta a prendere in considerazione il principio di proporzionalità nell'esercizio del proprio potere discrezionale.

Rimane inoltre ribadito il principio che la materia dell'immigrazione dei cittadini appartenenti a paesi terzi rientra nella competenza degli Stati membri, in quanto facente parte della «giurisdizione domestica» ed attinente all'ordine ed alla sicurezza pubblica (5).

A ciò si aggiunga che diversi accordi di associazione (CEE-Bulgaria, CEE-Polonia, CEE-Repubblica Ceca) contengono apposite disposizioni che espressamente consentono di applicare le rispettive leggi in materia di ingresso e soggiorno, con ciò confermando che i benefici attinenti lo stabilimento non si estendono all'ingresso ed al soggiorno regolati dalle leggi nazionali. Né ammettere la legittimità del diniego di permesso di soggiorno a causa di un ingresso o di una permanenza illegale comporta la vanificazione o la compromissione dei benefici spettanti ai sensi dell'accordo, posto che questi non possono presupporre una situazione di illegalità.

È da segnalare inoltre, a conferma della competenza degli Stati nella materia dell'ingresso e del soggiorno, che l'art. 18 del Trattato UE nel testo modificato dal Trattato di Nizza (6) esclude l'applicazione della norma sui poteri del Consiglio di adottare disposizioni volte a facilitare l'esercizio del diritto di libera circolazione e di soggiorno dei cittadini dell'Unione quanto alle norme concernenti i passaporti, le carte d'identità, i permessi di soggiorno o tutti gli altri documenti assimilati ovvero quelle concernenti la sicurezza sociale o la protezione sociale.

Non va, tuttavia, sottaciuto che il diritto comunitario riconosce speciali prerogative anche a cittadini di paesi terzi che si trovino in determinate condizioni. È il caso delle direttive 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE concernenti il soggiorno di cittadini comunitari, recepite in Italia con Decreto legislativo 2 agosto 1999 n. 358 che, a correzione e modifica del decreto legislativo 26 novembre 1992 n. 470, riconosce, all'art. 5-*bis*, il diritto al soggiorno nel territorio dello Stato membro al coniuge e ai discendenti del cittadino di uno Stato membro che abbia svolto attività lavorativa all'interno dell'Unione, quale che sia la loro cittadinanza purché si trovino nelle condizioni previste. In tal modo viene riconosciuto anche a cittadini provenienti da paesi terzi il diritto a stabilirsi con il familiare cittadino di uno Stato membro occupato sul territorio di un altro Stato membro e ad accedere a qualsiasi attività subordinata (7).

Anche in questi casi, tuttavia, lo Stato membro può imporre un visto di ingresso, con l'obbligo di facilitarne il conseguimento ed un documento di soggiorno, diverso da quello del cittadino comunitario, ma equivalente quanto alla sua validità.

(5) Va segnalata, a riguardo, la sentenza della Corte di Giustizia 30 aprile 1998 in causa C-24/97, Commissione c. Repubblica federale di Germania, in cui lo Stato è stato condannato per avere riservato ai cittadini di altri Stati membri soggiornanti in territorio tedesco un trattamento sproporzionalmente diverso, per quanto riguarda il grado di colpa e le ammende irrogabili, da quello applicato ai propri cittadini per il caso di violazione dell'obbligo di essere in possesso di un documento d'identità valido. Nella stessa sentenza la Corte ha tuttavia affermato la conformità col diritto comunitario dei controlli sull'osservanza dell'obbligo di essere muniti di un titolo di soggiorno, purché lo stesso obbligo sussista per i cittadini che debbono esibire la carta d'identità.

(6) Si fa riferimento al testo provvisorio approvato dalla Conferenza intergovernativa sulle riforme istituzionali.

(7) ORNELLA PORCHIA, *Libera circolazione delle persone*, in: *Da Schengen a Maastricht*, a cura di BRUNO NASCIMBENE, Milano, 1995, 131 e ss.

6) Qualora la soluzione della questione n. 5 sia affermativa, quali fattori debbano venir presi in considerazione dall'autorità nazionale competente nel determinare se il provvedimento di espulsione è proporzionato».

Sulle prime tre questioni

37. — Con le sue prime tre questioni, che occorre esaminare congiuntamente, il giudice *a quo* chiede in sostanza se gli artt. 13 dell'accordo di associazione e 41 del protocollo addizionale siano tali da conferire ad un cittadino turco un diritto di stabilimento, con un correlativo diritto di soggiorno, nello Stato membro sul territorio del quale egli ha risieduto ed ha esercitato attività lavorative come lavoratore autonomo in violazione della normativa nazionale in materia di immigrazione.

38. — Al fine di risolvere utilmente tali questioni così riformulate, occorre esaminare anzitutto se le disposizioni alle quali esse fanno riferimento possano essere fatte valere da un singolo dinanzi ad un giudice nazionale e, in caso affermativo, determinare poi la loro portata.

Inoltre, l'abbattimento delle frontiere interne conseguito agli Accordi di Schengen ha reso pressante l'esigenza di un'azione comunitaria in materia di immigrazione dai paesi terzi. Il tema non è nuovo ed è stato, anzi, oggetto di numerose proposte della Commissione (8) che se ne è occupata nell'ambito del rafforzamento della cooperazione nei settori connessi alla sicurezza interna ed alla realizzazione degli obiettivi sociali delle Comunità, particolarmente il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della manodopera.

Il fondamento della competenza comunitaria in materia è stato individuato nell'art. 94 (*ex* 100) del trattato, che prevede, come norma di chiusura del sistema, la possibilità per il Consiglio di emanare all'unanimità, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, direttive volte al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune (9).

Un breve cenno merita, infine, il riconoscimento della libertà di circolazione e di soggiorno ai cittadini di paesi terzi contenuto nella Carta dei diritti proclamata durante la Conferenza di Nizza.

L'art. 45 della Carta, dopo aver stabilito al p. 1 che «ogni cittadino dell'Unione ha il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri» prosegue disponendo al p. 2 che «la libertà di circolazione e di soggiorno può essere accordata, conformemente al Trattato che istituisce la Comunità europea, ai cittadini dei paesi terzi che risiedano legalmente nel territorio di uno Stato membro».

Presupposto per il riconoscimento delle libertà di circolazione e soggiorno è, dunque, una residenza legale, ovverossia nel rispetto delle legislazioni nazionali in materia di ingresso e di soggiorno.

(8) Comunicazione della Commissione 7 marzo 1985 sugli orientamenti per una politica comunitaria delle migrazioni; decisione della Commissione 8 luglio 1985 sulle procedure di concertazione delle politiche migratorie; libro bianco della Commissione del 1985; Comunicazione 7 dicembre 1988 sui controlli alle frontiere; Comunicazioni dell'11 ottobre 91 e 29 febbraio 94 sulle politiche di immigrazione; Comunicazione 10 dicembre 1993 sui controlli alle frontiere. A ciò si aggiungano le modifiche al Trattato (art. 8 A, ora 18) apportate dall'Atto Unico Europeo.

(9) Si ricorda che la materia della Cooperazione rafforzata è oggetto di radicale riforma da parte del Trattato di Nizza, che ha inserito dei principi generali al titolo VII.

Sull'effetto diretto delle disposizioni controverse nella causa a qua

39. — In via preliminare occorre ricordare che, secondo la costante giurisprudenza della Corte, una disposizione di un accordo stipulato dalla Comunità con paesi terzi va considerata direttamente efficace qualora, tenuto conto del suo tenore letterale nonché dello scopo e della natura dell'accordo, essa implichi un obbligo chiaro e preciso la cui esecuzione ed i cui effetti non siano subordinati all'adozione di alcun atto ulteriore (v., in particolare, sentenza 4 maggio 1999, causa C-262/96, *Sürül*, *Racc.*, I-2685, punto 60).

40. — Occorre quindi verificare se gli artt. 13 dell'accordo di associazione e 41 del protocollo addizionale soddisfino tali criteri.

Sull'effetto diretto dell'art. 13 dell'accordo di associazione

41. — Al riguardo, si deve rilevare che la Corte ha già dichiarato che l'art. 12 dell'accordo di associazione ha una portata essenzialmente programmatica e che le sue disposizioni non sono sufficientemente precise e incondizionate per costituire norme di diritto comunitario direttamente efficaci nell'ordinamento interno degli Stati membri (sentenza 30 settembre 1987, causa 12/86, *Demirel*, *Racc.*, 3719, punti 23 e 25).

42. — Ora, è giocoforza constatare che, come il citato art. 12, relativo alla libera circolazione dei lavoratori, l'art. 13 dell'accordo di associazione si limita a pre-

Ancora una volta, dunque, risulta confermata — e con il valore che assume la previsione da parte della Carta fondamentale (10) — la giurisdizione domestica degli Stati in materia di immigrazione, con l'obbligo tuttavia da parte di questi di rispettare i diritti fondamentali quando agiscono nel quadro del diritto comunitario.

Non può tuttavia tralasciarsi di considerare come vada mano a mano configurandosi, in un sostanziale equilibrio tra il rispetto delle competenze degli Stati membri ed il progressivo aumento dell'azione comunitaria, uno «*status*» di cittadino proveniente da paesi terzi e legalmente soggiornante che si giustappone alla figura del cittadino comunitario (11).

FRANCESCA QUADRI

(10) Sono note le difformità di vedute intorno al valore giuridico da dare alla Carta. Di fronte alle istanze volte a favorire l'integrazione di essa nei Trattati, con la previsione di una prima parte di natura costituzionale con efficacia vincolante, è tuttavia prevalsa, almeno per il momento, l'idea di limitare l'adozione della Carta al mezzo della solenne dichiarazione. Il valore dei principi ivi contenuti è tuttavia indiscusso. D'altra parte, l'esistenza di un insieme di principi che costituiscono la Costituzione vigente e non scritta della Comunità era già stata riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha sempre sancito il rispetto dei diritti fondamentali. Si prevede, quindi, che questi verranno viepiù ampliati alla luce delle disposizioni contenute nella Carta.

(11) Sul concetto di cittadinanza dell'Unione europea ai sensi dell'art. 18 (*ex* 8A) del Trattato v. le illuminanti conclusioni dell'Avvocato Generale La Pergola nella causa C 85/96, *SALA*, ove si sottolinea che la novità dell'art. 8/A come risultante dalle intese di Maastricht non sta tanto nell'aver riconosciuto direttamente nel Trattato la libertà di circolazione, libertà già sancita dall'Atto Unico Europeo, bensì nell'aver enucleato dalle altre libertà di circolazione quella di *risiedere* in ogni Stato membro (p. 18 delle conclusioni). La cittadinanza europea, che si acquista e si perde insieme con la cittadinanza dello Stato membro, è configurata come situazione giuridica di base a garanzia del generale divieto di ogni trattamento discriminatorio in base alla nazionalità (p. 21 delle conclusioni).

vedere, in termini generali e facendo riferimento alle corrispondenti disposizioni del Trattato CE, il principio dell'eliminazione, tra le parti contraenti, delle restrizioni alla libertà di stabilimento, senza che la detta disposizione stabilisca di per sé regole precise ai fini del conseguimento di tale obiettivo.

43. – In applicazione dell'art. 22, n. 1, dell'accordo di associazione, che conferisce al consiglio di associazione un potere di decisione per il raggiungimento degli obiettivi fissati dal detto accordo, l'art. 41, n. 2, del protocollo addizionale attribuisce così al consiglio di associazione la competenza di stabilire, conformemente al principio enunciato all'art. 13 dell'accordo di associazione, il ritmo e le modalità della soppressione progressiva delle restrizioni alla libertà di stabilimento tra le parti contraenti.

44. – Il consiglio di associazione non ha tuttavia adottato alcuna misura ai sensi di tale ultima disposizione per attuare concretamente il principio generale dell'eliminazione graduale tra le parti contraenti degli ostacoli al diritto di stabilimento.

45. – Pertanto, si deve concludere che l'art. 13 dell'accordo di associazione, come d'altronde l'art. 41, n. 2, del protocollo addizionale, anch'esso menzionato dal giudice a quo, non è atto a disciplinare direttamente la situazione giuridica dei singoli e non può, quindi, vedersi attribuire un effetto diretto.

Sull'effetto diretto dell'art. 41, n. 1, del protocollo addizionale

46. – Al riguardo, occorre constatare che, come risulta dalla sua stessa lettera, tale disposizione stabilisce in termini chiari, precisi e incondizionati, una clausola di «standstill», che vieta alle parti contraenti di introdurre nuove restrizioni alla libertà di stabilimento a partire dalla data di entrata in vigore del protocollo addizionale.

47. – Infatti, la Corte ha già dichiarato che l'art. 53 del Trattato CE (abrogato dal Trattato di Amsterdam), ai sensi del quale gli Stati membri non introducono nuove restrizioni allo stabilimento nel loro territorio dei cittadini degli altri Stati membri, implica un obbligo, sottoscritto dagli Stati membri, che si risolve giuridicamente in una semplice astensione. Secondo la Corte, una proibizione così formale, non accompagnata da alcuna condizione né subordinata, nella sua esecuzione o nei suoi effetti, all'emanazione di alcun altro provvedimento, è completa, giuridicamente perfetta e, di conseguenza, atta a produrre effetti diretti nei rapporti fra gli Stati membri ed i loro cittadini (sentenza 15 luglio 1964, causa 6/64, Costa, *Racc.*, 1129, 1147).

48. – Ora, essendo il suo tenore letterale quasi identico a quello dell'art. 53 del Trattato CE, per gli stessi motivi l'art. 41, n. 1, del protocollo addizionale dev'essere considerato come avente effetto diretto.

49. – Per quanto riguarda più in particolare l'associazione CEE-Turchia, tale interpretazione è del resto corroborata dalla giurisprudenza della Corte secondo cui le clausole di «standstill» previste dagli artt. 7 della decisione 20 dicembre

1976, 2/76, del consiglio di associazione, relativa alla attuazione dell'art. 12 dell'accordo di Ankara (non pubblicata), e 13 della decisione 19 settembre 1980, 1/80, del consiglio di associazione, relativa allo sviluppo dell'associazione (non pubblicata), hanno effetto diretto tra gli Stati membri circa l'introduzione di nuove restrizioni all'accesso al lavoro di lavoratori che si trovino in posizione regolare per quanto concerne il soggiorno e l'occupazione nel territorio degli Stati contraenti (sentenza 20 settembre 1990, causa C-192/89, Sevince, *Racc.*, I-3461, punti 18 e 26).

50. – Pertanto, non esiste alcuna ragione per negare un simile effetto diretto all'art. 41, n. 1, del protocollo addizionale, che, per quanto riguarda la libertà di stabilimento, è una disposizione avente la stessa natura di quelle menzionate al punto precedente.

51. – D'altronde, la constatazione secondo cui il divieto di nuove restrizioni alla libertà di stabilimento, divieto previsto dall'art. 41, n. 1, del protocollo addizionale, è atto a disciplinare direttamente la situazione giuridica dei singoli non è inficiata dall'esame dell'oggetto e della finalità dell'accordo di associazione, nell'ambito del quale deve essere interpretata tale disposizione.

52. – Il detto accordo, infatti, mira ad istituire un'associazione diretta alla promozione ed allo sviluppo delle relazioni commerciali ed economiche tra le parti contraenti, ivi compreso il settore delle attività autonome per mezzo dell'eliminazione progressiva delle restrizioni alla libertà di stabilimento, al fine di elevare il livello di vita del popolo turco e di facilitare ulteriormente l'adesione della Repubblica di Turchia alla Comunità (v. quarto considerando del preambolo ed art. 28 dell'accordo di associazione).

53. – Inoltre, la circostanza che l'accordo di associazione mira essenzialmente a favorire lo sviluppo economico della Turchia ed implica, quindi, uno squilibrio negli obblighi assunti dalla Comunità nei confronti del paese terzo *de quo* non è tale da impedire l'applicabilità diretta di talune sue disposizioni (v. sentenze *Sürül, cit.*, punto 72, e, per analogia, 5 febbraio 1976, causa 87/75, Brecciani, *Racc.*, 129, punto 23; 31 gennaio 1991, causa C-18/90, Kziber, *Racc.*, I-199, punto 21, e 12 dicembre 1995, causa C-469/93, Chiquita Italia, *Racc.*, I-4533, punto 34).

54. – Dalle considerazioni che precedono risulta che l'art. 41, n. 1, del protocollo addizionale stabilisce un principio preciso e incondizionato sufficientemente operativo per essere applicato da un giudice nazionale e, pertanto, atto a disciplinare la situazione giuridica dei singoli. L'effetto diretto che occorre quindi riconoscere a tale disposizioni implica che i singoli ai quali essa si applica hanno il diritto di farla valere dinanzi ai giudici degli Stati membri.

55. – Occorre di conseguenza determinare la portata della detta disposizione.

Sulla portata dell'art. 41, n. 1, del protocollo addizionale

56. – Nelle sue osservazioni scritte presentate dinanzi alla Corte, il signor Savas ha fatto valere in sostanza che la detta disposizione del protocollo addizionale è tale da conferirgli un diritto di stabilimento, nonché un correlativo diritto di soggiorno nello Stato membro sul territorio del quale egli è stato autorizzato ad entrare, nonostante il fatto di avervi risieduto e di avervi esercitato attività lavorative come lavoratore autonomo in violazione della normativa nazionale in materia di immigrazione.

57. – Durante l'udienza, il signor Savas ha precisato al riguardo che non sostiene più di poter derivare diritti in materia di stabilimento e di soggiorno in uno Stato membro direttamente dall'art. 41, n. 1, del protocollo addizionale; egli ha asserito invece che l'effetto diretto di tale disposizione implica che il cittadino turco interessato possa chiedere a un giudice nazionale di verificare se la normativa interna in base alla quale è stata decisa l'espulsione dell'interessato sia più restrittiva, per quanto attiene alla libertà di stabilimento e al diritto di soggiorno, di quella che era applicabile alla data dell'entrata in vigore del protocollo addizionale nello Stato membro di cui trattasi e, per tale ragione, sia stata adottata in violazione della clausola di «*standstill*» prevista dalla detta disposizione.

58. – In primo luogo, per quanto riguarda la tesi sostenuta dal signor Savas nelle sue osservazioni scritte, occorre ricordare, innanzi tutto, la giurisprudenza costante secondo cui, allo stato attuale del diritto comunitario, le disposizioni relative all'associazione CEE-Turchia non incidono sul potere degli Stati membri di disciplinare tanto l'ingresso sul proprio territorio dei cittadini turchi quanto le condizioni della loro prima occupazione, bensì si limitano a disciplinare la posizione dei lavoratori turchi già regolarmente inseriti nel mercato del lavoro degli Stati membri (v., in particolare, sentenza 23 gennaio 1997, causa C-171/95, Tetik, *Racc.*, I-329, punto 21).

59. – Inoltre, la Corte ha ripetutamente affermato che i lavoratori turchi, contrariamente ai cittadini degli Stati membri, non hanno il diritto di circolare liberamente all'interno della Comunità, ma fruiscono solo di taluni diritti nello Stato membro ospite sul cui territorio sono entrati legalmente e hanno svolto una regolare attività durante un determinato periodo (v., in particolare, sentenza Tetik, *cit.*, punto 29).

60. – Infine, è vero che i diritti così conferiti ai lavoratori turchi sul piano dell'occupazione implicano necessariamente, a meno di non rendere totalmente inefficace il diritto di accedere al mercato del lavoro e di esercitarvi un'occupazione, l'esistenza di un correlativo diritto di soggiorno in capo agli interessati (v. sentenze Sevince, *cit.*, punto 29, 16 dicembre 1992, causa C-237/91, Kus, *Racc.*, I-6781, punto 29, 6 giugno 1995, causa C-434/93, Bozkurt, *Racc.*, I-1475, punto 28, e 10 febbraio 2000, causa C-340/97, Nazli, *Racc.*, I-0000, punto 28) e che questi ultimi possono quindi pretendere la proroga del loro soggiorno nello Stato membro interessato per continuare ad esercitarvi una regolare attività lavorativa subordinata (v., in particolare, sentenze Kus, *cit.*, punto 36, 30 settembre 1997, causa C-36/96,

Günaydin, *Racc.*, I-5143, punto 55, e causa C-98/96, Ertanir, *Racc.*, I-5179, punto 62, e 26 novembre 1998, causa C-1/97, Birden, *Racc.*, I-7747, punto 69). Tuttavia, risulta da questa stessa giurisprudenza che la regolarità dell'occupazione di un cittadino turco nello Stato membro ospitante presuppone una situazione stabile e non precaria sul mercato del lavoro di detto Stato membro ed implica pertanto un diritto di soggiorno incontestato (citate sentenze Sevince, punto 30, Kus, punti 12 e 22, e Bozkurt, punto 26).

61. – In tale contesto, la Corte ha già affermato che i periodi di occupazione compiuti da un cittadino turco in possesso di un permesso di soggiorno rilasciatogli solo grazie ad un comportamento fraudolento che ha determinato la condanna dell'interessato non sono basati su una situazione stabile e debbono considerarsi effettuati in via meramente provvisoria, in quanto, durante i periodi considerati, l'interessato non aveva legalmente fruito di un diritto di soggiorno (sentenza 5 giugno 1997, causa C-285/95, Kol, *Racc.*, I-3069, punto 27).

62. – Al punto 28 della citata sentenza Kol, la Corte ha considerato più in particolare escluso che un'occupazione svolta da un cittadino turco in base ad un permesso di soggiorno ottenuto in un tale contesto di frode possa far sorgere diritti a suo vantaggio.

63. – Ora, tali principi, sanciti nell'ambito dell'interpretazione delle disposizioni dell'associazione CEE-Turchia dirette a realizzare progressivamente la libera circolazione dei lavoratori turchi nella Comunità, debbono valere altresì, in via analogica, nell'ambito delle disposizioni della detta associazione relative al diritto di stabilimento.

64. – Ne discende, come giustamente rilevato dalla Commissione, che la clausola di «*standstill*» di cui all'art. 41, n. 1, del protocollo addizionale non è di per sé tale da conferire ad un cittadino turco il beneficio del diritto di stabilimento, nonché del diritto di soggiorno che ne costituisce il corollario.

65. – Di conseguenza, la prima ammissione di un cittadino turco sul territorio di uno Stato membro è disciplinata esclusivamente dal diritto nazionale di detto Stato e l'interessato può far valere, in base al diritto comunitario, taluni diritti in materia di esercizio di un'occupazione o di un'attività autonoma e, correlativamente, in materia di soggiorno, solo se si trova in una situazione regolare nello Stato membro interessato.

66. – Ora, nella causa *a qua*, risulta dall'ordinanza di rinvio che, dopo la scadenza del suo visto turistico, la cui validità era limitata a un mese, il signor Savas non ha più ottenuto alcun permesso di soggiorno nel Regno Unito ed ha quindi continuato a risiedervi in violazione della normativa nazionale. Inoltre, il suo visto gli vietava espressamente di svolgere una qualsiasi attività lavorativa in tale Stato membro.

67. – Pertanto, il fatto che il signor Savas non abbia lasciato il Regno Unito dopo la scadenza del suo visto e in realtà, e senza aver ricevuto un'autorizzazione a tal fine, abbia esercitato un'attività lavorativa autonoma in detto Stato membro, non è tale da far sorgere in suo favore un diritto di stabilimento né un diritto di soggiorno direttamente derivanti dalla normativa comunitaria.

68. – In secondo luogo, per quanto riguarda l'argomento fatto valere dal signor Savas durante l'udienza dinanzi alla Corte, occorre ricordare, da un lato, che l'effetto diretto da riconoscere all'art. 41, n. 1, del protocollo addizionale implica che tale disposizione conferisca ai singoli diritti individuali che i giudici nazionali devono tutelare.

69. – Si deve d'altro canto constatare che la clausola di «*standstill*» prevista dalla detta disposizione del protocollo addizionale osta all'adozione, da parte di uno Stato membro, di qualsiasi nuova misura che abbia per oggetto o per effetto di sottoporre lo stabilimento e, correlativamente, il soggiorno di un cittadino turco sul suo territorio a condizioni più restrittive di quelle che erano applicabili al momento dell'entrata in vigore del detto protocollo addizionale nei confronti dello Stato membro considerato.

70. – Ne consegue che spetta al giudice *a quo*, il solo competente per l'interpretazione del diritto nazionale, stabilire se la normativa interna applicata al signor Savas dalle autorità competenti abbia la conseguenza di aggravare la sua situazione rispetto alle norme che gli erano applicabili nel Regno Unito alla data dell'entrata in vigore del protocollo addizionale nei confronti di tale Stato membro.

71. – Alla luce dell'insieme delle considerazioni che precedono, occorre risolvere le tre prime questioni nel modo seguente:

– l'art. 13 dell'accordo di associazione e l'art. 41, n. 2, del protocollo addizionale non costituiscono disposizioni di diritto comunitario direttamente applicabili nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri.

– L'art. 41, n. 1, del protocollo addizionale ha effetto diretto negli Stati membri.

– Il detto art. 41, n. 1, non è di per sé tale da conferire ad un cittadino turco un diritto di stabilimento e, correlativamente, un diritto di soggiorno nello Stato membro sul territorio del quale egli ha risieduto e ha esercitato attività lavorative come lavoratore autonomo in violazione della normativa nazionale in materia di immigrazione.

– Invece, l'art. 41, n. 1, del protocollo addizionale vieta l'introduzione di nuove restrizioni nazionali alla libertà di stabilimento e al diritto di soggiorno dei cittadini turchi a partire dalla data di entrata in vigore del detto protocollo nello Stato membro ospitante. Spetta al giudice nazionale interpretare il diritto interno per determinare se la normativa applicata al ricorrente nella causa *a qua* sia meno favorevole di quella applicabile al momento dell'entrata in vigore del protocollo addizionale. (*omissis*)

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Plenum*, 16 maggio 2000, nella causa C-388/95 – Pres. Rodriguez Iglesias – Rel. Gulmann – Avv. Gen. Saggio – Belgio (ag. Devadder), sostenuto da Danimarca, Paesi Bassi, Finlandia e Regno Unito di Gran Bretagna ed Irlanda del Nord, contro Spagna (ag. Lapuerta), sostenuta da Italia (avv. Stato Braguglia), Portogallo e Commissione delle Comunità europee (ag. Buhigues e van Lier).

Comunità europee – Libera circolazione delle merci – Esportazioni – Vini di qualità prodotti in una regione determinata – Denominazioni di origine – Obbligo di imbottigliamento nella regione di produzione – Giustificazione – Conseguenze di una precedente pronuncia pregiudiziale.

(Trattato CE, artt. 10 e 29; regolamento CEE del Consiglio 16 marzo 1987 n. 823).

Il subordinare l'uso della denominazione d'origine all'obbligo di imbottigliare il vino nella regione di produzione costituisce una misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative all'esportazione, ma essa, nel caso in cui il vino di qualità prodotto in una regione determinata abbia assunto una reputazione notevole ed incontestabile, non contrasta con l'art. 34 (ora art. 29) del Trattato CE in quanto giustificata dall'esigenza di tutelare la proprietà industriale e commerciale (denominazione di origine) di cui al seguente art. 36 (ora art. 30) (1).

(1) Si tratta di uno dei rari casi di ricorso diretto di uno Stato membro contro un altro Stato membro ai sensi dell'art. 170 (ora 224) del Trattato CE. Come è noto le doglianze di uno Stato contro un altro non possono essere portate subito all'esame della Corte, ma debbono prima passare attraverso il filtro della Commissione delle Comunità europee. Sarà questa, di norma, se ritiene fondata la doglianza, ad adire la Corte dopo aver posto lo Stato ritenuto inadempiente in condizione di esporre le sue osservazioni. Solo in caso di inerzia o di diniego di agire della Commissione lo Stato che si ritiene danneggiato ha la possibilità di proporre il suo ricorso. Il meccanismo evita così scontri diretti frequenti e non produttivi fra gli Stati membri, stemperando le reciproche posizioni e consentendo il più delle volte soluzioni concordate.

La tutela di vini di qualità prodotti in una regione determinata: l'imbottigliamento nella regione di produzione.

1. – Anche in Italia, come in altri Stati membri produttori di vino, l'esperienza ha dimostrato che, particolarmente per alcuni vini, l'imbottigliamento in zona delimitata, che per lo più coincide con la zona di produzione, costituisce una condizione necessaria affinché il vino acquisisca e mantenga le caratteristiche qualitative che ne fanno un vino di qualità.

Per tale ragione, specialmente dopo l'entrata in vigore della legge 10 febbraio 1992, n. 164 (art. 10, comma 1, lettera i; supplemento ordinario alla G.U. n. 47 del 26 febbraio 1992), ma anche prima (ad esempio, per il vino Marsala) i disciplinari di produzione di molti vini «tranquilli», che aspirano alla denominazione d'origine, prevedono l'imbottigliamento obbligatorio in zona delimitata.

Altrettanto avviene per i vini spumanti di qualità (v.s.q.p.r.d.), elaborati con il metodo tradizionale o classico, per i quali la zona di imbottigliamento obbligatoriamente coincide con la zona di elaborazione, ovvero di spumantizzazione (il processo di spumantizzazione avviene in bottiglia).

(*omissis*)

27. – Nel 1994 il governo belga ha richiamato l'attenzione della Commissione sul fatto che la normativa spagnola oggetto della sentenza Delhaize era ancora in vigore malgrado l'interpretazione dell'art. 34 del Trattato data dalla Corte in tale sentenza, e le ha chiesto di attivarsi. Il 14 novembre 1994 il membro competente della Commissione ha risposto che quest'ultima giudicava «inopportuno insistere nei procedimenti per infrazione».

28. – L'8 marzo 1995 il governo belga ha inviato alla Commissione una lettera nella quale esprimeva la sua intenzione di avviare, ai sensi dell'art. 170 del Trattato, un procedimento per inadempimento contro il Regno di Spagna deducendo la violazione dell'art. 34 del Trattato.

29. – Il 12 aprile 1995 la Commissione ha comunicato tale lettera al Regno di Spagna, il quale ha presentato le sue osservazioni scritte il 5 maggio 1995.

2. – Con sentenza 9 giugno 1992, in causa C-47/90, DELHAIZE (*Racc.*, I, 3704), decidendo questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunal de commerce di Bruxelles ai sensi dell'art. 177 CEE (divenuto art. 234 CE), la Corte di giustizia ha affermato per diritto:

«1) Una normativa nazionale relativa ai vini a denominazione di origine che limiti il quantitativo di vino che può essere esportato sfuso e che autorizzi invece la vendita di vino sfuso all'interno della regione di produzione, costituisce una misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa all'esportazione vietata dall'art. 34 del Trattato CEE.

2) L'art. 34 del Trattato CEE può essere invocato dai privati dinanzi ai giudici degli Stati membri in occasione di controversie con altri privati».

3. – Basandosi su tale sentenza il Belgio ha proposto ricorso ai sensi dell'art. 170 CEE (divenuto art. 227 CE), chiedendo alla Corte di dichiarare che la Spagna, mantenendo in vigore il regio decreto n. 157/1988 ed in particolare il suo art. 19, 1/b, è venuta meno agli obblighi posti dagli articoli 34 e 5 del trattato CEE (divenuti rispettivamente articoli 29 e 10 CE).

Preoccupato che gli effetti della citata sentenza DELHAIZE potessero portare a considerare incompatibile con il diritto comunitario una regolamentazione nazionale che, in materia di vini di qualità (v.q.p.r.d.), imponga che il vino, per assumere la denominazione di qualità, venga imbottigliato in zona delimitata, normalmente nella zona di produzione, il Governo italiano è intervenuto a sostegno della convenuta Spagna contro il ricorrente Belgio. Altrettanto ha fatto il Portogallo, altro paese produttore, mentre paesi non produttori, ma nei quali la commercializzazione del vino sfuso costituisce una importante attività, come Danimarca, Paesi Bassi, Finlandia e Regno Unito, si sono schierati a fianco del Belgio.

Per i paesi produttori, infatti, l'obbligo di imbottigliamento in zona delimitata costituisce una misura essenziale per migliorare e garantire la qualità del vino, nonché per evitare sofisticazioni e frodi.

4. – Compito non facile, quello dei paesi produttori, tenendo conto della sentenza DELHAIZE pronunciata dalla Corte poco più di tre anni prima sulla medesima fattispecie.

Compito però non disperato, se si considera che la Commissione europea, dopo approfondimenti tecnici circa gli effetti sulla qualità del vino dell'imbottigliamento in zona delimitata, aveva cambiato opinione rispetto a quella manifestata nella causa DELHAIZE e non aveva emesso parere motivato contro la Spagna, ai sensi dell'art. 170 CEE.

30. – Il 31 maggio 1995 i due Stati membri hanno presentato in contraddittorio le loro osservazioni orali dinanzi alla Commissione, a norma dell'art. 170 del Trattato. Poiché la Commissione non ha emesso alcun parere motivato, il Regno del Belgio ha proposto il ricorso per inadempimento in oggetto.

31. – Con ordinanze del presidente della Corte 21 giugno 1996, il Regno di Danimarca, il Regno dei Paesi Bassi, la Repubblica di Finlandia e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord sono stati autorizzati a intervenire a sostegno delle conclusioni del Regno del Belgio, mentre la Repubblica italiana, la Repubblica portoghese e la Commissione sono state autorizzate a intervenire a sostegno delle conclusioni del Regno di Spagna.

Ed in realtà, nella sentenza che si commenta, sono stati gli elementi tecnici nuovi (rispetto a quelli considerati nella causa DELHAIZE), apportati dalla Commissione, dalla Spagna, dall'Italia e dal Portogallo, ad indurre la Corte a diversa soluzione (cfr. parr. 51 segg. della sentenza).

5. – A sostegno della Spagna e degli altri paesi produttori, l'Avvocatura generale, nell'interesse del Governo italiano, ha sostanzialmente dedotto due argomentazioni: una in via principale e preliminare, l'altra in via subordinata.

6. – La prima argomentazione traeva fondamento dal regolamento (CEE) n. 823/87, sui vini di qualità prodotti in regione determinata, la cui finalità complessiva è quella di migliorare la qualità dei vini, riducendone al contempo la quantità.

Si è sostenuto che dalle pertinenti disposizioni del regolamento n. 823/87 risulta in modo certo ed inconfutabile:

a) che, in virtù dell'art. 18, gli Stati membri hanno facoltà di definire condizioni complementari di produzione, di elaborazione e di circolazione, rispetto ad un vino che aspira ad una denominazione di origine;

b) che, in base agli articoli 1 e 15, per vini di qualità si intendono soltanto quelli conformi, oltre che alle disposizioni del regolamento, «...a quelle adottate in applicazione del medesimo e definite dalle regolamentazioni nazionali»; e che la menzione comunitaria v.q.p.r.d. (od altra analoga usata negli Stati membri) «...può essere utilizzata solamente per i vini conformi alle prescrizioni del presente regolamento ed a quelle adottate per la sua applicazione».

Tenuto conto di tali disposizioni, e della facoltà che l'art. 18 attribuisce agli Stati membri in materia di condizioni complementari di produzione, di elaborazione e di circolazione, si è pervenuti ad una prima conclusione.

Qualora lo Stato membro abbia prescritto che, per aver diritto ad utilizzare una denominazione d'origine, un certo vino debba essere imbottigliato in zona delimitata, se questo evento non si verifica *quel vino dovrà essere considerato un vino comune e non potrà essere considerato un vino di qualità*.

Per questo vino (non ancora imbottigliato in zona delimitata e che, quindi, ancora non può essere considerato vino di qualità) *non esiste alcun divieto*: né di esportazione in altri Stati membri, né di circolazione all'interno dello Stato membro considerato.

La sola conseguenza del mancato imbottigliamento in zona delimitata è che *quel vino non potrà fregiarsi della denominazione di origine*.

L'obbligo di imbottigliamento in zona delimitata, quando previsto, *non incide quindi sulla circolazione del vino*, né all'interno dello Stato membro, né al suo esterno verso altri Stati membri. Il mancato rispetto di detto obbligo ha il solo effetto di impedire che il vino in questione possa utilizzare la denominazione d'origine.

Si è così raggiunta una seconda conclusione.

32. – Il governo belga e i governi danese, olandese, finlandese e del Regno Unito, che intervengono a suo sostegno, fanno valere che, non avendo modificato il decreto n. 157/88 per conformarsi alla sentenza Delhaize, il Regno di Spagna ha violato gli obblighi che ad esso incombono in forza dell'art. 5 del Trattato.

33. – Nel controricorso il governo spagnolo sostiene che nella sentenza Delhaize la Corte non si è pronunciata sulla conformità delle disposizioni spagnole al diritto comunitario. Afferma che nel diritto di quasi tutti gli Stati membri produttori di vino esistono disposizioni analoghe a quelle esaminate dalla Corte. A suo parere, la vigente normativa spagnola è conforme all'interpretazione dell'art. 34 del Trattato data dalla Corte nella sentenza Delhaize e rispetta pienamente la normativa comunitaria.

Non sussiste alcun divieto di esportazione di vino sfuso. Però, proprio per la mancanza di imbottigliamento in zona delimitata, il vino sfuso destinato all'esportazione non potrà essere considerato vino di qualità e non potrà utilizzare la denominazione d'origine.

Non sussistono quindi ragioni per ipotizzare che una regolamentazione nazionale sull'imbottigliamento in zona delimitata di vini di qualità possa costituire un ostacolo alle esportazioni, vietato dall'art. 34 del trattato.

Il prodotto «vino sfuso» — giova ripeterlo — non è sottoposto ad alcuna limitazione di circolazione, né all'interno né verso altri Stati membri; non si verifica, per tale prodotto, alcuna differenza di trattamento tra il commercio interno ed il commercio d'esportazione; non si procura alcun vantaggio alla produzione nazionale: il vino sfuso, sia esso esportato, sia immesso in consumo nel territorio nazionale, è trattato allo stesso modo: non potrà utilizzare la menzione di qualità perché a causa della mancanza di imbottigliamento in zona delimitata, *non è diventato vino di qualità.*

Si è ritenuto utile aggiungere che nessuna restrizione all'esportazione esiste per il vino che, imbottigliato — quando previsto — in zona delimitata, abbia titolo ad utilizzare la menzione di qualità.

Si tratta insomma di *prodotti diversi*: il vino sfuso, che non è ancora un vino di qualità e non potrà esserlo se non sarà imbottigliato in zona delimitata (quando previsto), ma che può circolare liberamente come tale — cioè come vino sfuso comune — sia all'interno dello Stato membro che all'interno della Comunità; il vino imbottigliato in zona delimitata (quando previsto) che ha assunto il titolo di vino di qualità e che, anch'esso, può circolare liberamente ovunque.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si è dunque escluso qualsiasi fondamento alla violazione dell'art. 34 del Trattato, contestata alla Spagna.

7. – Con la seconda argomentazione, proposta in via subordinata, è stata appoggiata la tesi difensiva della Spagna, osservando che la violazione addebitata a tale Stato membro, ove ritenuta sussistente, sarebbe stata da considerare giustificata, sia ai sensi dell'art. 36 CEE (diventato art. 30 CE), sia per l'esigenza imperativa di tutelare i consumatori.

Anzitutto — si è dedotto — l'applicabilità, in astratto, del citato art. 36, a tutela della proprietà industriale e commerciale, è stata ammessa dalla Corte nella sentenza DELHAIZE, ai punti 16 -18 della motivazione in diritto.

Ragioni importanti di tutela della proprietà industriale e commerciale, così come di tutela della qualità del prodotto (che è una delle finalità dell'organizzazione comune di mercato) ricorrono tuttavia anche in concreto. Ed al riguardo è stato richiamato quanto dedotto in proposito dalla Spagna nel suo controricorso.

È stato poi sottolineato che taluni vini traggono le loro caratteristiche peculiari dal condizionamento in bottiglia, quale elemento integrante delle pratiche di invecchiamento, al fine di assicurare quel potenziale di ossido riduzione necessario al mantenimento ed alla esaltazione delle caratteristiche intrinseche di quel particolare vino di qualità.

34. – Di conseguenza, in presenza di un ricorso per inadempimento, occorre esaminare i motivi così dedotti onde verificare se il Regno di Spagna sia effettivamente venuto meno agli obblighi che ad esso incombono in forza dell'art. 34 del Trattato.

35. – Per quanto riguarda quest'ultima disposizione, si deve appurare nell'ordine, sulla base dei motivi e degli argomenti addotti dalle parti, se, nelle circostanze del caso di specie, il subordinare l'uso della denominazione di origine all'obbligo di imbottigliare il vino nella regione di produzione (in prosieguo: la «condizione controversa») costituisca una restrizione alla libera circolazione delle merci e, eventualmente, se essa sia autorizzata dalla normativa comunitaria in materia di v.q.p.r.d oppure se sia giustificata da uno scopo di interesse generale tale da prevalere sulle esigenze della libera circolazione delle merci.

È evidente, in tali casi, che il semplice rispetto degli altri requisiti del disciplinare di produzione non è sufficiente a garantire l'esistenza ed il mantenimento delle suddette caratteristiche organolettiche. Per ottenere tale garanzia è necessario anche l'imbottigliamento all'origine.

Tenendo in disparte i rischi di sofisticazioni e di frodi, non può negarsi invero che il prodotto esportato sfuso subisce determinati stati di alterazione o di non idonea conservazione delle caratteristiche minime previste dal disciplinare di produzione, collegate all'acquisizione dei caratteri organolettici, che può avvenire solo tramite l'imbottigliamento in zona.

Come ha riconosciuto anche l'Office International de la Vigne et du Vin (Gruppo di regolamentazione e controllo della qualità – XXV Sessione del 16 maggio 1990) *la pratica dell'imbottigliamento in zona di produzione costituisce l'atto finale dell'elaborazione del vino*.

Per quanto riguarda le esigenze imperative di tutela dei consumatori, è stato fatto notare che un vino «Marsala» prodotto con uve della zona di Trapani ed imbottigliato in quella zona, costituisce senza dubbio un *prodotto diverso* da un vino (c.d. «Marsala») prodotto come sopra ma imbottigliato, ad esempio, in Finlandia.

E se è vero che esistono le «etichette», è anche certo che quando il consumatore vede una bottiglia di «Marsala superiore» non immagina certamente che quel vino possa aver viaggiato sfuso per migliaia di chilometri per essere infine imbottigliato, ad esempio, in Finlandia, le cui condizioni climatiche non sono certamente simili a quelle della Sicilia.

8. – La sentenza in rassegna (che deve essere stata molto sofferta, se si considera che è stata pubblicata dopo più di un anno e mezzo dall'udienza e dopo più di un anno dalle conclusioni dell'Avvocato generale Saggio) respinge la prima argomentazione e conferma che la normativa spagnola controversa costituisce una misura d'effetto equivalente a restrizioni quantitative all'esportazione, vietata dall'art. 34 del Trattato (punto 42 della motivazione di diritto).

Finisce tuttavia per accogliere la seconda argomentazione e per ritenere che la normativa controversa sia giustificata ai sensi dell'art. 36 del Trattato.

Sono importanti, in particolare, due passaggi del ragionamento che ha condotto la Corte a tale conclusione.

In primo luogo, l'affermazione che le denominazioni d'origine «rientrano nel campo del diritto di proprietà industriale e commerciale» (punto 54 della motivazione in diritto).

In secondo luogo, il nesso che la Corte riconosce esistente tra la reputazione che la denominazione può godere presso i consumatori, la conseguente sua immagine e la qualità del prodotto (punto 56).

Appare inutile commentare qui tutte le ragioni per le quali la normativa spagnola controversa è considerata «giustificata» dalla Corte, perché «diretta a preservare la notevole reputazione del vino Rioja» (punto 75).

Sull'esistenza di una restrizione alla libera circolazione delle merci

36. – Il governo belga e i governi intervenuti a suo sostegno fanno valere che la condizione controversa si risolve in una limitazione quantitativa delle esportazioni di vino Rioja sfuso ai sensi dell'art. 34 del Trattato, come la Corte avrebbe già dichiarato nella sentenza Delhaize.

37. – Il governo spagnolo, sostenuto dai governi italiano e portoghese, afferma che la normativa spagnola in oggetto non limita affatto la quantità di vino prodotto nella regione della Rioja che può essere esportato sfuso. Essa avrebbe l'unico scopo e l'unico effetto di vietare qualsiasi uso indebito e incontrollato della «*denominación de origen calificada*» Rioja. Il governo spagnolo sottolinea che la vendita di vino sfuso all'interno della regione non è, in generale, consentita in quanto qualsiasi spedizione di vino all'interno della regione deve essere previamente autorizzata dal comitato di tutela del Rioja ed essere destinata esclusivamente alle imprese di imbottigliamento autorizzate dal detto comitato di tutela. Infatti, nella regione esisterebbero imprese che non sono autorizzate e che hanno scelto di dedicarsi alla commercializzazione di vini ivi prodotti, ma non tutelati dalla «*denominación de origen calificada*». Pertanto, nel caso di specie, la normativa spagnola non rientrerebbe nell'ipotesi trattata dalla Corte nella sentenza Delhaize. Tale ipotesi sarebbe stata costituita da una normativa nazionale applicabile a vini a denominazione di origine che limita il quantitativo di vino che può essere esportato sfuso e che autorizza invece la vendita di vino sfuso all'interno della regione di produzione.

38. – Va ricordato che la condizione controversa comporta che il vino prodotto nella regione e rispondente alle altre condizioni cui è subordinato l'uso della «*denominación de origen calificada*» Rioja non può più essere imbottigliato al di fuori della regione, pena la perdita di tale denominazione.

L'impressione complessiva che se ne trae è che, attraverso l'enunciazione di un grande numero di ragioni giustificative, la Corte abbia voluto dare un segnale: la deroga al divieto di cui all'art. 34 è giustificata soltanto se è necessaria a salvaguardare la notevole reputazione di cui gode incontestabilmente la «*denominación de origen calificada*» Rioja.

In altri termini, l'imbottigliamento in zona delimitata non potrà legittimamente costituire strumento per restringere la commercializzazione di ogni vino di qualità sfuso.

Anche tra i vini di qualità c'è da distinguere tra quelli che negli anni si sono costruiti una solida reputazione fra i consumatori (e questa va salvaguardata, pure a scapito della libertà di circolazione del vino sfuso) e vini che non hanno ancora raggiunto siffatta «notevole» ed «incontestata» reputazione.

Se questa impressione corrisponde alla reale portata della sentenza in rassegna, sarà ancora una volta da lodare il pragmatismo e l'equilibrio della Corte, che da un lato ha salvaguardato situazioni veramente specifiche e meritevoli (come il Rioja o, si può aggiungere, il Chianti o il Marsala), ma dall'altro non ha generalizzato la deroga in modo tale da compromettere il fondamentale principio della libera circolazione delle merci.

39. – È vero che, in una certa misura, il trasporto alla rinfusa del vino che può fregiarsi della detta denominazione è limitato anche all'interno stesso della regione di produzione e che questo può essere un elemento da prendere in considerazione nell'ambito dell'esame della giustificazione della condizione controversa. Tuttavia, tale circostanza non può essere invocata per negare gli effetti restrittivi della detta condizione.

40. – Infatti, la condizione controversa comporta in ogni caso che un vino trasportato sfuso all'interno della regione conserva il diritto alla «*denominación de origen calificada*» se viene imbottigliato in cantine autorizzate.

41. – Trattasi dunque di una misura nazionale che ha l'effetto di restringere specificamente le correnti di esportazione per quanto riguarda il vino cui può essere attribuita la «*denominación de origen calificada*» e di determinare così una differenza di trattamento tra il commercio interno di uno Stato membro e il suo commercio di esportazione, ai sensi dell'art. 34 del Trattato.

42. – Pertanto, la normativa spagnola in oggetto costituisce una misura di effetto equivalente a restrizioni quantitative all'esportazione ai sensi dell'art. 34 del Trattato.

Sulla portata dell'art. 18 del regolamento n. 823/87

43. – Il governo spagnolo, sostenuto dai governi italiano e portoghese, ricorda che la normativa comunitaria in materia di v.q.p.r.d. non ha carattere esaustivo e consente agli Stati membri di emanare norme nazionali più rigorose. A tal riguardo cita l'art. 18 del regolamento n. 823/87, il quale autorizza gli Stati membri produttori a definire condizioni di produzione e di circolazione complementari o più rigorose all'interno del loro territorio. L'uso, in tale disposizione, del termine «circolazione» sarebbe particolarmente significativo in quanto la condizione controversa farebbe innegabilmente parte delle disposizioni relative alla circolazione dei v.q.p.r.d.

44. – Il governo belga sottolinea che nella sentenza Delhaize la Corte ha già disatteso l'argomento fondato sull'art. 18 del regolamento n. 823/87. Sostiene peraltro che la condizione controversa è in contrasto con gli usi leali e tradizionali in materia di imbottigliamento negli Stati membri importatori di vino.

45. – Occorre ricordare che nella sentenza Delhaize la Corte ha affermato (punto 26) che l'art. 18 del regolamento n. 823/87 non può essere interpretato nel senso che autorizza gli Stati membri a imporre condizioni contrastanti con le norme del Trattato relative alla circolazione delle merci. Pertanto, tale disposizione non può di per sé legittimare la condizione controversa.

46. – Per contro, e contrariamente a quanto sostenuto dal governo belga, di per sé la detta disposizione non vieta un obbligo di imbottigliamento nella regione di produzione solo perché autorizza prescrizioni nazionali complementari «tenuto conto degli usi leali e costanti». Infatti, la locuzione «tenuto conto di» non

ha il senso, più restrittivo, di un'espressione che enunci una condizione positiva, come «purché esista», o negativa, come «senza pregiudicare». In una situazione come quella del caso di specie, che alla data dell'adozione del decreto n. 157/88 era caratterizzata dalla coesistenza, non contestata dalle parti, dell'uso di imbottigliare nella regione di produzione e dell'uso di esportare il vino sfuso, la formulazione dell'art. 18 del regolamento n. 823/87 implica semplicemente una presa in considerazione dei detti usi. Quest'ultima può dar luogo ad una ponderazione degli interessi in questione, in esito alla quale può esser data preferenza, in considerazione di determinati obiettivi, ad un uso piuttosto che all'altro.

Sulla giustificazione della condizione controversa

47. — Tanto i governi spagnolo, italiano e portoghese quanto la Commissione ritengono che l'imbottigliamento faccia parte integrante del procedimento di produzione del vino. Esso costituirebbe una fase dell'elaborazione del prodotto, sicché solo il vino imbottigliato in una determinata regione potrebbe effettivamente essere considerato originario di tale regione.

48. — Ne discenderebbe che un vino imbottigliato al di fuori della regione della Rioja che recasse la «*denominación de origen calificada*» Rioja violerebbe il diritto esclusivo di usare tale denominazione, il quale spetta alla collettività dei produttori della regione il cui vino soddisfi le condizioni per fruire della denominazione, compresa quella dell'imbottigliamento nella regione. Pertanto, gli effetti restrittivi della condizione controversa sarebbero giustificati da motivi di tutela della proprietà industriale e commerciale di cui all'art. 36 del Trattato. Infatti, la condizione sarebbe necessaria per garantire che la «*denominación de origen calificada*» risponda al suo specifico scopo, che è in particolare quello di garantire l'origine del prodotto.

49. — Ai fini della soluzione della presente controversia occorre non tanto stabilire se si debba considerare come una fase del procedimento d'elaborazione di un vino che può fruire di una «*denominación de origen calificada*» il suo imbottigliamento nella regione di produzione, quanto piuttosto valutare i motivi per cui, secondo il governo spagnolo, tale operazione dev'essere effettuata nella regione di produzione. Infatti, la condizione controversa può essere considerata conforme al trattato malgrado i suoi effetti restrittivi sulla libera circolazione delle merci solo ove detti motivi siano di per sé idonei a giustificarla.

50. — Per quanto riguarda tali motivi, il governo spagnolo sottolinea la specificità del prodotto e la necessità di tutelare la fama connessa alla «*denominación de origen calificada*» Rioja preservando, mediante la condizione controversa, le caratteristiche particolari, la qualità e la garanzia di origine del vino Rioja. La condizione controversa, sarebbe pertanto giustificata dall'esigenza di tutelare la proprietà industriale e commerciale di cui all'art. 36 del Trattato.

51. – È vero che, come ricordato dal governo belga e dai governi intervenuti a suo sostegno, nella sentenza *Delhaize* la Corte ha dichiarato che non era dimostrato che l'imbottigliamento nella regione di produzione fosse un'operazione indispensabile per la conservazione delle caratteristiche specifiche del vino (punto 19) o per la garanzia dell'origine del prodotto (punto 21) né che l'ubicazione delle attività d'imbottigliamento fosse di per sé atta ad incidere sulla qualità del vino (punto 23).

52. – Nel presente procedimento, tuttavia, tanto i governi spagnolo, italiano e portoghese quanto la Commissione hanno presentato elementi nuovi destinati a dimostrare che i motivi su cui è basata la condizione controversa sono idonei a giustificarla. Si deve procedere ad un esame della causa alla luce di tali elementi.

53. – La normativa comunitaria manifesta una tendenza generale alla valorizzazione della qualità di prodotti nell'ambito della politica agricola comune, al fine di promuoverne la reputazione grazie, in particolare, all'uso di denominazioni di origine oggetto di una tutela particolare. Come è stato ricordato ai punti 14 e 17 della presente sentenza, tale tendenza generale si è concretata nel settore dei vini di qualità. Essa si è manifestata anche riguardo ad altri prodotti agricoli, per i quali il Consiglio ha adottato il regolamento (CEE) 14 luglio 1992, n. 2081 relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli ed alimentari (*GUL* 208, pag. 1). A tal riguardo, l'ottavo «considerando» di detto regolamento precisa che quest'ultimo si applica nel rispetto della legislazione vigente relativa ai vini e alle bevande spiritose «la quale mira a stabilire un grado di protezione più elevato»

54. – Le denominazioni di origine rientrano nel campo dei diritti di proprietà industriale e commerciale. La normativa pertinente tutela i beneficiari contro l'uso illegittimo delle dette denominazioni da parte di terzi che intendano profittare della reputazione da esse acquisita. Tali denominazioni sono dirette a garantire che il prodotto cui sono attribuite provenga da una zona geografica determinata e possieda talune caratteristiche particolari (sentenza *Delhaize*, punto 17).

55. – Esse possono godere di una grande reputazione presso i consumatori e costituire per i produttori che soddisfano le condizioni per usarle un mezzo essenziale per costituirsi una clientela (v., nello stesso senso, a proposito delle indicazioni di provenienza, sentenza 10 novembre 1992, causa C-3/91, *Exportur*, *Racc.*, I-5529, punto 28).

56. – La reputazione delle denominazioni di origine dipende dall'immagine di cui queste godono presso i consumatori. A sua volta tale immagine dipende, essenzialmente, dalle caratteristiche particolari e, in generale, dalla qualità del prodotto. È quest'ultima, in definitiva, che costituisce il fondamento della reputazione del prodotto.

57. – Occorre osservare che un vino di qualità è un prodotto caratterizzato da una notevole specificità, il che, nel caso del vino Rioja, non è comunque contestato. Le sue qualità e caratteristiche particolari, che risultano dalla combinazione di fattori naturali e umani, sono connesse alla zona geografica d'origine e, per essere conservate, richiedono vigilanza e sforzi.

58. – La normativa sulla «*denominación de origen calificada*» Rioja è diretta a garantire la conservazione di tali qualità e caratteristiche. Assicurando agli operatori del settore vitivinicolo della regione della Rioja, a richiesta dei quali è stata assegnata la denominazione di origine, il controllo anche dell'imbottigliamento, essa ha lo scopo di salvaguardare meglio la qualità del prodotto e, di conseguenza, la reputazione della denominazione, di cui i detti operatori assumono ormai, pienamente e collettivamente, la responsabilità.

59. – Pertanto, la condizione controversa, malgrado i suoi effetti restrittivi sugli scambi, deve essere considerata conforme al diritto comunitario se è dimostrato che costituisce un mezzo necessario e proporzionato idoneo a preservare la notevole reputazione di cui gode incontestabilmente la «*denominación de origen calificada*» Rioja.

60. – Al riguardo, il governo spagnolo, sostenuto dai governi italiano e portoghese e dalla Commissione, fa valere che senza la condizione controversa la reputazione della «*denominación de origen calificada*» Rioja potrebbe effettivamente essere compromessa. Infatti, il trasporto e l'imbottigliamento al di fuori della regione di produzione metterebbero in pericolo la qualità del vino. La condizione controversa contribuirebbe in modo decisivo alla salvaguardia delle caratteristiche particolari e della qualità del prodotto in quanto si risolverebbe nell'affidare l'applicazione e il controllo del rispetto di tutte le regole riguardanti il trasporto e l'imbottigliamento ai produttori e al comitato di tutela del Rioja, vale a dire a coloro che posseggono le cognizioni e il *know-how* necessari e che hanno un interesse fondamentale al mantenimento della reputazione acquisita.

61. – Nella presente causa è pacifico che l'imbottigliamento del vino costituisce un'operazione importante la quale, se non viene effettuata nel rispetto di condizioni rigorose, può nuocere gravemente alla qualità del prodotto. Infatti, l'operazione dell'imbottigliare non si riduce al mero riempimento di recipienti vuoti, ma comporta di norma, prima del travaso, una serie di complessi interventi enologici (filtraggio, chiarificazione, trattamento a freddo, ecc.) che, se non sono eseguiti in conformità delle regole dell'arte, possono compromettere la qualità e modificare le caratteristiche del vino.

62. – È altrettanto pacifico che il trasporto alla rinfusa del vino, se non viene effettuato in condizioni ottimali, può nuocere gravemente alla qualità di quest'ultimo. Infatti, se le condizioni di trasporto non sono perfette, il vino sarà esposto ad un fenomeno di ossidoriduzione che sarà tanto più sensibile quanto maggiore è la distanza percorsa e che potrà nuocere alla qualità del prodotto. Esso sarà inoltre soggetto al rischio di sbalzi di temperatura.

63. – Il governo belga e i governi intervenuti a suo favore affermano che tali rischi esistono sia che il vino venga trasportato e imbottigliato nella regione di produzione sia che venga trasportato e imbottigliato al di fuori di questa. A loro avviso, il trasporto alla rinfusa del vino e il suo imbottigliamento al di fuori della regione possono essere realizzati in condizioni che consentono di salvaguardarne la qualità e la reputazione. In ogni caso, la vigente normativa comunitaria conterrebbe norme sufficienti in materia di controllo della qualità e dell'autenticità dei vini, in particolare di quelli cui è attribuita una «*denominación de origen calificada*».

64. – Sulla base degli elementi presentati alla Corte nella presente causa si deve riconoscere che, in condizioni ottimali, le caratteristiche e la qualità del prodotto possono essere effettivamente conservate quando il vino sia stato trasportato sfuso e sia stato imbottigliato al di fuori della regione di produzione.

65. – Tuttavia, le dette condizioni ottimali saranno più sicuramente soddisfatte se le operazioni di imbottigliamento vengono effettuate da imprese stabilite nella regione dei beneficiari della denominazione e operanti sotto il diretto controllo di questi, giacché tali imprese dispongono di un'esperienza specifica e, soprattutto, di una conoscenza approfondita delle caratteristiche specifiche del vino in questione, delle quali occorre evitare lo snaturamento o la scomparsa al momento della messa in bottiglia.

66. – Quanto al trasporto alla rinfusa del vino, se è vero che un fenomeno di ossidoriduzione può prodursi anche in occasione di un trasporto alla rinfusa all'interno della regione di produzione benché la distanza percorsa sia di regola più breve, occorre rilevare che, in tale ipotesi, il ripristino delle caratteristiche iniziali del prodotto sarà affidato a imprese che offrono a tale scopo tutte le garanzie in termini di *know-how* e, anche qui, di conoscenza ottimale del vino.

67. – Inoltre, come sottolinea lo stesso avvocato generale nei paragrafi 28-31 delle sue conclusioni, i controlli effettuati al di fuori della regione di produzione in conformità della normativa comunitaria garantiscono la qualità e l'autenticità del vino meno dei controlli effettuati nella regione nel rispetto della procedura di controllo di cui al punto 5 della presente sentenza.

68. – A tal riguardo, occorre osservare che nell'ambito del regolamento n. 2048/89 i controlli della qualità e dell'autenticità del vino non sono obbligatoriamente sistematici in tutti gli Stati membri. Infatti, l'art. 3, n. 2, di tale regolamento dispone che i controlli «sono eseguiti sistematicamente o per sondaggio».

69. – Quanto al regolamento n. 2238/93, esso, come rileva la Commissione, istituisce un controllo essenzialmente documentario delle quantità trasportate e, pertanto, non garantisce né l'origine o lo stato originario del vino trasportato alla rinfusa né la preservazione della sua qualità durante il trasporto.

70. – Per quanto riguarda il regolamento n. 2392/89, il suo art. 42 prevede che l'organismo competente di uno Stato membro possa invitare l'organismo competente di un altro Stato membro a esigere dall'imbottigliatore la prova dell'esattezza delle menzioni utilizzate per la designazione o la presentazione del prodotto concernenti la natura, l'identità, la qualità, la composizione, l'origine o la provenienza dello stesso. Tuttavia, tale meccanismo, che si inserisce nell'ambito di una collaborazione diretta, non riveste un carattere sistematico in quanto, in ipotesi, presuppone la domanda dell'organismo competente interessato.

71. – Al contrario, la normativa spagnola di cui trattasi prescrive che i vini che possono recare una «*denominación de origen calificada*» siano sottoposti, partita per partita, ad esami organolettici e analitici (art. 20, n. 4, del decreto n. 157/88 e, per il vino Rioja, art. 15 del regolamento Rioja).

72. – Inoltre, secondo il regolamento Rioja:

ogni spedizione alla rinfusa di vino Rioja all'interno della regione deve essere previamente autorizzata dal comitato di tutela del Rioja (art. 31);

l'imbottigliamento può essere effettuato solo da imprese d'imbottigliamento autorizzate dal comitato di tutela del Rioja (art. 32);

gli impianti di tali imprese devono essere nettamente separati da quelli in cui sono prodotti e immagazzinati vini che non danno diritto all'uso della «*denominación de origen calificada*» (art. 24).

73. – Risulta pertanto che, per i vini Rioja trasportati e imbottigliati nella regione di produzione, i controlli sono approfonditi e sistematici, che la responsabilità di tali controlli spetta alla collettività degli stessi produttori, i quali hanno un interesse fondamentale alla conservazione della reputazione acquisita, e che solo le partite sottoposte ai detti controlli possono recare la «*denominación de origen calificada*».

74. – Da tali constatazioni si desume che il rischio per la qualità del prodotto infine offerto al consumo è maggiore quando il vino è stato trasportato e imbottigliato al di fuori della regione di produzione che non nel caso in cui esso sia stato trasportato e imbottigliato all'interno della detta regione.

75. – Pertanto, occorre riconoscere che la condizione controversa, la quale è diretta a preservare la notevole reputazione del vino Rioja potenziando il controllo delle sue caratteristiche particolari e della sua qualità, è giustificata come misura di tutela della «*denominación de origen calificada*» di cui gode la collettività dei produttori interessati e che per essi riveste un'importanza decisiva.

76. – Si deve infine riconoscere che la misura è necessaria per raggiungere l'obiettivo perseguito, nel senso che non esistono misure alternative meno restrittive idonee a conseguirlo.

77. – A tal riguardo, la «*denominación de origen calificada*» non sarebbe tutelata in modo analogo se si facesse obbligo agli operatori stabiliti al di fuori della regione di produzione di informare i consumatori, mediante un'adeguata etichettatura, del fatto che l'imbottigliamento è avvenuto al di fuori di tale regione. Infatti, la degradazione della qualità di un vino imbottigliato al di fuori della regione di produzione, dovuta al realizzarsi dei rischi connessi al trasporto alla rinfusa e/o alla conseguente operazione di imbottigliamento, potrebbe nuocere alla reputazione di tutti i vini smerciati con la «*denominación de origen calificada*» Rioja, compresi quelli imbottigliati nella regione di produzione sotto il controllo della collettività beneficiaria della denominazione. Più in generale, la semplice coesistenza di due procedimenti d'imbottigliamento diversi, all'interno o all'esterno della regione di produzione, con o senza il controllo sistematico da parte di tale collettività, potrebbe ridurre la fiducia di cui la denominazione gode presso i consumatori convinti che tutte le fasi della produzione di un v.q.p.r.d. rinomato debbano essere effettuate sotto il controllo e la responsabilità della collettività interessata.

78. – Pertanto, occorre concludere che la condizione controversa non contrasta con l' art. 34 del Trattato. Di conseguenza, il ricorso deve essere respinto.
(*omissis*)

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Plenum*, 5 ottobre 2000, nella causa C-376/98 – *Pres.* Rodriguez Iglesias – *Rel.* Moitinho de Almeida – *Avv. Gen.* Fennelly – *Rep.* Federale di Germania c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea, sostenuti da *Rep.* francese, *Rep.* di Finlandia, Regno unito e Commissione delle Comunità europee.

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, *Plenum*, 5 ottobre 2000, nella causa C-74/99 – *Pres.* Rodriguez Iglesias – *Rel.* Moitinho de Almeida – *Avv. Gen.* Fennelly – Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla High Court of Justice di Inghilterra e Galles nel procedimento *The Queen c. Imperial Tobacco* ed altri. *Interv.:* Governi del Regno unito, tedesco, francese, italiano (*avv.* Stato Fiumara) e finlandese, Parlamento europeo, Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee.

Pubblicità e sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco – Direttiva per il ravvicinamento delle disposizioni nazionali – Fondamento giuridico – Invalidità.

(Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 luglio 1998, n. 98/43/CE; Trattato CE, artt. *ex* 100A ed *ex* 129).

La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 6 luglio 1998 n. 98/43/CE, sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità e di sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco, è annullata perché fondata su una base giuridica errata. Il legis-

latore comunitario non può fondarsi sulla necessità di eliminare ostacoli alla libera circolazione degli strumenti pubblicitari ed alla libera prestazione dei servizi e sulla necessità di eliminare distorsioni alla concorrenza, vuoi nel settore della pubblicità vuoi nel settore dei prodotti del tabacco, per adottare la direttiva sulla base degli artt. 100 A, 57 n. 2 e 66 del Trattato (1).

(omissis)

La scelta degli artt. 100 A, 57, n. 2, e 66 del trattato come fondamento giuridico e il relativo controllo giurisdizionale

76. — La direttiva riguarda il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità e di sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco. Si tratta di provvedimenti nazionali che perseguono per la maggior parte obiettivi di politica della sanità pubblica.

(1) Con le due sentenze parallele sopra indicate la Corte di giustizia si è occupata della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 98/43/CEE del 6 luglio 1998 sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità e di sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco.

Nelle due cause, l'una sorta a seguito di ricorso diretto della Germania e l'altra sorta a seguito di rinvio pregiudiziale disposto da giudice del Regno Unito, vi è stata una trattazione congiunta della Corte in considerazione della sostanziale identità dell'oggetto. La Corte si è pronunciata nella prima con la motivazione che si riporta in punto di diritto, mentre nella seconda si è limitata a richiamare l'annullamento della direttiva pronunciato con la prima.

Il Governo italiano aveva svolto intervento nella seconda causa ed aveva sostenuto, così come il Parlamento, il Consiglio e la Commissione C.E. nonché i Governi del Regno Unito, francese e finlandese, la piena legittimità della direttiva, adottata a maggioranza ai sensi dell'art. 100 A (ora art. 95) del Trattato CE in considerazione degli scopi da essa perseguiti di migliorare il funzionamento del mercato interno, rispetto ai quali le esigenze di protezione della salute e dei consumatori assumevano un rilievo complementare.

La direttiva — si era detto — aveva per scopo dichiarato ed effettivo il miglioramento del funzionamento del mercato interno, attraverso l'armonizzazione delle legislazioni nazionali e la soppressione degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. Rispetto a questo scopo fondamentale ed obiettivo la protezione della salute e dei consumatori assumeva un rilievo complementare e rappresentava il modo attraverso il quale, proprio secondo la legislazione comunitaria, occorre realizzare l'armonizzazione delle legislazioni ed il funzionamento del mercato interno. Nello stesso senso e con la stessa base giuridica si erano mosse prima le direttive 89/622/CEE e 90/239/CEE, riguardanti l'etichettatura dei prodotti del tabacco e il catrame nelle sigarette e la direttiva 92/28/CEE concernente la pubblicità dei medicinali per uso umano.

Certamente si era tenuto conto dell'opportunità di fissare regole che tenessero nel massimo conto le ragioni della salute e della tutela dei consumatori: ma questo è un preciso obbligo comunitario, a carattere trasversale, che deve improntare qualunque azione o politica comunitaria, come ricordato nel terzo «considerando» della direttiva in collegamento con l'art. 129 del trattato CE (ora, ancor più chiaramente, nel nuovo art. 152 CE).

Contraria posizione era stata assunta dalla Germania e dalle imprese del tabacco, che avevano sostenuto errata la base giuridica della direttiva in quanto la stessa, avendo ad oggetto primario ed essenziale la tutela della salute e dei consumatori, avrebbe dovuto essere adottata all'unanimità.

77. — Orbene, l'art. 129, n. 4, primo trattino, del Trattato esclude qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri dirette a proteggere e a migliorare la salute umana.

78. — Tale disposizione non implica, tuttavia, che provvedimenti di armonizzazione adottati sul fondamento di altre disposizioni del Trattato non possano avere un'incidenza sulla protezione della salute umana. L'art. 129, n. 1, terzo comma, prevede, del resto, che le esigenze di protezione della salute costituiscono una componente delle altre politiche della Comunità.

79. — Tuttavia, non può farsi ricorso ad altri articoli del Trattato come fondamento giuridico al fine di aggirare l'espressa esclusione di qualsiasi armonizzazione sancita all'art. 129, n. 4, primo trattino, del Trattato.

80. — Nella fattispecie, il ravvicinamento delle normative nazionali in materia di pubblicità e di sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco, previsto dalla direttiva, è stato effettuato sul fondamento degli artt. 100 A, 57, n. 2, e 66 del Trattato.

La Corte ha accolto questa seconda tesi dichiarando invalida la direttiva in quanto fondata su una base giuridica errata.

La Corte ha osservato che le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di pubblicità e sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco, che la direttiva intenderebbe perseguire, sono, in realtà, provvedimenti nazionali che perseguono la maggior parte obiettivi di politica della sanità pubblica, la cui armonizzazione non è consentita dall'art. 129 n. 4 (ex) del trattato. Il fatto che le esigenze di protezione della salute costituiscano — ai sensi dell'art. 129 n. 1 — una componente delle altre politiche della comunità, sì che provvedimenti di armonizzazione adottati sul fondamento di altre disposizioni del trattato possano avere una incidenza sulla protezione della salute umana, non significa che possa farsi ricorso a tali disposizioni al fine di aggirare l'espressa esclusione di qualsiasi armonizzazione sancita dall'art. 129 n. 4. Esaminato l'impatto della pubblicità e della sponsorizzazione dei prodotti del tabacco sulla libera circolazione degli strumenti pubblicitari e sulla libera prestazione dei servizi, nonché sulla concorrenza nell'ambito del mercato interno, la Corte ha escluso che il legislatore comunitario possa fondarsi sulla necessità di eliminare ostacoli ad esse per adottare la direttiva sulla base dell'art. 100 A (e degli artt. 57 n. 2 e 66 del Trattato).

La Corte ha solo ammesso che tali norme avrebbero permesso l'adozione di una direttiva che si fosse limitata a vietare talune forme di pubblicità e di sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco, — quali la pubblicità sulle riviste, sui periodici e sui quotidiani, al fine di garantire la libera circolazione di questi prodotti della stampa, analogamente alla direttiva 89/552, che vieta la pubblicità televisiva dei prodotti del tabacco al fine di promuovere la libera trasmissione dei programmi televisivi, o quali talune sponsorizzazioni in competizioni sportive che, in quanto autorizzate o vietate dai vari Stati membri, possono portare a distorsioni di concorrenza —, ma un annullamento solo parziale della direttiva per far salvi questi divieti comporterebbe la modifica ad opera della Corte delle disposizioni della direttiva adottata con carattere generale, modifica che spetta solo al legislatore comunitario.

Queste ultime precisazioni lasciano spazio alla Comunità per adottare una nuova direttiva sulla pubblicità e la sponsorizzazione dei prodotti del tabacco sulla base dell'art. 95 (ex art. 100 A) del trattato che contenga una disciplina realmente indirizzata al miglioramento del mercato interno, salva ovviamente la possibilità di interventi più decisivi, su altra base giuridica (che richieda l'unanimità dei consensi) a tutela della salute umana.

81. – L'art. 100 A, n. 1, del Trattato attribuisce al Consiglio la competenza ad adottare, deliberando in conformità della procedura di cui all'articolo 189 B del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 251 CE) e previa consultazione del Comitato economico e sociale, i provvedimenti relativi al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno.

82. – Conformemente all'art. 3, lett. c), del Trattato CE [divenuto, in seguito a modifica, art. 3, n. 1, lett. c), CE], il mercato interno è caratterizzato dall'eliminazione, fra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. L'art. 7 A del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifica, art. 14 CE), che prevede le misure da adottare al fine dell'instaurazione del mercato interno, precisa, al n. 2, che il detto mercato comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni del Trattato.

83. – Dalla lettura combinata di tali disposizioni risulta che le misure di cui all'art. 100 A, n. 1, del Trattato sono destinate a migliorare le condizioni di instaurazione e di funzionamento del mercato interno. Interpretare tale articolo nel senso che attribuisca al legislatore comunitario una competenza generale a disciplinare il mercato interno non solo sarebbe contrario al tenore stesso delle disposizioni citate, ma sarebbe altresì incompatibile con il principio sancito all'art. 3 B del Trattato CE (divenuto art. 5 CE), secondo cui le competenze della Comunità sono competenze di attribuzione.

84. – Inoltre, un atto adottato sul fondamento dell'art. 100 A del Trattato deve avere effettivamente per oggetto il miglioramento delle condizioni di instaurazione e di funzionamento del mercato interno. Se la semplice constatazione di disparità tra le normative nazionali e del rischio di ostacoli alle libertà fondamentali o di distorsioni della concorrenza che ne potrebbero derivare fosse sufficiente a giustificare la scelta dell'art. 100 A come fondamento giuridico, il controllo giurisdizionale del rispetto del fondamento giuridico potrebbe essere privato di ogni efficacia. Alla Corte sarebbe allora impedito di svolgere la funzione, che le spetta ai sensi dell'art. 164 del Trattato CE (divenuto art. 220 CE), di assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato.

85. – Così, nel controllare il rispetto del fondamento giuridico dell'art. 100 A, la Corte deve verificare se l'atto la cui validità è controversa persegua effettivamente gli obiettivi fatti valere dal legislatore comunitario (v., in particolare, sentenza Spagna/Consiglio, già citata, punti 25-41, e 13 maggio 1997, causa C-233/94, Germania/Parlamento e Consiglio, *Racc.*, I-2405, punti 10-21).

86. – È vero che, come rilevato dalla Corte al punto 35 della citata sentenza Spagna/Consiglio, il ricorso all'art. 100 A come fondamento giuridico è possibile al fine di prevenire l'insorgere di futuri ostacoli agli scambi dovuti all'evoluzione eterogenea delle legislazioni nazionali. Tuttavia, l'insorgere di tali ostacoli dev'essere probabile e la misura di cui trattasi deve avere per oggetto la loro prevenzione.

87. – Le considerazioni che precedono si applicano all'interpretazione del combinato disposto degli artt. 57, n. 2, e 66 del Trattato, quest'ultimo riferito espressamente alle misure volte a facilitare l'accesso alle attività di prestazione di servizi e l'esercizio di queste. Infatti, le dette disposizioni hanno altresì lo scopo di conferire al legislatore comunitario una specifica competenza ad adottare misure volte a migliorare il funzionamento del mercato interno.

88. – Inoltre, qualora le condizioni per far ricorso agli artt. 100 A, 57, n. 2, e 66 come fondamento giuridico siano soddisfatte, non può impedirsi al legislatore comunitario di basarsi su tali fondamenti giuridici per il fatto che la tutela della sanità pubblica sia determinante nelle scelte da operare. Al contrario, l'art. 129, n. 1, terzo comma, stabilisce che le esigenze di protezione della salute costituiscono una componente delle altre politiche della Comunità e l'art. 100 A, n. 3, esige espressamente che, nell'attuazione dell'armonizzazione, sia garantito un livello elevato di protezione della salute delle persone.

89. – Occorre pertanto verificare se, alla luce di quanto precede, la direttiva avrebbe potuto essere adottata sul fondamento degli artt. 100 A, 57, n. 2, e 66 del Trattato.

La direttiva

90. – Nel primo «considerando» della direttiva, il legislatore comunitario constata l'esistenza di divergenze fra le normative nazionali in materia di pubblicità e di sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco e rileva che, poiché tale pubblicità e tale sponsorizzazione superano le frontiere degli Stati membri, le disparità sono tali da creare ostacoli alla circolazione dei prodotti che costituiscono il supporto materiale delle suddette attività e alla libera prestazione dei servizi in materia, nonché da provocare distorsioni di concorrenza e da ostacolare in tal modo il funzionamento del mercato interno.

91. – Ai sensi del secondo «considerando» della direttiva, occorre eliminare tali ostacoli e, a questo scopo, ravvicinare le norme relative alla pubblicità e alla sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco, pur lasciando agli Stati membri la possibilità di stabilire, a determinate condizioni, le prescrizioni da essi ritenute necessarie per garantire la protezione della salute delle persone.

92. – La direttiva vieta, all'art. 3, n. 1, ogni forma di pubblicità o di sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco e, all'art. 3, n. 4, qualsiasi distribuzione gratuita che abbia lo scopo o l'effetto di promuovere i detti prodotti. Restano tuttavia fuori dal suo ambito di applicazione le comunicazioni tra professionisti che operano anche nel settore del commercio del tabacco, la pubblicità negli esercizi di vendita e quella inserita nelle pubblicazioni edite e stampate in paesi terzi che non siano prevalentemente destinate al mercato comunitario (art. 3, n. 5).

93. – La direttiva vieta altresì l'utilizzo dello stesso nome sia per i prodotti del tabacco che per altri prodotti e servizi a partire dal 30 luglio 1998, ad eccezione dei prodotti e dei servizi messi in commercio prima di tale data con un nome anch'esso utilizzato per un prodotto del tabacco, per i quali l'utilizzazione di tale nome è autorizzata a determinate condizioni (art. 3, n. 2). A partire dal 30 luglio 2001, i prodotti del tabacco non dovranno recare il nome, il marchio, il simbolo o ogni altro segno distintivo di qualsiasi altro prodotto o servizio, a meno che tale prodotto del tabacco non sia già stato messo in commercio con questo nome o marchio o simbolo o ogni altro segno prima della detta data [art. 3, n. 3, lett. a)].

94. – Conformemente al suo art. 5, la direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri di stabilire, nel rispetto del Trattato, prescrizioni più rigorose da essi ritenute necessarie per garantire la protezione della salute delle persone in materia di pubblicità o di sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco.

95. – È opportuno, pertanto, verificare se la direttiva contribuisca effettivamente all'eliminazione di ostacoli alla libera circolazione delle merci e alla libera prestazione dei servizi, nonché all'eliminazione di distorsioni della concorrenza.

L'eliminazione di ostacoli alla libera circolazione delle merci e alla libera prestazione dei servizi

96. – Si deve ammettere che, date le disparità esistenti tra le legislazioni nazionali in materia di pubblicità dei prodotti del tabacco, esistono o possono verosimilmente insorgere ostacoli alla libera circolazione delle merci o alla libera prestazione dei servizi.

97. – Per quanto riguarda, per esempio, le riviste, i periodici e i quotidiani che contengono pubblicità dei prodotti del tabacco, è vero che, come dimostrato dalla ricorrente, attualmente non esiste alcun ostacolo all'importazione di tali prodotti della stampa negli Stati membri che vietano tale pubblicità. Tuttavia, data l'evoluzione delle legislazioni nazionali in direzione di un'acrescente restrittività nei confronti della pubblicità dei prodotti del tabacco, che corrisponde alla convinzione che tale pubblicità comporti un aumento sensibile del consumo del tabacco, è verosimile che in futuro possano insorgere ostacoli alla libera circolazione dei prodotti della stampa.

98. – L'art. 100 A del Trattato potrebbe pertanto consentire, in linea di principio, l'adozione di una direttiva che vieti la pubblicità dei prodotti del tabacco sulle riviste, sui periodici e sui quotidiani, al fine di garantire la libera circolazione di questi prodotti della stampa, analogamente alla direttiva 89/552, che, all'art. 13, vieta la pubblicità televisiva dei prodotti del tabacco al fine di promuovere la libera trasmissione dei programmi televisivi.

99. – Tuttavia, per gran parte delle forme di pubblicità dei prodotti del tabacco, il loro divieto, che risulta dall'art. 3, n. 1, della direttiva, non può essere giustificato dalla necessità di eliminare ostacoli alla libera circolazione degli strumenti pubblicitari o alla libera prestazione dei servizi nel settore della pubblicità. Ciò vale, in particolare, per il divieto della pubblicità su manifesti, ombrelloni, portacenere e altri oggetti utilizzati negli alberghi, nei ristoranti e nei caffè, nonché per il divieto di messaggi pubblicitari al cinema, divieti che non contribuiscono in alcun modo a facilitare gli scambi dei prodotti interessati.

100. – Vero è che un atto adottato sulla base degli artt. 100 A, 57, n. 2, e 66 del Trattato può contenere disposizioni che non contribuiscono ad eliminare ostacoli alle libertà fondamentali qualora esse siano necessarie per evitare l'elusione di determinati divieti aventi tale scopo. E' tuttavia evidente che ciò non avviene per quanto riguarda i divieti controversi menzionati al punto precedente.

101. – Inoltre, la direttiva non garantisce la libera circolazione dei prodotti che siano conformi alle sue disposizioni.

102. – A questo proposito, contrariamente a quanto sostenuto dal Parlamento e dal Consiglio, l'art. 3, n. 2, della direttiva, relativo ai prodotti di diversificazione, non può essere interpretato nel senso che, ove le condizioni previste dalla direttiva siano soddisfatte, prodotti del genere il cui commercio sia autorizzato in uno Stato membro possano liberamente circolare negli altri Stati membri, anche in quelli in cui i detti prodotti sono vietati.

103. – Infatti, in conformità all'art. 5 della direttiva, gli Stati membri conservano il potere di stabilire, nel rispetto del Trattato, prescrizioni più rigorose da essi ritenute necessarie per garantire la protezione della salute delle persone in materia di pubblicità o di sponsorizzazione di prodotti del tabacco.

104. – Per giunta, la direttiva non contiene alcuna clausola che sancisca la libera circolazione dei prodotti conformi alle sue disposizioni, a differenza di altre direttive che lasciano agli Stati membri la possibilità di adottare misure più rigorose per la protezione di interessi generali [v., in particolare, l'art. 7, n. 1, della direttiva del Consiglio 17 maggio 1990, 90/239/CEE, concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri riguardanti il tenore massimo di catrame delle sigarette (*GU L* 137, 36) e l'art. 8, n. 1, della direttiva del Consiglio 13 novembre 1989, 89/622/CEE, concernente il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri riguardanti l'etichettatura dei prodotti del tabacco (*GU L* 359, 1)].

105. – Di conseguenza, occorre constatare che il legislatore comunitario non può fondarsi sulla necessità di eliminare ostacoli alla libera circolazione degli strumenti pubblicitari e alla libera prestazione dei servizi per adottare la direttiva sulla base degli artt. 100 A, 57, n. 2, e 66 del Trattato.

L'eliminazione delle distorsioni della concorrenza

106. – Nell'ambito del controllo della legittimità di una direttiva adottata sulla base dell'art. 100 A del Trattato, la Corte verifica se le distorsioni della concorrenza che l'atto è volto ad eliminare siano sensibili (sentenza bioossido di titanio, già citata, punto 23).

107. – In mancanza di una tale condizione, la competenza del legislatore comunitario non avrebbe praticamente limiti. Infatti, le normative nazionali spesso differiscono nelle condizioni di esercizio delle attività da esse considerate, il che si riflette direttamente o indirettamente sulle condizioni di concorrenza delle imprese interessate. Ne consegue che interpretare l'art. 100 A e gli artt. 57, n. 2, e 66 del Trattato nel senso che il legislatore comunitario potrebbe fondarsi sui detti articoli al fine di eliminare distorsioni minime di concorrenza sarebbe incompatibile con il principio, già ricordato al punto 83 della presente sentenza, secondo cui le competenze della Comunità sono competenze d'attribuzione.

108. – Occorre pertanto verificare se la direttiva contribuisca effettivamente all'eliminazione di sensibili distorsioni della concorrenza.

109. – Per quanto concerne, in primo luogo, le agenzie di pubblicità e i fabbricanti di supporti pubblicitari, le imprese con sede nel territorio degli Stati membri meno restrittivi in materia di pubblicità dei prodotti del tabacco sono certamente avvantaggiate in termini di economie di scala e di incremento dei profitti. Tuttavia, gli effetti di tali vantaggi sulla concorrenza sono lontani e indiretti e non costituiscono distorsioni che possano essere qualificate sensibili. Essi non sono paragonabili alle distorsioni della concorrenza provocate dalle differenze di costi di produzione come quelle che hanno in particolare indotto il legislatore comunitario ad adottare la direttiva del Consiglio 21 giugno 1989, 89/428/CEE, che fissa le modalità di armonizzazione dei programmi per la riduzione, al fine dell'eliminazione, dell'inquinamento provocato dai rifiuti dell'industria del bioossido di titanio (GUL 201, 56).

110. – È vero che le differenze esistenti tra talune normative in materia di pubblicità del tabacco possono comportare sensibili distorsioni della concorrenza. Come hanno fatto presente la Commissione e i governi finlandese e del Regno Unito, il divieto della sponsorizzazione in alcuni Stati membri e la sua autorizzazione in altri portano talvolta allo spostamento di competizioni sportive, con notevoli ripercussioni sulle condizioni di concorrenza delle imprese in relazione a tali eventi.

111. – Tuttavia, simili distorsioni, che potrebbero giustificare il ricorso all'art. 100 A del Trattato al fine di vietare certe forme di sponsorizzazione, non consentono di utilizzare il detto fondamento giuridico per un divieto generale della pubblicità come quello formulato dalla direttiva.

112. – Per quanto riguarda, in secondo luogo, le distorsioni della concorrenza sul mercato dei prodotti del tabacco, e senza che sia necessario prendere posizione sulla questione sollevata dalla ricorrente, secondo cui simili distorsioni non sarebbero considerate dalla direttiva, è giocoforza constatare che neanche in questo settore la direttiva è tale da eliminare sensibili distorsioni della concorrenza.

113. – Certamente, come fatto presente dalla Commissione, i produttori e i venditori dei prodotti del tabacco devono ricorrere alla concorrenza sui prezzi per influire sulla loro posizione sul mercato negli Stati membri che hanno una normativa restrittiva; tuttavia, una simile circostanza non costituisce una distorsione della concorrenza, bensì una restrizione delle modalità di concorrenza che si applica allo stesso modo a tutti gli operatori economici in tali Stati membri. Vietando ampiamente la pubblicità dei prodotti del tabacco, la direttiva generalizzerebbe per il futuro una simile restrizione delle modalità di concorrenza, limitando in tutti gli Stati membri i mezzi di cui gli operatori economici dispongono per accedere al mercato o per rimanervi.

114. – Di conseguenza, occorre constatare che il legislatore comunitario non può basarsi sulla necessità di eliminare distorsioni della concorrenza, vuoi nel settore della pubblicità vuoi nel settore dei prodotti del tabacco, per adottare la direttiva sulla base degli artt. 100 A, 57, n. 2, e 66 del Trattato.

115. – Tenuto conto di tutte le considerazioni che precedono, una misura come la direttiva non può essere adottata sul fondamento degli artt. 100 A, 57, n. 2, e 66 del Trattato.

116. – Pertanto, occorre concludere che i motivi relativi al fatto che gli artt. 100 A, 57, n. 2, e 66 del Trattato non costituiscono un fondamento giuridico appropriato per la direttiva sono fondati.

117. – Come rilevato ai punti 98 e 111 della presente sentenza, l'art. 100 A del Trattato avrebbe permesso l'adozione di una direttiva che vietasse talune forme di pubblicità e di sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco. Tuttavia, dato il carattere generale del divieto della pubblicità e della sponsorizzazione a favore dei prodotti del tabacco sancito dalla direttiva, l'annullamento parziale di quest'ultima comporterebbe la modifica ad opera della Corte delle disposizioni della direttiva, modifica che spetta al legislatore comunitario. Non è dunque possibile che la Corte annulli parzialmente la direttiva.

118. – Poiché i motivi relativi al carattere erroneo della scelta degli artt. 100 A, 57, n. 2, e 66 del Trattato come fondamento giuridico sono stati dichiarati fondati, non occorre esaminare gli altri motivi dedotti dalla ricorrente. La direttiva è annullata *in toto*.

(*omissis*)

SEZIONE TERZA

GIURISPRUDENZA
DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 3 marzo 1999 n. 1764 - Pres. Sgroi - Rel. Carbone - P.M. Ceniccola (conf.) - Ministero della Difesa (avv. Stato Laporta) c. A.A.T.B.F. (avv. G. Piras).

Espropriazione per pubblica utilità - Terreni occupati d'urgenza per esigenze militari - Qualificazione edificatoria dell'area espropriata - Momento di riferimento - È quello della disposta occupazione.

(legge 8 agosto 1992, n. 359, art. 5 bis).

Correttamente è riconosciuta l'edificabilità legale e di fatto di un terreno, occupato d'urgenza per esigenze militari, con riferimento alla classificazione dell'area come zona d'interesse edificatorio-turistico al momento dello spossessamento subito dal privato a seguito dell'ordinanza emessa dall'autorità militare ai sensi dell'art. 76 legge n. 2359/1865, anziché alla diversa qualificazione impressa al terreno (poi espropriato) all'epoca della dichiarazione di pubblica utilità (1).

(omissis)

Con l'unico motivo del proposto ricorso principale si censura l'impugnata sentenza per violazione e falsa applicazione dell'art. 5 bis legge 359 del 1992 per aver il giudice del merito ritenuto edificatoria quella parte del suolo espropriato, occupata d'urgenza sin dal 30 marzo 1965, con ordinanza del comandante della seconda regione aerea, senza tenere presente, onde applicare i criteri del terzo comma della nuova disposizione, che ai fini della qualificazione della natura edificatoria di un terreno, si deve trattare di possibilità legali ed effettive di edificazione, con valutazione da compiersi al momento dell'apposizione del vincolo e cioè della dichiarazione di pubblica utilità, avvenuta nella fattispecie solo nel 1970, quando erano ormai entrati in vigore la legge ponte n.765 del 1967 ed i relativi *standards urbanistici*.

La censura non è fondata.

Il complesso motivo concerne il momento in cui valutare le possibilità legali ed effettive dell'area edificabile, onde consentire l'individuazione, nella fattispecie, delle possibilità edificatorie, anche legali, ai fini del controllo della riconosciuta edificabilità dei suoli occupati d'urgenza nel 1965.

(1) Ulteriori implicazioni della «peculiarità» delle occupazioni militari, alla quale peraltro non sembra attagliarsi il richiamo al carattere sub-procedimentale da riconoscere, in generale, alle occupazioni d'urgenza preordinate all'esproprio.

Sotto il profilo letterale la censura invoca una lettura unicamente formale della disposizione richiamata senza tenere conto del diritto vivente venuto a formarsi a seguito dell'intervento della Corte costituzionale. Infatti la lettura del dato normativo dell'art. 5 *bis*, 3° comma, d.l. 11 luglio 1992 n. 333 – convertito, con modificazioni, nella legge 8 agosto 1992 n. 359, contenente misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica – che richiede, per la valutazione dell'edificabilità dell'area, la presenza di «possibilità legali ed effettive di edificazione esistenti al momento dell'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio», non può essere effettuata senza tenere nel dovuto conto l'interpretazione che ne ha fornito il giudice della legittimità costituzionale delle leggi (Corte cost., 16 dicembre 1993 n. 442). Quest'ultimo nel respingere la censura di incostituzionalità, sotto il profilo della inadeguatezza dei nuovi criteri di indennità di espropriazione, per la possibile modificazione della disciplina urbanistica dell'area tra il momento di apposizione del vincolo preordinato all'esproprio ed il decreto di espropriazione, in riferimento agli artt. 42, 3° comma, e 97 Cost., ha affermato che l'indifferenza del vincolo espropriativo va verificata al momento del verificarsi della vicenda ablativa, in modo da consentire, a quella data, una ricognizione della qualità edificatoria o meno dell'area espropriata, pienamente aderente alle possibilità «legali ed effettive» di edificazione. Solo tenendo ben presente questa interpretazione non letterale, in relazione al momento del verificarsi della vicenda ablativa, la Corte ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5 *bis*, 3° comma, circa l'inadeguatezza dei nuovi criteri di indennità di espropriazione per la possibile modificazione della disciplina urbanistica dell'area tra il momento di apposizione del vincolo preordinato all'esproprio ed il decreto di espropriazione.

Nella specie, la vicenda ablativa è iniziata dal momento dell'occupazione militare, avvenuta d'urgenza nel 1965, con ordinanza del comandante della seconda regione aerea che, richiamando l'art. 76 della legge 25 giugno 1865 n. 2359, ha disposto l'immediata sottrazione del suolo al privato per la realizzazione di impellenti opere stabili e permanenti, quali le postazioni missilistiche del comando interalleato, con tutte le infrastrutture di protezione e di servizi. Ciò ha comportato, inesorabilmente, non la mera apposizione di un vincolo, ma il definitivo e completo spossessamento degli immobili al privato, per realizzare l'urgente e indifferibile installazione di opere di difesa militare del poligono di missili interforze del Salto di Quirra. L'avvenuto spossessamento ha pertanto impedito alla società, sin dal 1965, di assecondare la naturale vocazione turistica del suolo occupato d'urgenza dall'autorità militare. Vocazione edificatoria, non contestata con riferimento al 1965, ampiamente riconosciuta da entrambe le consulenze richiamate dal giudice del merito e dalla successiva pianificazione urbanistica, che classificava come zone di interesse edificatorio-turistico le fasce costiere confinanti con i terreni espropriati, non più considerati sotto il profilo della programmazione e pianificazione urbanistica, perché stabilmente inseriti nella zona militare del poligono di missili interforze del Salto di Quirra.

Orbene, in base all'interpretazione funzionale della norma, consentita da Corte cost., 16 dicembre 1993 n. 442, si deve ritenere che le possibilità edificatorie, legali ed effettive, da considerare, vanno ancorate al momento del definitivo spossessamento subito dal privato nel 1965, a seguito dell'occupazione disposta dall'autorità

militare, ai sensi dell'art. 76 legge 2359 del 1865, senza limiti di tempo che lo privava, in via definitiva, della possibilità di realizzare quella destinazione turistica edificatoria che hanno invece avuto le fasce costiere confinanti non facenti parte del poligono missilistico.

In tal senso può rilevarsi come l'occupazione d'urgenza abbia, in generale, perso le caratteristiche e i connotati di un istituto autonomo e meramente collegato all'espropriazione, ed è divenuto una mera fase subprocedimentale del più ampio procedimento espropriativo che inizia appunto con l'occupazione d'urgenza, di regola preceduta dalla dichiarazione di pubblica utilità, non necessaria peraltro per le occupazioni militari da effettuarsi «in caso di assoluta urgenza» dal comandante militare e non dal prefetto. In questo mutato scenario che riconosce omogeneità morfologica e funzionale tra occupazione d'urgenza ed espropriazione, le sezioni unite, risolvendo un contrasto, hanno ritenuto che l'indennità di occupazione non si determina più sul valore venale, ma sull'ammontare dell'indennità di esproprio (Cass., sez. un. 20 gennaio 1998 n. 493).

Ma v'è di più: nella specie si tratta di un'occupazione d'urgenza avvenuta prima dei tentativi di razionalizzazione dell'occupazione d'urgenza, ad opera delle leggi 865/1971, 247/1974 e 10/1977, e soprattutto di un'occupazione di «assoluta urgenza» per ragioni militari, regolata non dagli artt. 72 e 73 della legge fondamentale 25 giugno 1865 n. 2259, quali occupazioni temporanee di durata biennale, ma dall'art. 76 della legge, facente parte del capo III «delle espropriazioni militari», che prevedeva l'occupazione d'urgenza, ad opera non del prefetto, ma dell'autorità militare che ha il comando locale per una durata illimitata e comunque senza il limite biennale del precedente art. 73 (Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 7 marzo 1972 n. 167; Cass., 24 novembre 1983, n. 7027).

Di fronte a questa occupazione di assoluta urgenza per scopi militari quali l'installazione di batterie di missili, ad una radicale e incisiva perdita del possesso del suolo da parte del privato, messo nell'impossibilità sia giuridica che effettiva di utilizzare il fondo occupato, a scopi turistici, così come avvenuto per quelli limitrofi, l'Amministrazione ricorrente vorrebbe obliterare del tutto questo momento, per ancorare le possibilità legali ed effettive solo al successivo profilo formale dell'apposizione, *inutiliter data*, del vincolo preordinato all'esproprio, quando il privato aveva già da tempo perduto il possesso del bene, divenuto parte integrante ed irreversibile del poligono di tiro di Salto di Quirra. Infatti la ricorrente invoca una destinazione urbanistica diversa da quella ritenuta dalla Corte d'Appello in base alle previsioni edificatorie, all'epoca dell'occupazione d'urgenza, affermando che le aree prescelte nel territorio del Comune di Villaputzu per la realizzazione della sede del poligono di tiro avessero, al momento della dichiarazione di pubblica utilità, dei vincoli limitativi all'edificabilità dovuti agli *standard urbanistici*, introdotti dall'art. 41 *quinquies* della legge urbanistica 1150 del 1942, sul punto novellata dall'art. 17 della legge ponte 765 del 1967. Il tutto avvenuto alcuni anni dopo lo spossessamento del suolo subito dalla società resistente con l'occupazione d'assoluta urgenza per ragioni militari con il verificarsi cioè della prima, ma irreversibile fase del procedimento espropriativo.

Tale censura già proposta innanzi alla Corte territoriale, ha ricevuto una risposta adeguata, in quanto il giudice del merito ha affrontato e risolto il problema, soffermandosi in motivazione, sull'ininfluenza delle successive destinazioni dovute

alla zonizzazione introdotta con gli *standard urbanistici* e con il programma di fabbricazione del 1973. Va, pertanto, ritenuta congruamente e sufficientemente motivata l'edificatorietà di fatto e di diritto desunta dalle caratteristiche oggettive del bene quali emergono al momento della perdita di esso da parte del privato con l'occupazione «d'assoluta urgenza» per ragioni militari.

In altri termini, ai fini dell'applicabilità alla fattispecie dei criteri di cui all'art. 5 *bis* comma terzo, rileva unicamente la previsione urbanistica, con la conseguente conformazione del suolo privato, secondo i vincoli di zona, legali ed effettivi, previsti dalle scelte urbanistiche al momento in cui il profilo dell'interesse pubblico prevale su quello privato, incidendo realmente sulle facoltà dominicali del cittadino, o perché degrada il diritto soggettivo in un diritto affievolito a seguito della dichiarazione di pubblica utilità, o perché lo priva stabilmente del possesso del suolo e quindi delle possibilità di utilizzazione del bene in conformità delle previsioni urbanistiche legali ed effettive, come nel caso di specie, in cui la dichiarazione di pubblica utilità è preceduta dall'occupazione dettata dall'assoluta urgenza dovuta a ragioni militari. La motivazione della sentenza impugnata non si pone in contrasto con la predetta disposizione, allorché fa riferimento alle possibilità oltre che *effettive* di edificazione anche di quelle *legali*, derivanti dalla configurazione urbanistica all'epoca del definitivo spossessamento del bene, sottratto definitivamente ed irreversibilmente al privato, con il primo atto d'imperio che, questa volta, non è stata la dichiarazione di pubblica utilità, peraltro non necessaria, ma il decreto del Comandante della Regione Aerea di occupazione d'assoluta urgenza dovuta al carattere militare delle installazioni di posizioni missilistiche.

L'occupazione per ragioni militari ha caratteristiche ontologiche ampiamente giustificate dall'assoluta urgenza, dovuta alle ragioni militari, sicché può prescindere sia dal termine biennale previsto invece per tutte le altre occupazioni d'urgenza, sia dalla previa dichiarazione di pubblica utilità, sia dall'organo competente, che non è il prefetto, ma il comandante militare. Una tale occupazione di assoluta urgenza rappresenta, pertanto, il primo atto che abbia impresso all'immobile la destinazione ad opera pubblica, impedendo definitivamente al privato di realizzare quelle aspettative edificatorie, legali ed effettive, all'epoca ancora possibili. Se così non fosse, la tesi della ricorrente, oltre ad urtare con «il cuore» dell'interpretazione costituzionale, porterebbe a riconoscere una iniziale carenza di potere ed un'occupazione sostanzialmente *sine titulo*, da parte della P.A., circostanze, invece, ritenute come pacifiche e coperte da preclusioni processuali. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Un., 30 marzo 2000, n. 66 – Pres. Bile – Rel. Evangelista – P.M. Dettori – Ministero dell'Interno (avv. Stato Pampanelli) c. L.S.

Lavoro – Ordinanza di precettazione prevista dall'art. 8 della legge 12 giugno 1990, n. 146 – Violazione da parte del lavoratore tenuto all'ottemperanza – Relativa sanzione pecuniaria contemplata dall'art. 9 della legge n. 146/90 – Necessità di contestazione dell'infrazione prima della irrogazione della sanzione ex art. 14 della legge 24 novembre 1981 n. 689 – Esclusione.

La preventiva contestazione dell'infrazione, con le modalità previste dall'art. 14 della legge 24 novembre 1981, n. 689, non costituisce requisito di legittimità dei decreti con cui, a norma dell'art. 9 della legge 12 giugno 1990, n. 146, sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, vengono irrogate le sanzioni amministrative pecuniarie per l'inosservanza, da parte dei prestatori di lavoro, delle disposizioni impartite dall'autorità competente con ordinanza emanata a norma dell'art. 8 della stessa legge, al fine di imporre adeguati livelli di funzionamento del servizio ovvero il differimento dell'azione di protesta e di assicurare in tal guisa protezione a diritti inviolabili della persona, senza che tale disciplina contrasti con precetti sovraordinati, in quanto al procedimento delineato dalla legge speciale per il conseguimento di tali finalità non sono estranee articolazioni che comportano adeguate possibilità di conoscenza e di difesa preventiva rispetto all'atto di esercizio della pretesa punitiva dell'Amministrazione, ancorché nelle forme che si discostano dal modello generale per essere più coerenti con le peculiari esigenze di tutela di quei diritti (1).

(1) Le Sezioni Unite della Suprema Corte sanciscono l'irrogabilità della sanzione prevista dall'art. 9 della legge n. 146/1990 per sciopero in violazione della c.d. ordinanza di precettazione senza preventiva contestazione dell'infrazione.

1. — Con la importante sentenza che si annota, le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione intervengono nella delicata materia dell'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, affrontando in particolare la problematica connessa al procedimento di applicazione delle sanzioni contemplate dall'art. 9 della legge 12 novembre 1990, n. 146, a carico dei lavoratori che non ottemperino alla ordinanza prevista dall'art. 8 della medesima legge (c.d. Ordinanza di precettazione).

Invero, l'Amministrazione dell'Interno, tramite l'Avvocatura Generale dello Stato, aveva impugnato dinanzi alla Suprema Corte una sentenza, emessa dal Pretore di Lamezia Terme, che aveva accolto l'opposizione interposta da un Vigile del Fuoco avverso il decreto con il quale il Ministero dell'Interno gli aveva inflitto sanzione amministrativa pecuniaria per inosservanza dell'ordinanza di precettazione ex art. 8 della legge n. 146/1990 *cit.*

Il Giudice di prime cure aveva accolto la domanda, annullando il decreto, non essendo stata rispettata la procedura di preventiva contestazione della infrazione prevista dall'art. 14 della legge n. 689 del 24 novembre 1981, disposizione questa dettata a garanzia del diritto di difesa e ritenuta di carattere generale ed inderogabile.

L'Avvocatura dello Stato, nell'impugnativa in Cassazione, aveva lamentato violazione e falsa applicazione dell'art. 9 della legge 12 giugno 1990, n. 146, degli artt. 14 e ss. della legge 24 novembre 1981, n. 689, nonché del principio generale di specialità.

Secondo il suddetto Organo legale, l'art. 9 della legge n. 146 del 1990 coerentemente limita il rinvio alla legge n. 689 del 1981 soltanto agli artt. 22 e segg. — che regolano il procedimento di opposizione — escludendo la contestazione delle sanzioni di cui all'art. 14. Infatti l'art. 8, quarto comma, della legge più recente prevede un sistema del tutto peculiare di comunicazione e diffusione della conoscenza dell'ordinanza di cui al primo comma dell'art. 8 (anche mediante affissione nei luoghi di lavoro e ricorso ai mezzi di comunicazione di massa), sì che non sarebbe necessaria la formale contestazione della violazione ai singoli e spesso numerosissimi contravventori. Inoltre l'art. 14 non esprimerebbe l'unica forma possibile di rispetto dei diritti di difesa dell'ingiunto, al quale è, appunto, garantita la procedura di opposizione.

(*omissis*)

Ritengono le Sezioni unite che debba essere accordata preferenza a questo secondo orientamento.

Pur senza negare che la legge n. 689 del 1991 rechi nel Capo primo una disciplina anche sostanziale, tendenzialmente generale dell'illecito amministrativo e del procedimento diretto alla sua repressione, sicché l'interprete, quante volte si tratti dell'applicazione di sanzioni di omologa natura, deve a quella disciplina rivolgersi per ricavarne principi e disposizioni non incompatibili con le norme speciali che regolano le particolari ipotesi di volta in volta considerate, occorre nondimeno riconoscere come il tessuto precettivo apprestato dalla legge n. 146 del 1990 esibisca aspetti che ne indicano una sostanziale irriducibilità, per quanto concerne l'irrogazione della sanzione comminata ai lavoratori che esercitano lo sciopero in violazione dell'ordinanza di precettazione, entro gli schemi della suddetta disciplina generale, nella parte concernente la previa contestazione dell'infrazione.

2. - Con la sentenza 4 maggio 1998, n. 4420, la Corte di Cassazione, Sez. I, in fattispecie relativa al medesimo sciopero dei Vigili del Fuoco, aveva ritenuto indispensabile (in caso d'inosservanza dell'ordinanza di cui all'art. 8 della legge n. 146 del 1990), la preventiva notificazione dell'addebito al trasgressore, ai sensi dell'art. 14 della legge n. 689 del 1981, escludendo che possa trarsi qualsiasi argomento contrario dal fatto che nell'art. 9 della legge più recente (a differenza di quanto previsto nel precedente art. 4 che contiene invece un espresso rinvio all'art. 14 *cit.*) vi è solo un richiamo agli artt. 22 e seguenti della legge più antica.

Aveva, in particolare, osservato la Corte come le sanzioni amministrative pecuniarie previste dall'art. 9 rappresentino l'estremo rimedio per assicurare la tutela dei diritti che la legge intende garantire quali limiti al diritto di sciopero. Tale natura del provvedimento sanzionatorio costituisce il momento di collegamento con il disposto dell'art. 12 della legge n. 689 del 1981, ove si impone l'osservanza delle disposizioni di cui al Capo I della legge stessa (e quindi anche dell'art. 14) per tutte le violazioni che prevedono il pagamento di una somma di denaro.

La forza espansiva del citato art. 12 scaturirebbe dall'oggetto stesso del richiamo, che riguarda i principi fondamentali della depenalizzazione, sì che essa, in caso di leggi successive, potrebbe essere limitata soltanto in virtù di una deroga espressa, non presente nella disciplina in questione.

In diverso ordine di idee, ma pur sempre con riguardo al medesimo sciopero, la sentenza 22 giugno 1998, n. 6190, Sez. Lavoro, aveva, invece, sancito il principio per cui la preventiva contestazione non costituisce requisito di legittimità dei provvedimenti sanzionatori, essenzialmente in quanto il diritto di difesa del singolo e le esigenze di un effettivo contraddittorio sono comunque assicurate dalle articolazioni del procedimento *ex art.* 8 della legge n. 146 del 1990, che prevede l'emanazione dell'ordinanza a conclusione di una specifica fase di consultazione e confronto, ed è quindi portata a conoscenza dei destinatari mediante comunicazione da effettuarsi, a cura dell'autorità che l'ha emanata, ai soggetti interessati, dandosene altresì notizia attraverso i mezzi di comunicazione di massa. In sostanza, il fatto genetico della violazione delle ordinanze di precettazione ha una matrice del tutto diversa - secondo quest'ultima sentenza - dall'ipotesi di cui al precedente art. 4, nella quale l'obbligo di preventiva contestazione trae origine dalla natura disciplinare dell'infrazione (ed è quindi riconducibile al generale ambito di cui all'art. 7 della legge n. 300/1970).

A seguito di tale insorto contrasto tra le Sezioni semplici, il ricorso in parola è stato portato al vaglio delle Sezioni Unite della Suprema Corte.

3. - La sentenza in esame — che si allinea all'orientamento della Sez. Lavoro — deve senz'altro ritenersi condivisibile.

Sorreggono questa conclusione elementi interpretativi sia di tipo letterale, sia di tipo logico e sistematico.

Il legislatore si è certamente posto il problema del coordinamento, *in parte qua*, fra le due leggi, come è reso palese dai ripetuti richiami espressi dalla più recente alla più antica.

Ciò dicasi, in particolare, dell'art. 4, comma quarto della legge n.146 del 1990, il quale dispone che «i preposti al settore nell'ambito delle amministrazioni pubbliche e i legali rappresentanti, o i preposti ad unità produttive da essi formalmente delegati, degli enti e delle imprese erogatrici dei servizi di cui al comma 1 dell'art. 1, i quali non osservino le disposizioni previste dal comma 2 dell'art. 2, sono soggetti ad una sanzione amministrativa pecuniaria, irrogata con decreto del Ministro per la funzione pubblica o, rispettivamente, del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, su denuncia dell'Ispettorato provinciale del lavoro competente per territorio, consistente nel pagamento di una somma di denaro, rapportata alla gravi-

Da un punto di vista di ermeneutica letterale, infatti, come evidenziato dall'Amministrazione ricorrente, non può accedersi a quanto sostenuto dalla citata sentenza n. 4420/98 della Suprema Corte, per la quale, ai sensi della clausola di riserva di cui all'art. 12 della legge n. 689/1981 («... in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito...»), nell'ipotesi — quale quella in questione — in cui la legge successiva, che preveda sanzioni amministrative, non contenga una espressa disciplina derogatoria delle «disposizioni generali» dettate dal Capo I della legge n. 689/1981, l'applicazione amministrativa e giurisprudenziale delle sanzioni medesime è regolata dalle «norme principio» contenute nella legge generale, previa verifica della loro compatibilità (applicabilità in concreto) con l'oggetto della nuova legge.

Ed invero, e viceversa, la clausola di riserva sopracitata, contenuta dall'art. 12 della legge n. 689/1981, non postula l'ammissibilità — in base alla sua formulazione — soltanto di deroghe espresse alle disposizioni di cui al menzionato Capo I della stessa legge, ma si limita più genericamente a disporre l'applicazione delle «disposizioni generali» in questione «salvo che non sia diversamente stabilito».

Sul punto, le Sezioni Unite osservano che, nell'impianto della legge n. 146 del 1990, il procedimento di repressione delle infrazioni di che trattasi ha ricevuto una configurazione ad elevato tasso di specialità, tale da sottrarlo ad automatica soggezione alla *vis* espansiva della disciplina generale delle sanzioni amministrative, non avendo altrimenti senso l'espressa previsione, rispetto ad alcune ipotesi, della limitata applicabilità delle disposizioni di cui al Capo primo della legge di depenalizzazione, e, rispetto ad altre, della applicabilità della sola disciplina del procedimento giurisdizionale di opposizione all'ordinanza di ingiunzione.

Ciò, del resto, secondo le Sezioni Unite, è pienamente coerente con i limiti che la stessa legge pone alla propria latitudine di applicazione, essendo espressamente disposto dall'art. 12 che questa soggiace alla verifica della «compatibilità» e «salvo che non sia diversamente stabilito».

4. — Sotto altro e più generale profilo, poi, la Suprema Corte sottolinea l'alta funzione garantistica demandata alla c.d. precettazione, la quale assume l'aspetto di strumento residuale del potere pubblico nel conflitto collettivo, finalizzato non all'esercizio dell'autotutela, ma ad un bilanciamento di interessi che rappresenta la *ratio* dell'intera legge; e nell'inserirsi nel reticolo di regole e presupposti previsto per l'individuazione delle prestazioni indispensabili in caso di sciopero, la stessa appunto garantisce, come risulta dalle enunciazioni di principio che si rinvencono nell'art.1 della legge n. 146/1990, effettività a diritti della persona costituzionalmente garantiti e coordinamento dei medesimi con il diritto di sciopero.

Vengono, però, nel contempo evidenziati, in sentenza, i meccanismi di salvaguardia che circondano l'emissione della ordinanza di precettazione.

tà del comportamento, non inferiore a lire 200.000 e non superiore a lire 1.000.000, e, in caso di reiterata violazione, alla sanzione amministrativa della sospensione dall'incarico per un periodo non superiore a sei mesi. Si applicano, in quanto compatibili gli artt. 6, terzo e quarto comma, 7, 11, 14, 16, primo comma, 18, terzo, quarto e quinto comma, 26, 27 e 28 della legge 24 novembre 1981, n. 689».

Il successivo art. 9, nel comminare, ai lavoratori che non osservino le disposizioni contenute nell'ordinanza di precettazione, una sanzione amministrativa, da un minimo di lire 100.000 ad un massimo di lire quattrocentomila, per ogni giorno di inottemperanza ed in relazione alla gravità dell'infrazione, nonché alle condizioni economiche dell'agente stabilisce, al quarto comma, che «le sanzioni sono irrogate con decreto della stessa autorità che ha emanato l'ordinanza. Avverso il decreto è proponibile impugnazione ai sensi degli articoli 22 e seguenti della legge 24 novembre 1981, n. 689».

Le Sezioni Unite ribadiscono, pertanto, gli indefettibili presupposti sostanziali e procedurali cui è ancorato il potere di precettazione (su cui già la Corte si era pronunciata con la sentenza 6 novembre 1997, n. 10889) ed aggiungono l'importante precisazione, sempre sul piano delle garanzie procedurali, che la dimensione individuale e concreta del precetto si completa con il carattere recettizio del provvedimento che lo contiene, divenendo esso produttivo di effetti nel momento in cui giunge nella sfera di conoscenza o conoscibilità, come è dato argomentare dal tenore letterale dell'art. 9, comma quarto, della legge n. 146 del 1990, ove è stabilito che «l'ordinanza viene portata a conoscenza dei destinatari mediante comunicazione da effettuarsi, a cura dell'autorità che l'ha emanata, ai soggetti che promuovono l'azione, alle amministrazioni o alle imprese erogatrici dei servizi ed alle persone fisiche i cui nominativi siano eventualmente indicati nella stessa, nonché mediante affissione nei luoghi di lavoro» ed altresì facendo uso di «adeguate forme di pubblicazione sugli organi di stampa nazionali e locali o mediante diffusione attraverso la radio e la televisione pubblica».

5. — Da questo complessivo sistema normativo, la Corte deduce la tipicità dell'ordinanza *ex* art. 8 della legge n. 146/1990 ed un modulo conseguentemente semplificato di accertamento della violazione, che fa da riscontro alla notevole complessità procedimentale della fase che prelude all'adozione della misura.

Secondo le Sezioni Unite, pertanto, escluso che l'assetto normativo possa essere in contrasto con principi sovraordinati e segnatamente con quelli di cui agli artt. 3, 24 e 97 Cost. (problematica alla quale, pure, è data diffusa trattazione nella decisione), va senz'altro ritenuto che «in un procedimento articolato e complesso quale quello *de quo* non trova spazio una fase di contestazione della violazione secondo il modello delineato dagli artt. 14 e ss. della legge n. 79 del 1981, che si sovrapporrebbe inutilmente a garanzie già sostanzialmente apprestate dalla legge speciale e si risolverebbe in una remora alla tempestività dell'intervento sanzionatorio, cui è, per larga parte, affidata la tutela dei diritti della persona costituzionalmente garantiti che la legge stessa intende sottrarre al *vulnus* causalmente ricollegabile a scioperi indiscriminati».

Da tale ultima affermazione — che appare fondamentale nell'*iter* argomentativo della decisione — traspare la (giustificata) preoccupazione della Corte di fornire una interpretazione del sistema normativo che consenta lo spiegarsi con tempestività degli interventi sanzionatori, prendendo le distanze da una suggestiva ermeneutica che giunga, però, in buona sostanza, attraverso una generalizzata applicazione di una fase prodromica in sede amministrativa, a legittimare una duplicazione di garanzie, indebolendo la effettività e rapidità di operatività delle misure sanzionatorie.

Ciò a fronte della violazione di una ordinanza di precettazione di cui le Sezioni Unite hanno — come visto — evidenziato la natura di strumento di *extrema ratio* di intervento del potere pubblico nel conflitto collettivo, specificamente previsto per tutelare i diritti della persona costituzionalmente garantiti e che pure devono essere salvaguardati da quegli scioperi non a caso giornalmente definiti «selvaggi».

Questi richiami dimostrano con chiarezza che, nell'impianto della legge n. 146 del 1990, il procedimento di repressione delle infrazioni suddette ha ricevuto una configurazione ad elevato tasso di specialità, tale da sottrarlo ad automatica soggezione alla *vis expansiva* della disciplina generale delle sanzioni amministrative, non avendo, altrimenti, senso l'espressa previsione, rispetto ad alcune ipotesi, della limitata applicabilità delle disposizioni di cui al Capo primo della legge di depenalizzazione, e, rispetto ad altre, della applicabilità della sola disciplina del procedimento giurisdizionale di opposizione all'ordinanza ingiunzione.

In altre parole l'aver la sopravvenuta legge in tema di esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali stabilito, in relazione alle diverse tipologie di illecito in essa previste, quali disposizioni della disciplina generale debbano trovare applicazione, presuppone necessariamente il rifiuto di un'integrale operatività di quest'ultima e la ricezione della medesima nei soli limiti del richiamo, con esclusione di qualsiasi possibilità di estensione che si correli ad una verifica di compatibilità affidata all'interprete.

D'altro canto, deve notarsi come l'orientamento assunto dalla Suprema Corte con la decisione in questione, rappresenti una totale inversione di indirizzo rispetto a quanto costantemente ritenuto dalla giurisprudenza di merito, che aveva postulato l'imprescindibilità della fase della previa contestazione dell'addebito in sede amministrativa, annullando in varie circostanze numerosissimi provvedimenti sanzionatori emessi dalle Amministrazioni omettendo tale fase prodromica.

6. — Peraltro, la sentenza delle Sezioni Unite vede accrescere, per così dire, la propria valenza, tenuto conto delle nuove disposizioni dettate dalla recente legge 11 aprile 2000, n. 83, intitolata «Modifiche ed integrazioni della legge 12 giugno 1990, n. 146, in materia di esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e di salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati».

Precisamente, l'art. 8 di detta legge modifica ed amplia la portata del testo originario dell'art. 9 della legge n. 146/1990, stabilendo che l'inosservanza da parte «dei singoli prestatori di lavoro, professionisti o piccoli imprenditori» (non più quindi solo «prestatori di lavoro subordinato o autonomo») delle disposizioni contenute nell'ordinanza di precettazione è assoggettata alla sanzione amministrativa pecuniaria, per ogni giorno di mancata ottemperanza, determinabile, con riguardo alla gravità dell'infrazione ed alle condizioni economiche dell'agente, da un minimo di Lire 500.000 ad un massimo di Lire 1.000.000 (mentre in precedenza l'importo era fissato da Lire 100.000 a Lire 400.000).

Inoltre, con previsione innovativa, il nuovo testo dell'art. 9 introdotto dal citato art. 8 della legge n. 83/2000, dispone che: «le organizzazioni dei lavoratori, le associazioni e gli organismi di rappresentanza dei lavoratori autonomi, professionisti e piccoli imprenditori, che non ottemperano all'ordinanza di cui all'articolo 8 sono puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria da Lire 5.000.000 a Lire 50.000.000 per ogni giorno di mancata ottemperanza, a seconda della consistenza economica dell'organizzazione, associazione o organismo rappresentativo e della gravità delle conseguenze dell'infrazione. Le sanzioni sono irrogate con decreto della stessa autorità che ha emanato l'ordinanza e sono applicate con ordinanza-ingiunzione della Direzione Provinciale del Lavoro — Sezione Ispettorato del Lavoro».

Anche dopo l'entrata in vigore della c.d. riforma della legge n. 146/1990, pertanto, la decisione delle Sezioni Unite appare certamente restare un fondamentale punto fermo in tema di interpretazione della normativa sul procedimento di applicazione delle sanzioni pecuniarie per inottemperanza alla ordinanza di precettazione.

E, d'altra parte, una verifica del genere, quand'anche consentita, non potrebbe che svolgersi nell'ambito di disposizioni non direttamente contemplate dalla fonte sopravvenuta, ai fini del suo coordinamento con quella anteriore; ne rimarrebbe, quindi, comunque preclusa la conclusione dell'applicabilità della regola della previa contestazione dell'addebito, posta dall'art. 14 della legge n. 689 del 1981: essa, come si è detto, è oggetto del richiamo di cui all'art. 4 della prima di tali leggi (in tema di sanzioni a carico dei preposti), onde non potendo trascurarsi l'unitario contesto nel quale si collocano questa norma e quella dell'art. 9, non può non desumersene la ricomprensione della medesima regola nel novero di quelle con riferimento alle quali il legislatore ha direttamente provveduto, in un caso stabilendone l'operatività e nell'altro escudendola.

Ciò, del resto, è pienamente coerente con i limiti che la stessa legge ora detta pone alla propria latitudine di applicazione, essendo espressamente disposto dall'art. 12 che questa soggiace alla verifica della «compatibilità» e «salvo che non sia diversamente stabilito».

Va, poi, posto in luce che la diversa soluzione adottata dalla legge per il caso delle sanzioni a carico dei preposti e per quello delle sanzioni a carico dei lavoratori che non ottemperano alla precettazione non è casuale, ma risponde ad una logica ben precisa.

Le infrazioni di cui all'art. 4, quarto comma, si ricollegano ai numerosi obblighi imposti alle amministrazioni ed alle imprese erogatrici dei servizi, al fine di garantire le prestazioni indispensabili e di stabilirne, nel contempo, modalità e procedure di erogazione.

Il loro accertamento comporta, pertanto, l'identificazione dei responsabili, cioè di coloro che rivestono la condizione di «preposti», «legali rappresentanti» o «delegati», e dei comportamenti specifici nei quali si ravvisa la violazione.

V'è, da un lato, il coacervo di precetti, generali ed astratti e, dall'altro, la situazione di fatto che va ad essi commisurata, per ricavarne una valutazione sussuntiva di intervenuto concretamento dell'ipotesi di illecito, sicché la preventiva contestazione dell'addebito costituisce il solo strumento idoneo a dare conto ad un determinato soggetto del contesto degli elementi che si ritengono verificati e sui quali si assume fondata la sua responsabilità.

In questo quadro di riferimento, la contestazione della violazione effettivamente costituisce ineludibile momento di collegamento fra carattere necessariamente individuale della responsabilità e direzione della *norma agendi* verso una serie indeterminata di destinatari, fra modello di comportamento delineato dalla norma di previsione ed attività effettivamente avvertasi.

Nulla di tutto ciò nel caso di violazione dell'ordinanza di precettazione, ivi sussistendo, in presenza di già acquisita riferibilità del precetto a soggetti nel medesimo determinati, assoluta assenza di una qualsiasi valutazione del tipo suddetto, al fine della trasmigrazione dall'astrattezza della fattispecie incriminatrice alla concretezza della responsabilità personale, sicché l'amministrazione è chiamata a compiere, ai fini dell'applicazione della sanzione, soltanto un materiale riscontro di sussistenza o meno della prestazione lavorativa dalla quale ciascuno dei singoli precettati aveva divisato di astenersi.

Ma la peculiarità dell'intimazione contenuta nella suddetta ordinanza discende anche dalle particolari garanzie che circondano l'emissione del relativo provvedimento.

Intanto è da rilevare che la dimensione individuale e concreta del precetto, si completa con l'indubbio carattere recettizio del provvedimento che lo contiene, divenendo esso produttivo di effetti nel momento in cui giunge nella sfera di conoscenza o conoscibilità, come è dato argomentare dal tenore letterale dell'art. 9, comma 4 legge n. 146 del 1990, ove è stabilito che «l'ordinanza viene portata a conoscenza dei destinatari mediante comunicazione da effettuarsi, a cura dell'autorità che l'ha emanata, ai soggetti che promuovono l'azione, alle amministrazioni o alle imprese erogatrici dei servizi ed *alle persone fisiche i cui nominativi siano eventualmente indicati nella stessa, nonché mediante affissione nei luoghi di lavoro*» ed altresì facendo uso di «adeguate forme di pubblicazione sugli organi di stampa nazionali e locali o mediante diffusione attraverso la radio e la televisione pubblica».

Inoltre, come è già stato posto in luce da questa Corte con la sentenza 6 novembre 1997 il potere di precettazione è ancorato ad un duplice presupposto, sostanziale e procedimentale.

Il primo consiste nell'esistenza di un fondato pericolo di grave ed imminente (ancorché non necessariamente irreparabile) pregiudizio che il mancato funzionamento dei servizi indispensabili può cagionare ai diritti della persona costituzionalmente garantiti.

Il secondo, delineato in modo unitario dai primi due commi dell'art. 8 legge n. 146 del 1990, si svolge, indefettibilmente, attraverso le tre fasi dell'invito alle parti a desistere rivolto dal Presidente del Consiglio dei ministri (o da ministro da lui delegato), della proposta e dell'esperimento del tentativo di conciliazione e — in caso di esito negativo — dell'invito alle parti ad attenersi alla proposta della Commissione di garanzia. Se, ciò nonostante, la situazione di pericolo permane, il Presidente del Consiglio deve, ove possibile, sentire ancora le parti interessate, acquisendo altresì i pareri dei rappresentanti degli enti locali.

Solo a tal punto può essere emanata l'ordinanza, che segue quindi un percorso procedimentale obbligato e nettamente scandito, il quale, come si è ritenuto nella ricordata occasione, ne condiziona la legittimità, ne esclude ogni sovrapposizione all'istituto delle ordinanze contingibili e urgenti e, infine, ruota sul cardine della funzione mediatrice svolta dalla Commissione di garanzia, in qualità di soggetto terzo ed imparziale, idoneo a salvaguardare le esigenze del contraddittorio, non solo nei confronti della parti collettive, ma anche nei confronti dei singoli lavoratori interessati, come è reso manifesto dal disposto dell'art. 14 della legge n. 146 del 1990.

La precettazione assume, così, l'aspetto di strumento residuale d'intervento del potere pubblico nel conflitto collettivo, finalizzato non all'esercizio dell'autotutela, ma a quel bilanciamento d'interessi che rappresenta la *ratio* dell'intera legge; si inserisce nel reticolo di regole e presupposti previsto per l'individuazione delle prestazioni indispensabili in caso di sciopero, garantisce, come risulta chiaro dalle solenni enunciazioni di principio che si rinvergono nell'art. 1, effettività a diritti della persona costituzionalmente garantiti e coordinamento dei medesimi col diritto di sciopero.

Tutto ciò comporta una forte tipicità del provvedimento, destinata ad avere ricadute sul piano dell'operatività del precetto in esso contenuto, nel senso che alla complessità procedimentale della fase che prelude all'adozione di questa misura fa riscontro un modulo logicamente semplificato dell'accertamento della violazione, nel quale il dato fondamentale è costituito dall'aspetto individualizzante di un'intima-

zione indirizzata, cui è connaturata l'alternativa fra ottemperanza ed infrazione, così da risultare anche il comportamento rispondente a questa seconda eventualità partecipante del medesimo aspetto, in funzione di sostanziale equipollenza rispetto ad una contestazione *ex post*: e ciò tanto rileva che, ulteriormente accentuandosi, rispetto all'intervento dell'autorità, il taglio garantistico sul quale è stata tarata la legge, l'art. 10 consente l'opposizione davanti al giudice amministrativo, avverso l'ordinanza di precettazione (con correlativo potere del TAR di sospendere, anche parzialmente, l'ordinanza stessa), non solo ai soggetti promotori dello sciopero ed alle amministrazioni o imprese, ma anche a dei singoli lavoratori destinatari del provvedimento.

Non può, poi, trascurarsi che, ai sensi dell'art. 5, le amministrazioni o le imprese erogatrici del servizio «sono tenute a rendere pubblico tempestivamente il numero dei lavoratori che hanno partecipato allo sciopero, la durata dello stesso e la misura delle trattenute effettuate secondo la disciplina vigente».

L'adempimento di quest'obbligo comporta una precisa ricognizione delle persone dei lavoratori scioperanti, ai quali devono essere effettuate le relative ritenute e, in presenza di un'ordinanza di precettazione rimasta inattuata, assume sostanziale valore di una contestazione della violazione. E quest'attività ricognitiva, affidata al datore di lavoro, mentre è, fra l'altro, strumentale all'esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'autorità amministrativa, risulta condizionata nei contenuti dalla diligente osservanza dell'onere, gravante sul lavoratore interessato, di provare che la sua assenza dal lavoro in coincidenza con lo sciopero è da attribuire, non alla partecipazione all'agitazione sindacale, ma a legittimo e giustificato impedimento.

Ne risulta un sistema nel quale il regime dell'adempimento dell'obbligazione lavorativa, si risolve, attraverso la correlativa osservanza degli obblighi imposti ai datori di lavoro in caso di sciopero, nella possibilità di utilizzazione di codesta prova in funzione preventiva della sanzione per violazione dell'ordinanza di precettazione.

Appare chiaro, dunque, che in un procedimento così articolato e complesso non trova spazio una fase di contestazione della violazione secondo il modello delineato dagli artt. 14 e ss. della legge n. 79 del 1981, che si sovrapporrebbe inutilmente a garanzie già sostanzialmente apprestate dalla legge speciale e si risolverebbe in una remora alla tempestività dell'intervento sanzionatorio cui è, per larga parte, affidata la tutela dei diritti della persona costituzionalmente garantiti che la legge stessa intende sottrarre al *vulnus* causalmente ricollegabile a scioperi indiscriminati.

Questo assetto normativo manifestamente non si pone in contrasto con principi sovordinati e segnatamente con quelli di cui agli artt. 3, 24 e 97 Cost.

Il principio del «giusto procedimento» non può dirsi assistito in assoluto da garanzia costituzionale, ed opera solo come criterio di orientamento sia per il legislatore che per l'interprete (v. Corte cost. n. 83 del 1966, n. 189 del 1974, n. 23 del 1978, n. 234 del 1985, n. 503 del 1987). Ben vero, la riconosciuta non operatività dell'art. 24 Cost. nei procedimenti amministrativi (v. Corte cost. nn. 210 e 312 del 1995) non esclude che la disciplina di questi ultimi sia rimessa alla discrezionalità del legislatore nei consueti limiti del rispetto della ragionevolezza e del rispetto degli altri principi costituzionali; ma non è men vero che limiti siffatti appaiono, nella specie, all'evidenza, rispettati, sia perché, come si è detto, il procedimento *de quo* consente al lavoratore, ancorché in modi e forme diversi da quelli propri del suddetto modello generale, adeguate possibilità di conoscenza e difesa preventiva

rispetto all'esercizio del potere sanzionatorio (il che rende il procedimento stesso non contrastante con la generale valenza della quale la legge 7 agosto 1990, n. 241 accredita il principio del contraddittorio); sia perché tale diversità si correla ad esigenze di equo bilanciamento della tutela dei menzionati diritti fondamentali e del diritto di sciopero. Ed è, del resto, significativo che il giudice delle leggi abbia precisato, che nei procedimenti amministrativi la salvaguardia della possibilità del contraddittorio, deve ritenersi costituzionalmente rilevante solo quando «garantisca un nucleo essenziale di valori inerenti a diritti inviolabili della persona», il che, con riguardo alla materia dei rapporti di lavoro, può ritenersi verificato, quando dal procedimento siano per derivare misure compromissive della conservazione del posto (v. sent. n. 356 del 1995), vale a dire quelle conseguenze di massima rilevanza, estranee per definizione all'apparato sanzionatorio dell'art. 9 della legge del 1990, che non ha natura disciplinare, a differenza di quello contemplato dall'art. 4, primo comma, che, peraltro, inibisce allo stesso datore di lavoro, in caso di violazione, da parte dei lavoratori, degli obblighi di cui all'art. 2, l'irrogazione di sanzioni consistenti nell'estinzione del rapporto o nella determinazione di mutamenti definitivi dello stesso.

Né, in tale situazione, sarebbe appropriato il richiamo all'art. 97 Cost., in senso dirimente della legittimità del diverso trattamento, ricollegabile rispettivamente alla disciplina speciale ed a quella generale, dovendo anche al riguardo notarsi che la proceduralizzazione dell'amministrazione giusta modelli contenziosi o paracontenziosi non è affatto riconducibile al criterio della più corretta organizzazione, prescritto dal suddetto articolo, il quale non comporta la continua partecipazione dei soggetti privati al procedimento, nel presupposto che «con norme di condotta eccessivamente minuziose, imposte all'amministrazione pubblica, lungi dall'ottenersi sempre fattiva garanzia, potrebbero, invece, sussistere inconvenienti, anche gravi, di ristagno» (così Corte cost. n. 234 del 1985).

Deve, in conclusione, formularsi il principio di diritto per cui «la preventiva contestazione dell'infrazione, con le modalità previste dall'art. 14 della legge 24 novembre 1981, n. 689, non costituisce requisito di legittimità dei decreti con cui, a norma dell'art. 9 della legge 12 giugno 1990, n. 146 sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali, vengono irrogate le sanzioni amministrative pecuniarie per l'inosservanza, da parte dei prestatori di lavoro, delle disposizioni impartite dall'autorità competente con ordinanza emanata a norma dell'art. 8 della stessa legge, al fine di imporre adeguati livelli di funzionamento del servizio ovvero il differimento dell'azione di protesta e di assicurare in tal guisa protezione ai diritti inviolabili della persona, senza che tale disciplina contrasti con precetti sovordinati, in quanto al procedimento delineato dalla legge speciale il conseguimento di tali finalità non sono estranee articolazioni che comportano adeguate possibilità di conoscenza e di difesa preventiva rispetto all'atto di esercizio della pretesa punitiva dell'amministrazione, ancorché nelle forme che si discostano dal modello generale per essere più coerenti con le peculiari esigenze di tutela di quei diritti».

Il ricorso va, pertanto, accolto, cassandosi, in applicazione dell'esposto principio, la sentenza impugnata, siccome pronunciata sulla base di opposte conclusioni.
(*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 9 novembre 2000 n. 14570 – Pres. Carnevale – Rel. Salmè – P.M. Uccella (diff.) – S.p.a. R. c. Ministero del Bilancio.

Arbitrato – Lodo – Impugnazione di nullità – *Iudicium rescindens* – Omissione – Effetti.

(art. 829 cod. proc. civ.).

Va cassata senza rinvio la sentenza che, omettendo del tutto la fase rescindente dell'impugnazione ex art. 829 c.p.c., dichiara la nullità del lodo arbitrale pronunciando direttamente sul merito, senza preventivo accertamento della sussistenza di vizi della pronuncia degli arbitri (1).

(*omissis*)

È opportuno iniziare l'esame del ricorso dal quarto motivo con il quale la ricorrente, lamentando la falsa applicazione dell'art. 829 c.p.c., osserva che la corte territoriale, pur condividendo il principio di diritto enunciato dagli arbitri secondo cui le rinunce alla revisione prezzi e al risarcimento dei danni per l'anomalo andamento dei lavori potevano considerarsi valide solo a condizione che i diritti rinunciati fossero determinati o determinabili, nella loro estensione e nel loro contenuto, al momento della sottoscrizione degli atti aggiunti di «sottomissione», è pervenuta a conclusioni opposte rispetto a quelle degli arbitri, che avevano dichiarato la nullità di dette rinunce. Con ciò, sostiene la ricorrente, sarebbe stata violata la disciplina dell'impugnazione del lodo, di cui alla richiamata norma processuale, la quale consente di passare al giudizio di merito solo dopo che sia stata accertata la nullità del lodo, mentre nella specie la corte territoriale non avrebbe individuato alcun vizio della pronuncia arbitrale, neppure per quanto attiene alla motivazione.

Il motivo è fondato.

Senza che sia necessario affrontare la questione, puramente teorica, della natura dell'impugnazione del lodo arbitrale, disciplinata dagli articoli 828 e 829 c.p.c., è sufficiente rilevare che tale impugnazione non abilita il giudice dell'impugnazione a riesaminare direttamente nel merito la decisione arbitrale, bensì ad un giudizio rivolto ad accertare *dapprima* se sussista o meno taluna delle nullità previste dall'art. 829 c.p.c. e solo se quest'ultimo giudizio si conclude con l'accertamento di una delle suddette nullità, è possibile il riesame del merito (in questi termini v. Cass. n. 1124/1992, 540/1984).

La *ratio decidendi* della sentenza impugnata si esaurisce invece nella dichiarazione di infondatezza dell'affermazione degli arbitri relativa alla incertezza, dell'*an* e del *quantum*, dei diritti oggetto delle rinunce e a tale conclusione la corte territoriale è pervenuta valutando direttamente le circostanze di fatto emergenti dagli atti

(1) Come si desume dalla sentenza in rassegna, la Corte di merito non aveva riscontrato vizi di motivazione o errori di diritto nel lodo impugnato, limitandosi a sostituire il proprio apprezzamento dei fatti a quello operato dagli arbitri.

Residua nondimeno qualche perplessità sulla formula definitoria del giudizio, che appare collocarsi in un non precisato ambito d'applicazione dell'art. 384, 1° co., c.p.c.

di causa, senza individuare alcun vizio del lodo. Infatti, l'affermazione finale relativa all'accoglimento del secondo, terzo e quarto motivo di impugnazione del lodo (aventi ad oggetto, rispettivamente: *a*) la violazione delle norme in tema d'interpretazione dei contratti e sui poteri del commissario straordinario di governo; *b*) l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione del lodo; *c*) l'erroneità della dichiarazione di nullità delle rinunce) contenuta nella motivazione e la stessa dichiarazione di nullità del lodo contenuta nel dispositivo, non trovano in realtà alcun riscontro nelle argomentazioni che la precedono.

Quanto al vizio di motivazione del lodo è noto che tale vizio, riconducibile all'art. 829, n. 5, in relazione all'art. 823 c.p.c. è deducibile solo nei limiti dell'*error in procedendo* (per inesistenza, cioè, o mera apparenza della motivazione stessa), mentre la nullità del lodo arbitrale per inosservanza di regole di diritto *in iudicando* è circoscritta entro i medesimi confini della violazione o falsa applicazione di legge deducibile con il ricorso per cassazione ex art. 360, n. 3, c.p.c.; e, pertanto, solo quando sia prospettata la negazione o il fraintendimento di una norma astratta esistente o ne sia stata fatta applicazione ad una fattispecie da essa non regolata, in modo da giungere a conseguenze giuridiche contrarie a quelle volute dalla legge. La denuncia di tale vizio, quindi, deve essere ancorata agli elementi accertati dagli arbitri e postula solo l'allegazione esplicita dell'erroneità del canone di diritto applicato rispetto a detti elementi.

Ora, la corte territoriale, per un verso, non ha neppure preso in considerazione l'osservanza del dovere di motivazione da parte degli arbitri e, per altro verso, ha espressamente dichiarato di condividere il principio di diritto secondo cui per la validità della rinuncia è necessario che sia determinato o determinabile l'oggetto del negozio abdicativo, posto dagli arbitri a fondamento della dichiarazione di nullità delle rinunce stesse, ritenendo tuttavia che le circostanze di fatto acquisite le consentissero di ritenere determinati e determinabili i diritti oggetto di rinuncia.

Ma, ciò facendo, la corte territoriale si è mossa come se, invece di un'impugnazione ex art. 829 c.p.c., dovesse giudicare in un ordinario giudizio d'appello, omettendo del tutto la fase rescindente, nella quale deve essere solo accertata la sussistenza di vizi del lodo, e passando direttamente al giudizio di merito. In senso contrario, si ripete, non è sufficiente il rilievo che nel dispositivo della sentenza si dichiara la nullità del lodo e nella parte finale della motivazione si parli di accoglimento dei motivi di impugnazione, perché la portata precettiva della sentenza va individuata tenendo conto non solo delle statuizioni formali contenute nel dispositivo o delle mere enunciazioni della motivazione, ma dell'effettiva *ratio decidendi*, che deve essere individuata anche alla stregua delle specifiche argomentazioni utilizzate.

L'accoglimento del quarto motivo comporta, l'assorbimento degli altri con i quali la ricorrente ha dedotto *a*) la falsa applicazione degli articoli 81 e 84 della legge n. 219 del 1981 (illegittimità delle ordinanze commissariali per esorbitanza dai limiti del potere derogatorio); *b*) la falsa applicazione dell'art. 829 c.p.c. (diversa qualificazione della fattispecie contrattuale); *c*) la falsa applicazione degli articoli 1326 e 1362 c.c. (erronea individuazione della natura degli atti di sottomissione e di quelli di controllo); *d*) la falsa applicazione dell'art. 1346 c.c. (erroneità del giudizio di determinatezza o determinabilità dell'oggetto delle rinunce); *e*) altro profi-

lo di falsa applicazione degli articoli 81 e 84 della legge n. 219/81 e vizio di motivazione (contraddittorietà tra la qualificazione delle ordinanze come proposte negoziali e l'affermazione dell'estraneità di detti provvedimenti alla fattispecie contrattuale; illegittimità delle ordinanze per violazione di principi generali di diritto); f) la falsa applicazione dell'art. 1341 c.c..

In conseguenza del motivo accolto la sentenza deve essere cassata senza rinvio. (omissis)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 20 dicembre 2000 n. 16028 – Pres. Rocchi – Rel. Verucci – P.M. Golia (conf.) – Ministero dei trasporti e della navigazione c. P.

Espropriazione per pubblica utilità – Occupazione legittima – Indennità – Determinazione – Parametrazione su quella d'esproprio in concreto spettante.

(legge 25 giugno 1865 n. 2359, artt. 71 e 72; legge 8 agosto 1992 n. 359, art. 5 bis).

La determinazione dell'indennità di occupazione legittima, in quanto frutto di un subprocedimento amministrativo non più autonomo, ma funzionalmente collegato rispetto a quello espropriativo, va effettuata, in ogni caso (e, dunque, anche in ipotesi di indennità di esproprio definitivamente determinata e riconosciuta in misura superiore a quella che risulterebbe dall'applicazione dei criteri normativi) secondo il criterio degli interessi legali rapportati alla somma comunque determinata a titolo di indennità di esproprio (1).

(omissis)

Con l'unico motivo, denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 71 e 72 legge 2359/1865, 20 legge 865/71 e 5 bis legge 359/92, in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c., l'Amministrazione ricorrente lamenta che la Corte territoriale abbia commisurato l'indennità di occupazione d'urgenza — legittimamente liquidata con il criterio degli interessi legali per ogni anno — al valore venale del terreno anziché all'ammontare dell'indennità di esproprio dovuta ai sensi dell'art. 5 bis legge 359/92: secondo la ricorrente, poi, nessun rilievo può assumere la circostanza che nel caso di specie l'indennità di espropriazione non sia stata concretamente fissata

(1) La massima è quella «ufficiale».

Nella specie, respinta l'opposizione dell'espropriato all'indennità relativa (rimasta perciò — in difetto di «riconvenzionale» dell'espropriante — definitivamente fissata nell'ammontare liquidato in via amministrativa, benché lo stesso risultasse superiore a quello dovuto ex art. 5 bis legge n. 359/1992), la Corte Suprema ha escluso che l'indennità di occupazione legittima, giudizialmente rivendicata, dovesse parametrarsi (in misura pari agli interessi legali) su quella «virtuale» d'esproprio (quale, cioè, sarebbe spettata secondo il criterio di legge applicabile). Si ribadisce, per tal modo, il carattere «accessorio» dell'indennità di occupazione temporanea d'urgenza: a discapito però — come sembra — della «legalità» del criterio di determinazione degli indennizzi (sul quale è fatta prevalere, quasi con l'intangibilità del giudicato, la stima in concreto effettuata del bene, sebbene impugnata da uno soltanto dei soggetti del rapporto).

con i nuovi criteri legali, atteso che la maggior somma determinata in sede amministrativa non è stata ridotta per ragioni esclusivamente processuali, rappresentate dalla mancanza di una domanda riconvenzionale da parte di essa espropriante.

La censura è fondata nei limiti di seguito precisati.

Per effetto della sentenza n. 493/98 delle Sezioni Unite, nella giurisprudenza di questa Corte si è consolidato l'orientamento secondo cui, attese l'omogeneità morfologica e funzionale delle indennità spettanti al proprietario in relazione all'espropriazione ed all'occupazione d'urgenza, l'indennità da attribuire a tale secondo titolo — ove determinabile ai sensi dell'art. 72, comma 4, legge 2359/1865 — deve essere sempre liquidata in misura corrispondente ad una percentuale, legittimamente identificabile nel saggio degli interessi legali, dell'indennità che spetta o sarebbe spettata per l'espropriazione dell'area occupata e non con riferimento al valore del bene, anche nel caso in cui la determinazione o rideterminazione giudiziale dell'indennità espropriativa sia soggetta ai criteri di cui all'art. 5 *bis* d.l. 333/92, convertito, con modificazioni, nella legge n. 359/92 (per tutte, da ultimo, Cass. 1210/2000).

Pur richiamandosi ad un indirizzo giurisprudenziale all'epoca adottato, la Corte catanzarese ha erroneamente ritenuto che l'indennità di occupazione sia svincolata dall'indennità di esproprio, così liquidandola con il calcolo degli interessi legali sul valore venale dell'immobile: sul punto, quindi, la sentenza impugnata non resiste alla critica del Ministero ricorrente.

Occorre precisare, tuttavia, che non può essere condivisa la tesi dello stesso Ministero, secondo cui nella specie l'indennità di occupazione andrebbe parametrata non all'indennità di esproprio determinata in via amministrativa ed attribuita definitivamente in sede giurisdizionale, ma a quella virtualmente calcolabile in base ai criteri di cui al citato art. 5 *bis*.

Premesso che non sono in discussione né l'astratta applicabilità dei criteri indennitari ex art. 5 *bis*, né l'impossibilità di operare la riduzione dell'indennità stabilita in via amministrativa, per mancanza di specifica richiesta o domanda riconvenzionale dell'espropriante (*cf.* Cass. 10680/2000, 10785/97, 1891/96), va rilevato che il riferimento all'indennità di esproprio virtualmente calcolata — quale parametro di liquidazione dell'indennità di occupazione — opera in tutte le ipotesi in cui detta indennità non sia stata determinata e/o attribuita (ovvero, di c.d. occupazione appropriativa), mentre non v'è ragione di ricorrere al metodo virtuale quando l'indennità di espropriazione sia stata fissata.

Una volta che l'indennità di esproprio sia definitivamente determinata e riconosciuta in misura superiore a quella che risulterebbe dall'applicazione dei criteri normativi (come è avvenuto nel caso di specie, poiché l'Amministrazione espropriante non ha adottato i criteri ex art. 5 *bis* e tale determinazione è rimasta ferma in sede giurisdizionale), è a questa indennità che va rapportata quella di occupazione legittima, non già ad un'indennità di esproprio virtualmente calcolata con i criteri di legge.

A tale conclusione conduce non solo la ricordata omogeneità morfologica e funzionale dei rispettivi fenomeni, ma anche la considerazione che, diversamente opinando, si verificherebbe un irragionevole distacco tra le due indennità, sì da far venir meno lo stesso fondamento del criterio di liquidazione dell'indennità di occupazione in misura percentuale dell'indennità di esproprio e, quindi, degli interessi legali su quest'ultima indennità. Non a caso, infatti, questa Corte ha affermato che

la determinazione — o rideterminazione giudiziale — dell'indennità di occupazione va effettuata in misura percentuale della somma comunque determinata a titolo di indennità di esproprio: nell'ipotesi in cui vi sia contestualità di determinazione o rideterminazione delle due indennità, quella di occupazione deve essere liquidata in una percentuale — che ben può essere costituita dagli interessi legali — dell'indennità di espropriazione *concretamente* attribuita all'opponente (così, in motivazione, Cass. 5537/98; v. anche Cass. 6309/98).

Ma v'è di più.

La determinazione dell'indennità di occupazione legittima sulla base di una percentuale dell'indennità di esproprio trova fondamento non solo nel ricordato legame funzionale, ma anche e soprattutto nel fatto che detta indennità ha la specifica funzione di ricostituire il patrimonio del soggetto espropriato nella parte in cui viene depauperato della somma corrispondente ai frutti civili che avrebbe percepito se gli fosse stata corrisposta l'indennità di esproprio al momento dello spossessamento (SS.UU. 8596/98, Cass. 12359/99 e 5513/2000): ne deriva che, al fine di assolvere a tale funzione, l'indennità di occupazione legittima deve necessariamente essere rapportata a quella di esproprio *concretamente* attribuita e non a quella che spetterebbe astrattamente all'espropriato in base ai criteri dell'art. 5 *bis*.

In altri termini, la ricostituzione del patrimonio dell'espropriato, depauperato dei frutti civili che avrebbe percepito se l'indennità di esproprio gli fosse stata corrisposta all'epoca dello spossessamento, nel caso di specie non può avvenire se non con l'attribuzione di una percentuale — legittimamente riferibile al saggio degli interessi legali — dell'indennità di esproprio che è stata determinata in via amministrativa e confermata in sede giurisdizionale, indipendentemente dall'astratta applicabilità dei criteri *ex art. 5 bis* per la determinazione dell'indennità di esproprio: si tratta, infatti, di frutti civili su quella somma e non sull'altra ipoteticamente dovuta. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Un., 22 dicembre 2000, n. 1325 – Pres. Panzarani – Rel. Giannantonio – P.M. Cinque (conf.) – S.R. ed altri (avv. Marino) c. Cassa DD.PP. (avv. Stato Nunziata).

Enti pubblici – Cassa Depositi e Prestiti – È ente pubblico economico – Controversie relative al rapporto di lavoro del personale dipendente – Giurisdizione dell'A.G.O.

Dalla natura di ente pubblico economico da riconoscere alla cassa DD.PP. consegue l'appartenenza alla giurisdizione del giudice ordinario delle controversie relative al rapporto di lavoro del personale dipendente.

(*omissis*)

Gli enti pubblici economici sono stati definiti dal r.d. 16 giugno 1938 n. 1303 come gli enti pubblici, comunque denominati, operanti nel campo della produzione e svolgenti una attività esclusivamente o prevalentemente economica (in tal senso anche l'art. 37 della legge 20 maggio 1970 n. 300 e l'art. 39 della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali).

Occorre dunque che si tratti di un ente pubblico, ossia di un ente che persegua un fine pubblico e sociale e non già un mero fine di lucro; occorre inoltre che l'ente svolga un'attività imprenditoriale, ossia un'attività che sia improntata a criteri di economicità e a realizzare almeno quanto occorra per compensare i fattori produttivi impiegati. Economicità e non lucro: e quindi non necessariamente un guadagno, ma almeno una gestione senza perdite, un equilibrio tra costi e ricavi, una autosufficienza economica.

In base a questi principi, la giurisprudenza di questa Corte ha ritenuto enti pubblici economici quelli che per la realizzazione dei loro fini istituzionali svolgono attività di conservazione, di scambio, di produzione di beni o di servizi, improntata a criteri di economicità; un'attività, cioè, diretta al procacciamento di entrate remunerative dei fattori produttivi e non solo al perseguimento di fini sociali.

L'ente pubblico economico può svolgere esclusivamente attività imprenditoriale o anche un'attività mista, in parte imprenditoriale e in parte autoritativa. In quest'ultimo caso, è necessario tuttavia, come ha precisato la giurisprudenza di questa Corte, che l'attività imprenditoriale sia predominante su quella pubblica.

I criteri di individuazione degli enti pubblici, sono dunque il fine pubblico e lo svolgimento di un'attività imprenditoriale a carattere di economicità, strumentale al fine pubblico e prevalente sull'attività di carattere autoritativo dell'ente.

L'accertamento di tali elementi può avvenire esclusivamente in base alla legge che istituisce o regola gli enti pubblici economici, ovvero, quando manchi una normativa di base, in base agli atti costitutivi, agli statuti e ai regolamenti.

Nel caso in esame, in base ai criteri sopra annunciati, si deve ritenere che la Cassa depositi e prestiti abbia natura di ente pubblico economico.

Ha natura di Ente pubblico, in quanto il legislatore ha attribuito espressamente alla Cassa una propria personalità giuridica per il perseguimento di fini di interesse economico generale e in particolare: *a*) per ricevere i depositi, con la garanzia dello Stato, da parte di Amministrazioni statali, Regioni, Enti locali e altri Enti pubblici, nonché di privati; *b*) per concedere finanziamenti, sotto qualsiasi forma, allo Stato, alle Regioni, agli Enti locali, agli altri enti pubblici, ai gestori di pubblici servizi, alle società a cui la Cassa partecipa e agli altri soggetti indicati dalla legge; *c*) per gestire fondi e svolgere attività per conto delle Amministrazioni pubbliche e, nei casi e per le finalità previsti dalla legge, di altri soggetti; *d*) per svolgere altre attività e altri servizi a essa assegnati (art. 1 del decreto legislativo sul riordino della Cassa depositi e prestiti ai sensi dell'art. 11, comma 1, lett. A della legge 15 marzo 1997). Ha natura di ente pubblico economico in quanto l'attività prevalente della Cassa è costituita dall'impiego del risparmio pubblico e privato in modo da realizzare se non un lucro, quanto meno l'equiparazione dei costi ai ricavi; e perché tale attività è svolta dalla Cassa con una propria autonomia ordinamentale, organizzativa, patrimoniale e di bilancio (art. 1, *cit.*).

Dalla natura di Ente pubblico economico deriva che le controversie relative al rapporto di lavoro del personale dipendente della Cassa, disciplinato dalla contrattazione collettiva e dalle leggi che regolano il rapporto di lavoro privato (art. 5 del d.l. 15 marzo 1997), appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario. Difatti, come ha già affermato questa Corte, il fatto che lo Stato intervenga nell'attività della

Cassa, fissando da un lato alcuni elementi dei contratti della Cassa stessa, dall'altra disciplinando l'accesso degli enti al credito da essa concesso, attiene alla pubblicità dell'Ente e alla natura strumentale della sua attività per il perseguimento dei fini della politica finanziaria dello Stato, ma non incide sulla economicità dell'Ente e sulla sua autonomia, formalmente riconosciuta con l'attribuzione con legge della personalità giuridica. (Cass. 23 febbraio 1998 n. 1948).

Si deve perciò dichiarare che le domande proposte dai ricorrenti rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario. (*omissis*)

CORTE D'APPELLO DI FIRENZE, Sez. I, 4 dicembre 2000 n. 1992 – Pres. Masetani – Rel. Occhipinti – I.G. ed altri (avv. Bruni) c. Ministero dell'Interno (avv. Stato Cortigiani).

Responsabilità civile della P.A. – Illegittima sospensione licenza di commercio – Risarcimento danni – Esclusione.

(art. 2043 cod.civ.)

L'illegittimità, accertata con giudicato, dell'atto amministrativo (nella specie, per vizio di motivazione del provvedimento di sospensione di licenza per il commercio all'ingrosso di metalli preziosi) non è sufficiente a radicare una obbligazione risarcitoria della P.A., occorrendo all'effetto la prova che la lesione dell'interesse — non illegale — del singolo sia in rapporto di effetto a causa con un comportamento colpevole dell'Amministrazione (1).

(*omissis*)

1. - L'appello è infondato e va rigettato, seppure con una motivazione diversa da quella data dal Tribunale nella impugnata sentenza.

Dopo la recente decisione, sopra citata, delle S.U. della Cassazione la questione della risarcibilità del danno derivante dalla lesione di un interesse legittimo sembra avviata ad una definitiva soluzione, da tempo auspicata dalla dottrina, secondo cui l'atteggiamento «pietrificato» della S.C. urtava contro esigenze pratiche di giustizia divenute oggi intrascurabili.

(1) La sentenza, che rappresenta una delle prime applicazioni dei principi di Cass., S.U., 22 luglio 1999, n. 500 (in questa *Rassegna*, 1999, I, 408, con nota di A. LINGUITI ed ulteriori richiami), denota — a quel che pare — un non indifferente sforzo nella ricerca dell'*ubi consistam* in una materia nella quale il «ripensamento» delle Sezioni Unite a riguardo di una consolidata lettura dell'art. 2043 cod. civ. non sembra essersi accompagnato a sicure indicazioni per quanto concerne l'indagine da compiersi dai giudici di merito, specie in ordine alla dicotomia illegittimità-illiceità (che nella stessa pronuncia della Corte regolatrice appare, al tempo stesso, affermata — col negare che l'imputazione dell'evento di danno alla P.A. possa avvenire «sulla base del mero dato obiettivo della illegittimità dell'azione amministrativa» — e negata, col rilievo secondo cui l'illegittimità dell'azione amministrativa costituisce uno degli «elementi costitutivi» della fattispecie di cui all'art. 2043 c.c.).

Ne consegue che l'identificazione della situazione soggettiva fatta valere a base della richiesta risarcitoria non costituisce più per nessuna delle parti il tema decisionale di fondo, dato che il Ministero mostra di accettare, in linea di principio, la risarcibilità degli interessi legittimi, affermata dalla sentenza n. 500, mentre dal canto loro gli appellanti propendono sempre per la tesi del diritto soggettivo, sia pure nella figura del diritto «ad espansione», corrispondente a quella specie d'interesse legittimo che la più recente dottrina chiama «oppositivo». Il contendere s'incentra ora su due punti essenziali, ugualmente implicati nel discorso innovativo aperto dalla sentenza delle S.U. più volte citata: la colpa della pubblica amministrazione ed il nesso di causalità, che sono, assieme alla situazione giuridica lesa, di cui abbiamo appena detto, gli altri due termini della responsabilità risarcitoria enunciata dall'art. 2043 c.c.

Vediamoli distintamente.

2. – Sostiene il Ministero che la risarcibilità del danno suppone, a norma dell'art. 2043 c.c., la colpevolezza, nella forma del dolo o in quella della colpa, della pubblica amministrazione, ma che questa colpevolezza non è presuntivamente insita nel fatto stesso di avere emesso un provvedimento illegittimo o ritenuto tale da un'apposita decisione di annullamento del giudice amministrativo, e, conseguentemente, non esonera il danneggiato dall'onere della prova. In altri termini, illegittimità e illiceità dell'atto amministrativo non sono la stessa cosa: pur vertendosi in ipotesi di lesione di interessi legittimi (il discorso è fuori discussione per il diritto soggettivo) il risarcimento del danno può conseguire soltanto ad un comportamento illecito, e non anche semplicemente illegittimo, della pubblica amministrazione. E in questo, l'appellato trova conforto nella citata sentenza 500 delle S.U., che, sovrapponendosi ad un indirizzo contrario consolidato, così si esprime: «... la colpa, (unitamente al dolo) costituisce infatti componente essenziale della fattispecie della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c.; e non sarà invocabile, ai fini dell'accertamento della colpa, il principio secondo il quale la colpa della struttura pubblica sarebbe *in re ipsa* nel caso di esecuzione volontaria di atto amministrativo illegittimo, poiché tale principio, enunciato dalla giurisprudenza di questo S.C. con riferimento all'ipotesi di attività illecita, per lesione di un diritto soggettivo, secondo la tradizionale interpretazione dell'art. 2043 c.c. (sent. n. 884/61; n. 814/67; n. 16/78; n. 5361/84; n. 3293/94; n. 6542/95), non è conciliabile con la più ampia lettura della suindicata disposizione, svincolata dalla lesione di un diritto soggettivo; l'imputazione non potrà quindi avvenire sulla base del mero dato obiettivo della illegittimità dell'azione amministrativa, ma il giudice ordinario dovrà svolgere una più penetrante indagine, non limitata al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento in relazione alla normativa ad esso applicabile, bensì estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente (da riferire ai parametri della negligenza o imperizia), ma della p.a. intesa come apparato (in tal senso v. sent. n. 5883/91), che sarà configurabile nel caso in cui l'adozione o l'esecuzione dell'atto illegittimo (lesivo dell'interesse del danneggiato) sia avvenuta in violazione delle regole d'imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l'esercizio della funzione amministrativa deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità».

E qui s'impone una riflessione. Certamente la tradizionale visione della responsabilità aquiliana — da cui la sentenza in discorso mira a svincolarsi — collega in modo imprescindibile l'essenza della illiceità alla violazione di un diritto soggettivo, e ciò tanto nei rapporti fra privati che in quelli fra il privato e il soggetto pubblico; l'antigiuridicità di un comportamento rileva come illiceità, e non come semplice difformità al precetto normativo, quando ad esso consegue la violazione di una situazione di diritto soggettivo. Correlativamente, un problema della «colpa» della pubblica amministrazione nello spiegamento di un'attività illegittima prima d'ora non si poneva — civilisticamente parlando — se non quando veniva in discussione la lesione di un diritto soggettivo, problema che invece diventa onnipresente una volta che, rovesciata la chiave di lettura dell'art. 2043 c.c., sussistenza e misura della responsabilità aquiliana non dipendono più dalla violazione di un diritto soggettivo, ma sono espressione diretta dell'antigiuridicità comportamentale, come una specificazione all'interno della più ampia categoria della illegittimità. Il concetto di danno ingiusto, insito nel principio del «*neminem ledere*», ossia nel dover rispettare il diritto (soggettivo) altrui, pare in tal modo volgersi in senso squisitamente oggettivo, e da cui la posizione del singolo pare trarre un beneficio riflesso, quasi incidentale: il che avvalorava l'idea di un avvicinamento sostanziale, e non soltanto di ordine giurisdizionale, fra diritto soggettivo e interesse legittimo. Ciò premesso, occorre prendere atto che è pur vero che la precedente giurisprudenza, anche in decisioni più recenti (v. ad esempio Cass., sez. I, 1 settembre 1997, n. 8297) di quelle citate nella sentenza 500/99 delle S.U., ha sempre considerato la colpa come una componente intrinseca della illegittimità, purchè sanzionata dall'annullamento dell'atto illegale, senza uno specifico riguardo alle sue conseguenze: «L'elemento soggettivo della colpa non esige prova specifica da parte dell'attore nel giudizio di responsabilità civile, configurandosi esso come diretta conseguenza dell'annullamento dell'atto pronunciato dal competente giudice amministrativo» (n. 8297/97); dalla nuova lettura dell'art. 2043 c.c., tuttavia, la C.S. trae la ulteriore conclusione che la lesione risarcibile del diritto, come quella dell'interesse legittimo, supponga di necessità la colpa della pubblica amministrazione, ma non anche una pronuncia di annullamento dell'atto a cui la lesione sia correlata. Non solo; colpa e illegittimità dell'atto parrebbero adesso reciprocamente svincolate e il giudizio su quest'ultima, rilevante ai fini risarcitori, reso autonomo da quello sulla legittimità amministrativa dell'atto, fino al punto, forse, da potersi considerare colpevole la pubblica amministrazione anche in presenza di una legittimità formale dell'atto, conseguita per mancata impugnativa o addirittura per pronuncia del giudice amministrativo. È certo un ulteriore problema che viene a porsi, anche perché è difficile pensare che illegittimità e colpa non siano concetti coincidenti, dal momento che la illegittimità, intesa in senso ampio, come non conformità al dettato normativo, implica per definizione la colpa, nella sua accezione più generale e più ricorrente di violazione di legge.

3. — La preoccupazione che ha spinto le S.U. a svincolare il giudizio sulla colpa dal giudizio sulla legittimità dell'atto è stata indubbiamente quella di evitare una eccessiva dilatazione dell'illecito ed il rischio di aprire la risarcibilità alle più dis-

parate situazioni individuali. A questo scopo, forse, è utile concentrare l'attenzione, più che sulla colpa, sull'altra componente dell'illecito aquiliano, cioè sul nesso di causalità, che è il nodo, a parere di questa Corte, in cui s'incentra, e si risolve, il tema della fattispecie presente.

La configurazione dell'illecito esige che fra la illegittimità, intesa come colpa, e la lesione della situazione protetta, sia essa diritto o interesse legittimo, s'inserisca un nesso di causalità, ossia una relazione in base alla quale la lesione si presenti come conseguenza non dell'atto in sé stesso, ma del suo carattere illegittimo, una relazione perciò non semplicemente meccanicistica, ma di ordine logico-giuridico. E' compito del giudice ordinario cogliere questo nesso, che, generalmente, e salvo eccezioni di legge, non interessa al giudice amministrativo. In tale linea di pensiero, «la accertata illegittimità assume rilevanza di autosufficiente ed autoevidente titolo di colpa, pur ferma restando la necessaria distinzione fra il giudizio amministrativo vertente sulla illegittimità degli atti e il giudizio civile vertente sulla illiceità degli stessi per quanto concerne i rispettivi presupposti (con riferimento a un danno ingiusto risarcibile e ad un nesso causale fra l'attività amministrativa e il danno, in difetto dei quali l'atto illegittimo non sarebbe qualificabile come illecito)» (così Cass., sez. I, 1 settembre 1997, n. 8297). Perciò, la ragione perché il danno possa essere considerato ingiusto è in relazione diretta con la colpa, che vuol dire non con il semplice fatto, quale che ne sia la causa, dell'illegittimità del provvedimento, ma con quel tipo specifico d'illegittimità che coinvolge negativamente l'essere stesso della situazione tutelata. È proprio il caso che c'interessa da vicino: il Questore emette un provvedimento — la sospensione della licenza di p.s. — ritenuto illegittimo dal giudice amministrativo per un vizio formale — una colpa — costituito da difetto di motivazione, di per sé ininfluenza al fine di dare un giudizio di legittimità della situazione lesa e di stabilire se si tratta veramente di un danno ingiusto. In questo caso la lesione dell'interesse del soggetto è in relazione certamente con l'atto illegittimo, ma non con la ragione dell'illegittimità, cioè con la colpa accertata in sede di annullamento. L'atto può essere illegittimo, ma non per questo il danno diventa senz'altro ingiusto e quindi risarcibile, dato che non è stato leso un diritto soggettivo, la cui esistenza — occorre non dimenticarlo — è del tutto autonoma rispetto all'operato dell'amministrazione, a differenza di quanto avviene per l'interesse legittimo. Così, ad esempio, il Questore nega illegittimamente (poniamo per errate informazioni) il porto d'armi ad un incensurato che ha in animo di commettere un omicidio: certamente il provvedimento arreca a questo soggetto un danno, dal punto di vista del suo interesse, ma questo danno è in relazione con la causa dell'illegittimità del provvedimento? Diventa «danno ingiusto» per la colpa del Questore, consistita nel non aver dato un permesso che qualsiasi altro questore, più accorto di lui, avrebbe dato? Abbiamo in questo esempio l'illegittimità del provvedimento, ma il danno non è in relazione diretta con la causa dell'illegittimità.

La fattispecie in esame non è dissimile, sul piano metodico, s'intende, dall'esempio ora fatto. Il provvedimento di sospensione del Questore di Firenze era illegittimo, ma non per questo il danno subito dai titolari della licenza sospesa diveniva ingiusto, in quanto la qualificazione di esso, come giusto o ingiusto, non aveva alcuna relazione col tipo di vizio che aveva determinato l'annullamento. La

colpa del Questore non è nell'aver emesso il provvedimento — che, con ogni probabilità, era pressoché doveroso, malgrado la discrezionalità — ma nell'averlo emesso in quella forma, sotto un vizio di legittimità che lasciava assolutamente irrisolto il problema della qualificazione del danno. Forse se il vizio non ci fosse stato, l'interessato avrebbe potuto dire di non avere avuto danno? Evidentemente no: e quindi il danno non dipende dal vizio, ma dal fatto che il provvedimento è stato emesso.

E l'onere della prova, la prova della colpa per la quale il danno sarebbe da qualificare «ingiusto», non poteva non gravare che sugli attori, secondo un principio di ordine generale, non avendo nel caso specifico la pronuncia di illegittimità dell'atto, per la ragione che si è detta, alcun rilievo al riguardo. Ciò vuol dire che il giudice farà, né più né meno, quello che ha fatto sempre, ossia verificare se sussista una situazione di contrasto fra illegalità del comportamento della pubblica amministrazione e interesse non illegale del singolo; in altre parole, se le tre componenti dell'illecito aquiliano, comportamento colpevole, nesso causale e danno ingiusto, siano in linea.

Impostata la questione in tali termini, la soluzione è agevole, senza che serva neppure fermarsi ad aspettare l'esito del processo penale che vede l'I. già pesantemente condannato per illeciti commessi in relazione all'attività commerciale a cui la licenza si riferiva. Avrebbero dovuto gli appellanti, perché l'operato del Questore potesse risultare «ingiusto» nei loro confronti, dimostrare che egli non avrebbe potuto legittimamente sospendere la licenza, nel qual caso il danno conseguente alla sospensione sarebbe stato risarcibile. L'interesse (che si assume) legittimo non sta nell'esigere la rimozione del vizio del provvedimento, ma la rimozione del provvedimento in sé stesso: manca, in altre parole, l'interesse alla legittimità, riguardo al vizio in questione, dell'operato della pubblica amministrazione.

Su questa base logica non restava agli attori che dare conto del perché, nella situazione specifica in cui versavano, il Questore, pur nell'ambito del suo potere discrezionale, non avrebbe potuto correttamente emettere il provvedimento di sospensione, in guisa che, se lo avesse emesso, sarebbe incorso in un colpevole eccesso di potere. Si potrebbe dire che non ci hanno nemmeno tentato; il pericolo alla pubblica sicurezza dall'attività della M. si coglie a piene mani dalle imputazioni per le quali l'I. è stato condannato il 9 febbraio 1999 dal Tribunale di Firenze, e per le quali la società sarebbe sorta esclusivamente per commettere reati. Se l'imputazione corrisponde al vero, il risarcimento di vari miliardi che oggi viene domandato allo Stato sotto forma specifica di danno emergente e di lucro cessante, corrisponde, rispettivamente, al profitto dei reati commessi e di quelli da commettere. E sul punto la sola risposta che gli appellanti hanno potuto dare è che la sentenza non è ancora irrevocabile; ma questo significa che il Questore, in una tale situazione, avrebbe dovuto restarsene ad aspettare per anni l'esito del giudizio penale, lasciando in piedi il pericolo che per tutto questo tempo gli indagati continuassero a sfruttare per i loro illeciti affari la licenza da lui rilasciata? Sarebbe stato illecito un intervento di questo tipo da parte del Questore, pur nella prospettiva, più o meno remota, di una possibile assoluzione? O sarebbe stato illecito starsene a guardare, come avrebbero preferito gli indagati?

L'appello deve essere pertanto respinto. (*omissis*)

TRIBUNALE DI PORDENONE, *Giud. lav.* Costa, 25 ottobre 2000 – Li.Si.Po. c. Ministero dell'Interno.

Impiego pubblico – Sindacati – Condotta antisindacale esaurita – Ricorso ex art. 28 legge 20 maggio 1970 n. 300 – Ammissibilità – Esclusione.

L'attualità della condotta antisindacale, che costituisce presupposto necessario per l'esperibilità dell'azione ex art. 28 cit., in quanto diretta ad una pronuncia costitutiva e non di mero accertamento, non è esclusa dall'esaurirsi della singola azione antisindacale del datore di lavoro, ove il comportamento illegittimo di questi risulti tuttora persistente ed idoneo a produrre effetti durevoli nel tempo.

In ipotesi di esaurimento della condotta antisindacale è inammissibile la domanda di condanna in futuro, esperibile solo allorquando il comportamento illegittimo si dimostri destinato a protrarsi nel tempo (1).

(1) Condotta antisindacale: pronuncia di mero accertamento e condanna in futuro.

Il giudice del lavoro di Pordenone, senza esaminare il merito della controversia (materia, peraltro, resa di scottante attualità dal fatto che vede direttamente coinvolta l'ampiezza dei poteri del Questore nell'organizzare un servizio di ordine pubblico) ha affrontato la peculiare natura del provvedimento disciplinato dall'art. 28 dello Statuto dei Lavoratori.

Com'è noto, oggetto sostanziale dello speciale procedimento approntato dal legislatore è la repressione della condotta antisindacale e, più precisamente, la repressione dei comportamenti datoriali «diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà o dell'attività sindacale nonché del diritto di sciopero».

La descrizione della condotta in termini così ampi risponde a una scelta tecnica del legislatore, consapevole del fatto che, nella realtà del conflitto aziendale, la libertà sindacale e il diritto di sciopero possono essere violati in una varietà di modi difficilmente tipizzabili a priori in un testo di legge (al riguardo si noti che per Cassazione, SS.UU. 5295 del 12 giugno 1997 in R.G.L. 1998, II, 353 con nota di REALE rileva il solo dato oggettivo della lesione, potendosi prescindere dall'esame della legittimità formale dell'atto e dalla sussistenza dell'elemento soggettivo).

La questione portata all'esame del Tribunale di Pordenone concerne i diritti di informazione e consultazione sindacale nel settore pubblico (si veda al riguardo Cassazione, Sezione Lavoro, 8 ottobre 1998 n. 9991 edita, con ampia nota di commento di ALBI, in R.I.D.L. 1999, II, 697 e ss.) ed è strettamente correlata al tipo di provvedimento che l'organizzazione sindacale può invocare dal giudice.

Il decreto in commento, quindi, sembra allinearsi all'orientamento da tempo consolidato della Corte di Cassazione, attestato nel ritenere che, nella ipotesi in cui non siano riscontrabili, in relazione ad una condotta antisindacale ormai esaurita, perduranti effetti lesivi, non possa essere pronunciata una sentenza di mero accertamento del carattere antisindacale della condotta; ciò in quanto il procedimento di repressione della condotta antisindacale è uno strumento tipicamente condannatorio, tendente cioè a far cessare un comportamento illegittimo; tale vocazione presuppone necessariamente l'attualità della condotta stessa perché il giudice possa valutarla nella sua intrinseca obiettività e adottare quei provvedimenti che la fattispecie, in quel determinato momento, richiede (così Cassazione 29 novembre 1983, n. 7181 in *Giur. It.* 1985, I, 87; in senso conforme si veda Cass. 5 aprile 1991 n.3568, in *N.G.L.*, 1991, 246 ove si richiama SS.UU. 13 giugno 1977 n.2443 unitamente a numerosi altri precedenti).

La decisione in commento, inoltre, collega inscindibilmente all'attualità del comportamento, o, comunque al perdurare dell'effetto lesivo l'ammissibilità della condanna «in futuro».

(omissis)

Il proposto ricorso va dichiarato inammissibile.

Ed, invero, la Federazione Sindacale di Polizia Li.Si.Po. - So.Di.Po. (di seguito, per brevità, denominata F.S.P.), nell'atto introduttivo del presente giudizio ha riferito di essere tra le Organizzazioni Sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale e di figurare firmataria del contratto nazionale di lavoro per il personale della Polizia di Stato, recepito dal d.P.R. 16 marzo 1999 n. 254.

Ha, quindi, lamentato la ricorrente che il 26 settembre 2000 la Questura di Pordenone aveva predisposto per le giornate del 29 e del 30 settembre successivo un orario di servizio diverso da quello previsto in sede di Accordo Nazionale Quadro, comunicandole la modifica solo in data 27 settembre 2000 (doc. 1 del fascicolo di parte della F.S.P.), in aperta violazione del disposto di cui all'art. 24 del d.P.R. 254/99, il quale, viceversa, impone che la comunicazione suddetta che, nella specie, si rendeva doverosa in quanto afferente l'articolazione dell'orario obbligatorio giornaliero di lavoro, materia oggetto di informativa preventiva ai sensi dell'art. 24 comma 20 lettera a) del d.P.R. 254/99 pervenga alle organizzazioni sindacali con congruo anticipo.

In realtà, perché possa parlarsi propriamente di condanna in futuro è necessario che il provvedimento giudiziale specifichi in modo dettagliato il comportamento datoriale vietato in futuro, dovendosi altrimenti riconoscere un'efficacia di mero fatto ai dispositivi caratterizzati da estrema genericità, ovvero a dispositivi che si risolvono in una ripetizione dell'astratto precetto legislativo (cfr. LUNARDON, *La Condotta antisindacale*, in *Diritto del Lavoro Commentario* diretto da F. CARINCI, Torino, 1998, I, 430).

Invero, laddove si tratti di un comportamento in atto si esuli dall'accezione di una pronuncia inibitoria in senso proprio, ben potendosi il provvedimento inquadrare nell'ordine di cessazione o di rimozione degli effetti espressamente previsto dall'art. 28.

Il vero e proprio nodo interpretativo consiste quindi nella configurabilità del potere di porre in essere dei veri e propri precetti, ossia ordini di astensione da una data attività o comandi di porre in essere puntuali comportamenti. Sotto questo profilo il giudicante ha mostrato di condividere l'orientamento dottrinale che esclude recisamente in capo al magistrato il potere di emanare condanne per il futuro e così stabilire che il datore di lavoro, ove si verifichi in futuro una determinata situazione, debba adottare il provvedimento prescrittogli per non conculcare le libertà sindacali. E ciò in ossequio al principio, di rango costituzionale, che non consente all'autorità giudiziaria di creare una vera e propria norma giuridica (penalmente sanzionata), sia pure con riferimento ad un caso concreto (così SCOGNAMIGLIO, voce *Condotta antisindacale*, I, *Disciplina sostanziale*, EGT, 1988, 12 e 18; *contra*, in senso possibilista VACCARELLA, *Il procedimento di repressione della condotta antisindacale*, Milano, 1977, 169 e ss).

Peraltro, l'ansia di collegare l'ammissibilità di una condanna in futuro al perdurare del comportamento o dell'effetto lesivo rivela un'ambiguità di fondo presente in giurisprudenza, divisa dalle contrapposte esigenze di assicurare un'efficace tutela nel caso concreto e di salvaguardare il principio di separazione dei poteri che informa il nostro ordinamento. Tale ambiguità è ben documentata dalla sentenza n. 9991/1998 della Cassazione precedentemente citata, laddove, dopo aver affermato in linea di principio di non condividere l'orientamento giurisprudenziale che ammette la condanna in futuro, finisce per farne propria l'impostazione allorché fa riferimento, in motivazione, «ai casi in cui l'attività antisindacale esprima non una condotta episodica, ma destinata a protrarsi nel tempo».

E si è, secondariamente, lagnata del fatto che in data 30 settembre 2000, nel rispondere ad una istanza di esame congiunto, ex art. 25 del d.P.R. 254/99, avanzata dalla propria Segreteria Provinciale (*ibidem* doc. 2), la Questura di Pordenone ha negato tale diritto (*ib.* doc. 3), ponendo così in essere un comportamento palesemente lesivo dei diritti sindacali.

Ha, pertanto, concluso chiedendo che il Giudice, a norma dell'art. 28 della legge 20 maggio 1970 n. 300, «*previa declaratoria dell'illegittimità della condotta tenuta dalla Questura di Pordenone voglia ordinare alla stessa .. la cessazione del comportamento illegittimo, con il ripristino ... del diritto dell'Organizzazione Sindacale ad essere informata preventivamente, potendo così porre in essere le iniziative sindacali consentite dalla legge, oltre al rispetto sia del C.C.N.L., sia dell'A.N.Q. siglato in data 15 maggio 2000*».

Nel costituirsi per il Ministero dell' Interno (ente del quale fa, in effetti, parte anche la resistente Questura), l'Avvocatura dello Stato ha, preliminarmente, eccepito il difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, assumendo che l'art. 68 comma 3° del decreto legislativo 3 febbraio 1993 n. 29 fa riferimento esclusivamente al personale «privatizzato», dal cui ambito esula, dunque, il personale appartenente alla Polizia di Stato, con conseguente (residua) applicazione del 7° comma dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori, che prevede la cognizione del Tribunale Amministrativo Regionale, qualora il ricorso, censurando una condotta plurioffensiva, mira ad ottenere la rimozione del provvedimento che si assume illegittimo.

Sempre in via preliminare, il Ministero resistente ha eccepito la inammissibilità del ricorso, sia perché diretto ad ottenere il mero accertamento della natura antisindacale della condotta tenuta dalla Amministrazione, sia per la carenza del presupposto necessario per l'esperibilità del rimedio previsto dall'art. 28 *cit.*, rappresentato dall'attualità della condotta antisindacale o, almeno, degli effetti di essa.

Nel merito ha, infine, rilevato l'infondatezza della domanda, posto che dalla semplice lettura dell' art. 24 del d.P.R. 254/99 deve ricavarsi che le determinazioni degli orari di lavoro e degli altri istituti contemplati dalla norma si riferiscono a periodi quanto meno trimestrali ed a tutto il personale, nel mentre, nella circostanza in contestazione, il Questore, per far fronte ad una straordinaria evenienza di ordine pubblico non disponibile e, dunque, sottratta alla contrattazione decentrata e centrale, ha disposto dei servizi esclusivamente per due giorni e, rispettivamente, per cinque e quattro dipendenti, non consentendo un tanto alcuno spazio per attivare il richiesto esame congiunto. In subordine, il Ministero ha escluso la sussistenza dell'elemento soggettivo.

Ciò premesso, va, anzitutto, disattesa l'eccezione di difetto di giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, per l'assorbente rilievo che la norma invocata dall'Avvocatura dello Stato (comma 7° dell'art. 28 della legge 300/70, che attribuiva alla cognizione dei TAR i procedimenti di repressione della condotta antisindacale proposti contro le amministrazioni statali nel caso in cui le organizzazioni sindacali intendessero chiedere la rimozione di provvedimenti lesivi di situazioni soggettive inerenti al pubblico impiego) è stata espressamente abrogata dall'art. 4 della legge 11 aprile 2000 n. 83.

Passando, quindi, all'esame dell'ulteriore eccezione preliminare sollevata dall'Avvocatura dello Stato, va precisato che, come chiarito dalla Suprema Corte (cfr. Cassazione civile, sez. lav., 2 giugno 1998 n. 5422, peraltro menzionata dalla dife-

sa della F.S.P.), l'attualità della condotta antisindacale, che costituisce presupposto necessario per l'esperibilità dell'azione *ex art. 28 cit.*, in quanto diretta ad una pronuncia costitutiva e non di mero accertamento, non è esclusa dall'esaurirsi della singola azione antisindacale del datore di lavoro, ove il comportamento illegittimo di questi risulti tuttora persistente ed idoneo a produrre effetti durevoli nel tempo, sia per la sua portata intimidatoria, sia per la situazione di incertezza che ne consegue, tale da determinare una restrizione o un ostacolo al libero svolgimento dell'attività sindacale (nel caso affrontato dalla Corte di Cassazione la Amministrazione aveva tenuto un comportamento effettivamente discriminatorio nei confronti di un dipendente, avendogli negato un permesso, per contro accordato a dirigente di altra sigla sindacale, così creando una situazione di incertezza, sulla configurabilità di un potere discrezionale della P.A. al riguardo).

Assume, allora, rilievo centrale il tema dell'attualità della condotta, che il Giudice reputa, tuttavia, non sussistente nel caso di specie, dato che, una volta resa operativa la decisione di modifica dell'orario di servizio nelle due giornate indicate in premesse, non potendosi più dar corso alla previa informativa alle parti sociali, il comportamento antisindacale denunciato deve dirsi in effetti esaurito.

Sotto questo profilo deve, senz'altro, escludersi (secondo la tesi di gran lunga prevalente: così Cassazione 5422/98 *cit.*; oltre che Cassazione civile, sez. lav., 19 agosto 1987 n. 6946) la possibilità di una pronuncia di mero accertamento.

Né a diversa conclusione è dato pervenire in virtù del principio sancito dalla Suprema Corte nella sentenza n. 9991 dell'8 ottobre 1998 (invocata a sostegno delle proprie tesi dalla ricorrente), posto che in tale decisione si era ritenuto configurabile l'interesse del sindacato ad una siffatta pronuncia nel vigore della ripartizione della giurisdizione in materia di repressione della condotta antisindacale del datore di lavoro pubblico tra Pretore e Tribunale Amministrativo Regionale, di cui agli abrogati commi 6° e 7° dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori e per un caso, dunque, ben diverso da quello che ci occupa.

E va, del pari, negata la possibilità di una condanna c.d. in futuro (potendosi intendere in questo senso quella parte della domanda volta ad ottenere l'ordine di cessazione del comportamento illegittimo, con ripristino del diritto della organizzazione sindacale ad essere informata preventivamente), anch'essa consentita nelle sole ipotesi in cui l'attività antisindacale esprima non una condotta episodica, ma sia, invece, destinata a protrarsi nel tempo, dovendosi, per quanto sopra detto, negare l'esperibilità, nella specie, del procedimento *ex art. 28 cit.*, poiché si verificherebbe, come recepito dalla giurisprudenza (si vedano, ad esempio, Cassazione civile 18 gennaio 1984 n. 441 e Cassazione civile 5 aprile 1991 n. 3568), un caso in cui, in contrasto con quanto stabilisce l'art. 25 comma 2 della Costituzione, il datore di lavoro potrebbe essere colpito da una sanzione penale, per aver tenuto un comportamento non incrinato dalla legge all'epoca in cui si è verificato.

In buona sostanza, la giurisprudenza ha ritenuto ammissibile l'azione *ex art. 28* volta ad ottenere una pronuncia di mero accertamento (giustificandola in considerazione della ormai superata ripartizione di giurisdizione tra A.G.O. e G.A.) o una condanna in futuro, solo nel caso di attualità della condotta antisindacale del datore di lavoro o, quantomeno, degli effetti di questa, circostanze che, per quanto detto, vanno escluse nel caso di specie. (*omissis*)

TRIBUNALE DI ROMA, Sez. II, 11 febbraio 2000 n. 4119 – G.I. Curatola – S.L. ed altri, Codacons, Associazione FUMO NO (avv. Ramadori) c. P.M.C.S. Inc., Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato (avv. Stato Mazzella).

Risarcimento dei danni da fumo – Responsabilità del produttore di sigarette – Art. 2050 c.c. – Non è attività pericolosa – Non sussiste responsabilità.

Risarcimento dei danni da fumo – Responsabilità del produttore di sigarette – Art. 2043 c.c. – Non sussiste più il comportamento determinante del danneggiato.

L'attività di produzione di sigarette non può essere considerata pericolosa, ai sensi dell'art. 2050 c.c., perché il prodotto finale di tale attività non ha in sé una capacità di provocare situazioni dannose mentre può diventare dannoso, e quindi pericoloso, l'uso reiterato nel tempo dello stesso prodotto che è in definitiva attribuibile ad un comportamento dell'utilizzatore (consumatore).

Il comportamento del danneggiato se determinante, decisivo e consapevole (nella specie: consumo di due/tre pacchetti di sigarette al giorno per più di cinquanta anni) esclude la responsabilità del produttore di tabacco ai sensi dell'art. 2043 c.c. in quanto la sua attività non può ritenersi causa di per sé dell'evento dannoso dedotto in lite (nella specie: morte per cancro polmonare del consumatore) (1).

(1) Ancora in tema di responsabilità per danni da fumo.

Il Tribunale di Roma (seconda sezione civile - decisione 4119 dell'8 gennaio 2000, depositata l'11 febbraio 2000, non ancora notificata) si è occupato per la seconda volta di un caso di pretesa responsabilità dell'Amministrazione dei Monopoli (oggi Ente Tabacchi Italiani) per danni da fumo.

Come nel caso Stalteri (la cui decisione è stata commentata in questa *Rassegna* con nota: LUIGI MAZZELLA: *La responsabilità per danni da fumo: un caso giudiziario*, 1996, II, 43 ss.) gli attori, dopo aver rilevato che il loro dante causa aveva contratto il vizio del fumo sin dall'età di 17 anni, consumando regolarmente più di due pacchetti di sigarette al giorno (in un primo tempo di Nazionali senza filtro, poi di Muratti e Philip Morris) e contraendo una gravissima e letale forma di tumore polmonare, avevano chiesto la condanna dei Monopoli e della Philip Morris al risarcimento di tutto il danno (morale, patrimoniale e biologico) da loro subito in conseguenza della morte del loro congiunto.

Come nel caso Stalteri, anche in questa controversia promossa dagli eredi S., il Tribunale di Roma ha rigettato la domanda, compensando tra le parti le spese di giudizio.

Nella difesa dell'Amministrazione, l'Avvocatura dello Stato aveva rilevato che la causa incardinata presso il Tribunale era perfettamente analoga nei suoi termini essenziali ad altra già decisa dal Tribunale medesimo ed attualmente pendente in grado di appello e che nella sentenza emessa il 14 marzo 1997, depositata in cancelleria il 14 aprile successivo, il Tribunale, sezione prima (sentenza n. 7698), aveva rigettato la domanda stessa. Sottolineava l'organo legale che le uniche note differenziali tra il processo promosso dagli eredi Stalteri rispetto a quello oggi incardinato dalle eredi del sig. S. erano nel fatto che accanto alle eredi S. si ponevano in veste di attori per pretendere il risarcimento del danno «morale ed anche ai propri fini statutari» il Codacons e l'Associazione «FUMO NO» e che il danno richiesto dalle eredi S. non era solo quello morale e patrimoniale ma anche quello biologico.

(*omissis*)

3. — Prima di entrare nel merito della controversia occorre, innanzitutto, verificare la questione relativa alla legittimazione attiva delle parti attrici «Codacons» e «Fumo No».

Dalla documentazione prodotta in giudizio, si evince che il «Codacons» è una associazione che agisce per la difesa dell'ambiente e per la tutela dei diritti degli utenti e dei consumatori; in particolare, costituisce un coordinamento di varie associazioni che agiscono nello stesso ambito e per i medesimi fini, tra le quali rientra l'altra parte attrice «Associazione Fumo No» (aderente al «Codacons»).

Nella veste di cui sopra, il «Codacons» ha promosso varie iniziative pubbliche proponendo anche azioni giudiziarie avanti agli organi competenti (tribunali amministrativi e giudici ordinari).

Dal punto di vista normativo, le associazioni costituite a difesa dei diritti dei consumatori, oltre a trovare una tutela generale nella Costituzione, hanno avuto una legittimazione giuridica sia in specifiche disposizioni (v. art.1469 *sexsies* c.c.) sia, da ultimo, nella legge 30 luglio 1998 n. 281 («Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti»).

La legge in oggetto, in effetti, ha riconosciuto e garantito i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti, riconoscendo come fondamentali «i diritti alla tutela della salute, alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi, ad una adeguata informazione ed ad una corretta pubblicità, all'educazione al consumo, alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi, alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti, alla erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza».

L'art. 3 della legge, inoltre, ha riconosciuto alle associazioni dei consumatori e degli utenti (associazioni da inserire in un apposito elenco, v. D.M. 19 gennaio 1999 n. 20) una specifica legittimazione ad agire a *tutela degli interessi collettivi*, richiedendo al giudice competente: *a*) di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli inte-

Si aggiungeva che le parti attrici avevano chiesto la condanna dei produttori di sigarette non solo per omissione dei «warning» — come avevano fatto gli eredi Stalteri — ma anche per la messa in commercio di un «bene differente da quello promesso».

Sulla legittimazione attiva di Codacons e Associazione «FUMO NO» e sul loro preteso diritto ad un risarcimento del danno provocato dalla lesione dei loro diritti statutori (locuzione che stava per indicare un *danno morale*) l'Avvocatura rilevava che nel caso di specie, non trattandosi di danno conseguente a *reato* (com'era, invece, nel caso del processo De Lorenzo, da esse citato) non v'era spazio per ipotizzare un danno morale, pacificamente escluso nelle cause d'illecito solo *civile* e che, d'altro canto, la sussistenza di un danno proprio a carico delle due Associazioni non era stata provata, né poteva esserlo.

Sul punto della legittimazione attiva, però, il Tribunale ammettendola è andato in contrario avviso - ma ha ugualmente rigettato, come si è detto, le domande di tutti gli attori, escludendo una responsabilità dell'Amministrazione Autonoma dei Monopoli sia sotto il profilo dell'art. 2050 c.c. che dell'art. 2043 dello stesso codice.

LUIGI MAZZELLA

ressi dei consumatori e degli utenti; b) di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate; c) di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate».

Agendo nel presente giudizio, il «Codacons» e la «Associazione Fumo No» hanno sostenendo la richiesta di risarcimento proposta dagli eredi di S. C. e, nel contempo, hanno chiesto la condanna dei convenuti al risarcimento del «danno morale e ai propri fini statuari subito» in conseguenza dei fatti dedotti in lite.

È evidente, quindi, che nel caso di specie deve essere ravvisato un collegamento diretto tra l'interesse delle associazioni attrici, in relazione ai fini statutariamente previsti, e quello posto a fondamento della domanda proposta nel presente giudizio, la cui decisione comporta una valutazione complessiva dei diritti per la cui tutela operano le predette associazioni.

Tenuto conto di quanto sopra, deve essere dichiarata l'effettiva sussistenza della legittimazione attiva in capo a tutte le parti attrici.

4. – Passando all'esame delle domande formulate nel presente giudizio, va in primo luogo rilevato che gli attori, avendo preso atto della estraneità alla lite della «P.M.C.S. Inc.» non hanno formulato alcuna domanda nei confronti della predetta società (v. precisazione delle conclusioni all'udienza del 4 maggio 1999).

Di conseguenza, la richiesta risarcitoria avanzata con la citazione in giudizio non deve essere esaminata nel merito, fatta salva la questione relativa alle spese di lite, che verrà affrontata a conclusione della presente esposizione.

5. – Motivando giuridicamente la richiesta di risarcimento proposta in questa sede, le parti attrici hanno dedotto una responsabilità dell'«Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato» sia ai sensi dell'art. 2043 c.c. che dell'art. 2050 c.c.

Per quanto attiene a quest'ultimo aspetto, la questione può essere agevolmente risolta partendo da un esame dei principi fissati dalla giurisprudenza della Suprema Corte negli ultimi anni, principi da ritenere ormai assolutamente consolidati.

Come è noto, sono ritenute attività pericolose, ai sensi del citato art. 2050 c.c., le attività così specificate da norme destinate a prevenire sinistri e a tutelare l'incolumità pubblica ovvero quelle per le quali la pericolosità trova riscontro nella natura delle cose e dei beni adoperati (Cass. Sez. I n. 10951 del 9 dicembre 1996).

In difetto di specifiche norme, il giudizio di pericolosità è demandato al giudice del merito e non è sindacabile in sede di legittimità se della relativa decisione sia stata data congrua e logica motivazione.

Il giudizio non deve essere espresso *ex post* sulla base dell'evento dannoso effettivamente verificatosi (se così fosse ogni attività andrebbe qualificata come pericolosa) ma secondo una prognosi postuma che deve essere compiuta sia sulla base di nozioni desunte dalla comune esperienza sia tenuto conto delle circostanze di fatto che si presentavano al momento dell'esercizio dell'attività ed erano conosciute o conoscibili dall'agente in considerazione del tipo di attività esercitata (Cass. n. 13530/92).

In concreto, deve essere ritenuta pericolosa quell'attività che per la natura stessa o per i mezzi impegnati renda *probabile* e non semplicemente *possibile* il verificarsi dell'evento dannoso (Cass. n. 9205/95) ovvero presenti di per sé una notevole potenzialità di danno a terzi (Cass. n. 814/97).

Dalle attività pericolose devono essere tenute distinte, invece, quelle nelle quali l'eventuale pericolosità, non configurabile *in re ipsa*, può insorgere solo ove intervengano errori o colpe da parte di terzi.

Come si può notare da quanto sopra esposto, l'ambito di efficacia dell'art. 2050 c.c., anche a voler condividere le tesi meno restrittive, deve essere comunque strettamente collegato ad una attività e al suo svolgimento.

Ciò non vuol dire, naturalmente, che il risultato dell'attività produttiva non possa incidere sul giudizio di pericolosità della stessa attività (è evidente — tanto per rifarsi ai casi esaminati di recente dalla Suprema Corte — che la pericolosità delle sostanze emoderivate da destinare alla produzione di farmaci determina la necessaria pericolosità della stessa attività di produzione, attività il cui svolgimento, verosimilmente, non potrebbe essere ritenuto di per sé «pericoloso»).

Nel caso in cui la potenzialità dannosa non derivi in maniera immediata dalle modalità del processo produttivo (come al contrario avviene, ad es., in caso di produzione di energia atomica o di rifiuti tossici), occorre però che il bene finale (il *prodotto*) abbia una propria intrinseca potenzialità lesiva, tale da costituire di per sé un sicuro pericolo per l'incolumità delle persone.

Nel caso in esame, il prodotto finale dell'attività produttiva, rappresentato dalla sigaretta, non ha in sé una capacità di provocare situazioni dannose mentre può diventare dannoso, e quindi pericoloso, l'*uso reiterato* nel tempo dello stesso prodotto (la lesività del bene, quindi, può derivare solo da un comportamento dell'utilizzatore o meglio del consumatore, comportamento che deve protrarsi peraltro per un periodo oggettivamente apprezzabile).

In casi del genere, l'attività di produzione del bene non può essere considerata pericolosa ai sensi dell'art. 2050 c.c. per cui l'eventuale responsabilità del produttore può essere dichiarata secondo la regola generale posta dall'art. 2043 c.c. (aderendo alla tesi contraria, dovrebbero farsi rientrare nella previsione dell'art. 2050 c.c. una serie di attività, come ad es. quelle dirette alla produzione di bevande alcoliche, i cui beni finali, se assunti in maniera reiterata e in quantità eccessive, provocano certamente danni rilevanti alla integrità fisica del consumatore, ovvero, al limite, anche le attività dirette alla produzione di autoveicoli, il cui uso imprudente causa la morte di migliaia di persone).

6. — Le argomentazioni esposte in relazione all'art. 2050 c.c. possono valere solo in parte con riferimento alla responsabilità extracontrattuale prevista dall'art. 2043 c.c., responsabilità il cui accertamento non presuppone necessariamente la pericolosità dell'attività industriale esercitata dal preteso danneggiante.

6.1 — Prima di esaminare nel merito la questione, occorre chiarire l'oggetto della domanda formulata in questa sede dagli attori in modo da fissarne con esattezza i limiti e il quadro normativo di riferimento.

In effetti, va sottolineato, per non creare equivoci di sorta, che la richiesta di risarcimento avanzata nel presente giudizio è stata diretta contro l'«Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato» (ora «Ente Tabacchi Italiani») e contro la «P.M.C.S. Inc.» (domanda poi abbandonata dagli attori) in quanto soggetti che hanno provveduto alla produzione e alla commercializzazione dei prodotti (sigarette) che, a giudizio delle stesse parti attrici, avrebbero causato la morte del loro congiunto.

L'esame della domanda, quindi, dovrà essere incentrato sulla eventuale sussistenza di una responsabilità extracontrattuale dei convenuti per aver prodotto e posto in vendita dei beni ritenuti dannosi dalla controparte, mentre esula completamente dal presente giudizio ogni valutazione inerente sia alla pericolosità sociale dell'assunzione del fumo da sigaretta sia alla tutela pubblica del diritto alla salute (tutela che compete, in primo luogo, all'autorità legislativa, che deve provvedere all'emanazione delle norme ritenute necessarie a tal fine, e, in secondo luogo, alle autorità esecutive ed amministrative, che nell'ambito dei poteri attribuiti *ex lege* devono adottare tutti i provvedimenti e devono svolgere tutta l'attività di controllo necessaria al fine di salvaguardare l'incolumità dei cittadini).

Eventuali contestazioni inerenti alle misure e alle forme con cui è stata realizzata la tutela in oggetto, pur se sindacabili *ex art.* 2043 c.c. (nei limiti fissati, tra l'altro, dalla recente Cass. Sez. Un. 22 luglio 1999 n. 500), non possono essere quindi validamente sollevate nel presente giudizio, il cui oggetto è delimitato dalla *causa petendi* e dal *petitum* dell'atto di citazione (peraltro, tali azioni risarcitorie dovrebbero essere proposte nei confronti dell'autorità amministrativa cui spettano i poteri esecutivi e di controllo, poteri che non competono all'Amministrazione convenuta).

6.2 – Ciò premesso, occorre valutare se nella fattispecie in esame può essere effettivamente ravvisata una responsabilità per fatto illecito dell'Amministrazione convenuta.

La materia della responsabilità extracontrattuale, come è noto, è stata rivisitata e reinterpretata dalla Suprema Corte con la citata sentenza n. 500/99, sentenza che ha assunto un'importanza fondamentale specie in tema di responsabilità per fatto illecito della pubblica amministrazione.

Ripercorrendo il percorso indicato nella predetta sentenza ed applicando i principi ivi esposti al caso di specie, va innanzitutto sottolineato che nessun dubbio può sussistere in ordine alla sussistenza di un *evento dannoso* e di un *danno ingiusto*.

Nulla da dire ovviamente per il primo aspetto, l'attenzione deve essere posta al secondo requisito, la cui portata è stata definitivamente chiarita dalla Cassazione con la sentenza n. 500/99.

Secondo tale ultimo orientamento, infatti, l'ingiustizia deve essere riferita non tanto alla condotta (teoria tradizionale) quanto al danno stesso, in relazione alla sua incidenza su un interesse rilevante per l'ordinamento, «che può essere indifferente un interesse tutelato nelle forme dell'interesse soggettivo (assoluto o relativo) ovvero nelle forme dell'interesse legittimo..o altro interesse (non elevato ad oggetto di immediata tutela ma) giuridicamente rilevante».

Nella fattispecie, l'interesse dei soggetti che si ritengono danneggiati coincide con il diritto alla salute, diritto fondamentale della persona, costituzionalmente garantito come bene primario (art. 32 Cost.).

La tutela apprestata dalla Costituzione a tale posizione soggettiva, anzi, assume una particolare rilevanza in quanto la lesione del diritto alla salute può fondare da sola la richiesta di risarcimento dei danni *ex art.* 2043 c.c., stante lo stretto collegamento tra quest'ultima disposizione di legge e l'art. 32 Cost. (v. Corte Cost. sentenza 7 maggio 1991 n. 202).

Di conseguenza, non vi è alcun dubbio che il danno lamentato dalle parti attrici nel presente giudizio deve essere qualificato *ingiusto* e, in quanto tale, è meritevole di tutela ai sensi dell'art. 2043 c.c.

6.3 – D'altra parte, per poter dichiarare la responsabilità extracontrattuale dell'Amministrazione convenuta bisogna verificare se l'evento dannoso dedotto in lite sia o meno riferibile ad una condotta illegittima (positiva od omissiva) della stessa Amministrazione.

In particolare, bisogna verificare se la convenuta, avendo curato la produzione e la messa in commercio del bene (sigaretta) utilizzato dal dante causa degli attori, ha ottemperato a tutte le prescrizioni previste dalle disposizioni vigenti all'epoca dei fatti o, comunque, abbia adempiuto a tutti gli obblighi gravanti sul produttore, con specifico riguardo alla necessaria tutela del diritto alla salute dei consumatori.

Per quanto attiene al primo aspetto (prescrizioni di legge) nessun addebito è stato mosso alla convenuta nel presente giudizio né risulta che l'Amministrazione non abbia rispettato la normativa dettata in materia.

Gli attori, semmai, hanno contestato, in maniera anche decisa, l'assoluta carenza dei provvedimenti legislativi ed amministrativi adottati nel corso degli anni dagli organi competenti (è stata sottolineata, tra l'altro, l'assoluta tardività e l'inadeguatezza delle disposizioni introdotte con la legge 29 dicembre 1990 n. 428 e, in particolare, delle avvertenze prescritte dall'art. 46 della legge).

Tali doglianze, condivisibili o meno, esulano però dal presente giudizio, che — come sottolineato in precedenza — non può estendere il campo oltre le specifiche domande proposte nei confronti delle parti convenute.

Non resta, quindi, che esaminare il secondo aspetto (adempimento degli obblighi gravanti sul produttore) al fine di accertare se l'Amministrazione convenuta abbia agito in maniera da ledere colpevolmente il diritto alla salute legittimamente vantato dagli attori in nome del proprio dante causa.

Nel merito di tale questione, i richiedenti hanno sostenuto, da un lato, che la parte convenuta non avrebbe adempiuto all'obbligo di informare adeguatamente i consumatori della nocività del prodotto venduto e, dall'altro, che la produzione e la conseguente commercializzazione del prodotto avrebbe causato di per sé una lesione del diritto alla salute, direttamente ed immediatamente risarcibile ai sensi degli artt. 32 Cost. e 2043 c.c.

Le tesi formulate dalla parte attrice non appaiono fondate.

6.4 – Quanto al primo punto, va premesso che l'obbligo di informare i consumatori sui possibili danni da fumo è stato introdotto solo con l'art. 46 della legge 29 dicembre 1990 n. 428, norma che ha prescritto l'espressa indicazione di alcune «avvertenze» da apporre su ogni confezione di tabacchi lavorati posta in commercio (sulla adeguatezza di tale misura, contestata dalla stessa parte attrice a fronte di altre soluzioni più efficaci, si è detto in precedenza).

In generale, si può dire senza tema di smentita che la tutela apprestata al consumatore, tuttora carente per molti aspetti, si è andata intensificando solamente nel corso degli ultimi anni, essendo diventata sempre più pressante l'esigenza di garantire una adeguata informazione sulle caratteristiche dei beni venduti e, nel contempo, un efficace controllo sulla sicurezza dei prodotti da parte delle Autorità competenti (a tal fine, sono state decisive, da un lato, le direttive adottate in sede comunitaria e, dall'altro la sempre maggiore sensibilizzazione dell'opinione pubblica).

Basta pensare alle disposizioni introdotte in tema di prodotti difettosi o comunque non sicuri (d.P.R. 24 maggio 1988 n. 24 e d.lgs. 17 marzo 1995 n. 115) ovvero alle leggi emanate in tema di diritti dei consumatori, con specifico riferimento alla corretta informazione sulla qualità dei prodotti venduti e alle forme di tutela dei consumatori (legge 10 aprile 1991 n. 126, legge 30 luglio 1998 n. 281).

Pur non potendosi riconoscere un effetto retroattivo alle predette disposizioni di legge, non vi è dubbio che i principi utilizzati dalle stesse norme per la regolamentazione della responsabilità del produttore possono trovare una generale applicazione in tema di responsabilità extracontrattuale.

In effetti, l'esistenza di un obbligo per il produttore di informare i consumatori e gli utenti delle modalità d'uso e delle precauzioni da adottare per evitare possibili conseguenze dannose può essere desunta direttamente dallo stesso art. 2043 c.c. ossia dalla necessità di non arrecare conseguenze pregiudizievoli ingiuste ad altri soggetti (la necessità di un vero e proprio obbligo giuridico di impedire l'evento, ribadito più volte in giurisprudenza — v. Cass. n. 9590/98 — è stato escluso da ultimo dalle Sezioni Unite della Suprema Corte nella recente sentenza n. 550/99, in cui si è precisato che «la norma sulla responsabilità aquiliana non è norma *secondaria* volta a sanzionare una condotta vietata da altre norme primarie bensì norma *primaria* volta ad apprestare una riparazione del danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui»).

L'obbligo gravante sul produttore, però, quando non sia stato espressamente sancito da specifiche disposizioni di legge, può ragionevolmente sussistere solo nel caso in cui il prodotto posto in commercio abbia una pericolosità intrinseca (in relazione all'uso normale del bene) e sempre che l'utilizzatore non sia stato posto in grado di rappresentarsi la possibilità di eventuali conseguenze dannose (correlate ad un determinato uso).

In questi casi, è evidente che il consumatore, ove non correttamente informato del pericolo concretamente esistente, viene tratto in inganno dal produttore il quale, se da un lato lo invita ad utilizzare il bene (anche mediante una adeguata attività pubblicitaria) dall'altro, con una attività omissiva illecita, non fa presente l'esistenza di possibili conseguenze dannose.

Diverse, invece, sono le ipotesi in cui il pregiudizio per l'incolumità del consumatore (e, in generale, per la sua salute) deriva da un anomalo utilizzo del bene (non

prevedibile dal produttore o comunque estraneo alla normale destinazione del prodotto) o da una consapevole accettazione, da parte dello stesso consumatore, dei rischi palesemente conseguenti ad un determinato utilizzo.

Nel caso in esame, la nocività del consumo di sigarette è certamente un dato che rientra nella comune esperienza.

Si può discutere, infatti, sulle modalità che deve assumere il consumo (in relazione alla quantità e alla durata) affinché si possano determinare conseguenze lesive anche gravi (insorgenza di malattie in guaribili) ma quello che non può essere assolutamente posto in dubbio è l'oggettiva nocività alla salute del fumo (ammessa, del resto, sia pure entro certi limiti, dagli stessi produttori).

Al di là delle cognizioni scientifiche e del grado di cultura dei singoli consumatori, appare difficile sostenere che un qualsiasi fumatore abbia utilizzato il prodotto senza essere sufficientemente consapevole della potenzialità dannosa del fumo da sigaretta e della oggettiva difficoltà di interrompere l'uso.

Anche sotto quest'ultimo aspetto — contrariamente a quanto sostenuto dagli attori — si deve ragionevolmente escludere che la conoscenza del consumatore medio non sia arrivata al punto di sapere che l'assunzione del fumo in maniera ripetuta e costante può provocare una sorta di dipendenza (anche questo dato, infatti, è sempre stato di comune esperienza in quanto facilmente constatabile, da chiunque, nella normale vita di relazione).

La potenzialità dannosa di cui si tratta, peraltro, non è certamente circoscritta ai tabacchi lavorati ma può essere ravvisata in molti prodotti, non intrinsecamente pericolosi, il cui uso smodato o imprudente può causare danni alla salute anche di notevole gravità (basta pensare alle bevande alcoliche o ad altri alimenti da assumere con la necessaria moderazione).

In questi casi, l'ordinamento statale può scegliere di tutelare la salute dei propri cittadini con le misure ritenute più idonee (proibizionismo, controllo più o meno intenso sulla produzione e sul consumo, capillare informazione dei consumatori sulle possibili conseguenze lesive, completa libertà di mercato) e tali scelte potranno essere sindacate sotto l'aspetto socio-politico o contrastate con tutti i rimedi giuridici possibili.

In assenza di specifiche prescrizioni normative, però, la mancata informazione del produttore in ordine a circostanze sostanzialmente di comune esperienza non può essere qualificata come attività omissiva illecita (facendo un parallelismo con le ipotesi di prodotti difettosi, significativo appare il disposto di cui all'art. 10 del d.P.R. n. 24/88, secondo il quale «il risarcimento non è dovuto quando il danneggiato sia stato consapevole del difetto del prodotto e del pericolo che ne derivi e nondimeno vi si sia volontariamente esposto»).

6.5 – Passando al secondo aspetto, sostiene la parte attrice che, a prescindere dall'obbligo di informazione, l'attività commerciale realizzata dal produttore dovrebbe essere considerata illecita in quanto di per sé lesiva del diritto alla salute tutelato dall'art. 32 Cost.

Pur dovendosi riconoscere — come rilevato in precedenza — l'immediata portata prescrittiva della norma costituzionale, in collegamento con l'art. 2043 c.c., la tesi formulata dagli attori non appare fondata.

Nel caso in esame, infatti l'evento dannoso lamentato dagli attori consiste nella morte del loro congiunto, evento che non può essere ritenuto conseguenza immediata e diretta dell'attività di produzione e commercializzazione posta in essere dall'Amministrazione convenuta.

Dando in questa fase per ammesso che la malattia irreversibile contratta dallo S. sia stata causata (anche) dalla prolungata assunzione del fumo (circostanza verosimile anche se da accertare), non vi è dubbio che tra la vendita del prodotto (sigaretta) e l'evento dannoso (decesso) si è inserito un fattore assolutamente determinante, costituito dal comportamento reiterato, protrattosi per più di cinquant'anni, dello stesso danneggiato.

Di conseguenza, appare logico concludere che l'attività produttiva realizzata dall'Amministrazione convenuta — oggetto della contestazione mossa nel presente giudizio — non ha causato di per sé l'evento dannoso dedotto in lite (come la vendita di bevande alcoliche non può essere ritenuta causa determinante *ex art. 2043 c.c.* delle morti dovute ad un abuso nella assunzione da parte del consumatore finale).

In effetti, se è pur vero che l'esistenza di un nesso eziologico va riconosciuta con riguardo ad ogni antecedente che abbia contribuito direttamente ed indirettamente alla produzione dell'evento, più volte si è precisato in giurisprudenza che tale regola generale trova un temperamento nel principio della causalità efficiente, non solo in relazione al fatto sopravvenuto che degradi il fatto antecedente a mero presupposto occasionale ma anche nell'ipotesi in cui una delle azioni cui sia riferibile l'evento di danno sia attribuibile allo stesso danneggiato e renda giuridicamente irrilevante il comportamento del presunto responsabile (v. Cass. n. 1937/87 e Cass. n. 11087/93, secondo la quale «per causa sopravvenuta e sufficiente da sola a causare l'evento, ai sensi dell'art. 41 c.p.p., deve intendersi quella indipendente dal fatto del presunto responsabile, avulsa dalla sua condotta ed operante con assoluta autonomia»).

Nel caso in esame, a fronte di una condotta svolta nel rispetto delle disposizioni di legge vigenti in materia si è verificato un evento successivo, assolutamente determinante e decisivo, dello stesso danneggiato, il quale, in maniera del tutto consapevole, ha consumato imprudentemente il prodotto in quantità rilevanti (2-3 pacchetti al giorno) per un lunghissimo arco di tempo (più di 50 anni).

L'evento lesivo per cui causa, quindi, appare riconducibile proprio a tale comportamento mentre la vendita del prodotto, di per sé, deve essere considerata un fatto antecedente, oggettivamente ricollegabile all'evento, ma privo del necessario nesso di causalità immediata e diretta.

7. — L'accertata esclusione di una condotta illecita delle parti convenute rende superfluo l'accertamento degli ulteriori elementi posti a fondamento della richiesta di risarcimento (in particolare, l'accertamento delle cause che hanno condotto al decesso del dante causa degli attori e la valutazione della riconducibilità di tale evento alla reiterata assunzione delle sigarette prodotte dalla «Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato»).

Per tutte le considerazioni sopra esposte, la domanda proposta dalle parti attrici deve essere respinta in quanto infondata. (*omissis*)

SEZIONE QUARTA

GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA

CONSIGLIO DI STATO, Ad. Plen., 25 gennaio 2000 n. 10 – Pres. Laschena – Est. Borioni – Ministero delle Finanze (avv. Stato Polizzi) c. L. A. M. (avv. Pellegrino).

Impiego pubblico – Svolgimento di fatto di mansioni superiori – Rilevanza – Criteri.

Il diritto del dipendente pubblico, che ne abbia svolto le funzioni, al trattamento economico relativo alla qualifica immediatamente superiore, va riconosciuto, con carattere di generalità, a decorrere dall'entrata in vigore del d.lgs. 29 ottobre 1998 n. 387. Si tratta di un riconoscimento legislativo che possiede un evidente carattere innovativo e che non riverbera in alcun modo la propria efficacia su situazioni pregresse (1).

(omissis)

FATTO

Con ricorso del 1988 la signora A.M.L., coadiutore meccanografo inquadrata nella quinta qualifica funzionale ex art. 4, comma 8, legge 11 luglio 1980 n. 312, in servizio presso l'Ufficio distrettuale delle imposte dirette di Taranto, adiva il T.A.R. per la Puglia, Sezione staccata di Lecce, chiedendo:

- a) l'annullamento dell'ordine di servizio 29 aprile 1988 n. 1 (prot. n. 5293) del predetto Ufficio distrettuale, recante ristrutturazione dell'ufficio e riconduzione dell'istante a compiti di quinto livello;
- b) la declaratoria del proprio diritto ad essere inquadrata nella settima qualifica funzionale di cui alla legge 11 luglio 1980 n. 312 e ad essere assegnata a compiti

(1) L'Adunanza Plenaria, con la sentenza in esame, ha accolto l'appello del Ministero delle Finanze ribadendo degli importanti principi in materia di svolgimento di mansioni superiori svolte dai dipendenti pubblici.

In particolare, il Consiglio di Stato ha specificamente affermato che, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 29 ottobre 1998 n.387, lo svolgimento di mansioni superiori del dipendente pubblico, in mancanza di espresa previsione normativa, non può dar luogo ad alcuna variazione del trattamento economico.

Sull'argomento, cfr., in termini, Cons. Stato, Ad. Plen., 16 maggio 1991 n. 2, in *Il Cons. Stato*, 1991, I, 825 ss.; Cons. Stato, Ad.Plen. 18 novembre 1999 n. 22, in *Foro amm.* 1999, 2376; Cons. Stato, Sez. V, 19 marzo 1999 n. 290, in questa *Rassegna*, 1999, I, 140, con nota di P. PALMIERI.

corrispondenti a detta qualifica, ovvero, in via subordinata, ad essere inquadrata nella sesta qualifica funzionale, ovvero, in ulteriore subordine, ad ottenere il riconoscimento quanto meno economico delle funzioni svolte, quali risultanti da atti formali della stessa amministrazione, con ogni effetto legale, oltre a rivalutazione e interessi.

Ella accampava lo svolgimento dal 1972 delle mansioni di settima qualifica funzionale, comprovate dal 1980 da vari ordini di servizio e, prima, dai rapporti informativi annuali, o almeno il diritto alla sesta qualifica.

In ogni caso riteneva dovuta la remunerazione di livello pari a quello delle mansioni espletate a pena, altrimenti, di indebito arricchimento della stessa P.A..

Il T.A.R., con una prima sentenza, dichiarava inammissibile il ricorso quanto all'impugnativa dell'ordine di servizio, mentre riservava di pronunciarsi sulla pretesa economica subordinata a seguito di incumbenti.

Con la sentenza 25 agosto 1992 n. 297, la Prima Sezione di Lecce del T.A.R. per la Puglia, dopo aver respinto l'eccezione di difetto di giurisdizione, richiamando giurisprudenza della Corte costituzionale e l'art. 36 della Costituzione, ha accolto la pretesa economica nei termini che seguono:

– dal 1° luglio 1976 al 24 settembre 1980 spettanza delle differenze retributive tra il trattamento economico iniziale della qualifica di concetto e quello in godimento nella qualifica posseduta della carriera esecutiva;

– dal 25 settembre 1980 al 1° maggio 1988 spettanza delle differenze retributive tra il trattamento economico della VII qualifica funzionale e quello della qualifica di appartenenza, il tutto con rivalutazione ed interessi.

Con ricorso depositato l'11 dicembre 1992 l'Amministrazione delle finanze ha proposto appello avverso l'anzidetta sentenza, sia per quanto riguarda la giurisdizione (perché il T.A.R. aveva ragionato con gli strumenti dell'indebito arricchimento, giudicando l'istituto comunque connesso al rapporto di impiego), sia nel merito, tanto in punto di diritto, quanto in punto di fatto.

In diritto, ha sostenuto la peculiarità della soluzione della Corte costituzionale rispetto all'impiego sanitario e l'insufficienza del richiamo all'art. 36 Costituzione, in mancanza di superamento della prova selettiva *ad hoc*.

In fatto, ha assunto il travisamento da parte del primo giudice degli ordini di servizio e la trascuranza di altri documenti.

La L. si è costituita con controricorso e appello incidentale. In sede di resistenza la dipendente ha difeso la soluzione del T.A.R.; con il gravame incidentale ha lamentato il mancato riconoscimento economico per il periodo dal 1972 al giugno 1976 e la sottovalutazione economica — in sesta invece che in settima qualifica funzionale — delle prestazioni svolte fra il luglio 1976 ed il settembre 1980.

La Quarta Sezione, dubitando della legittimità della tesi che nega la possibilità di riconoscere rilevanza economica all'esercizio di mansioni superiori nell'ambito del pubblico impiego, ha ritenuto che, data la peculiare situazione dell'appellata e considerate le modifiche sopravvenute nel quadro normativo di riferimento, vi sia spazio per una diversa interpretazione delle norme generali sul pubblico impiego e, poiché la questione potrebbe dare luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza 19 aprile 1999 n. 647, ha rimesso la pronuncia sul ricorso all'Adunanza Plenaria.

Con memoria depositata l'11 novembre 1999, l'appellante ha ulteriormente illustrato le argomentazioni a sostegno del gravame.

Con memoria depositata il 18 novembre 1999, l'appellata ha ribadito le proprie tesi difensive, chiedendo il rigetto dell'appello principale, l'accoglimento dell'appello incidentale e, in subordine, la sospensione del giudizio per il vaglio di legittimità costituzionale alla stregua degli artt. 3 e 36 della Costituzione dell'art. 25, ultimo comma, del d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80 (che ha sostituito l'art. 56 del d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29), ove nello stesso possa intravedersi un ostacolo alla retribuzione delle mansioni superiori.

DIRITTO

Il Ministero delle Finanze appella la decisione del T.A.R. di Lecce che, attribuendo valore precettivo a principi desumibili a livello costituzionale, ha riconosciuto alla signora A.M.L., dipendente di quel Ministero, il diritto al trattamento economico corrispondente alle superiori mansioni svolte dal 1° luglio 1976 al 1° maggio 1988.

L'appellante ripropone anzitutto l'eccezione di difetto di giurisdizione, disattesa dal primo giudice, perché la configurazione della domanda, prospettata dalla ricorrente come azione di indebito arricchimento *ex art.* 2041 cod. civ., comporterebbe necessariamente la devoluzione della controversia al giudice ordinario.

L'eccezione è infondata. La domanda, nonostante la prospettazione conferitale dalla ricorrente, appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, giacché si ricollega in via immediata e diretta al rapporto di pubblico impiego ed ai diritti ad esso inerenti (Cass., SS.UU., 17 gennaio 1986 n. 279 e 25 gennaio 1989 n. 433).

Nel merito, l'Adunanza Plenaria è nuovamente investita della questione relativa alla retribuibilità o meno del servizio prestato dal pubblico dipendente per adempiere compiti di una superiore qualifica.

La tesi difensiva del Ministero appellante, che deduce l'impossibilità per l'Amministrazione di compensare l'appellata per lo svolgimento di compiti eccedenti la qualifica ricoperta, va condivisa.

Sul punto l'Adunanza non ha motivo di discostarsi nella vertenza in esame dalla soluzione negativa data al problema con la pronuncia 18 novembre 1999 n. 22, anche se il nuovo esame della questione offre spunti per arricchire il processo di riflessione, alla luce dei rilievi formulati sia dall'ordinanza di rimessione sia dall'appellata.

Ne sono oggetto (tralasciando aspetti già risolti con la citata decisione n. 22) considerazioni che fanno perno in sostanza sulla recente normativa, costituita dagli artt. 56 e 57 del d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, i quali son parsi estrinsecazione di un principio generale, idoneo a fondare anche per il passato il diritto del dipendente alle differenze retributive.

Ora, non sfugge al Collegio che la cd. privatizzazione del pubblico impiego operata dal decreto n. 29/1993 abbia costituito una riforma radicale (non una semplice correzione di aspetti secondari), destinata perciò ad investire la forma precedente nei suoi principi direttivi.

Senonché una modifica *ab imis* di un istituto complesso postula quasi sempre un'attuazione graduale, con la conseguenza che alcuni tratti della riforma (come la disciplina delle mansioni superiori), elaborati sul fondamento di una pronta effettività del rinnovato assetto, mancando questa, debbano poi essere differiti, potendo altrimenti innescare risultati non voluti. Ciò spinge il legislatore ad ulteriori interventi: le modifiche al d.lgs. n. 29 sono state singolarmente numerose e denotano le difficoltà emerse, sul piano pratico, per inquadrare la realtà fattuale nel nuovo orizzonte normativo.

È agevole comprendere, pertanto, come il legislatore, dopo aver introdotto all'art. 57 del d.lgs. n. 29 una disciplina generale del conferimento di mansioni (immediatamente) superiori, valida per tutte le amministrazioni pubbliche — quale fenomeno eccezionale e temporaneo (limitato a tre mesi e rinnovabile per eguale periodo, ma con conferimento ad altro dipendente) — ne abbia subito rinviato l'applicazione, subordinandola all'emanazione, in ciascuna amministrazione, dei provvedimenti di ridefinizione delle strutture organizzative. Ed ha, poi, rinnovato più volte la proroga sino all'abrogazione della norma.

Di fronte agli espliciti interventi del legislatore per differire l'attuazione della puntuale (e, tutto sommato, limitativa) disciplina delle mansioni superiori recata dall'art. 57, protrattisi sino alla sua caducazione, è arbitrario scorgere in esso l'espressione di un principio generale di più ampia portata e ritenerlo applicabile — in aperto conflitto con la contraria volontà espressa dal legislatore con i ripetuti rinvii — a far tempo dalla sua emanazione o, perfino, da data anteriore.

Attualmente la materia è disciplinata dall'art. 56 del d.lgs. n. 29/1993 (nel testo sostituito con l'art. 25 del d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80), che ha regolamentato (ben può dirsi *ex novo*, per la significativa apertura nei confronti del mansionismo) l'istituto dell'attribuzione temporanea di funzioni superiori nell'ambito del pubblico impiego. E' prova eloquente del mutato atteggiamento del legislatore l'affermazione, per la prima volta rinvenibile in un testo normativo di portata generale per il pubblico impiego, che al lavoratore spetta la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore anche nel caso di assegnazione nulla per violazione delle condizioni ivi previste (art. 56 *cit.*, quinto comma).

Anche questa volta l'operatività della norma è stata rinviata. Il sesto comma dell'art. 56 stabiliva, infatti, che «le disposizioni del presente articolo si applicano in sede di attuazione della nuova disciplina degli ordinamenti professionali prevista dai contratti collettivi e con la decorrenza da questi stabilita... Fino a tale data, in nessun caso lo svolgimento di mansioni superiori rispetto alla qualifica di appartenenza può comportare il diritto a differenze retributive o ad avanzamenti automatici nell'inquadramento professionale del lavoratore».

Ma in seguito l'art. 15 del d.lgs. 29 ottobre 1998 n. 387 ha soppresso le parole «a differenze retributive o». Con tale ultimo intervento il legislatore ha manifestato la volontà — non è possibile attribuire altro significato alla modifica — di rendere anticipatamente operativa la disciplina dell'art. 56, almeno con riguardo al diritto del dipendente pubblico, che ne abbia svolto le funzioni, al trattamento economico relativo alla qualifica immediatamente superiore.

Tale diritto, pertanto, va riconosciuto con carattere di generalità a decorrere dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 387/1998.

E poiché, ad avviso del Collegio, il riconoscimento legislativo del diritto di che trattasi, nei termini appena precisati, possiede un evidente carattere innovativo e non riverbera in alcun modo la propria efficacia su situazioni pregresse, esso non può trovare applicazione nei confronti della L., che ha cessato di svolgere mansioni superiori nel 1988.

A questo punto non resta che affrontare la questione di costituzionalità dedotta dall'appellata, per l'ipotesi che il suo diritto non potesse altrimenti essere riconosciuto, nei confronti dell'art. 56 (come introdotto dall'art. 25 del d.lgs. n. 80/1998).

Essa, a seguito della modifica operata con il citato d.lgs. n. 387, conserva rilevanza per la sola supposta violazione dell'art. 3 della Carta fondamentale a causa dell'ingiustificata disuguaglianza, sotto il profilo temporale, della disciplina dello svolgimento di mansioni superiori, non remunerabile per il passato.

La questione è manifestamente infondata. È sufficiente al riguardo constatare che, secondo la giurisprudenza del Giudice delle leggi, non infrange il principio di eguaglianza un differenziato trattamento applicato alla stessa categoria di soggetti, ma in momenti diversi nel tempo, giacché lo stesso fluire di questo costituisce di per sé elemento differenziatore.

Per le ragioni sin qui esposte l'appello principale va accolto. Per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, deve respingersi il ricorso di primo grado. Va parimenti respinto l'appello incidentale, con cui la L. ha lamentato il disconoscimento delle mansioni superiori per il periodo dal 1972 al giugno 1976 e la sottovalutazione economica delle prestazioni svolte fra il luglio 1976 ed il settembre 1980.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per compensare tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

(omissis)

CONSIGLIO DI STATO, Ad. Plen., 29 dicembre 2000 n. 17 – Pres. Laschena – Est. Borioni – S.P. ed altri (avv.ti Sala e Manzi) c. Ministero della Pubblica Istruzione (avv. Stato D'Avanzo).

Impiego pubblico – Dimissioni di dipendenti di istituti scolastici – Accettazione – Termine di sessanta giorni indicato dal D.M. 11 luglio 1991 n. 212 per l'accettazione delle dimissioni – Decorrenza – Non già dalla data di presentazione della domanda, ma dalla data in cui le dimissioni divengono irrevocabili.

Il termine di sessanta giorni fissato dal D.M. 11 luglio 1991 n. 212 per l'accettazione delle dimissioni dei dipendenti dell'amministrazione scolastica decorre dalla scadenza del termine, indicato all'art. 10, co. 4, d.l. 357/89 per la revoca delle stesse (1).

(1) Con la decisione in esame, il Consiglio di Stato, in Adunanza plenaria, risolve il contrasto giurisprudenziale che, con l'entrata in vigore della legge 24 dicembre 1993 n. 537, si era formato sull'interpretazione della disciplina in tema di dimissioni del personale scolastico.

(omissis)

L'appello è infondato.

Gli appellanti, allora dipendenti dell'amministrazione scolastica, deducono l'illegittimità dei provvedimenti con i quali sono state accettate le loro dimissioni dall'impiego, in quanto adottati dopo la scadenza del termine di legge. In concreto, le loro dimissioni, presentate prima del 15 agosto 1993, sono state accolte con provvedimenti dell'11 aprile 1994. Per conseguenza, gli appellanti hanno subito, donde il loro interesse al ricorso, la riduzione del trattamento pensionistico stabilita dall'art. 11, comma XVI, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, alla quale si sarebbero sottratti, a norma del comma successivo, se le domande fossero state accolte prima

L'art. 11, comma 16, della citata legge n. 537 (finanziaria per il 1994) stabilisce infatti, nei confronti dei pubblici dipendenti «che conseguono il diritto a pensione anticipata con un'anzianità contributiva inferiore a trentacinque anni» la riduzione dell'importo «del relativo trattamento pensionistico».

Al successivo comma 18 è però precisato che il nuovo regime non si applica ai «soggetti la cui domanda di pensionamento sia stata accolta prima del 15 ottobre 1993 dalle competenti amministrazioni».

Il punto nodale della controversia consisteva, quindi, nello stabilire se potesse ritenersi correttamente applicato il nuovo regime pensionistico nei confronti degli appellanti, dipendenti dell'Amministrazione scolastica, le cui domande di dimissioni, pur presentate prima del 15 ottobre 1993, erano state accolte successivamente alla data di operatività della nuova disciplina.

Sino a quel momento, infatti, la prassi seguita dall'Amministrazione era stata nel senso di provvedere sulle istanze di dimissioni decorso il termine stabilito per l'eventuale revoca delle medesime da parte del richiedente; detta revoca, in base a quanto previsto all'art. 10, comma 4° della legge n. 417/89, poteva essere presentata dal personale della scuola sino al 31 marzo dell'anno di decorrenza della pensione, divenendo, dopo tale data, irrevocabile la scelta effettuata.

Tuttavia, nel nuovo quadro normativo, tale modo di operare aveva pregiudicato le posizioni dei ricorrenti, i quali si dovevano di avere subito le riduzioni del trattamento pensionistico, ciò che non sarebbe avvenuto se l'Amministrazione avesse accolto le dimissioni entro sessanta giorni dalla presentazione delle relative domande.

L'Adunanza plenaria respinge la pretesa dei dipendenti, facendo chiarezza dei diversi profili giuridici, ancora controversi, della questione, in ordine ai quali il Consiglio di Stato aveva manifestato opposte soluzioni.

In particolare, vengono espressamente disattesi i principi espressi in alcune pronunce della Sezione Sesta (5 dicembre 1997 n. 1798; 9 ottobre 1998 n. 1372), le quali muovevano dalla premessa, fermamente contestata dall'Amministrazione, che non fosse necessario, ai sensi dell'art. 10 d.l. n. 357 del 1989, l'atto di accettazione per rendere immediatamente efficaci le dimissioni, secondo un'anticipata «impostazione di tipo contrattuale che caratterizza l'istituto delle dimissioni nella disciplina della contrattazione collettiva, conseguente alla c.d. privatizzazione del pubblico impiego».

Valorizzando il carattere preliminare della questione (necessità di un formale atto di accettazione) la sentenza in esame — chiarito che il quadro normativo di riferimento è costituito dalla disciplina generale e speciale del pubblico impiego (i provvedimenti impugnati sono infatti di data anteriore alla sottoscrizione del primo contratto collettivo per il comparto della scuola: D.P.C.M. 21 maggio 1995 n. 214) — si allinea all'orientamento maggioritario che reputa comunque necessaria un'accettazione formale delle dimissioni, in conformità dei principi in materia di pubblico impiego.

Sulla base di tali premesse, che si fondano su una lettura coordinata dell'art. 10 commi 4 e 5, D.L. n. 357 del 1989 e dei principi vigenti in materia di pubblico impiego, appare obbligata la soluzione della seconda questione, riguardante la decorrenza del termine di sessanta giorni indicato dal D.M. 11 luglio 1991 n. 212 per l'accettazione delle dimissioni.

del 15 ottobre 1993. Fra le questioni sottoposte all'Adunanza plenaria ha carattere preliminare quella concernente la necessità di un formale atto di accettazione delle dimissioni del personale della scuola, che alcuni precedenti giurisprudenziali hanno escluso (Cons. Stato, sez. VI, 9 ottobre 1998, n. 1372; 5 dicembre 1997, n. 1798).

Va precisato che nella specie trovano applicazione le norme vigenti alla data di entrata in vigore del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, giacché i provvedimenti impugnati sono stati adottati prima della sottoscrizione del primo contratto collettivo per il comparto della scuola (D.P.C.M. 21 maggio 1995, n. 214) e l'art. 72, comma 1, dello stesso d.lgs. n. 29 sancisce l'inapplicabilità delle norme generali e speciali del pubblico impiego «a seguito della stipulazione dei contratti collettivi disciplinati dal presente decreto in relazione ai soggetti e alle materie dagli stessi contemplati».

La disciplina generale sulla cessazione del rapporto di impiego, posta dall'art. 124 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, imponeva all'impiegato dimissionario di «proseguire nell'adempimento dei doveri di ufficio finché non gli venga comunicata l'accettazione delle dimissioni» (comma II). Vigente tale norma, la giurisprudenza ha più volte affermato che le dimissioni sono accettate con un provvedimento avente natura autoritativa (da ultimo, Cons. Stato, 5 settembre 1996, n. 1196) e che, dopo la sua adozione, le dimissioni divengono irrevocabili (da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 16 dicembre 1993, n. 1313; sez. IV, 15 luglio 1993, n. 716). Per il personale docente e non docente della scuola il d.l. 6 novembre 1989, n. 357, convertito con legge 27 dicembre 1989, n. 417, dispone che le dimissioni divengono irrevocabili «dopo il 31 marzo successivo» (art. 10, comma 4) e, se presentate «dopo tale data, ma prima dell'anno scolastico successivo, hanno effetto dal 1 settembre dell'anno che segue il suddetto anno scolastico»; (art. 10, comma 5).

La norma ora citata non offre indicazioni decisive per la risoluzione della questione, poiché sebbene non richiami la disciplina generale, neppure esclude che, comunque, l'estinzione del rapporto di impiego del personale della scuola richieda un provvedimento dell'amministrazione. La sua esatta portata deve allora essere determinata facendo applicazione dei consueti criteri di interpretazione logica e sistematica. Sotto il primo profilo, è palese che la norma è diretta a soddisfare esclusivamente finalità di carattere organizzativo, connesse con l'esigenza di assicurare il regolare inizio dell'anno scolastico e garantire la continuità didattica per tutta la sua durata. Ciò posto, non può convenirsi che, ai fini dell'estinzione del rapporto, abbia assunto esclusivo rilievo, secondo la speciale disciplina dettata dall'art. 10 del d.l. n. 417/1989, la volontà dell'interessato, che, se così fosse, sarebbe titolare di una posizione di diritto soggettivo.

Nell'escludere, infatti, la ricorrenza di un qualsiasi inadempimento nell'attività procedimentale seguita dall'Amministrazione, l'Adunanza conferma la legittimità di un accoglimento delle dimissioni che tenga conto della possibilità, concessa al richiedente dall'art. 10, comma 4, d.l. n. 357/89, di revocare quella scelta entro il 31 marzo successivo alla data di presentazione della domanda.

In tal modo, il termine di sessanta giorni fissato dal regolamento per l'accettazione delle dimissioni dei dipendenti dell'amministrazione scolastica non decorre dal momento di presentazione di queste ultime, bensì dalla scadenza del termine per la revoca delle stesse, e, quindi, dal 1° aprile successivo.

G.D.

Essendo la norma indirizzata alla realizzazione di finalità pubblicistiche, deve, invece, ritenersi che la posizione del personale manteneva, pur dopo la sua entrata in vigore, la configurazione tipica dell'interesse legittimo, il quale è istituzionalmente correlato all'esercizio di una potestà autoritativa. Ed è irrilevante, sotto tale profilo, se l'atto adottato dall'amministrazione abbia un contenuto discrezionale o vincolato, giacché siffatta distinzione va fatta, come la giurisprudenza ha più volte affermato, considerando se la norma sia diretta in via primaria a tutelare interessi pubblici ovvero posizioni soggettive dei privati (fra le altre, da ultimo, Ad. Plen. 5 luglio 1999, n. 18; in tema di pubblico impiego, Ad. Plen. 26 ottobre 1979, n. 25). D'altra parte, il citato art. 10 si colloca in un contesto nel quale la posizione giuridica dell'impiegato nell'ambito della amministrazione pubblica trovava definizione, già dalla nomina e fino all'estinzione del rapporto, in atti adottati nell'esercizio di potestà autoritative. In mancanza di elementi letterali che depongano diversamente, ragioni di intrinseca coerenza impongono di ritenere che lo stesso principio valesse anche per il personale della scuola.

Da quanto precede si evince, in conclusione, che il disposto del citato art. 10 del d.l. 357/1989 ha come destinataria immediata l'amministrazione, alla quale impone di stabilire, quale data di estinzione del rapporto di impiego, la fine dell'anno scolastico: di quello in corso, per le domande presentate prima del 31 marzo, di quello successivo, per le domande presentate dopo il 31 marzo. Restano, invece, immutati sia la configurazione della posizione soggettiva del personale della scuola (interesse legittimo) sia il modulo procedimentale (domanda dell'interessato, accettazione da parte dell'amministrazione scolastica).

Ciò posto, si tratta ora di accertare se nella specie sia stato violato il D.M. 11 luglio 1991, n. 212, con il quale il Ministro della pubblica istruzione ha stabilito, in attuazione dell'art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, il termine di sessanta giorni per l'accettazione delle dimissioni.

A questo riguardo, va rilevato, anzitutto, che il provvedimento di accettazione delle dimissioni aveva, per il personale della scuola, come per la generalità dei dipendenti della pubblica amministrazione, efficacia costitutiva, essendo diretto a modificare, mediante l'estinzione del rapporto di impiego, la situazione giuridica precedente. Inoltre, il provvedimento aveva, come rilevato in precedenza, carattere vincolativo per il dipendente, in linea di stretta consequenzialità con la natura di atto espressivo della potestà organizzatoria dell'amministrazione.

È regola generale, rispondente ai principi di razionalità e di buon andamento, che i provvedimenti amministrativi siano adottati soltanto in presenza degli atti aventi, rispetto ad essi, funzioni di presupposti.

Le dimissioni del personale della scuola, dichiarate dall'ordinamento suscettibili di revoca fino al successivo 31 marzo, sono, fino a questa data, inidonee ad assolvere la funzione di atti presupposti del provvedimento di risoluzione del rapporto di impiego, posto che il verificarsi di tale effetto rimarrebbe comunque subordinato alla mera volontà del dipendente. Deve, pertanto, ritenersi che l'obbligo per l'amministrazione di provvedere sorga soltanto dopo la scadenza del termine predetto, che segna il momento in cui la domanda acquisisce il requisito di effettività e il provvedimento, la capacità di produrre l'effetto costitutivo cui è preordinato.

Tanto premesso, il termine di sessanta giorni stabilito dal citato D.M. n.212/1991, alle cui previsioni va attribuito un significato coerente con la disciplina primaria, decorre non già dalla data di presentazione della domanda, come vorrebbero gli appel-

lanti, ma dal 31 marzo successivo, come è stato già affermato in sede sia consultiva (Cons. Stato, sez. II, 7 maggio 1997, n. 1713) sia giurisdizionale (Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 1999, n. 472; 14 aprile 1999, n. 431; 18 agosto 1998, n. 1155). Per conseguenza all'amministrazione non può essere addebitato nella specie alcun inadempimento e, in particolare, gli atti impugnati sono indenni dal vizio dedotto.

Quanto alla prospettata questione di illegittimità costituzionale della disciplina introdotta dal citato art. 11 della legge n. 537/1993, va osservato, in primo luogo, che difetta il requisito della rilevanza, poiché tale norma non regola l'esercizio della potestà provvedimentale in tema di gestione del rapporto di pubblico impiego, ma, assumendo quale data di discriminazione fra il nuovo e vecchio regime la data di accoglimento delle dimissioni, detta un criterio che incide esclusivamente sulla misura della pensione. In concreto, la richiesta pronunzia di incostituzionalità non inciderebbe sulla legittimità dei provvedimenti impugnati, ma, semmai, in via diretta e immediata, sul solo diritto alla pensione rivendicato dagli appellanti.

In ogni caso, giova ricordare che la Corte Costituzionale ha ritenuto esente da vizi di costituzionalità la norma citata anche con esplicito riferimento al personale della scuola (Corte Costituzionale 27 dicembre 1996, n. 417). In particolare, ha osservato che la scelta di privilegiare il momento temporale coincidente con l'accoglimento delle dimissioni non può considerarsi viziata né fonte di ingiustificate discriminazioni, perché trova plausibile spiegazione, sul piano giuridico, nella natura costitutiva del relativo provvedimento.

Per le ragioni esposte, l'appello va rigettato. (*omissis*)

CONSIGLIO DI STATO, Sez. IV, ordinanza 20 settembre 2000, n. 4647 – Pres. de Lise – Est. Lamberti – Ministero della Giustizia (avv. Stato G. Palmieri) c. S.L. (avv. Mazzucato), C.A. (avv. Sanino), G.S. ed altri (n.c.) e nei confronti di Z.C., R.C. (n.c.).

Concorso per esami a posti di notaio – Prova di preselezione informatica – Mancato superamento – Domanda cautelare – Insussistenza del *fumus iuris* – Ammissione con riserva alle prove scritte del concorso – Accoglimento.

In accoglimento dell'appello del Ministero della Giustizia va respinta la domanda cautelare proposta nei confronti dei provvedimenti di diniego di ammissione alle prove scritte del concorso a posti di notaio per mancato superamento della prova di preselezione informatica, in considerazione della circostanza — assorbente di ogni valutazione in ordine al danno — che i motivi del ricorso di primo grado non appaiono assistiti da adeguato fumus boni iuris (1).

(1) Ritorna all'esame del Consiglio di Stato la nota questione della prova di preselezione al concorso di notaio (per l'illustrazione dei profili generali ed un commento alle prime decisioni dei giudici in materia, cfr., ordinanza TAR Lazio, Sez. I, 24 febbraio 1999, n. 684 e ordinanza Cons. Stato, Sez. IV, 2 marzo 1999, n. 421, in questa *Rassegna*, 1999, I, 193 e ss. con nota di G. PALMIERI; in tema di preselezione informatica nel concorso per uditore giudiziario, ordinanze Cons. Stato, Sez. IV, 3-7 dicembre 1999 n. 2275 e Ad. Plen., 20 dicembre 1999 n. 2, *ibidem*, 458 e ss., con nota di G. PALMIERI).

(*omissis*)

Considerato che il carattere lesivo della clausola del bando di concorso, dove la durata massima della prova preselettiva è stabilita in quarantacinque minuti, comportava la sua immediata impugnazione, che non è stata tempestivamente esperita;

Considerato altresì che il bando non appare in contrasto con l'art. 4, comma 5, D.M. 24 febbraio 1997, n. 74 e successive modifiche (del pari non tempestivamente impugnato), il quale determina in settanta minuti la durata *massima* della prova preselettiva, consentendo pertanto all'Amministrazione di stabilire anche una durata minore;

Nel caso in esame, però, a differenza dei precedenti, si sono per così dire invertite le parti, poiché è stato il TAR del Lazio ad accogliere le istanze cautelari di coloro i quali non avevano superato la prova di preselezione informatica ed il Consiglio di Stato a ribaltare la pronuncia cautelare del giudice di primo grado, senza peraltro farsi condizionare dalla decisione dell'A.P. n. 2/1999, *cit.*

La motivazione del Consiglio di Stato n. 4647/99 è ampia ed è una vera decisione anticipata di merito, non solo perché si sofferma a confutare, seppure con la brevità che caratterizza la delibazione sommaria, le censure dei ricorsi di primo grado, ma anche e soprattutto perché espressamente riconosce importanza assoluta a tale profilo (di merito) per negare ingresso alla tutela cautelare in materia.

Sarebbe riduttivo ipotizzare che tale decisione abbia avuto il solo scopo di «salvare» lo svolgimento delle prove scritte del concorso ed è, invece, più corretto ritenere che il giudice amministrativo di secondo grado, che in precedenza aveva dimostrato perplessità, abbia infine compreso la necessità della prova di preselezione per rendere ancora praticabile, a fronte della partecipazione di migliaia di candidati, lo svolgimento di prove concorsuali secondo il metodo tradizionale, che è stato elaborato, invece, con riferimento ad una realtà rappresentata da un numero decisamente più ridotto di partecipanti.

Correttamente, ed in conformità all'orientamento giurisprudenziale formatosi soprattutto in tema di impugnazione di bandi di gara, il Consiglio di Stato ha argomentato dall'immediata lesività della clausola del bando di concorso in questione, che stabilisce in quarantacinque minuti la durata della prova preselettiva, la necessità di immediata impugnazione, decorrente dalla pubblicazione sulla G.U. del bando stesso, senza attendere l'esito (sfavorevole) della prova preselettiva stessa.

D'altronde, il D.M. 24 febbraio 1997 n. 74, in particolare l'art. 4, 5° comma, attuativo della legge 26 luglio 1995, n. 328, che ha introdotto la prova di preselezione informatica nel concorso notarile, disponendo espressamente che «la durata massima della prova è di settanta minuti», non preclude all'Amministrazione di stabilire una durata inferiore, essendo stato, evidentemente, fissato il solo limite massimo e non anche quello minimo di durata.

Va rilevato che quando il legislatore non ha inteso lasciare alcun margine all'Amministrazione l'ha chiaramente specificato (ad esempio sul numero dei quesiti o sul numero dei partecipanti alle prove scritte).

Va, infine, segnalato che il Consiglio di Stato ha tenuto ben presente, caricandolo di significato, un dato di fatto costituito dal numero elevato di candidati che ha superato la prova di preselezione, non tanto come prova del perfetto funzionamento del meccanismo preselettivo (tesi del Ministero appellante), ma soprattutto per escludere la preponderanza dell'elemento mnemonico a fronte della preparazione culturale, superando, in via di rimeditazione costruttiva, l'impostazione della citata ordinanza dell'A.P. dello stesso Consiglio di Stato resa peraltro nella — solo per qualche verso analoga — questione della prova di preselezione informatica del concorso per uditore giudiziario.

G.P.

Ritenuto che il numero dei concorrenti che ha superato la prova preselettiva, maggiore rispetto a quello determinato dalla legge n. 328/95 in cinque volte il numero dei posti messi a concorso, induce, almeno ad un primo esame, a ritenere che non si sia avuta la preponderanza dell'elemento mnemonico a fronte della preparazione culturale;

Ritenuto che gli altri motivi dei ricorsi di primo grado non appaiono assistiti da adeguato *fumus*;

Ritenuto, infine, che la mancanza di *fumus* assorbe ogni considerazione in ordine al danno;

P.Q.M.

Accoglie l'appello (Ricorso numero 7634/2000) e, per l'effetto, in riforma dell'ordinanza impugnata, respinge le istanze di sospensione proposte nei confronti dei provvedimenti impugnati in primo grado. (*omissis*)

CONSIGLIO DI STATO, Sez. VI, 10 novembre 2000 n. 6058 – Pres. Giovannini – Est. Chieppa – TV I. s.p.a. e B.T. s.p.a. (avv.ti Pace e Grandinetti) c. T. s.p.a., P.TV s.p.a., T.N., E. TV s.p.a., T.B. ed O. TV s.p.a. (avv.ti Presutti e Vaccaro) e nei confronti del Ministero delle comunicazioni (avv. Stato Quadri) e R. A.; R. A s.r.l. (avv. Sorrentino) c. T. s.p.a., P. TV s.p.a., T.N., E. TV s.p.a., T.B. ed O. TV s.p.a., e nei confronti del Ministero delle Comunicazioni (avv. Stato Quadri).

Poste e radiotelecomunicazioni – Dismissione terza rete – Concessioni televisive per trasmissioni codificate in ambito nazionale – Cessione – Esclusione – Disattivazione – Legittimità.

(legge 31 luglio 1997 n. 249, art. 3).

Sussiste la legittimazione delle società appellanti a far valere l'invalidità e l'inefficacia degli atti di cessione e di permuta degli impianti anche in mancanza di previa contestazione in via giurisdizionale da parte dell'amministrazione degli stessi atti di cessione e permuta.

Sussistono l'interesse al ricorso e la legittimazione delle società appellanti in quanto assegnatarie delle frequenze oggetto dei provvedimenti di disattivazione, la cui perdita è conseguenza dell'accoglimento del ricorso di primo grado.

Il Ministero delle comunicazioni è legittimato ad appellare in via incidentale una sentenza emessa su ricorso contro provvedimenti di disattivazione da esso adottati prima dell'entrata in funzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

Il ricorso per l'annullamento di provvedimenti di disattivazione di impianti, notificato allorquando non siano ancora individuati i soggetti assegnatari delle frequenze dismesse, ma siano noti i criteri di assegnazione, non necessita di notifica

nei confronti di controinteressati. Dopo l'assegnazione è, invece, ammissibile l'intervento volontario in giudizio delle società assegnatarie (1).

Da un sistema in cui il governo dell'etere spetta allo Stato, che conferisce ai privati la disponibilità in via esclusiva delle frequenze con provvedimento di natura concessionaria, deriva il principio di incommerciabilità delle frequenze. Sono legittimi i provvedimenti con cui il Ministero delle comunicazioni ha individuato impianti e frequenze da dismettere senza tenere conto degli atti di trasferimento (2).

Sono manifestamente infondate e comunque irrilevanti le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3, commi 8-11 della legge n. 249/97 per contrasto con gli articoli 3, 21 e 41 della Costituzione (3).

(1) La vicenda delle cessioni delle frequenze da parte delle reti T. attraverso vendite e permutate di impianti segna una nuova — e forse definitiva — tappa.

Già in passato il Garante per la radiodiffusione e l'editoria, con decisione n. 160/TP del 28 ottobre 1996, aveva accertato che la vendita da parte di Fininvest, nel 1990, delle proprie frequenze dismesse alle tre emittenti T. aveva garantito la conservazione da parte della cedente del loro controllo.

La sentenza del Consiglio di Stato ha il merito di aver stabilito con estrema chiarezza che le frequenze sono beni *extra commercium* e non ne è ammessa la disponibilità da parte dei concessionari allo scopo di aggirare le norme «anticoncentrazione».

La risoluzione delle questioni preliminari sollevate in gran numero dalle appellate e, più limitatamente, dalle società appellanti si allinea alla prevalente giurisprudenza.

Sulla mera efficacia *inter partes* con conseguente inopponibilità all'Amministrazione della cessione della concessione per l'esercizio di impianti di carburanti, fino alla pronuncia del provvedimento di decadenza sanzionatoria cfr. Cass., Sez. I, 18 novembre 1988, n. 6235, citata in motivazione; in senso conforme Cass., Sez. I, 26 marzo 1977 n. 1192. Sulla non cedibilità della concessione cfr. Cass., Sez. 5°, 9 agosto 2000 n. 10468. Sulla legittimazione dell'intervenuto ad appellare cfr. C.d.St., Sez. 6°, 7 aprile 1999 n. 6; nonché C.d.St., Sez. 6°, 25 marzo 1996 n. 500, in cui è stabilito che la legittimazione ad impugnare spetta anche a quei soggetti che, pur non rivestendo il ruolo di controinteressati in senso tecnico, e non qualificabili pertanto come parti necessarie del giudizio, siano nondimeno titolari di situazioni soggettive caratterizzate da un interesse sostanziale di segno opposto a quello fatto valere con il ricorso in primo grado; C.d.St., Sez. 6°, 20 maggio 1995 n. 498; C.d.St., Sez. 4°, 13 aprile 1989 n. 215. Di segno contrario: C.d.St., Sez. 5°, 6 maggio 1997 n. 456.

Sulla legittimazione ad appellare dell'Autorità emanante l'atto impugnato, parte necessaria del giudizio, v. C.d.St., Sez. 6°, 3 gennaio 2000 n. 20; C.d.St., Sez. 6°, 17 luglio 1998 n. 1099, anche nel caso in cui essa non sia costituita in primo grado.

Sulla necessaria individuabilità — c.d. elemento formale — del controinteressato, cfr. C.d.St., Sez. 6°, 20 novembre 1998 n. 1586; Sez. 5°, 17 dicembre 1998 n. 1806; nel senso che non rilevano i fatti e le situazioni sopravvenute al provvedimento impugnato C.d.St., A.P., 24 luglio 1997 n. 15.

(2) Nel merito, due sono le questioni principali che il Consiglio di Stato ha affrontato. La prima, in fatto, concerne l'esatta interpretazione degli atti di indirizzo nel tempo succedutisi, compresa la circolare del Ministero delle comunicazioni dell'8 luglio 1992, con cui l'Amministrazione imponeva — a prescindere da qualsiasi valutazione in ordine alla validità ed efficacia delle cessioni delle frequenze — il mantenimento da parte del soggetto cessionario del marchio utilizzato (Tele+3). L'osservanza di detto obbligo avrebbe costituito poi lo strumento di individuazione delle frequenze da dismettere a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 3, comma 11 della legge n. 249/97 (per l'analisi della normativa - GIORGIO D'AMATO, *L'autorità di garanzie nel settore delle comunicazioni di massa*, Milano, 1997). Con detta norma, infatti, è stabilito che i soggetti che alla data di entrata in vigore della legge eserciscano più reti televisive in ambito nazionale in forma codificata devono, dal 31 dicembre 1997, trasferire via cavo o via satellite le trasmissioni irradiate da una delle loro reti.

(*omissis*)

1. – Preliminarmente deve essere disposta la riunione del ricorso n. 2287/2000 al ricorso n. 1839/2000, in quanto proposti avverso la medesima sentenza.

2. – Le eccezioni preliminari sollevate dalle società appellate sono infondate.

Una prima eccezione riguarda la carenza di interesse e legittimazione delle appellanti per la mancata impugnazione o contestazione degli atti di cessione e di permuta degli impianti.

Le società del gruppo T. richiamano il principio di cui all'art. 157 c.p.c., secondo cui una nullità non può essere dichiarata se la legge non lo disponga espressamente ed un precedente della Cassazione, in base al quale è stata ritenuta l'efficacia *inter partes* di un contratto traslativo della proprietà di un impianto per la distribuzione di carburante, pur in assenza dell'autorizzazione dell'autorità che ha rilasciato la concessione (Cass., I, n. 6235/88).

La T. s.r.l., in ottemperanza a dette disposizioni, sceglieva come emittente codificata da trasferire su satellite Tele+3. Di conseguenza, di tutti gli impianti che risultavano trasmettere con il marchio Tele+3, indipendentemente dalla loro proprietà, veniva ordinata la disattivazione dopo il 31 dicembre 1997.

Il Consiglio di Stato mostra, a riguardo, di non condividere l'assunto del primo giudice, secondo cui l'utilizzazione del logo Tele+ va considerata solo come modalità di esercizio degli impianti da parte del concessionario, preferendo la tesi secondo cui l'utilizzo del marchio è da considerarsi criterio per la ricognizione degli impianti.

Particolare rilievo assume la pronuncia sulla questione di diritto concernente la trasmissibilità delle frequenze da parte del concessionario.

L'amministrazione aveva sostenuto in giudizio — a favore dell'intrasmissibilità — che l'etere è un bene comune naturalmente limitato e perciò non fruibile da tutti (c.d. *physical scarcity*), ma soggetto a limiti e controlli da parte della P.A. e che proprio in ciò trova giustificazione il principio della concessione (c.f.r. Corte Costituzionale 26 marzo 1993 n. 112), che si realizza attraverso il governo pubblico dell'etere. Il pericolo prospettato di fronte all'ammissione di atti dispositivi era quello di una pianificazione di fonte privatistica, in assoluto contrasto con il principio della pianificazione pubblica. Veniva inoltre considerato che la pianificazione pubblica, supportata da norme quali quelle contenute nella legge n. 249/1997, perseguiva il fine — comune anche al settore delle trasmissioni in forma codificata — di evitare la concentrazione delle frequenze in capo ad un ristretto numero di soggetti secondo i principi stabiliti dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 420 del 1994. Si evidenziava come attraverso le cessioni tale principio sarebbe stato completamente eluso, finendo col perdere le norme anticongestione ogni effettività.

A questa tesi, sostenuta con dovizia di argomenti anche dalle società appellanti principali, ha aderito il Consiglio di Stato attraverso una compiuta disamina della giurisprudenza della Corte Costituzionale. Particolare rilievo, in tale ambito, assume la sentenza 5 dicembre 1994 n. 420, con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 15, comma 4 della legge 6 agosto 1923 n. 223 nella parte in cui consentiva ad uno stesso soggetto di essere titolare di tre concessioni nazionali televisive. L'esigenza di un idoneo limite alla concentrazione in materia di radiodiffusione televisiva risponde allo scopo di garantire il «pluralismo esterno» (ossia quella pluralità di voci propria di un sistema misto di radiodiffusione) sancito dall'art. 21 della Costituzione (sul concetto di pluralismo v. PLINIO SACCHETTO, *Cultura e Televisione*, in *Da sudditi a cittadini*, Milano, 1997, 175). Proprio dai principi affermati in detta sentenza è poi scaturita l'adozione della legge 31 luglio 1997 n. 249 contenente norme — tra cui l'art. 3 — volte ad impedire la concentrazione del settore della radiodiffusione televisiva.

In realtà la stessa giurisprudenza citata dimostra proprio che l'amministrazione, nell'assumere i provvedimenti impugnati, non doveva previamente contestare in via giurisdizionale i menzionati atti di cessione e permuta degli impianti.

Infatti la Cassazione ha solamente affermato il principio dell'efficacia *inter partes* dei contratti traslativi fatto salvo il potere dell'amministrazione di disporre la decadenza della concessione se la cessione è avvenuta in violazione della normativa vigente.

Nel caso in esame, l'amministrazione ha proprio rilevato che gli atti di cessione e permuta erano avvenuti in violazione della disciplina vigente ed ha adottato gli impugnati provvedimenti, che presuppongono la non opponibilità all'amministrazione degli atti di trasferimento degli impianti.

Oggetto del presente giudizio è la legittimità di detti provvedimenti e, quindi, anche l'interesse e la legittimazione delle società controinteressate non dipende in alcun modo dalla previa contestazione degli atti di cessione degli impianti.

3. – La seconda eccezione concerne la carenza di interesse e legittimazione delle appellanti per l'insussistenza del presupposto della carenza di copertura, ri-

Anche il principio della concessione (su cui v. Corte Costituzionale, 26 marzo 1993 n. 112, in *Foro it.*, 1993, I, 1339, con nota di CARINGELLA; Cass., S.U., 19 giugno 1996 n. 5623 in questa *Rassegna*, 1997, 267; C.d.S., Sez. 6°, 28 aprile 1994, n. 620; C.d.S., Sez. 6°, 26 marzo 1992 n. 184) è messo in luce nella sentenza in commento e viene confermato dall'esame delle norme contenute nella legge Mammi, particolarmente in quella di cui all'art. 32, concernente l'autorizzazione *ex lege* all'esercizio in via provvisoria degli impianti utilizzati al momento dell'entrata in vigore della legge 223/90. È appena il caso di osservare come a tutt'oggi — ed a distanza di oltre tre anni dall'entrata in vigore della legge n. 249, che doveva porre fine al sistema transitorio — non sia ancora ultimata l'assegnazione delle concessioni nazionali, essendo controversa ed oggetto di un nutrito contenzioso l'assegnazione dell'ottava concessione.

Da segnalare è, altresì, la distinzione che il Consiglio di Stato opera tra cessione di impianti e di frequenze — non ammessa — e cessione di imprese o di quote di società, ammessa dalla legge Mammi e, peraltro, costituente specifico oggetto della sentenza della stessa Sezione n. 1756/96.

Di rilievo è altresì il riconoscimento della applicabilità della deroga alla intrasmissibilità — contenuta nel decreto legge 19 ottobre 1992 n. 407, convertito in legge 17 dicembre 1992 n. 482, relativamente al settore radiofonico, e nel decreto legge 27 agosto 1993 n. 323 convertito in legge 27 ottobre 1993 n. 422, relativamente al settore televisivo — al solo ambito dell'emittenza locale, nonché dell'irretroattività dell'art. 6 comma 1 della stessa legge n. 422 del 1993.

Anche il richiamo al parere della prima Sezione n. 1295 del 6 luglio 1994 ed alla sentenza n. 1756/96 è operato allo scopo di sottolineare la diversità tra le fattispecie affrontate in quella sede (trasferibilità impianti tra soggetti autorizzati *ex art.* 321 legge 223/90, su cui v. anche della stessa Sezione, sentenza 28 aprile 1998 n. 566) e quella sottoposta ora al vaglio del Consiglio di Stato.

(3) La rilevanza nel giudizio *a quo* della questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 e 249/97, che obbliga alla dismissione della terza rete, viene esclusa a causa della mancata impugnazione dei precedenti atti con cui si individuava la rete (Tele+3) con beneplacito dell'interessata. Sulla necessità di impugnazione degli atti applicativi ai fini del giudizio di rilevanza, cfr. Corte Cost., 21 febbraio 1994 n. 68; Corte Cost., 30 giugno 1986 n. 186; C.d.S., 20 settembre 1999 n. 1112.

F.Q.

chiesto dall'art. 11, comma 3, della legge n. 249/97 per la successiva assegnazione delle frequenze dismesse.

Si rileva che, ai fini della sussistenza dell'interesse al ricorso e della legittimazione ad agire, è sufficiente che le società controinteressate siano risultate assegnatarie delle frequenze oggetto degli impugnati provvedimenti di disattivazione, derivando loro un danno attuale ed immediato in ipotesi di accoglimento del ricorso in primo grado, consistente nella perdita delle frequenze assegnate.

Ogni eventuale contestazione degli atti di assegnazione delle frequenze alle controinteressate da parte di soggetti legittimati è estranea all'oggetto del presente giudizio.

4. – Altra eccezione è relativa alla carenza di legittimazione della sola TV I. s.p.a., che, secondo le appellate, fino al luglio del 1999 poteva trasmettere solo programmi esteri, mentre invece operava come impresa di diffusione con conseguente obbligo dell'amministrazione di adottare un provvedimento di decadenza del titolo.

Anche in questo caso le appellate cercano di introdurre una questione del tutto estranea all'oggetto del giudizio e in alcun modo collegata, agli impugnati provvedimenti.

Ogni soggetto legittimato può sollecitare l'amministrazione ad adottare provvedimenti sanzionatori nei confronti di società concessionarie che abbiano violato la normativa vigente e, in caso di ulteriore inerzia, agire in via giurisdizionale con gli strumenti previsti dall'ordinamento.

Un'asserita violazione da parte di una delle società appellanti non può invece essere dedotta in via incidentale al fine di far derivare da un ipotetico provvedimento di decadenza del titolo concessorio la carenza di interesse o legittimazione.

5. – Le appellate sostengono che anche Rete A sarebbe priva di legittimazione ed interesse, non essendo stato rilasciato il titolo concessorio con conseguente obbligo di cessare le trasmissioni in data 31 luglio 1999.

È nota l'esistenza di una complessa controversia concernente il rilascio dell'ottava concessione nazionale ad emittenti radiotelevisive.

A prescindere dall'esito dei ricorsi pendenti da cui deriva la possibilità del rilascio della concessione per R. A, è sufficiente rilevare che R. A è assegnataria di alcune delle frequenze oggetto degli impugnati provvedimenti di disattivazione emessi nei confronti del gruppo T., che quanto meno fino ad una certa data non è in contestazione la legittimità della diffusione dei programmi da parte di Rete A e che in assenza di provvedimenti definitivi circa l'assegnazione dell'ottava concessione permane l'interesse al ricorso da parte di R. A.

6. – Un'ultima eccezione preliminare delle società appellate riguarda l'appello incidentale proposto dal Ministero delle comunicazioni e l'asserita carenza di legittimazione ed incompetenza assoluta del Ministero per aver perso ogni competenza in materia a seguito dell'entrata in funzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

Innanzitutto le appellate riferiscono la predetta incompetenza dell'amministrazione in relazione ai provvedimenti di assegnazione delle frequenze alle società controinteressate, che, come già detto, non sono in contestazione nel presente giudizio.

In secondo luogo non è contestabile che i due provvedimenti impugnati, da cui è derivata la disattivazione degli impianti (telex del 4 febbraio 1998 e circolare del 28 gennaio 1998) sono stati adottati dal Ministero sicuramente prima dell'entrata in funzione della menzionata Autorità e ciò è sufficiente per la sussistenza della legittimazione ad agire e dell'interesse all'appello di una sentenza che ha annullato provvedimenti emessi dal Ministero stesso.

7. – Con il primo motivo di ricorso, comune alle società appellanti, è stata dedotta la violazione delle norme sul contraddittorio e l'inammissibilità del ricorso in primo grado, perché non notificato alle società controinteressate.

Il motivo è infondato.

Con gli atti impugnati è stata disposta la disattivazione degli impianti ritenuti in esercizio da parte di O. TV e non anche l'assegnazione delle frequenze «liberate».

Pur essendo al momento della proposizione del ricorso in primo grado già stato adottato il D.M. 20 febbraio 1998, con cui si stabilivano i criteri per l'assegnazione delle frequenze dismesse, non era ancora immediatamente percepibile l'individuazione dei soggetti assegnatari di dette frequenze, avvenuta solo in data 3 giugno 1998.

Non si poteva certo chiedere alle società ricorrenti di svolgere in astratto l'attività, poi svolta dall'amministrazione e che ha condotto all'assegnazione delle frequenze.

L'assegnazione delle frequenze alle società controinteressate, avvenuta in corso di giudizio, ha invece legittimato l'intervento in giudizio ed il presente appello delle tre società, portatrici di un interesse al mantenimento dell'assetto derivante dagli atti, annullati dal giudice di primo grado.

8.1. – Respinte tutte le eccezioni proposte in via preliminare dalle parti può ora essere affrontato il merito della questione.

Il TAR del Lazio ha fondato l'impugnata decisione di accoglimento del ricorso sui seguenti punti:

a) distinzione tra l'appartenenza ad un soggetto determinato della rete di telecomunicazione (complesso di strumenti che consentono la trasmissione di onde elettromagnetiche irradiate su predeterminate bande di frequenze) e il *modus* di utilizzazione della rete; nel caso di specie, l'amministrazione, rilevata la diffusione di programmi con l'utilizzo del marchio della società cedente, avrebbe illegittimamente adottato i provvedimenti di disattivazione, anziché imporre le corrette modalità di utilizzazione degli impianti stessi;

b) l'affermazione del principio secondo cui, una volta intervenuto l'atto di concessione per la trasmissione su determinate frequenze, possono verificarsi vicende traslative, che esplicano effetti sul trasferimento o voltura dell'atto autoritativo ampliativo della sfera giuridica del privato, consentendo la normativa vigente il trasferimento del complesso aziendale, del ramo di azienda o dei singoli impianti radiotelevisivi. Il giudice di primo grado, dopo aver ricostruito il quadro normativo e citato diverse disposizioni che consentono la cessione delle frequenze, ha evidenziato che solo a partire dall'entrata in vigore della legge n. 650/96 è

stato introdotto il divieto per le emittenti televisive criptate di porre in essere siffatti trasferimenti;

c) invalidità derivata dei singoli provvedimenti di disattivazione a seguito della riconosciuta illegittimità degli atti di direttiva assunti dal Ministero.

8.2. – Sia le società appellanti in via principale che il Ministero appellante incidentale hanno dedotto due principali motivi nei confronti dell'impugnata sentenza:

a) la violazione e falsa applicazione dell'art. 3, comma 11, della legge n. 249/97 e l'insufficiente e contraddittoria motivazione sul contenuto del telex del 4 febbraio 1998, che indicava il marchio Tele+3 non quale causa della disattivazione, ma come criterio per la ricognizione degli impianti da disattivare;

b) la violazione della disciplina che già all'epoca degli atti di cessione e permuta sanciva il divieto di commerciabilità delle frequenze, non applicandosi alla fattispecie in esame alcuna delle deroghe introdotte dal legislatore.

8.3. – Entrambi i motivi sono fondati.

Secondo il TAR i provvedimenti di disattivazione degli impianti sarebbero stati assunti sulla base del presupposto, costituito dall'utilizzo del logo Tele+3, che invece poteva al limite consentire provvedimenti diretti a ripristinare il corretto uso della rete di telecomunicazione.

Il giudice di primo grado ha travisato il contenuto del telex del Ministero del 4 febbraio 1998 e della richiamata circolare n. 40 del 28 gennaio 1998.

Oggetto dei due atti di indirizzo è l'individuazione degli impianti da dismettere ai sensi dell'art. 3, comma 11 della legge n. 249/97.

Infatti, a seguito dell'entrata in vigore delle limitazioni del numero delle concessioni televisive per trasmissioni codificate in ambito nazionale su frequenze terrestri, introdotte a partire dal 31 dicembre 1997 dalla citata disposizione, T. s.p.a., società di controllo delle emittenti P. TV s.p.a., E. TV s.p.a. e O. TV s.p.a., aveva risposto alla richiesta del 24 dicembre 1997 del Ministero delle comunicazioni, indicando in O. TV l'emittente che avrebbe cessato l'attività, allegando l'elenco di 126 impianti oggetto di dismissione. Nell'elenco non erano compresi 68 impianti ceduti da O. TV a P. TV ed E. TV.

Il Ministero non ha in alcun modo inteso sanzionare con la disattivazione il non corretto utilizzo del logo Tele+3, ma ha indicato quale criterio di ricognizione degli impianti eserciti da O. TV l'uso del marchio Tele+3, rete da dismettere alla data del 31 dicembre 1997.

Nella circolare n. 40 del 28 gennaio 1998 il Ministero ha espressamente indicato che «indipendentemente dall'esistenza di eventuali comunicazioni di trasferimenti o permutate di impianti, costituiscono oggetto di dismissione ai sensi dell'art. 3, comma 11, della legge n. 249/97 le frequenze esercite dall'emittente T. prima dell'avvenuta dismissione».

Con il successivo telex del 4 febbraio 1998 lo stesso Ministero ha ribadito che «tali impianti dovranno in ogni caso essere oggetto di disattivazione in capo agli attuali esercenti, se all'atto della dismissione della rete esercita da O. TV con marchio Tele+3, tali impianti erano eserciti con tale marchio».

È evidente che il presupposto dei provvedimenti di disattivazione è l'esercizio di impianti assegnati ad O. TV, da dismettere ai sensi del citato art. 3, comma 11 e che l'utilizzo del marchio Tele+3 viene indicato quale criterio per la ricognizione di detti impianti.

8.4. – L'ulteriore motivo di appello investe invece una questione di diritto: i limiti della commerciabilità degli impianti di diffusione radiotelevisiva.

Innanzitutto occorre precisare che le società appellate oppongono l'avvenuto trasferimento degli impianti non solo con riferimento alle attrezzature atte a trasmettere, ma soprattutto con riguardo alle relative radiofrequenze.

In sostanza, con la cessione degli impianti le società appellate hanno inteso trasferire anche le relative frequenze e tale possibilità è stata invece esclusa dal Ministero.

È noto che l'attività radiotelevisiva viene definita come utilizzazione delle onde elettromagnetiche per la diffusione circolare di messaggi sonori e visivi.

La stessa Corte Costituzionale, fin dalle sue prime pronunce in materia, ha evidenziato la limitata possibilità di utilizzare l'etere al fine della radiotelecomunicazione circolare attraverso l'irradiazione di onde in determinate gamme di frequenza dello spettro radioelettrico (cfr., Corte Cost., n. 59/1960 e n. 225/1974), segnalando la sussistenza di una disponibilità dell'etere non sufficiente a garantire il libero accesso nello stesso (Corte Cost., n. 202/76).

In presenza di tali elementi il governo complessivo dell'etere spetta allo Stato, che conferisce ai privati la disponibilità in via esclusiva di determinate utilità (le frequenze), con provvedimenti di natura tipicamente concessoria (cfr., Corte Cost., n. 112/93); proprio la non illimitatezza delle frequenze impone il ricorso al regime concessorio (cfr., Corte Cost. n. 420/94).

Tale quadro non è smentito dalla legge n. 223/90, che ha previsto una disciplina a regime di tipo concessorio (art. 16), accanto ad una disciplina transitoria di tipo autorizzatorio (art. 32) in funzione della temporanea cristallizzazione della situazione esistente in attesa della riforma della disciplina a regime (cfr. sempre Corte Cost., n. 420/94).

Da tale quadro di riferimento deriva l'impossibilità della fruizione dell'etere da parte di privati se non a seguito di provvedimento amministrativo abilitativo, come sancito anche dall'art. 16, comma 1, della legge n. 223/90.

Nel sistema delineato dal legislatore del 1990 la concessione non è trasferibile (art. 16, comma 2) e, come già detto, viene dettata una normativa transitoria, con cui i privati che già esercitano impianti per la radiodiffusione sonora o televisiva sono autorizzati a proseguire nell'esercizio degli impianti stessi fino al rilascio della concessione (art. 32, comma 1).

Vengono espressamente vietate ogni modificazione della funzionalità tecnico operativa degli impianti, salvo interventi autorizzati dal Ministero (art. 32, comma 2) e la detenzione da parte di privati di frequenze non indispensabili per l'illuminazione dell'area di servizio e del bacino (art. 32, comma 4).

Da tali disposizioni non può non ricavarsi un principio di incommerciabilità delle frequenze, che solo lo Stato può assegnare a soggetti privati.

Del resto, dal citato art. 32 della legge n. 223/90 si ricava proprio la volontà del legislatore di cristallizzare l'esistente con divieto di ogni modificazione nell'esercizio degli impianti non autorizzata.

La stessa cessione di un impianto con la relativa frequenza integrerebbe il presupposto della non indispensabilità della frequenza da parte dell'impresa cedente con la sanzione della disattivazione dell'impianto stesso ai sensi dell'art. 32, commi 4 e 5, della legge n. 223/90.

8.5. – Le società appellate sostengono che dagli artt. 13, 15, comma 2 e 17 della legge n. 223/90 si ricaverebbe l'ammissibilità degli atti di trasferimento degli impianti, ove non ricorra la nullità prevista dalle citate norme.

In realtà tali disposizioni non riguardano la fattispecie in esame (cessione di impianti), ma si riferiscono agli atti di cessione di imprese o di quote di società operanti nel settore; in sostanza, concernono il cambio di proprietà o del soggetto esercente al fine del rispetto dei limiti di concentrazione delle risorse nel settore delle telecomunicazioni.

Sulla base di tali considerazioni viene quindi smentita la tesi delle società appellate secondo cui, essendo i trasferimenti avvenuti tra il 1991 e la primavera del 1993, questi erano consentiti dalla legge n. 223/90.

8.6. – Secondo il TAR anche una serie di disposizioni intervenute successivamente confermerebbe l'ammissibilità del trasferimento degli impianti con effetto anche sulle relative bande di frequenza.

Proprio le norme citate dal giudice di primo grado, invece, confermano che le deroghe introdotte dal legislatore al divieto di commerciabilità delle frequenze non si applicano alla fattispecie in esame.

Infatti con il D.L. n. 323/93, convertito in legge n. 422/93, è stata introdotta una speciale disposizione derogatoria, che in sostanza sana per il passato le compravendite nel frattempo intervenute.

La deroga non è stata introdotta in modo espresso, ma con un inciso contenuto nel secondo comma dell'art 1, con cui si stabilisce che l'atto di concessione consente esclusivamente l'esercizio degli impianti e dei connessi collegamenti di telecomunicazione, censiti ai sensi dell'art. 32 della legge n. 223/90 ed eventualmente modificati dallo stesso esercente «o da altro soggetto dal quale l'esercente li abbia acquisiti».

Il riferimento all'acquisizione di impianti confermerebbe la validità degli atti di cessioni.

La norma si riferisce però ai soggetti autorizzati a proseguire nell'esercizio di impianti per la radiodiffusione televisiva «in ambito locale» ai sensi del comma precedente e, del resto, anche il TAR ha riconosciuto l'applicabilità della disposizione ai soli soggetti esercenti in ambito locale (cfr. sentenza impugnata pag. 15).

A conferma di tale interpretazione si rileva che lo stesso art. 1, comma 3, della legge n. 422/93 nell'autorizzare la prosecuzione dell'esercizio della radiodiffusione televisiva in ambito nazionale prevede l'utilizzo degli impianti censiti ai sensi dell'art. 32 della legge n. 223/90 e modificati ai sensi del comma 2 della stessa norma (ovvero previa autorizzazione del Ministero), senza fare alcun riferimento all'avve-

nuta acquisizione da altro soggetto, a differenza del precedente comma riferito al solo ambito locale.

Si ricorda che ai sensi dell'art. 11, comma 2 *bis*, alle emittenti che trasmettono in forma codificata si applicano le disposizioni previste per i concessionari privati che operano in ambito nazionale.

8.7. – La limitazione della possibilità (eccezionale) di trasferire impianti e frequenze è confermata dall'art. 6, comma 1 della legge n. 422/93, che all'epoca consentiva il trasferimento di impianti o rami d'azienda fra concessionari televisivi operanti in ambito locale e fra questi e i concessionari nazionali esercenti una sola rete.

Anche in questo caso la disposizione (che peraltro si applica solo per il futuro e non a sanatoria come il precedente art. 1) non riguarda la fattispecie in esame, in quanto il gruppo T. opera in ambito nazionale e non esercisce una sola rete.

In pratica, il legislatore in assenza di una normativa definitiva nel settore ha con diverse disposizioni, aventi evidente carattere eccezionale, derogato al principio del divieto di commerciabilità delle frequenze, già vigente ai sensi della legge n. 223/90, ma nessuna di dette deroghe si applica alle cessioni intervenute all'interno del gruppo T.

8.8. – Le società appellate richiamano due precedenti del Consiglio di Stato: il parere della 1° Sezione n. 1295/94 e la sentenza di questa Sezione n. 1756/96.

Con il citato parere non è stata affrontata la questione dei limiti della commerciabilità di impianti e licenze, né tanto meno l'applicabilità delle deroghe introdotte dalla legge n. 422/93 ai soggetti operanti in ambito nazionale con più reti e in forma codificata.

Il parere ha affrontato una questione diversa: l'ammissibilità dei trasferimenti consentiti dalla legge n. 422/93 solo tra soggetti già autorizzati ai sensi dell'art. 32 della legge n. 223/90; è stato in pratica escluso che attraverso la cessione di impianti potessero entrare sul mercato soggetti nuovi rispetto alla cristallizzazione dell'esistente operata dalla legge n. 223/90.

Ciò premesso, con il predetto parere non sono stati in alcun modo delineati i limiti previsti dalla stessa legge n. 422/93 al trasferimento degli impianti e delle relative frequenze.

Anche con la citata sentenza, inerente peraltro emittenti esercenti in ambito locale, la Sezione si limita a riaffermare il principio della ammissibilità dei riferimenti tra soggetti autorizzati ai sensi della legge n. 223/90 e non tra soggetti nuovi senza affrontare la questione relativa a quali trasferimenti siano consentiti dalla normativa vigente.

8.9. – Sulla base di tali considerazioni il divieto di trasferire gli impianti e le relative frequenze non è stato introdotto per la prima volta ad opera del D.L. n. 545/96, convertito in legge n. 650/96, ma già era vigente, quanto meno con riferimento alla posizione delle società appellate, fin dall'entrata in vigore della legge n. 223/90.

La citata legge del 1996, a conferma dell'intenzione del legislatore di convogliare via cavo o via satellite le trasmissioni in forma codificata (v. art. 11, comma

1 della legge n. 422/93), ha espressamente vietato il trasferimento di impianti o di rami d'azienda da parte delle emittenti televisive criptate (art. 1, comma 13, della legge n. 650/96, richiamato dall'art. 3, comma 19 della legge n. 249/97 e dall'art. 1, comma 7, della legge n. 122/98).

Come già detto, il legislatore ha poi dettato specifiche disposizioni per limitare progressivamente il numero delle concessioni televisive per trasmissioni codificate in ambito nazionale su frequenze terrestri (art. 3, commi 6-11, della legge n. 249/97, in base a cui il gruppo T. ha dovuto dismettere la rete T., esercita da O. TV).

8.10. – Accertato che gli atti di trasferimento degli impianti, invocati dalle società appellanti, non sono idonei a trasferire le frequenze assegnate dall'amministrazione, ne consegue l'inefficacia di detti atti nei confronti del Ministero delle Comunicazioni ed il conseguente obbligo per il gruppo T. di dismettere gli impianti (e le frequenze) eserciti da O. TV.

Con gli impugnati provvedimenti il Ministero ha quindi correttamente individuato impianti (e frequenze) da dismettere senza tenere conto degli ininvocati atti di trasferimento.

L'utilizzo del marchio Tele+3 è stato dunque solo uno dei criteri utilizzabili per la ricognizione degli impianti (e delle frequenze) da disattivare.

In alcun modo rileva, a favore della tesi delle società appellate, la c.d. circolare Guidarelli del 8 luglio 1992 con cui il Ministero precisava che in caso di trasferimento di impianti di radiodiffusione, tali impianti dovevano continuare a diffondere i programmi dell'emittente che ne ha denunciato l'esercizio ai sensi dell'art. 32 della legge n. 223/90.

Con tale circolare, adottata prima dell'entrata in vigore delle sopra menzionate deroghe introdotte dal legislatore, il Ministero ha inteso ribadire che in alcun caso le frequenze potevano essere oggetto di atto di trasferimento.

Del resto, appare evidente che, in quadro normativo indirizzato verso il trasferimento via cavo o via satellite delle trasmissioni in forma codificata, gli avvenuti trasferimenti degli impianti (e delle relative frequenze) hanno costituito il tentativo di eludere l'obbligo di dismettere impianti (e frequenze) di una delle reti esercite dal gruppo T. (T. esercita da O. TV).

È significativo il fatto che nel corso del 1996, in presenza di una contestazione da parte dell'amministrazione in ordine ad un impianto trasferito da O. TV ad E. TV e che continuava a trasmettere i programmi di T., entrambe le società del gruppo hanno sostenuto la risoluzione dell'accordo di cessione, allegando come prova della non esecuzione della cessione proprio la prosecuzione della trasmissione dei programmi di T.3 (v. doc. 23, prodotto dalle appellanti TV I. s.p.a. e B.T. s.p.a. e non contestato da controparte).

Non può certamente consentirsi che le società di un gruppo di emittenza, quale T., possano porre in essere atti di trasferimento di impianti e frequenze, peraltro in violazione della vigente normativa, e possano poi invocare la risoluzione degli accordi o la validità di questi a seconda delle contestazioni mosse dall'amministrazione, e in ragione della disciplina di settore, come progressivamente modificata dal legislatore.

9. – Le società appellate hanno riproposto i motivi di illegittimità costituzionale sotto vari profili dell'art. 3, commi 8-11, della legge n. 249/97.

Le questioni sollevate sono manifestamente infondate e comunque non rilevanti nei sensi che seguono:

a) la disposizione di cui all'art. 3, comma 11 della legge n. 249/97, che limita per ciascun soggetto ad una le concessioni televisive su frequenze terrestri in ambito nazionale per programmi in forma codificata non contrasta con gli artt. 3, 21 e 41 della Costituzione, per la diversa situazione in cui si trovano le emittenti che trasmettono in criptato, per le quali il legislatore può liberamente optare per il progressivo passaggio verso le trasmissioni via cavo o via satellite, in considerazione anche della limitatezza delle frequenze terrestri. La questione non è comunque rilevante, considerato che la stessa doveva al limite essere proposta mediante l'impugnazione degli atti applicativi della disposizione con cui il Ministero ha invitato il gruppo T. ad indicare la rete da dismettere, mai contestati invece dalle società appellate. La rilevanza della questione di costituzionalità di una norma postula, infatti, un rapporto diretto tra la norma sospettata di incostituzionalità ed il provvedimento impugnato, che non ricorre nel caso, come quello in esame, in cui l'applicazione della norma asseritamente illegittima sia stata effettuata con diverso e inoppugnato provvedimento, che costituisce un presupposto di quello impugnato: nel caso di specie, il gruppo T. non ha mai impugnato la nota del 16 dicembre 1997 con cui il Ministero, in diretta applicazione della norma sospettata di incostituzionalità, ha chiesto l'indicazione della rete da dismettere (vedi anche la risposta del 27 dicembre 1997 della capofila T. s.p.a., che ha appunto indicato la rete da dismettere in quella esercitata da O. TV). Di conseguenza, l'incostituzionalità della normativa che limita le trasmissioni in forma codificata su frequenze terrestri non può essere dedotta ora in sede di impugnazione di provvedimenti applicativi della non contestata individuazione della rete da dismettere e relativi alla sola ricognizione degli impianti della rete, indicata per la dismissione dallo stesso gruppo T.;

b) per le stesse ragioni è infondata e non rilevante la questione relativa alla asserita incostituzionalità della norma, nella parte in cui esclude dalla riassegnazione delle frequenze dismesse le emittenti che trasmettono in forma codificata (anche in questo caso la questione doveva al limite essere proposta nel giudizio avverso gli atti di riassegnazione delle frequenze e comunque appare coerente con il disegno del legislatore diretto al passaggio via cavo o via satellite dei programmi in criptato);

c) non è rilevante anche la questione della mancata previsione di una deroga dell'obbligo di copertura per le emittenti che trasmettono in criptato, tenuto conto che il punto attiene non alla disattivazione degli impianti esercitati dalla rete da dismettere, ma alla mancanza della deroga per le due reti residue;

d) non è rilevante la questione della prevista condizione per la prosecuzione dell'esercizio della rete terrestre della contemporanea trasmissione via cavo o via satellite, perché anche in questo caso riguarda le reti residue, e non quella da dismettere;

e) non rileva ed esula completamente dall'oggetto della controversia l'ulteriore questione dell'attribuzione all'Autorità garante del potere di stabilire il termine entro cui i programmi in criptato dovranno essere trasmessi esclusivamente via cavo o via satellite;

f) per le ragioni sopra esposte al punto a) è non rilevante, oltre che infondata, la questione di costituzionalità dell'art. 3, comma 11, della legge n. 249/97 in relazione agli artt. 3 e 41 della Costituzione ed al principio dell'affidamento.

10. – In conclusione, assorbito l'ultimo motivo proposto dalle appellanti in relazione all'illegittimità derivata dei singoli provvedimenti di disattivazione, gli appelli riuniti devono essere accolti e, in riforma della sentenza impugnata, devono essere respinti i ricorsi proposti in primo grado. (*omissis*)

SEZIONE QUINTA

GIURISPRUDENZA TRIBUTARIA

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 29 dicembre 1999 n. 14673 – Pres. Grieco – Rel. Fioretti – P.G. (diff.) Cafiero – D. e altri c. Ministero delle Finanze (avv. Stato Laporta).

Tributi erariali diretti – Irpef – Redditi diversi – Plusvalenze da esproprio – Percepite dopo il 31 dicembre 1991 in virtù di atti o provvedimenti anteriori al 31 dicembre 1988 – Imponibilità – Esclusione.

(legge 31 dicembre 1991 n. 413, art. 11 commi 1, 5, 6 e 9).

Le plusvalenze realizzate per effetto di procedimenti espropriativi, in base ad atti ablatori anteriori al 31 dicembre 1988, se percepite dopo il 31 dicembre 1991, non sono imponibili (1).

(omissis)

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo i ricorrenti denunciano violazione e/o falsa applicazione del comma 9 dell'art. 11 legge 413/91 con riferimento ai commi 5, 6 e 7 stesso articolo, assumendo che le somme percepite in qualunque momento sulla base di atti volontari o di provvedimenti emessi prima del 31 dicembre 1988 in nessun caso possono

(1) La Corte rileva, da una parte, che in base al TUIR (art. 82) i redditi diversi sono imponibili in quanto percepiti nel periodo d'imposta (principio di cassa), dall'altra, che la nuova imposizione delle plusvalenze da esproprio, pur confermando, al comma 5, tale principio, in dissenso dalla precedente decisione 12882/98, prevede una specifica disciplina transitoria, che, pur dando alla nuova imposta — assolta mediante ritenuta d'imposta del 20 per cento — una limitata retroattività (ne sono escluse le indennità percepite in base ad atti anteriori al 31 dicembre 1988 e riscosse nel triennio 31 dicembre 1988 - 31 dicembre 1991) il presupposto impositivo non sarebbe dato dalla riscossione della somma, ma dal decreto di esproprio (o dall'atto equipollente) che determina l'incremento di valore del bene ablato. La percezione non sarebbe che un elemento che completa la fattispecie impositiva. L'eccezionale rilevanza del titolo al credito deriverebbe dal collegamento tra tale atto e il triennio di retroattività, il che confermerebbe la idoneità di tali atti a esprimere una attuale espressione di capacità contributiva incidibile. La motivazione non è condivisibile ed è invero contraddittoria, sol che si ponga in evidenza come, se la fattispecie impositiva non è completata dalla percezione dell'indennità, essa non sussiste.

La conclusione cui perviene la sentenza di cui sopra è stata ribaltata dalla più recente e corretta giurisprudenza della Cassazione, Sez. tributaria, ormai consolidata (v. sentenza n. 1214/2000; 1315/2000; 2543/2000 e 14451/2000, quest'ultima pubblicata alla successiva pag. 329).

R.d.F.

essere soggette alla ritenuta di cui ai commi 5, 6 e 7 del citato art. 11, ciò perché il legislatore, nel successivo comma 9, assume come presupposto e, quindi, come momento impositivo quello della emissione dell'atto ablatorio o della stipula dell'atto volontario e non quello della erogazione delle somme dovute per l'espropriazione.

Nel caso in esame l'atto ablatorio, che costituisce il cosiddetto presupposto impositivo, risalirebbe al 1981 e cioè ad un'epoca anteriore di ben 11 anni rispetto all'entrata in vigore della legge e 8 anni rispetto all'inizio del periodo per il quale la legge in via del tutto eccezionale ha sancito la retroattività.

Con il secondo motivo i ricorrenti denunciano il contrasto della decisione impugnata con altra decisione della stessa Commissione Tributaria in identica materia, che con sentenza n. 421/2/95, pronunciata il 10 ottobre 1995, avrebbe accolto il ricorso proposto dagli eredi di O.W., aderendo alla tesi sostenuta dagli attuali ricorrenti.

Chiedono, infine, i ricorrenti, in via subordinata, di rimettere gli atti alla Corte Costituzionale, ritenendo censurabile il comma 9 dell'art. 11 della legge 413/91 nella ipotesi in cui venga interpretato nel senso che le indennità di esproprio, corrisposte e percepite successivamente all'1 gennaio 1989, anche se scaturenti da provvedimenti ablativi od atti volontari emessi o stipulati in data anteriore al 31 dicembre 1988, siano assoggettabili alla ritenuta alla fonte di cui all'art. 11 della legge n. 413/91.

Il ricorso è fondato per quanto di ragione.

L'art. 11, comma 1, lett. f) della legge 31 dicembre 1991, n. 413, modificando l'art. 81, comma 1, lett. b) del d.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917 (T.U. delle imposte sui redditi), ha incluso tra i redditi diversi «le plusvalenze realizzate a seguito di cessioni a titolo oneroso di terreni suscettibili di utilizzazione edificatoria secondo gli strumenti urbanistici vigenti al momento della cessione».

L'art. 11 *cit.*, stabilisce, al quinto comma, che le disposizioni di cui all'art. 81, comma 1, lett. b), ultima parte, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, introdotta dal su riportato comma 1, lettera f), si applicano anche alle plusvalenze conseguenti alla percezione, da parte di soggetti che non esercitano imprese commerciali, di indennità di esproprio o di somme percepite a seguito di cessioni volontarie nel corso di procedimenti espropriativi nonché di somme comunque dovute per effetto di acquisizione coattiva conseguente ad occupazioni di urgenza divenute illegittime relativamente a terreni destinati ad opere pubbliche o ad infrastrutture urbane all'interno delle zone omogenee di tipo A, B, C, D di cui al decreto ministeriale 2 aprile 1968, definite dagli strumenti urbanistici ovvero ad interventi di edilizia residenziale pubblica ed economica e popolare di cui alla legge 18 aprile 1962, n. 167, e successive modificazioni.

Il comma 6 dell'art. 11 estende il regime impositivo dei redditi diversi anche alle indennità di occupazione ed agli interessi comunque dovuti sulle somme di cui al comma 5.

Il successivo comma 7 definisce le modalità impositive dei redditi in questione.

Infine, il comma 9, stabilisce che le disposizioni di cui ai commi 5, 6 e 7 si applicano anche alle somme percepite in conseguenza di atti anche volontari o provvedimenti emessi successivamente al 31 dicembre 1988 e fino alla data di entrata in vigore della legge, se l'incremento di valore non è stato assoggettato all'imposta comunale sull'incremento di valore degli immobili.

Com'è agevole constatare dal su riferito quadro normativo, il legislatore ha incluso tutte le nuove fattispecie impositive, introdotte con i commi 1, 5 e 6 dell'art. 11 della legge 30 dicembre 1991, n. 413, nella categoria reddituale dei «redditi diversi», di cui all'art. 81 del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (T.U. delle imposte sui redditi).

I «redditi diversi», come si evince dal primo comma dell'art. 82 del citato d.P.R., ed in particolare dall'espressione «corrispettivi percepiti nel periodo di imposta», vengono tassati in base al principio di cassa, il che significa che l'obbligazione tributaria sorge non nel momento della loro maturazione (principio di competenza), ma in quello della loro percezione.

La tassabilità in base a detto principio è ribadita anche dal comma 5 dell'art. 11 della legge n. 413/91 su riportato, che fa riferimento al momento della «percezione», e dal successivo comma 7, che impone all'ente erogante di operare una ritenuta a titolo di imposta nella misura del 20 per cento «all'atto della corresponsione delle somme» dovute.

Questa corte, valorizzando esclusivamente detto momento, ha affermato il principio secondo cui la plusvalenza conseguita a seguito di risarcimento del danno da accessione invertita, corrisposto in epoca successiva all'entrata in vigore della legge 31 dicembre 1991 n. 413, è soggetta all'imposizione prevista dall'art. 11, commi quinto, sesto e settimo, della citata legge, ancorché il trasferimento del bene in virtù dell'occupazione acquisitiva sia avvenuto in epoca precedente al 31 dicembre 1988, essendo indifferente, ai fini della imposizione, la data della cessione volontaria o della emissione dei provvedimenti espropriativi o che accertino la accessione invertita, rilevando soltanto il momento della riscossione, che costituisce il presupposto impositivo (cfr. cass. n. 12882/98).

Questo collegio ritiene di non poter condividere tale orientamento giurisprudenziale.

Il comma 9 dell'art. 11 della legge 30 dicembre 1991, n. 413, su riportato, prevede l'applicazione retroattiva delle disposizioni dei precedenti commi, 5, 6 e 7, statuendo che dette disposizioni si applicano anche alle somme percepite in conseguenza di atti anche volontari o provvedimenti emessi successivamente al 31 dicembre 1988 e fino alla data di entrata in vigore della legge.

Da tale disposizione si evince che non è sufficiente, perché i redditi in questione possano essere assoggettati a tassazione, che le relative somme siano state percepite nel periodo compreso tra il 31 dicembre 1988 e la data di entrata in vigore della legge n. 413/91, ma è necessario che siano state percepite «in conseguenza di atti anche volontari o provvedimenti emessi successivamente al 31 dicembre 1988».

Data la sua genericità, appare necessario chiarire a cosa abbia inteso riferirsi il legislatore con l'espressione «atti anche volontari o provvedimenti».

A parte le indennità di occupazione e gli interessi di cui al comma 6, le altre fattispecie, che qui interessano, previste dal comma 5 della legge 30 dicembre 1991, n. 413, sono costituite da plusvalenze, da intendere come incremento del valore di scambio di un bene fra il momento in cui esso entra nel patrimonio di un soggetto e quello in cui ne esce (vedi in tal senso sentenza n. 315 del 1994 della Corte Costituzionale).

La plusvalenza presente nel patrimonio di un soggetto (cioè il suindicato incremento di valore) non è assoggettabile a tassazione fino a quando non viene realizzata. L'art. 81, comma 1, lett. b) del d.P.R. n. 917/86, nel cui ambito di applicazione rientrano anche le ipotesi previste dal comma 5 dell'art. 11 della legge n. 413/91, stabilisce, infatti, che costituiscono redditi diversi le plusvalenze «realizzate mediante cessioni a titolo oneroso». Da tale disposizione si ricava altresì che la realizzazione della plusvalenza richiede un atto di trasferimento della proprietà a titolo oneroso, in altre parole la realizzazione della plusvalenza è «conseguenza» di detto «trasferimento». Senza trasferimento non si ha realizzazione della plusvalenza e, quindi, non esiste reddito tassabile.

L'art. 11, comma 5, della legge n. 413/91 prevede tre ipotesi: a) la ipotesi in cui il trasferimento della proprietà avviene attraverso la emanazione di un decreto di espropriazione ed in tal caso «la realizzazione» della plusvalenza è «conseguenza» della emanazione di detto decreto; b) la ipotesi in cui il trasferimento della proprietà avviene a seguito di cessione volontaria nel corso del procedimento espropriativo ed in tal caso «la realizzazione» della plusvalenza «consegue» alla stipulazione dell'atto di cessione; c) la ipotesi in cui «il trasferimento» della proprietà (più propriamente l'estinzione del diritto di proprietà del privato e l'acquisto dello stesso diritto in capo all'ente al quale appartiene l'opera pubblica, che ha determinato la radicale ed irreversibile trasformazione del fondo del privato) si verifica per effetto «di acquisizione coattiva conseguente ad occupazioni di urgenza divenute illegittime» ed in tal caso la «realizzazione» della plusvalenza è «conseguenza» della occupazione acquisitiva.

Alla luce delle considerazioni che precedono, la espressione «le disposizioni di cui ai commi 5, 6 e 7 si applicano anche alle somme percepite in conseguenza di atti anche volontari o provvedimenti emessi successivamente al 31 dicembre 1988», di cui al comma 9 dell'art. 11 della legge 413/91, deve essere intesa nel senso che le disposizioni dei commi suindicati si applicano anche alle somme percepite, vale a dire alle plusvalenze realizzate, «in conseguenza» di decreti di espropriazione, cessioni volontarie avvenute nel corso del procedimento espropriativo, occupazioni acquisitive, intervenuti successivamente al 31 dicembre 1988, essendo questi gli atti che segnano il momento in cui il bene esce dal patrimonio di un soggetto e, quindi, gli atti cui «consegue», vale a dire, che costituiscono «causa» della realizzazione della plusvalenza e, che, pertanto, devono essere presi in considerazione al fine di stabilire il limite di retroattività della norma.

Appare opportuno osservare, incidentalmente, che nella generica espressione «atti anche volontari» può farsi rientrare anche l'occupazione acquisitiva, fondandosi questa su un «atto», anche se illecito, della Pubblica Amministrazione.

La bontà della su esposta interpretazione del comma 9 dell'art. 11 trova ulteriore conferma nel fatto che, nella ipotesi in cui, in diverse procedure espropriative, i decreti di esproprio siano stati pronunciati nella medesima data oppure vi siano occupazioni acquisitive verificatesi nello stesso momento, consente di escludere che le plusvalenze realizzate siano o meno assoggettate ad imposizione in dipendenza della maggiore o minore durata della procedura di liquidazione della indennità di espropriazione o del risarcimento del danno a causa delle più varie vicende — tra le quali la maggiore o minore sollecitudine della Pubblica Amministrazione nel com-

pimento degli adempimenti dovuti o dell'autorità giudiziaria chiamata a risolvere le relative contestazioni —, quindi, di escludere una situazione di irragionevolezza della disciplina legislativa, che, come giustamente osservato da autorevole dottrina, porrebbe la norma in aperto contrasto con l'art. 3 della Costituzione.

Alla luce di quanto precede, non appare condivisibile il principio, affermato da questa corte con la sentenza n. 6620 del 1997, secondo il quale non rileva, ai fini del prelievo fiscale retroattivo, previsto dall'art. 11, comma 9, della legge 30 dicembre 1991, il momento in cui si è verificata l'occupazione acquisitiva, rilevando che cadano nel triennio, compreso tra il 31 dicembre 1988 e la data di entrata in vigore della citata legge, sia la sentenza che ha liquidato la somma dovuta per il risarcimento del danno sia la percezione di tale somma, quale espressione di capacità contributiva.

Detta sentenza, infatti, non costituisce certamente l'atto mediante il quale viene realizzata la plusvalenza — che, come su dimostrato, è l'atto in virtù del quale l'immobile, che ha avuto un incremento di valore dal momento del suo acquisto, esce dal patrimonio del proprietario — e lega la imposizione della plusvalenza alle vicende liquidatorie del risarcimento del danno (o della indennità di esproprio), ponendo così la disposizione in parola in aperto contrasto con il principio di ragionevolezza sancito dall'art. 3 della Costituzione.

A questo punto deve osservarsi che la data del decreto d'esproprio, quella dell'atto di cessione volontaria, quella in cui deve ritenersi verificata la occupazione acquisitiva non costituiscono soltanto il momento al quale occorre fare riferimento per determinare la portata retroattiva del comma 9 dell'art. 11 della legge n. 413/91, che contempla la ipotesi in cui la percezione delle somme, che rilevano come plusvalenza realizzata, sia avvenuta prima dell'entrata in vigore della legge, ma segna anche l'ambito di applicazione dei commi 5, 6 e 7 dell'art. 11 anzi citato, nella ipotesi in cui la percezione delle somme, costituenti plusvalenza, sia avvenuta dopo l'entrata in vigore della legge.

La legge, come già detto, considera tra i redditi diversi non la mera riscossione di una somma di danaro, ma la plusvalenza realizzata, fattispecie che richiede, perché venga ad esistenza, il concorso dei seguenti elementi: 1) un incremento del valore di scambio di un bene fra il momento in cui entra nel patrimonio di un soggetto e quello in cui ne esce (incremento di valore in cui si sostanzia la plusvalenza); 2) un atto di cessione del bene a titolo oneroso; 3) il pagamento di un corrispettivo superiore al prezzo di acquisto (che fa emergere la plusvalenza e ne costituisce realizzazione).

La riscossione del corrispettivo (o meglio della somma di danaro corrispondente all'incremento di valore) non costituisce, pertanto, «il presupposto impositivo», come sembrerebbe opinare la sentenza n. 12882/98, ma soltanto l'elemento che completa la fattispecie impositiva; infatti, una determinata somma di danaro può qualificarsi realizzazione di una plusvalenza soltanto nel collegamento con gli altri elementi sopra indicati.

Data la struttura della fattispecie impositiva, costituita dalla plusvalenza realizzata, è evidente che la riscossione costituisce attuazione di un diritto che, nelle fattispecie in esame, normalmente sorge con l'atto di esproprio o di cessione volontaria o con il verificarsi della occupazione acquisitiva; pertanto la legge che preveda

nuove fattispecie impositive, come avvenuto con l'art. 11 della legge n. 413/91, ed entri in vigore dopo che sono intervenuti i fatti dai quali scaturisce il diritto di credito (diritto all'indennità di esproprio o diritto al risarcimento del danno), ma prima che tale diritto abbia avuto attuazione con la riscossione del credito, in realtà viene a colpire, con effetto retroattivo, un diritto già entrato in precedenza nel patrimonio di un determinato soggetto.

Tale conclusione trova conferma nella formulazione del comma 9 dell'art. 11 della legge n. 413/91, e precisamente nel fatto che il legislatore non si è limitato ad ancorare la retroattività della norma alla sola percezione delle somme, qualificabili come plusvalenza, successivamente al 31 dicembre 1988 e prima della entrata in vigore della legge, ma anche all'ulteriore fatto che successivamente al 31 dicembre 1988 fossero intervenuti il decreto di esproprio o la cessione volontaria dell'immobile nel corso del procedimento espropriativo o la occupazione acquisitiva, così riconoscendo la idoneità di tali fatti ad incidere sulla portata retroattiva della legge.

Atteso quanto precede, si impone la conclusione della imponibilità delle plusvalenze di cui al comma 5 dell'art. 11 della legge n. 413 del 1991, percepite dopo il 1° gennaio 1991, cioè dopo l'entrata in vigore della legge, soltanto se gli atti (decreto di esproprio, cessione volontaria dell'immobile nel corso del procedimento espropriativo, occupazione acquisitiva), mediante i quali viene realizzata la plusvalenza, sono intervenuti in epoca successiva al 31 dicembre 1988.

Nel caso che ne occupa, la percezione delle somme, qualificabili come plusvalenza, è avvenuta dopo l'entrata in vigore della legge su citata, mentre i decreti di esproprio degli immobili di proprietà dei ricorrenti sono stati emessi prima del 31 dicembre 1988.

Pertanto, deve essere esclusa la imponibilità della plusvalenza in questione, atteso che il suo riconoscimento attribuirebbe alla norma (comma 5 dell'art. 11 su citato) una portata retroattiva superiore a quella prevista dal legislatore.

Per quanto precede il ricorso deve essere accolto per quanto di ragione, non avendo alcuna rilevanza il denunciato contrasto della decisione impugnata con altra decisione della stessa commissione tributaria, emessa in identica materia, ma nei confronti di soggetti diversi. Conseguentemente la sentenza impugnata deve essere cassata. (*omissis*)

CORTE di CASSAZIONE, Sez. I, 5 gennaio 2000 n. 64 – Pres. Sensale – Rel. Di Palma – P.G. (conf.) Sepe - Ministero delle Finanze (avv. Stato De Giovanni) c. S. e altra.

Tributi erariali indiretti – Registro – Accertamento – Immobili non attributari di rendita catastale – Richiesta di valutazione automatica – Differenza tra il valore risultante dalla valutazione, dopo l'attribuzione di rendita, e quello dichiarato – Imposizione – Liquidazione – Definizione della lite ex art. 2 *quinquies* d.l. 564/94 – Esclusione.

(d.l. 30 settembre 1994 n. 564 conv. in legge 30 novembre 1994 n. 656, art. 2 *quinquies*).

La controversia avente a oggetto l'avviso di liquidazione per il recupero della differenza d'imposta tra quella calcolata sul valore dichiarato e quella risultante dalla successiva valutazione automatica dell'immobile trasferito, sulla base della rendita attribuita dall'UTE, non è definibile ai sensi dell'art. 2 quinquies d.l. 564/94, trattandosi di lite su mero calcolo dell'imposta sulla base di dati forniti dal contribuente e non su valutazioni ulteriori dell'Ufficio (1).

(omissis)

Considerato in diritto

— che, con l'unico motivo (con cui deduce «violazione e mancata applicazione dell'art. 2-*quinquies* della legge 30 novembre 1994 n. 656 — conv. d.l. 30/09/94 n. 564 —; violazione del d.P.R. 26/4/86 n. 131), il ricorrente sostiene che — siccome, alla specie, si applica il combinato disposto degli artt. 52 comma 4 del d.P.R. n. 131 del 1986 e 12 del d.l. n. 70 del 1988, conv., con mod., nella legge n. 154 del 1988: valutazione automatica in base a reddito catastale, su richiesta delle parti — essendo preclusa ogni attività di accertamento dell'ufficio e, quindi, ogni possibilità di controversia — sarebbe inapplicabile la definizione agevolata prevista dal condono del 1994; aggiunge, poi, che eventuali somme già versate dai resistenti non sarebbero rimborsabili, secondo quanto disposto dal predetto art. 2-*quinquies* comma 6;

— che il ricorso merita accoglimento, tenuto conto delle argomentazioni svolte da questa Corte, ed integralmente condivise dal Collegio, nella sent. n. 6611 del 1999;

— che il citato art. 2-*quinquies* del d.l. 30 settembre 1994 n. 564 (Disposizioni urgenti in materia fiscale), introdotto dalla legge di conversione, con modificazioni, 30 novembre 1994 n. 656, relativamente alle liti pendenti su atti impositivi che non riguardino esclusivamente l'irrogazione di sanzioni, accorda al contribuente la possibilità di determinarne l'estinzione mediante pagamento di una somma correlata al valore della lite medesima, identificando tale valore con la maggior somma reclamata o reclamabile dall'ufficio (commi 1, 2 e 4);

— che tali norme, alla luce del collegamento logico delle relative disposizioni, degli adempimenti stabiliti per la definizione e della *ratio* propria di ogni disciplina di condono tributario (riduzione del contenzioso a fronte di incassi immediati dell'Erario, anche se eventualmente inferiori a quelli conseguibili in esito alle decisioni delle cause), sono riferibili soltanto alle liti pendenti su pretese creditorie dell'Amministrazione finanziaria, ulteriori rispetto a quelle desumibili dagli elementi offerti dal contribuente, e, dunque, non sono invocabili per le controversie che hanno ad oggetto esclusivamente la correttezza di atti liquidatori, esaurendosi in un controllo sui criteri di fissazione del *quantum* dell'obbligazione tributaria secondo gli stessi dati forniti dal debitore d'imposta al fine della determinazione della base imponibile;

— che la concreta fattispecie è integrabile nella seconda delle cennate ipotesi, in quanto attiene alla liquidazione dell'in.v.im. in conformità dell'opzione — vin-

(1) Decisione di indubbia esattezza che corrisponde ad un orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza della Cassazione, Sez. tributaria.

colante — effettuata dai contribuenti, ai sensi dell'art. 12 d.l. n. 70 del 1988, conv., con mod., nella legge n. 154 del 1988, per ancorare l'imponibile al valore derivante dalla rendita assegnata all'immobile in sede di accatastamento, e, quindi, non è rivolta a rimettere in discussione richieste avanzate dall'Ufficio in via di revisione del valore dichiarato, ma soltanto a contestare le modalità e le regole applicate per il computo del tributo dovuto rispetto ad una base di tassazione pacifica;

— che, pertanto, in adesione alle osservazioni svolte dal ricorrente, deve rilevarsi la carenza dei presupposti per l'estinzione del giudizio *a quo*, annullarsi la pronuncia che tale estinzione ha confermato e disporsi il rinvio della causa, per l'esame nel merito delle questioni sollevate, ad altra Sezione della medesima Commissione tributaria regionale, la quale provvederà anche a regolare le spese del presente grado di giudizio. (*omissis*)

CORTE di CASSAZIONE, Sez. I, 25 gennaio 2000 n. 810 — Pres. Sgroi — Rel. Forte — P.G. (conf.) Gambardella - Ministero delle Finanze c. Soc. A.T.T.T.

Convenzioni internazionali — Italia - USA — Royalties a soggetti statunitensi — Esenzione — ILOR — Inapplicabilità.

(d.P.R. 30 dicembre 1980 n. 897, art. 31; d.P.R. 29 settembre 1973 n. 597, art. 19; d.P.R. 29 settembre 1973 n. 599, art. 1; d.P.R. 29 settembre 1973 n. 600, art. 25, u.c.; Convenzione 30 marzo 1955 ratificata con legge 19 luglio 1956 n. 943; scambio di note del 13 dicembre 1974 ratificato con legge 6 aprile 1977 n. 233).

Nel regime di cui alla Convenzione Italia-Usa del febbraio 1955, sono esenti dalle imposte sul reddito le royalties percepite da soggetti statunitensi, dopo l'entrata in vigore dell'art. 43 d.P.R. 897/80, che ha reso imponibile con ritenuta d'imposta tale fonte di reddito prima esclusa dalle stesse, solo per l'IRPEG e l'IRPEF, sole imposte richiamate dallo scambio di note del 13 dicembre 1974; di conseguenza, le royalties, non imponibili con ritenuta IRPEG, sono imponibili con l'ordinaria aliquota ILOR (1).

(*omissis*)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Nel 1987, la società statunitense A.T.T.T. impugnava dinanzi alla Commissione tributaria di 1° grado di Milano il rigetto dalla locale Intendenza di Finanza delle sue istanze del 1986 di rimborso dell'Ilor versata per il 1985 su imponibili costituiti da compensi per uso di brevetti (*royalties*) corrisposti in quell'anno da imprese in Italia. In parziale accoglimento del ricorso, la Commissione rideterminava al 10% l'aliquota dell'Ilor dovuta e ordinava il rimborso della differenza tra detta aliquota e quella del 16,2 pagata, in quanto la nuova convenzione tra Italia e Stati Uniti sulle doppie imposizioni, riguardava la sola conclusione del periodo d'imposta cui si rife-

(1) Vedi il commento alla sentenza 14253/00, pubblicata alla successiva pag. 304.

riva l'Ilor. Su gravame d'ambidue le parti la Commissione regionale per la Lombardia, con la sentenza di cui, in epigrafe, riformava la decisione, disponendo il rimborso richiesto dalla ricorrente, che aveva sostenuto con l'appello che l'art. 31 del d.P.R. 28 novembre 1980 n. 897 aveva assoggettato a ritenuta d'imposta le *royalties*, escludendo ogni altro tributo compresa l'Ilor; poiché l'art. 25 del d.P.R. 660/73, modificato dall'art. 43 d.P.R. 897/80, dal 1° gennaio 1982, assoggetta i compensi da *royalties* a ritenuta d'imposta del 30% sul 70% del loro ammontare e implicitamente escludeva ogni altra imposta mentre in precedenza il divieto di altre imposizioni riguardava le sole imposte erariali e non l'Ilor, doveva ritenersi che il nuovo testo normativo assoggettasse le *royalties* alla sola ritenuta indicata con esenzione dall'Ilor per effetto dell'art. 1 d.P.R. 599/73. La legge 11 dicembre 1985 n. 763 di ratifica della convenzione Italia-U.S.A. del 17 aprile 1984, in vigore dal 30 dicembre 1985, sanciva all'art. 28 che, per le imposte diverse da quelle prelevate alla fonte, l'accordo aveva effetto dal periodo d'imposta iniziato il 1° gennaio di quell'anno o successivamente, e quindi, per l'Ilor di cui alla richiesta di rimborso, era da evitare la doppia imposizione. Avverso tale sentenza ricorre per cassazione il Ministero delle Finanze per due motivi e la società non si difende.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. — Il primo motivo di ricorso deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 1, co. 2, lett. c), d.P.R. 29 settembre 1973 n. 599, in relazione all'art. 25, ultimo co. d.P.R. 29 settembre 1973 n. 600, modificato ex art. 43 d.P.R. 30 dicembre 1980 n. 897, e all'art. 8 della convenzione Italia-USA del febbraio 1955, resa esecutiva con legge 9 luglio 1966 n. 943 e allo scambio di note diplomatiche tra i due paesi del 13 dicembre 1974, approvato con legge 9 aprile 1977 n. 233, in relazione all'art. 360, 1° co. n. 3 c.p.c. e all'art. 62, 1° co., d.lgs. 31 dicembre 1992 n. 546. Per le *royalties* percepite da società degli Stati Uniti prima del vigore della legge 11 dicembre 1985 n. 763, di ratifica della convenzione Italia-USA del 17 aprile 1984, la Cassazione ha sempre affermato che esse «percepite in Italia, nel vigore della disciplina transitoria di cui allo scambio di note tra i due stati del 13 dicembre 1974, approvato con legge 6 aprile 1977 n. 233, si sottraggono all'Irpef e all'Irpeg e non all'Ilor che è dovuta, perchè l'art. 1 d.P.R. 29 settembre 1973 n. 599, escludendone la debenza per i redditi assoggettati a ritenuta alla fonte a titolo d'imposta, si riferisce ai soli proventi che effettivamente subiscono tale ritenuta, non a quelli che, pur essendo ad essa astrattamente esposti, godono in concreto d'esenzione» (in ricorso si citano le Cass.n.ri 8320/97, 1872/95, 3637/93). In base alla convenzione Italia-USA del 30 marzo 1955 ratificata con legge 943/66 il regime per evitare la doppia imposizione si fondava sul criterio della «residenza del percipiente» e non su quello del «luogo della fonte del reddito», con esenzione per le imprese degli U.S.A. da ogni imposta statale allora vigente (art. 8 conv. del 1955) e non da quelle locali: con la riforma del sistema tributario italiano vi fu un accordo per continuare ad applicare la convenzione del 1955, con riferimento all'Irpef e all'Irpeg e senza accenno all'Ilor per la quale, nel regime transitorio, non v'era esenzione, non potendo qualificarsi imposta statale. Le modifiche apportate dagli artt. 31 e 43 del d.P.R. 30 dicembre 1980 n. 897, applicabili ai

redditi prodotti dal 1° gennaio 1982, comportavano che nel 1985 erano soggette a tributi statali e a ritenute le *royalties* percepite da imprese estere per l'art. 19, 1° co. n. 9 d.P.R. 29 settembre 1973 n. 597 per l'Irpef, richiamato dall'art. 22, 2° co. d.P.R. 29 settembre 1973 n. 598 per l'Irpeg, con ritenuta del 30% sul 70% dei redditi (art. 25, 3° co. d.P.R. 600/73, che richiama i compensi dell'art. 19 n. 9 d.P.R. 597/73, modificato dal d.P.R. 897/80); tali redditi, per l'art. 1, 2° comma, lett. c), d.P.R. 599/73, erano esenti dall'Ilor, perché assoggettati a ritenuta. Dato che nel 1985 il regime speciale convenzionale transitorio per le società statunitensi che percepivano *royalties* in Italia non era ancora quello della ritenuta alla fonte ma l'altro di esenzione da Irpeg e Irpef, di cui al richiamato art. 8 della convenzione del 1955, per lo stesso art. 1 del d.P.R. 599/73, l'imponibile esente poteva essere soggetto ad Ilor, a differenza di quello assoggettato a ritenuta d'imposta; è irrilevante per il Ministero l'astratta assoggettabilità del reddito a ritenuta alla fonte se questa non si è avuta in concreto, avvenendo l'imposizione negli Stati Uniti.

2. – Il primo motivo è fondato perché l'art. 28 della convenzione del 1984 testualmente afferma: «1. La presente convenzione sarà ratificata secondo le relative procedure di ciascuno stato contraente e gli strumenti di ratifica verranno scambiati a Washington non appena possibile. 2. La convenzione entrerà in vigore alla data dello scambio degli strumenti di ratifica e le sue disposizioni si applicheranno: a) con riferimento alle imposte prelevate alla fonte, alle somme pagate o accreditate il, o successivamente al, primo giorno del secondo mese successivo alla data in cui la presente convenzione entra in vigore; b) con riferimento alle altre imposte ai periodi d'imposta che incominciano il, o successivamente al, 1° gennaio dell'anno in cui la presente convenzione entra in vigore. 3. ... La convenzione per evitare le doppie imposizioni e per prevenire le evasioni fiscali in materia di imposte sul reddito firmata a Washington il 30 marzo 1955 e lo scambio di lettere concernente l'applicazione di detta convenzione effettuato a Roma il 13 dicembre 1974 sono abrogati. Le loro disposizioni cesseranno d'avere effetto con riferimento alle imposte alle quali s'applicheranno le disposizioni della presente convenzione in conformità al paragrafo 2». La norma esclude ogni effetto della nuova convenzione fino allo scambio degli strumenti di ratifica da avvenire «appena possibile» a Washington e cioè non prima della vigenza della legge italiana di ratifica dell'11 dicembre 1985 n. 763, che per l'art. 3, decorre dal giorno successivo alla pubblicazione nella *G.U.* del 28 dicembre 1985, data d'entrata in vigore della legge di ratifica, dopo la quale può concepirsi lo scambio di strumenti di ratifica, con l'efficacia della convenzione che quindi deve ritenersi sia iniziata solo nel 1986, in quanto prima di tale anno, sia per la lettera A che per la lettera B del n. 2 dell'art. 28 *cit.*, la convenzione del 1984 non era vigente. Per l'anno 1985, cui si riferisce questo giudizio, quindi, i compensi per *royalties* erano soggetti alla disciplina di cui allo scambio di note del 1974 e l'Ilor non era dovuta solo se fosse stata in concreto effettuata la ritenuta alla fonte delle imposte di cui all'art. 25 d.P.R. 600/73 per i compensi dell'art. 19 n. 9 del d.P.R. 579/73 (Irpef) richiamato dall'art. 22 del d.P.R. 598/73 per l'Irpeg. Deve quindi accogliersi il primo motivo di ricorso, essendo stata violata dalla Commissione la convenzione del 1955 citata ancora vigente nel 1985, anno nel quale l'Ilor era dovuta per i compensi da sfruttamento di brevetti o licenze che le società italiane corrispondevano a quelle degli Stati Uniti d'A-

merica, che non erano assoggettati alla ritenuta alla fonte prevista per altre società estere che ricevevano redditi dello stesso tipo, per cui era da escludere ogni esenzione Ilor ex art. 1 d.P.R. 599/73, concernendo questa i soli redditi «assoggettati» in concreto a ritenuta e non quelli che alla stessa erano solo astrattamente soggetti in quanto tassati nello Stato del percipiente. Esclusa l'esistenza di qualsiasi ritenuta alla fonte sia nel regime della convenzione Italia-USA del 1955 che in quello successivo dello scambio di note diplomatiche di cui alla legge 9 aprile 1977 n. 233, i compensi per sfruttamento di licenze o brevetti di imprese U.S.A. erano esenti da Irpeg e Irpef e non assoggettati a ritenuta alla fonte nel 1985, e l'Ilor, costituente tributo locale e non erariale, doveva pagarsi, perché non c'era l'esenzione dell'art. 1 d.P.R. 599/73 relativa ai soli imponibili assoggettati a ritenuta d'imposta erariale alla fonte.

3. – Con il secondo motivo di ricorso si lamenta violazione e falsa applicazione dell'art. 1, co. 2°, lett. c), d.P.R. 29 settembre 1973 n. 600, modificato dall'art. 43, d.P.R. 30 dicembre 1980 n. 897 e dalla legge 11 dicembre 1925 n. 763, di ratifica della convenzione Italia-U.S.A. 17 aprile 1984, in rapporto agli artt. 360 n. 3 c.p.c. e 62, 1° co., D.Lgs. 30 dicembre 1992 n. 546, sostenendosi erroneamente nella sentenza impugnata che l'Ilor a decorrere dal 1985, sarebbe stata regolata dall'accordo Italia-USA del 1984, esecutivo con legge 763/85, in vigore dal dicembre 1985; in effetti l'art. 28 della nuova convenzione farebbe retroagire la sua efficacia al 1° gennaio 1985, per le imposte che non siano prelevate alla fonte (come l'Ilor), prelievo invece consentito a decorrere dal 1° febbraio 1986, con esenzione conseguente dall'Ilor dall'inizio del 1986 per l'art. 1, co. 2 lett. c), d.P.R. 599/72. La convenzione nuova consente l'esenzione Ilor delle *royalties* soggette a ritenuta alla fonte e, poiché l'assoggettamento è previsto dal 1° febbraio 1986, solo da tale data l'esenzione è da ritenersi operante. Il secondo motivo di ricorso ripete quanto dedotto nel primo, perché la sentenza ha falsamente applicato la convenzione del 1984, inefficace nel 1985, dovendosi escludere l'applicabilità in Italia di essa prima del 1986, per le ragioni esposte.

4. – La sentenza della Commissione Tributaria regionale va quindi cassata e non essendo necessari altri accertamenti di fatto, ex art. 384 c.p.c., va rigettata la richiesta di rimborso dell'Ilor versata nel 1985 sui redditi da *royalties* percepiti dalla società intimata. Equa è la totale compensazione delle spese di causa, per le difficoltà interpretative derivanti dalla successione delle convenzioni internazionali nel tempo in rapporto all'anno 1985. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Tributaria, 28 gennaio 2000 n. 993 – Pres. Cantillo – Rel. Marziale – P.G. (conf.) Nardi - Ministero delle Finanze (avv. Stato Cenerini) c. P.C. e altro.

Tributi erariali indiretti – Imposta di successione – Attivo – Diritto alla liquidazione della quota di una società semplice di cui era socio il defunto – Rettificabilità – Esclusione.

(c.c. artt. 2284, 2289; d.P.R. 637/72, artt. 20, 21, 22; d.lgs. 31 ottobre 1990 n. 346, artt. 16 e 18 D).

Nel vigore del d.P.R. 637/72 non erano soggetti a rettifica di valore, ai fini della liquidazione della imposta di successione, i diritti di credito, tra i quali rientra il diritto degli eredi al compenso per la liquidazione della quota della società semplice di cui il de cuius era socio; la diversa soluzione adottata dal testo Unico delle Successioni del 1990 non è retroattiva (1).

(*omissis*)

3. — L'Amministrazione finanziaria censura la sentenza impugnata sotto un duplice profilo, per aver escluso:

a) che il valore del diritto degli eredi alla liquidazione della quota sociale, indicato nella denuncia di successione, potesse — nel vigore del d.P.R. 26 agosto 1972, n. 637, applicabile al caso di specie — essere oggetto di verifica da parte dell'Amministrazione ai sensi dell'art. 26 del suddetto decreto;

b) che ai fini della determinazione del valore delle quote sociali potesse tenersi conto anche dell'avviamento. (*omissis*)

5. — La censura puntualizzata nella lettera «a» del § 3 è ammissibile, ma infondata.

Invero, la morte del socio di una società semplice determina lo scioglimento del rapporto sociale tra tale socio e la società e fa sorgere, in capo ai soci superstiti, l'obbligo di liquidare la quota agli eredi (art. 2284 c.c.). Gli eredi — sempre che i soci superstiti non decidano lo scioglimento anticipato della società o di continuare con essi la società — hanno diritto ad una somma «di danaro» pari al valore della quota, che deve essere loro corrisposta entro il termine di sei mesi dal giorno in cui si verifica lo scioglimento (art. 2289 c.c.).

Quest'ultima disposizione precisa, nel secondo comma, che la liquidazione della quota «è fatta in base alla situazione patrimoniale della società nel giorno in cui si verifica lo scioglimento» del rapporto e, quindi, attribuendo ai beni il loro valore *effettivo* e tenendo conto, altresì, del valore di avviamento, oltre che degli utili e delle perdite sulle operazioni in corso. Tale principio non ha peraltro natura cogente e può quindi essere derogato dalle parti, prevedendo, ad esempio, che la liquidazione sia effettuata in base all'ultimo bilancio di esercizio approvato e, quindi, sulla base di criteri prudenziali (art. 2423 *bis* c.c.) che non riflettono il valore reale del patrimonio sociale, e possono quindi portare ad una sottovalutazione della quota (Cass. 3 luglio 1967, n. 1622; 6 maggio 1969, n. 1534).

5.1. — Di qui la domanda se, ai fini dell'imposta di successione, il valore del diritto alla liquidazione della quota del defunto, acquisito dagli eredi ai sensi degli artt. 2284 e 2289 c.c., debba essere, anche in tal caso, rapportato al valore *effettivo* della quota sociale e, quindi, tenendo conto anche dell'eventuale valore di avviamento.

(1) Massima che si condivide pienamente.

Questa Corte, con reiterate pronunce, ha escluso che l'Amministrazione finanziaria, nel vigore del r.d. 30 dicembre 1923, n. 3270, avesse il potere di rettificare il valore indicato dagli eredi nella denuncia di successione come corrispondente al diritto alla liquidazione della quota sociale spettante al *de cuius* ponendo in evidenza che oggetto di successione, nell'ipotesi considerata, non è la quota già spettante al defunto, ma il *diritto di credito* alla sua liquidazione che, in quanto tale, non poteva essere oggetto di accertamento di maggior valore (Cass. 3 luglio 1967, n. 1622; 6 maggio 1969, n. 1534). Il d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 637, ha tenuto fermo tale principio, prevedendo la possibilità di un accertamento di maggior valore solo in relazione ai beni e ai valori specificamente menzionati dagli artt. 20 (beni immobili e diritti reali immobiliari), 21 (aziende, navi e aeromobili) e 22 (azioni, obbligazioni e quote sociali) dello stesso decreto. E deve quindi ritenersi — come riconosciuto dalla stessa Amministrazione finanziaria (Nota 27 novembre 1975, n. 321033) — che le conclusioni in precedenza raggiunte avessero conservato tutta la loro validità anche dopo l'emanazione del d.P.R. n. 637/72, dal momento che l'imposta di successione doveva pur sempre essere commisurata all'incremento di ricchezza conseguito dall'erede e che, anche nel vigore delle nuove norme, tale valore poteva non coincidere con il valore effettivo della quota sociale.

5.2. — Non rileva che il nuovo testo unico delle disposizioni in tema di imposta sulle successioni e donazioni, approvato con il d.lgs. 31 ottobre 1990, n. 346, richiami per la determinazione della base imponibile del diritto alla quota della liquidazione degli eredi i criteri stabiliti dall'art. 16 per la determinazione del valore *delle quote* sociali (art. 18, lett. *d*) e riconosca all'Ufficio, in relazione a tutti i beni e i diritti rientranti nell'attivo ereditario, il potere di rettificare i valori dichiarati dal contribuente (art. 32, terzo comma).

Vuoi perché tale disciplina, chiaramente innovativa, non è applicabile alle successioni aperte, come nel caso di specie, in epoca anteriore al 1° gennaio 1991 (art. 63), vuoi perché la formulazione dell'art. 16, facendo riferimento «al valore ... del patrimonio netto ... risultante dall'ultimo bilancio pubblicato» e prevedendo che solo «in mancanza di bilancio o inventario» possa prendersi in considerazione il «valore complessivo dei beni e dei diritti appartenenti all'ente o alla società al netto delle passività», indica che le partecipazioni sociali non quotate vanno stimate, in linea di massima, al valore di bilancio che, per quanto si è detto, non riflette quello effettivo del patrimonio sociale (*retro*, § 5). (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Tributaria, 18 febbraio 2000 n. 1841 — Pres. Cantillo — Rel. Graziadei — P.G. (diff.) Palmieri — Ministero delle Finanze (avv. Stato Laporta) c. Coop. C.

IVA — Obblighi del contribuente — Fatturazione — Irregolare — Obbligo di regolarizzazione — Fattispecie di erronea fatturazione come esente di prestazioni imponibile — Obbligo di regolarizzazione — Esclusione.

(d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 633 artt. 21 e 41 co. V).

L'obbligo del soggetto Iva di regolarizzare le fatture ricevute e annotate è limitato ai vizi che evidenzino la divergenza dallo schema legale della fattura, per errori, incompletezze o lacune, nelle indicazioni di cui all'art. 21 del d.P.R. 633/72, e non si estende al sindacato della imponibilità o meno della operazione, atteso che il precepto tende solo ad assicurare alla A.F. completezza informativa su quest'ultima e non il versamento del tributo, anche se omesso dal soggetto passivo emittente (1).

(omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

L'Ufficio-iva di Genova, in rettifica della dichiarazione presentata per il 1989 dalla S. coop. r.l. Compagnia unica fra i lavoratori delle merci varie del porto di Genova, le ha contestato violazione dell'art. 41 quinto comma del d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 633, per non aver regolarizzato le fatture che erano state emesse, senza applicazione dell'imposta, dal Consorzio autonomo del porto di Genova, relativamente ai canoni percepiti per la cessione in godimento di aree e fabbricati demaniali; ha reclamato il pagamento dell'imposta evasa ed applicato le connesse sanzioni pecuniarie per un ammontare complessivo di lire 409.583.000.

La Compagnia ha impugnato il relativo avviso, contestando l'applicazione di detta norma e comunque delle pene pecuniarie.

La tesi principale è stata condivisa dalla Commissione tributaria di primo grado di Genova.

La Commissione tributaria regionale della Liguria ha respinto l'appello proposto dall'Ufficio, osservando:

– che le fatture rilasciate dal Consorzio erano correttamente intestate, identificavano il canone riscosso, lo definivano quale versamento per il rinnovo di concessione demaniale marittima, e poi, nello spazio riservato al conteggio dell'iva, qualificavano il canone stesso come compenso non sottoposto a tassazione ai sensi dell'art. 1 del d.P.R. n. 633 del 1972;

– che la Compagnia, ricevendo fatture complete, non era tenuta a «denunciare» l'emittente, prospettando l'eventuale debenza dell'imposta, anche alla luce della qualità del Consorzio di ente pubblico e del ragionevole affidamento sulla conformità a legge del suo operato;

– che rimaneva di conseguenza ininfluente stabilire se le suddette operazioni fossero o meno soggette ad iva (questione dibattuta in separata controversia fra l'Ufficio ed il Consorzio).

(1) La decisione non è condivisibile. L'obbligo di regolarizzazione impone l'integrazione dei requisiti di cui all'art. 21, quindi, sicuramente, di tutti i requisiti formali dell'atto, ma va ricordato che dalla stessa può sorgere un obbligo di pagamento della maggiore imposta dovuta (ad esempio, per omissione sostanziale di una parte delle operazioni fatturate). Tale sindacato del soggetto tenuto alla regolarizzazione si estende anche al merito; poi, tra i requisiti di cui all'art. 21 c'è l'aliquota, la prestazione esente è ad aliquota zero e quindi chi riceve una fattura con l'aliquota errata riceve una fattura irregolare.

L'Amministrazione delle finanze, con ricorso notificato il 5 gennaio 1998, ha chiesto la cassazione della sentenza della Commissione regionale.

Premesso che la cessione in godimento di beni demaniali rientra fra le operazioni imponibili, ai sensi degli artt. 1, 3 e 4 del d.P.R. n. 633 del 1972, ove effettuata da un ente pubblico economico nell'esercizio d'attività d'impresa, l'Amministrazione sostiene che la responsabilità della Compagnia, per non aver rilevato l'applicabilità dell'imposta ed effettuato gli adempimenti stabiliti dal citato art. 41 quinto comma, non poteva essere esclusa in base al principio della tutela dell'affidamento incolpevole, trattandosi d'istituto estraneo all'ordinamento tributario e comunque non invocabile in via di deroga a specifici obblighi di legge.

La Compagnia ha replicato con controricorso e contestuale ricorso incidentale condizionato, rinnovando le deduzioni avanzate in sede di merito; ha poi depositato memoria illustrativa.

MOTIVI DELLA DECISIONE

I ricorsi devono essere riuniti, ai sensi dell'art. 335 cod. proc. civ.

L'art. 41 quinto comma lett. b) del d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 633 (riformulato dal d.P.R. 29 gennaio 1979 n. 24 e dal d.l. 2 marzo 1989 n. 69, convertito in legge 27 aprile 1989 n. 154, poi abrogato dal d.lgs. 18 dicembre 1997 n. 471 e sostituito dalle disposizioni dell'art. 6 di quest'ultimo), in base al quale il cessionario di un bene od il committente di un servizio, ricevendo fattura irregolare, è tenuto a «regolarizzare l'operazione», con la presentazione di un documento integrativo contenente tutte le indicazioni prescritte dall'art. 21 e con il versamento dell'imposta dovuta, restando soggetto in caso d'omissione pure a sanzione pecuniaria, implica l'obbligo di supplire alle mancanze commesse dall'emittente in ordine all'identificazione dell'atto negoziale ed alla notizia dei dati di fatto fiscalmente rilevanti, non anche di controllare e sindacare le valutazioni giuridiche espresse dall'emittente medesimo, quando, in fattura recante l'esatta annotazione di tutti i suddetti estremi, inserisca l'esplicita dichiarazione di non debenza dell'imposta (dichiarazione prevista dal sesto comma di detto art. 21), indipendentemente dalla questione della tassabilità o meno dell'operazione.

Questo principio, che comporta la reiezione del ricorso dell'Amministrazione, senza che occorra indagare sull'applicabilità dell'iva al rapporto sostanziale, e l'assorbimento del ricorso condizionato della Società, discende dalle considerazioni seguenti.

La norma in esame chiama il cessionario od il committente ad emendare «irregolarità» commesse dal debitore d'imposta in sede di fatturazione, e, quindi, ponendo obblighi correlati alla redazione di un documento, è riferibile ai vizi che ne evidenzino nel caso concreto la divergenza dallo schema legale, per errori, incompletezze o lacune di contenuto.

L'uso di detto termine nel suo significato proprio trova inequivoca conferma nel rilievo che la regolarizzazione richiesta al cessionario o committente consiste nel fornire le indicazioni dell'art. 21 del d.P.R. n. 633 del 1972, il quale appunto elenca gli elementi da inserirsi nella fattura.

L'inclusione, fra i compiti del cessionario o committente, di un apprezzamento critico, su quanto l'emittente di fattura completa dichiara in ordine alla non imponibilità dell'operazione, trasformerebbe l'obbligato in rivalsa in un collaboratore con supplenza in funzioni di esclusiva pertinenza dell'ufficio finanziario, e, dunque, andrebbe oltre la *ratio* di assicurare all'ufficio medesimo la conoscenza piena dei fatti rilevanti ai fini impositivi, introducendo una sorta di accertamento «privato» in rettifica della dichiarazione del debitore d'imposta.

Una dilatazione delle incombenze in discorso, nel senso voluto dall'Amministrazione, non sarebbe del resto coerente con il contestuale obbligo del soggetto tenuto alla regolarizzazione della fattura altrui di pagare l'imposta non versata o versata in misura insufficiente.

La tesi porterebbe ad esigere quel versamento prima che l'ufficio abbia controllato ed eventualmente rettificato la suddetta dichiarazione di non tassabilità dell'operazione, e quindi ad imporre il soddisfacimento di un credito non ancora accertato e fatto valere nel rapporto con il soggetto passivo, sulla mera base della prefigurabilità di una successiva iniziativa dell'ufficio stesso; il risultato sarebbe anomalo, e non scevro da dubbi di compatibilità con i precetti di cui agli artt. 3, 24 e 53 della Costituzione, in quanto si richiederebbe al cessionario o committente, solo perché debitore «finale» in esito alla rivalsa, una *solutio* di tipo anticipatorio e cautelativo rispetto a credito d'imposta non ancora esercitato.

La natura e la novità della problematica affrontata rendono equa la compensazione delle spese di questa fase del processo. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Tributaria, 18 febbraio 2000 n. 1850 – Pres. Cantillo – Rel. Graziadei – P.G. (conf.) Gambardella - Ministero delle Finanze (avv. Stato De Stefano) c. S.p.a. F.

Tributi in generale – Rimborso – Interessi anatocistici – Spettano.

(art. 1283 c.c.)

Sul credito da rimborso di tributi (nella specie, I.V.A.) spettano gli interessi anatocistici ai sensi dell'art. 1283 c.c. (1).

(*omissis*)

La Corte, considerato:

- che la S.p.a. F., impugnando il silenzio-rifiuto dell'Ufficio-iva di Roma, ha chiesto ed ottenuto dalla Commissione tributaria di primo grado di Roma il riconoscimento degli interessi di cui all'art. 1283 cod. civ. con riguardo a rimborso d'imposta;
- che la Commissione regionale del Lazio, con la sentenza dinanzi indicata, respingendo l'appello dell'Ufficio, ha condiviso la precedente decisione;

(1) Orientamento consolidato. Contra, la nota Cass., Sez. I, 23 settembre 1998 n. 9497, in questa *Rassegna*, 1999, I, 211.

– che l'Amministrazione finanziaria, con ricorso notificato il 19 novembre 1998, ha domandato la cassazione di detta sentenza, contestando l'applicabilità della citata norma rispetto ai crediti d'imposta, soggetti a disciplina speciale, non integrabile con le norme privatistiche;

– che la Società non ha presentato controdeduzioni;

– che l'art. 1283 cod. civ., secondo il quale gli interessi scaduti e dovuti almeno per sei mesi possono essere capitalizzati, producendo ulteriori interessi cosiddetti composti od anatocistici dal giorno della domanda giudiziale (o per effetto di convenzione posteriore alla scadenza), è norma dettata in generale per le obbligazioni pecuniarie, e come tale è idonea ad includere, in difetto di ragioni d'incompatibilità o di difforme previsione, i debiti pecuniari che nascono dal rapporto tributario, dato che la genesi e la funzione pubblicistiche del rapporto medesimo non toccano la paritarietà sostanziale delle posizioni di dare ed avere da esso costituite;

– che ragione d'incompatibilità non è ravvisabile nelle regole del processo tributario, accordanti tutela al contribuente in via d'impugnazione dello sfavorevole provvedimento dell'Amministrazione finanziaria, perché l'impugnazione stessa non perde i connotati della domanda giudiziale, e, se integri esercizio di un credito, devolve al giudice tributario anche il potere-dovere di emettere pronuncia di condanna all'adempimento (v. art. 19 primo comma del d.lg. 31 dicembre 1992 n. 546, ed in precedenza artt. 16, sesto e settimo comma, e 20, quarto comma, del d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 636);

– che situazione d'incompatibilità non può essere colta nella diversità di trattamento che si verificherebbe in pregiudizio della Amministrazione finanziaria, quando la controversia insorga con impugnazione di atto impositivo, atteso che l'indicata pariteticità delle posizioni delle parti del rapporto obbligatorio tributario consente all'Amministrazione stessa, opponendosi all'impugnazione, di tradurre la pretesa creditoria, esercitata con quell'atto, in domanda giudiziale, con la conseguenziale reclamabilità degli interessi in discorso nel concorso dei requisiti posti dall'art. 1283 cod. civ.;

– che eccezione alla disciplina codicistica, in tema d'iva, non è identificabile nell'art. 38 *bis* del d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 633, perché la norma si occupa degli interessi sulle somme da rimborsare, stabilendone decorrenza e tasso, e dunque deroga soltanto in proposito alle comuni disposizioni privatistiche, senza alcun riferimento all'eventualità in cui il credito per interessi ultrasemestrali scaduti rimanga a sua volta insoddisfatto e sia fatto valere in giudizio;

– che i riportati principi con i quali il Collegio aderisce e dà continuità al più recente orientamento di questa Corte, espresso con la sentenza n. 552 del 22 gennaio 1999 e poi ribadito con la sentenza n. 9273 del 3 settembre 1999 (in dissenso rispetto alla precedente sentenza n. 6310 del 10 luglio 1996, peraltro resa in materia d'imposta di fabbricazione), hanno trovato indiretto conforto nell'ordinanza della Corte costituzionale n. 266 del 19 luglio 1996, la quale ha dichiarato manifestamente infondata la questione d'incostituzionalità del menzionato art. 38 *bis*, sollevata sotto il profilo dell'ingiustificata deroga all'applicazione dell'art. 1283 cod. civ., negando che siffatta deroga sia introdotta dalla norma tributaria;

- che i principi medesimi impongono la reiezione del ricorso dell'Amministrazione;
- che non vi è luogo a provvedere sulle spese del presente giudizio in assenza d'attività difensiva della parte intimata;

P.Q.M.

- rigetta il ricorso. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Tributaria, 18 febbraio 2000 n. 1851 – Pres. Cantillo – Rel. Graziadei – P.G. (conf.) Nardi - Ministero delle Finanze (avv. Stato De Bellis) c. Spa C.S.L.

IVA – Detrazione – Canoni di *leasing* – Detrazione da parte del concedente – Mancata consegna del bene da parte del fornitore al concessionario, all'insaputa del concedente – Spettanza della detrazione – Insussistenza.

(art. 19 d.P.R. 29 settembre 1973 n. 633).

Il concedente di un bene in leasing a utilizzatore che detto bene non abbia ricevuto dal fornitore, all'insaputa del concedente medesimo, non può detrarre l'iva assolta sulla fattura di acquisto del bene dal fornitore, perché mancando la messa a disposizione del concessionario di tale bene non si realizza la causa tipica del contratto di leasing, sicché l'intera operazione è radicalmente inesistente (1).

(*omissis*)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

L'Ufficio-iva di Torino, in rettifica della dichiarazione presentata per il 1986 dalla S.p.a. C.S.L., ha escluso che questa potesse detrarre la somma di lire 53.460.000, addebitata in rivalsa dalla S.n.c. CMT con fatture inerenti alla fornitura di beni oggetto di *leasing*, sul rilievo dell'inesistenza delle corrispondenti operazioni.

L'impugnazione del relativo avviso da parte della contribuente è stata respinta dalla Commissione tributaria di primo grado di Torino.

La Commissione tributaria regionale del Piemonte ha invece annullato l'accertamento, osservando che detta detrazione era in sé giustificata dal fatto che la C.S.L., come risultava dalla sua regolare documentazione contabile (bolle di ac-

(1) Dato che il *leasing* è un contratto trilatero la simulazione di parte di esso ad opera di due dei contraenti, e la stretta connessione tra le obbligazioni delle parti comportano la nullità del contratto nel suo insieme; ma, e questo rileva soprattutto ai fini dell'IVA (al fine di escludere che l'acquisto del bene da parte del concedente ignaro possa dare diritto alla detrazione), possa la prima operazione (acquisto finanziato) causa la simulazione del contratto e non realizza le finalità d'impresa tipiche; non essendo inerente, non dà luogo a deduzione.

compagnamento e verbale di consegna), aveva effettivamente versato, in qualità di concedente-finanziatrice, le somme (comprendenti l'iva) fatturate dalla CMT per la fornitura di beni destinati agli utilizzatori, e che non era influente l'eventualità di un accordo illecito fra la CMT e gli utilizzatori, nel senso della stipulazione di vendite apparenti allo scopo di finanziarsi con il denaro versato dalla C.S.L., non essendo dimostrata la partecipazione di quest'ultima al relativo patto simulatorio.

L'Amministrazione delle finanze, con ricorso notificato il 13 marzo 1998, ha chiesto la cassazione della sentenza della Commissione regionale, con due censure connesse, criticandola per aver ritenuto regolare la contabilità della C.S.L., senza vagliare gli elementi contrari offerti dal verbale della Guardia di finanza e senza considerare l'assenza di reali rapporti commerciali fra la CMT e la C.S.L., ed inoltre per non aver tenuto conto che l'indicato patto fraudolento, indipendentemente dalla partecipazione della concedente, comunque determinava l'indetraibilità dell'iva da essa versata per operazioni inesistenti.

La C.S.L. ha replicato con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorso è fondato, sulla scorta e nei limiti delle osservazioni seguenti.

La cosiddetta locazione finanziaria integra un'operazione trilaterale, la quale si articola in due contratti, strettamente collegati ed entrambi stipulati dalla società concedente: l'acquisto per conto dell'utilizzatore di un determinato bene dal fornitore e la sua cessione in godimento (e poi eventualmente in proprietà) all'utilizzatore medesimo.

Il preminente interesse dell'utilizzatore, in ordine alla scelta della cosa, alla puntualità della sua consegna ed al controllo della rispondenza della stessa alle previsioni negoziali, può comportare, e di regola comporta che dette fasi del rapporto siano direttamente seguite dall'utilizzatore, senza intervento del concedente.

Tali aspetti della vicenda, oltre che implicare esonero del concedente da responsabilità per inadempimento del fornitore all'obbligo della consegna o per vizi del bene (v. Cass. nn. 10926 del 2 novembre 1998, 6412 del 30 giugno 1998, 4367 del 16 maggio 1997, 2885 del 3 aprile 1997), rendono ipotizzabile un accordo fra fornitore ed utilizzatore nei termini prospettati dalla Commissione regionale, nel senso cioè della simulazione della compravendita, all'insaputa del concedente, per tradurre il prezzo da quest'ultimo sborsato in un prestito.

Nella predetta ipotesi si altera radicalmente la consistenza del rapporto, perché viene a mancare *ab initio* il trasferimento del bene in proprietà del concedente (non soltanto il passaggio della disponibilità di esso per effetto di omessa consegna), e quindi viene a mancare l'antecedente necessario della cessione all'utilizzatore, restandosi sul piano del mero finanziamento.

L'assenza di un atto traslativo osta a che il concedente possa portare in detrazione l'ammontare che la fattura rilasciata dal fornitore (o meglio dall'apparente fornitore) indichi quale iva addebitata a titolo di rivalsa.

Tale detrazione, ai sensi dell'art. 19 primo comma del d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 633, non riguarda ogni somma che le parti definiscano come addebito d'iva da

aggiungersi al corrispettivo di compravendita, non dipende dalla sola enunciazione nella fattura di detta causale, ma esige che il relativo versamento sia il prezzo pagato per acquistare un bene inerente all'esercizio d'impresa; dunque postula l'effettività dell'acquisto e dell'ingresso del bene stesso nel patrimonio del compratore, quale presupposto indispensabile per la configurabilità (ed il riscontro) dell'indicata inerenza, e va esclusa, in caso contrario, a prescindere da un diverso convincimento del *solvens*, anche se incolpevole.

Il principio, in linea con l'indirizzo espresso da questa Corte con la sentenza n. 5038 del 24 maggio 1999, si armonizza con la «neutralità» dell'iva per i beni inerenti all'attività d'impresa, giustificata proprio dall'effettività della loro acquisizione finalizzata a successivi passaggi verso il consumatore «finale», ed inoltre trova inequivoca conferma nel rilievo che il concedente in buona fede, avendo subito addebito per iva in relazione ad un bene che in realtà non è mai entrato nel suo patrimonio e non è stato conferito in godimento all'utilizzatore, ha facoltà di recuperare dal fornitore (apparente) il pagamento non dovuto, di modo che verrebbe a beneficiare di un arbitrario arricchimento se potesse anche portare in deduzione la stessa somma; coerente si appalesa invece l'assoggettamento del fornitore, che ha posto in essere (d'accordo con l'utilizzatore) la fittizia compravendita, tanto all'azione di ripetizione del concedente, quanto alla perdita dell'iva versata all'Amministrazione (art. 21 ultimo comma del d.P.R. n. 633 del 1972), vertendosi in tema di sanzione per il suo comportamento fiscalmente illecito.

Al riportato criterio non si è attenuta la Commissione regionale, che, dopo aver ritenuto possibile un accordo «truffaldino» fra la CMT e gli utilizzatori con il contenuto sopra indicato, doveva indagare sul verificarsi in concreto della relativa ipotesi, in ragione di quanto sopra considerato sull'ininfluenza, ai fini in discussione, del mancato coinvolgimento e della buona fede della C.S.L.

Pertanto, con l'accoglimento del ricorso, va cassata la pronuncia impugnata, e disposta la prosecuzione della causa in sede di rinvio, per un riesame che si conformi al principio dinanzi enunciato.

Al Giudice di rinvio, da designarsi in altra Sezione della medesima Commissione regionale, si affida anche la statuizione sulle spese del giudizio di legittimità. (*omissis*)

CORTE di CASSAZIONE, S.U., 25 febbraio 2000 n. 45 – Pres. Vela – Rel. Olla – P.G. (conf.) Cinque – Fallimento Soc. E.S. c. Ministero delle Finanze (avv. Stato De Stefano).

IVA – Rettifica – Ispezione – Libri e documenti di cui è rifiutata l'esibizione – Utilizzabilità – Esclusione – Condizioni – Dolo – Necessità.

(d.P.R. 26 ottobre 1972, art. 52, comma V).

L'inutilizzabilità delle scritture contabili e dei documenti non esibiti in sede di ispezione, a favore del contribuente che successivamente impugni l'avviso di rettifica, richiede un positivo e doloso comportamento di rifiuto di esibizione,

non rilevando una mera dichiarazione di non possedere le scritture, per quanto la diligente conservazione delle stesse sia un dovere sanzionato anche in caso di colpa (1).

(omissis)

Nella dichiarazione ai fini I.V.A. relativa all'anno 1980, la contribuente Società E.S. s.r.l. rappresentò un credito di imposta di L. 44.000.000, e ne chiese il rimborso.

Ai fini dell'accertamento della fondatezza dell'istanza, l'Ufficio I.V.A. di Cagliari effettuò una verifica presso la sede della società, nel frattempo dichiarata fallita, alla presenza del Curatore fallimentare.

Nel corso dell'accertamento non vennero rinvenute alcune fatture, pur annotate nei registri contabili. Sulla base di questa constatazione, con avviso notificato l'11 novembre 1982, l'Ufficio rideterminò il credito di imposta riducendolo a L. 15.892.000, ed inflisse una sanzione pecuniaria pari a L. 18.692.000.

L'Amministrazione fallimentare impugnò l'accertamento davanti alla Commissione Tributaria di 1° grado di Cagliari. Nel corso del relativo processo, produsse le fatture e la documentazione idonea dimostrare la sussistenza del diritto al rimborso dell'I.V.A. nell'ammontare indicato nella dichiarazione presentata nel 1981.

L'Ufficio eccepì che, a norma dell'art. 52 comma 5 d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 633, quella documentazione non poteva essere presa in considerazione perché non era stata prodotta in sede di verifica.

L'Amministrazione fallimentare replicò sostenendo che la disposizione normativa invocata dall'Ufficio trova applicazione unicamente nell'ipotesi in cui il contribuente abbia dichiarato falsamente di non possedere la documentazione, e non anche quando l'omessa esibizione consegua all'effettiva mancanza del possesso, da

(1) Le Sezioni Unite compongono un contrasto (ricordato in sentenza) fra tre orientamenti, l'uno che affermava sufficiente la coscienza e volontarietà della dichiarazione di non possedere le scritture richieste in sede di accesso e ispezione, l'altro che richiedeva altresì la sussistenza dell'elemento psicologico, indifferentemente il dolo o la colpa, secondo i principi generali in materia di sanzioni amministrative, l'ultimo il dolo, ai fini della operatività della preclusione di utilizzare a proprio vantaggio le scritture non esibite. La tesi accolta dipende dalla esegesi del termine *rifiuto* contenuto nella disposizione, termine che indica un comportamento necessariamente volontario e previsto, intenzionale. Ora, il quinto comma prevede anche che al rifiuto è equiparata la 'dichiarazione di non possedere' dette scritture. Tale comportamento equivalente sarebbe un 'sintomo' del rifiuto, un comportamento tipico che lo fa presumere: indubbiamente anche la 'dichiarazione di non possedere' è un comportamento che richiede quanto meno la colpa, non essendo sufficiente la coscienza e volontà; chi la rende, infatti, si priva del diritto alla difesa e riceve una sanzione, quindi — essendo suo dovere tenere le scritture e indicare l'eventuale depositario delle stesse — deve valutarne il significato. D'altronde la non disponibilità delle scritture può dipendere da un colpevole, ma obiettivo, smarrimento; ad ammettere la sufficienza della colpa si finisce per sanzionare il mero non possesso. La conclusione è che la dichiarazione deve essere falsa, dolosamente non veridica, per poter essere ragionevolmente equiparata al rifiuto. La lettura della norma è conforme alla giurisprudenza prevalente, e non è etimologicamente giustificabile un significato 'colposo' del termine suddetto; chi rifiuta vuole e si oppone.

qualsiasi ragione determinato, ed a *fortiori* se incolpevole. Tanto è proprio quello che si era verificato nella specie, atteso che i documenti necessari ai fini della dimostrazione della sussistenza del credito d'imposta, non si trovavano nella sede della società, per essere stati inviati a Milano ai fini della loro produzione in un giudizio in corso davanti a quel Tribunale.

Con decisione 6 luglio 1983, la Commissione tributaria adita fece propria l'interpretazione dell'art. 52 comma 5 d.P.R. n. 633/1972 prospettata dalla Amministrazione fallimentare; dichiarò che i documenti dalla stessa prodotti in sede contenziosa potevano essere presi in considerazione; ed accolse il ricorso per quanto di ragione.

La pronuncia fu confermata dalla Commissione Tributaria di 2° grado di Cagliari, davanti alla quale l'Ufficio aveva proposto appello, con decisione del 10 gennaio 1984.

La statuizione è stata riformata dalla Commissione Tributaria Centrale — alla quale l'Ufficio aveva proposto impugnazione — con la decisione 11 novembre 1996 n. 5650.

La Commissione Centrale ha fondato la pronuncia sul principio che la «sanzione» di cui al comma 5 dell'art. 52 d.P.R. n. 633/1972 trova applicazione per il «semplice fatto che oggettivamente i documenti sono stati sottratti alla verifica», e, dunque, pure in presenza di un «comportamento anche semplicemente omissivo del contribuente ... anche in buona fede ... [e dovuto ad] errore non scusabile anche di fatto: dimenticanza, disattenzione, carenze amministrative, ecc.».

Il Fallimento s.r.l. Società E.S. ha proposto ricorso per cassazione affidato ad un unico motivo d'annullamento illustrato da due memorie.

L'intimata Amministrazione Finanziaria dello Stato resiste con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. — L'art. 52 d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 633 (sia nel testo in vigore nel 1980 — epoca dei fatti in ordine ai quali è controversia — che nel testo successivamente novellato) dispone che ai fini dell'accertamento dell'imposta sul valore aggiunto, nonché della repressione dell'evasione e delle violazioni, possono essere effettuati «accessi» — e nel loro corso, «ispezioni documentali, verificazioni, ricerche ed ogni altra rilevazione ritenuta utile» — innanzi tutto, nei locali del contribuente destinati all'esercizio d'attività commerciali, agricole, artistiche o professionali; inoltre, purché previa autorizzazione del Procuratore della Repubblica ed in presenza di specifiche circostanze, in locali del contribuente adibiti «anche ad abitazione», ed in ulteriori «locali diversi».

Il medesimo articolo, poi, nel disciplinare in particolare le «ispezioni documentali» consentite negli accessi, stabilisce, nel quarto comma, che l'ispezione «si estende a tutti i libri, registri, documenti e scritture che si trovano nei locali, compresi quelli la cui tenuta e conservazione non sono obbligatorie»; nonché, nel quinto comma, sia che «i libri, registri, scritture e documenti di cui è rifiutata l'esibizione non possono essere presi in considerazione a favore del contribuente ai fini dell'accertamento in sede amministrativa o contenziosa», e sia che «per rifiuto di esibizione si intendono anche la dichiarazione di non possedere i libri, registri, documenti e scritture e la sottrazione di essi alla ispezione».

Con riferimento alla specifica ipotesi della «dichiarazione di non possedere i libri, registri, documenti, scritture» sono state proposte tre opzioni ricostruttive della fattispecie astratta cui la norma ricollega l'effetto della preclusione alla successiva valutazione dei documenti non esibiti nel corso dell'accesso.

a) Il primo orientamento (peraltro mai recepito dalla giurisprudenza di questa Corte Suprema) ritiene sufficiente la coscienza e la volontarietà della dichiarazione di non possedere.

Da ciò il principio che la preclusione consegue alla mera circostanza che, per effetto della dichiarazione di non possedere, nel corso dell'accesso non è stato possibile effettuare l'ispezione del documento richiesto.

b) Il secondo orientamento (recepito dalla sentenza della 1^a sezione civile n. 7161 dell'8 febbraio 1995) nega, preliminarmente, che possa essere condivisa l'affermazione circa la sufficienza, ai fini dell'elemento psicologico della fattispecie, della sola coscienza e volontà della dichiarazione di non possedere. Tanto, sulla base del rilievo che nell'ambito dell'ordinamento positivo tributario, per l'applicabilità di qualsiasi sanzione (e, dunque, anche della preclusione della quale si tratta, qualunque ne sia la natura giuridica) occorre, oltre che la coscienza e la volontà della condotta, anche la sussistenza dell'elemento psicologico del dolo o della colpa.

Sostiene, poi, che, peraltro, al predetto fine non è necessario il dolo, ma è sufficiente la colpa; e che siffatto elemento psicologico sussiste quando l'evento che il precetto mira ad evitare (la mancata ispezione dei documenti da parte dell'agente che effettua l'accesso) sia causato da negligenza, imprudenza ed imperizia, ovvero da inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline.

Ne trae che la fattispecie (oggettiva e soggettiva) determinante la preclusione si verifica tutte le volte che la dichiarazione di non possedere, anche se veritiera, consegue ad un mancato possesso colpevole. Più analiticamente, che — stante il dovere del contribuente IVA di tenere i documenti a disposizione degli agenti accertatori — detta fattispecie sussiste tutte le volte: che la dichiarazione non sia veritiera; che il documento si trovi in luogo diverso da quello indicato nelle dichiarazioni *ex art. 35 d.P.R. n. 633/1975*, salvo che il contribuente indichi la persona del possessore, esibisca la specifica attestazione di questo terzo circa l'effettivo possesso, ed il terzo non si opponga all'accesso o non esibisca a sua volta il documento; che il documento, infine, non sia effettivamente rinvenibile, ma per una ragione al cui verificarsi abbia concorso l'imprudenza, la negligenza o l'imperizia del contribuente: ad esempio, lo smarrimento o il mancato rinvenimento determinati da scarsa cura del contribuente nella sua tenuta a conservazione, e non ne sia possibile l'immediata esibizione ed ispezione.

Ne trae, altresì, che, stante la presunzione di sussistenza della colpa, ai fini dell'ammissibilità della «presa in considerazione» dei documenti dei quali nel corso dell'accesso aveva dichiarato il mancato possesso e dei quali sostenga poi di avere riacquisito la disponibilità, il contribuente ha l'onere di dimostrare, oltre che la veridicità della dichiarazione, la legittimità dello spostamento del documento e l'incolpevolezza del non possesso, in quanto conseguente a forza maggiore o a caso fortuito.

Nel contempo, fonda su tre distinte ragioni, di carattere e portata sistematica, il nucleo centrale della costruzione accolta, ossia la sufficienza dell'elemento psicologico della colpa.

— La prima ragione è ancorata all'assunto che il divieto di prendere in considerazione i documenti non esibiti all'atto dell'accesso si configura quale «sanzione accessoria» (giustificata preminentemente dalla volontà di scongiurare verifiche vanificabili da una tardiva esibizione) della sanzione amministrativa pecuniaria «comminata per gli stessi fatti» dall'art. 45 c. 1 d.P.R. n. 633/1972. Inoltre, alla deduzione secondo cui, dal dato positivo che ad integrare l'elemento psicologico legittimante la sanzione principale è sufficiente la colpa, discende necessariamente che anche ai fini dell'applicazione della sanzione accessoria non può che essere sufficiente la colpa.

— La seconda ragione si riallaccia alla disposizione di cui al comma 10 dello stesso art. 52 (introdotta dall'art. 33 c. 6 d.P.R. 29 settembre 1973 n. 600) per la quale «se il contribuente dichiara che le scritture contabili o alcune di esse si trovano presso altri soggetti deve esibire una attestazione dei soggetti stessi recante la specificazione delle scritture in loro possesso. Se l'attestazione non è esibita o il soggetto che l'ha rilasciata si oppone all'accesso o non esibisce in tutto o in parte le scritture, si applicano le disposizioni del quinto comma», cioè le «scritture non possono essere prese in considerazione a favore del contribuente ai fini dell'accertamento in sede amministrativa o contenziosa».

Difatti, si osserva, nell'ipotesi del comportamento negativo del terzo la sanzione ricade sul contribuente nonostante che un suo «dolo ... sia difficile da configurare», e questo rilievo non può che legittimare la conclusione che anche nell'ipotesi principale della quale si tratta non può che essere sufficiente la colpa.

— La terza ragione, da ultimo, è ravvisata nella «equiparazione normativa *quoad effectum* [della dichiarazione di non possesso] al rifiuto di esibizione e nella ragione d'essere di tale equiparazione, sicuramente individuabile nell'esigenza di contemperare il diritto di difesa del cittadino col principio di buona amministrazione, parimenti costituzionale (art. 97 Cost.) e, quindi, non disinvoltamente sacrificabile in presenza di comportamenti che ne ostacolano ingiustificatamente la realizzazione».

c) Il terzo orientamento (del tutto prevalente, in quanto accolto dalle sentenze della 1^a Sezione civile 3 agosto 1990 n. 7804, 17 gennaio 1995 n. 480, 9 maggio 1997 n. 4058, nonché nella sentenza — non massimata ed inedita — 10 agosto 1995 n. 8772 che ha escluso l'elemento soggettivo in presenza della dichiarazione di un curatore fallimentare di non avere ancora reperito la documentazione richiesta o che la stessa è momentaneamente irreperibile) ritiene necessaria, invece, l'intenzionalità del comportamento, e quindi, il dolo.

L'argomentazione proposta a giustificazione dell'affermazione ha la sua premessa nel rilievo che la ricostruzione del precetto normativo deve essere condotta sulla base di un'interpretazione sistematica dell'intero disposto del quinto comma dell'art. 52.

Su questa premessa assume, da un canto, che l'indagine esegetica non può prescindere dalla constatazione che tra l'ipotesi che ne occupa e le altre disciplinate nel quinto comma dell'art. 52 esiste un inscindibile collegamento, e che queste ultime sono univocamente dolose; dall'altro che questi dati non possono che imporre la conclusione che, ai fini della realizzazione degli elementi oggettivi e soggettivi del comportamento che determina la preclusione, occorre — in ogni caso e, perciò, anche nell'ipotesi della dichiarazione di non possedere — oltre che la coscienza e la volontà della dichiarazione, anche il dolo, ossia la volontà del contribuente di impe-

dire l'ispezione del documento; con la conseguenza, allora, che ad integrare i presupposti della preclusione non è sufficiente «neppure la dichiarazione di non essere in grado, per mera negligenza, di reperire al momento i documenti».

Ad ulteriore conforto, aggiunge, vale la difficoltà di individuare i presupposti della colpa (in concreto, dei doveri del contribuente strumentali all'ispezione dei documenti già in sede di accesso) «non imponendo la legge alcun obbligo di collaborazione al contribuente assoggettato a ispezione della Guardia di Finanza» (Cass. 9 maggio 1997, n. 4058).

2. – Nella sua decisione ora impugnata in sede di legittimità, la Commissione Tributaria Centrale ha fatto proprio il secondo dei richiamati orientamenti.

Infatti, ha affermato che a legittimare la successiva inammissibilità della presa in considerazione dei documenti non esibiti in sede di accesso con la giustificazione del loro mancato temporaneo possesso, non occorre la volontà di impedire l'ispezione dei documenti, ma è sufficiente la colpa; ed ha conseguentemente statuito che le fatture delle quali in sede d'accesso, il curatore (subentrato al contribuente fallito nelle more) aveva dichiarato di non avere la disponibilità, non possono essere prese in considerazione a conforto della tesi difensiva, nonostante fosse rimasto accertato che le stesse erano state momentaneamente trasferite altrove, per essere prodotte in un giudizio civile pendente davanti all'Autorità giudiziaria ordinaria.

Col suo unico motivo del ricorso per cassazione il Fallimento della Società E.S. denuncia che così statuendo il giudice tributario ha interpretato in modo erroneo l'art. 52 comma 5 d.P.R. n. 633/1972, in quanto dalla corretta esegesi del suo precetto risulta che ai fini dell'integrazione dell'elemento soggettivo della fattispecie occorre il dolo, per le ragioni enunciate dalla giurisprudenza prevalente di questa Corte.

Il ricorso, dunque, ripropone la questione sulla quale, nell'ambito della 1^a Sezione civile di questa Corte è sorto il contrasto, avanti enunciato, relativamente al punto se l'applicazione della regola di cui al quinto comma dell'art. 52 d.P.R. n. 633/1972 (la preclusione a che in sede amministrativa o contenziosa siano presi in considerazione i documenti che, nel corso di una verifica tributaria il contribuente abbia dichiarato di non possedere) richieda, oltre che la coscienza e la volontà dell'omessa esibizione, anche il dolo, ovvero sia sufficiente la mera omessa esibizione determinata da colpa non scusabile.

Da ciò l'assegnazione del ricorso a queste Sezioni Unite, ai sensi dell'art. 374 comma 2 Cod. proc. civ., per la composizione del contrasto.

3. – Ai relativi fini non rileva il nuovo regime dettato nei Decreti legislativi 18 dicembre 1997 n. 472 (Disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative per la violazione delle norme tributarie) e 19 dicembre 1997 n. 471 (Riforma delle sanzioni tributarie non penali in materia di imposte dirette, di imposta sul valore aggiunto e di riscossione dei tributi, che, tra gli altri, ha abrogato l'art. 45 d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 633 fissando, nel suo art. 9, una diversa disciplina della materia) perché queste fonti legislative non disciplinano le controversie che, come quella in esame, abbiano ad oggetto comportamenti posti in essere anteriormente alla loro entrata in vigore.

4. — La soluzione del quesito impone un'indagine che non può rimanere circoscritta al solo tema avente ad oggetto l'identificazione dell'elemento psicologico di supporto alla dichiarazione di non possedere; ma deve essere estesa all'intero precepto di cui al quinto comma dell'art. 52, dato che — come emerge dalla precedente esposizione dei termini del problema, e risulterà meglio dal prosieguo dell'analisi — il contrasto ha la sua genesi remota nella diversità di opinioni in tema di ricostruzione della struttura della regola, nonché dell'elemento oggettivo della condotta, positiva od omissiva, che determina la preclusione.

5. — In proposito, dal dettato del quinto comma dell'art. 52 emerge che la fattispecie astratta ivi delineata prevede quale sua componente oggettiva, non già tre comportamenti materiali del contribuente intrinsecamente ed ontologicamente distinti tra loro (il rifiuto di esibire i documenti richiesti, la dichiarazione di non possederli, la loro sottrazione all'ispezione) ma un solo comportamento: il rifiuto di esibizione, del quale la dichiarazione di non possedere e la sottrazione sono soltanto forme sintomatiche per legge.

Lo si evince, in particolare, dalla formulazione della seconda parte del comma («per rifiuto di esibizione dei documenti richiesti si intendono anche la dichiarazione di non possedere i libri, registri, documenti e scritture e la sottrazione di essi all'ispezione»), il cui tenore letterale e logico denota in modo univoco che la dichiarazione di non possedere e la sottrazione operano, non in sé e per sé ed in modo autonomo, ma soltanto in quanto sintomi, presuntivi, del rifiuto di esibizione.

In altri termini, l'elemento oggettivo dell'illecito è sempre costituito dal rifiuto di esibire il documento, a prescindere dalle forme e dalle modalità con cui viene realizzato, e dunque, anche con forme e modi che, mentre per il loro apparente tenore non esprimono un formale diniego, lo realizzano nella sostanza. E questo è, appunto, per presunzione di legge, il caso della dichiarazione di non possedere, ove giustificata in modo apodittico o con ragioni incongrue, ovvero allorquando risulti non veritiera.

Correlativamente, si deve escludere che nell'ipotesi di «dichiarazione di non possedere» l'elemento oggettivo della fattispecie sia costituito dal mancato possesso del documento, come invece è presupposto, sia pure implicitamente, nella richiamata sentenza n. 7161/1995.

La conclusione trova conferma nella disposizione di cui al successivo comma 10, una volta che la stessa ricollega l'effetto preclusivo non già al mancato possesso del documento, in se e per se considerato, sebbene alla circostanza che il contribuente non ha dimostrato attraverso la prescritta attestazione e la successiva produzione del documento la veridicità della sua dichiarazione di non poter esibire il documento perché posseduto da un terzo. Vale a dire, che la fattispecie si concretizza, in modo essenziale ed ontologico, in una situazione obiettiva che, stante la mancata dimostrazione della veridicità della dichiarazione attraverso le prescritte modalità, si risolve, per presunzione di legge, in un rifiuto di esibizione.

Né, d'altronde, potrebbe essere diversamente sol che si consideri che, come risulta dal necessario collegamento dei precetti di cui ai comma quattro e cinque, l'effetto preclusivo si estende anche a registri, documenti e scritture «*la cui tenuta e conservazione non sono obbligatorie*», e che, correlativamente, non devono essere tenu-

ti nel luogo indicato nelle dichiarazioni di cui all'art. 35 d.P.R. n. 633/1972. Tanto, manifestamente, rende incontestabile innanzi tutto che, quanto meno in relazione a questi documenti, al contribuente non si può fare carico del loro mancato possesso, quand'anche volontario; inoltre, e conseguentemente, che, sempre in relazione a questi documenti, la fattispecie oggettiva non può che essere costituita dalla non veridicità della dichiarazione di non possesso e dal sostanziale rifiuto della loro esibizione.

D'altra parte la diversa lettura qui contestata porterebbe ad un'estensione dell'elemento oggettivo della fattispecie *ex art. 52 comma 5 d.P.R. n. 633/1972* affatto inammissibile.

In via assorbente perché il precetto normativo è di stretta interpretazione, una volta che comporta una limitazione del diritto di difesa — costituzionalmente garantito — del contribuente. In ogni caso perché non sussiste alcun dato letterale, sistematico o razionale che legittimi non solo un'interpretazione analogica del precetto positivo, ma neanche un'interpretazione del dettato normativo tanto estesa da ricondurvi anche il fatto del «non possesso» anche se volontario.

6. — Il comportamento integrante l'elemento oggettivo deve essere posto in essere con coscienza e volontà.

Su ciò v'è unanimità di consensi.

Nel contempo, è certo che ai fini dell'integrazione dell'elemento soggettivo, la coscienza e la volontà della condotta non è sufficiente, ma occorre un'ulteriore componente psicologica. Lo si evince, non solo e non tanto dall'intero sistema positivo che esclude una siffatta sufficienza, quanto, e soprattutto, dalla struttura della disposizione in esame, che depono in modo univoco in tale senso.

Del resto, sul punto, nell'ambito della giurisprudenza di questa Corte non v'è contrasto; questo, infatti, riguarda solo l'ulteriore questione se sia sufficiente la colpa, ovvero occorra il dolo.

7.1. — Gli argomenti valorizzati a sostegno del primo dei detti orientamenti (quello minoritario) non sono condivisibili; né, d'altronde, è dato individuarne altri idonei alla bisogna.

7.2. — Come s'è detto nel corso dell'esposizione delle contrapposte opzioni interpretative, al riconoscimento della sufficienza della colpa è connesso in modo inscindibile ed ineludibile il corollario secondo cui la preclusione opera anche ove la dichiarazione di non possedere sia veritiera, ma consegua ad un evento non volontario (smarrimento, furto, calamità naturali e simili) al cui verificarsi abbia concorso o la negligenza, imprudenza ed imperizia del contribuente nella conservazione e nella custodia della documentazione rilevante ai fini dell'applicazione dell'IVA; ovvero, più in generale, la violazione dell'obbligo del contribuente — immanente alla disciplina di questo tributo — di tenere e conservare in modo diligente quella documentazione nei luoghi indicati nelle dichiarazioni *ex art. 35 d.P.R. n. 633/1972*, sì da non pregiudicare in alcun modo l'attività di accertamento del tributo.

Senonché una ricostruzione del precetto normativo comportante un siffatto corollario, non può essere accolta per una duplice ragione.

La prima è connessa alla constatazione che tale costruzione realizza una mutazione dell'elemento oggettivo della fattispecie rispetto a quello fissato nel paradigma normativo.

Alla sua stregua risulta sanzionata non già la dichiarazione non vera di non possedere (nel che, è utile ribadirlo, consiste l'elemento oggettivo dell'ipotesi in esame) ma il non possesso del documento, cagionato, in modo determinante o concorrente, dalla colpa del contribuente estrinsecatasi nelle modalità avanti enunciate.

Si tratta, però, di un'estensione dell'elemento oggettivo che, come s'è accertato, non è ammissibile.

La seconda ragione si riallaccia al dato, anch'esso precedentemente acquisito, per il quale la preclusione opera anche ove la dichiarazione di non possedere riguardi documenti «la cui tenuta e conservazione non sono obbligatorie», o che del tutto legittimamente possono essere tenuti in luoghi diversi da quelli indicati nelle dichiarazioni *ex art. 35 d.P.R. n. 633/1972*.

Per vero, in virtù di questo dato è indubbio, per un verso, che la preclusione non è intrinsecamente collegata al dovere di diligente conservazione della documentazione; e, per altro verso, che quanto meno con riferimento alla documentazione della quale non è obbligatoria la tenuta e la conservazione, un mancato possesso per colpa non è configurabile giuridicamente, né concretamente, con la conseguenza che, rispetto a questi documenti, la fattispecie non può che essere dolosa.

Tanto, posto che nessun dato testuale legittima una differenziazione del regime dell'elemento psicologico a seconda della tipologia dei documenti, non può che portare ad escludere la sufficienza della colpa anche per quanto attiene ai documenti la cui tenuta e conservazione è obbligatoria.

Se ne trae, in definitiva, che la costruzione incentrata sulla sufficienza della colpa contrasta in modo non componibile con la struttura normativa della fattispecie.

Non può che conseguirne, allora, già sotto questa prima assorbente prospettiva, l'inaccettabilità dell'opzione ora in esame.

7.3.1. – Rispetto alla soluzione del quesito, la disposizione di cui all'art. 45 comma 1 d.P.R. n. 633/1972 non assume alcuna rilevanza.

Il contrario avviso (al quale l'orientamento minoritario ancora in modo pressoché esclusivo il proprio convincimento sulla sufficienza della colpa) si sviluppa sulla base dei due asserti per i quali, rispettivamente: la figura di cui all'art. 45 comma 1 è necessariamente colposa; e la fattispecie di cui all'art. 52 comma 5 attiene «agli stessi fatti» considerati nell'art. 45 comma 1, sicché si configura quale «sanzione accessoria» rispetto alla sanzione principale prevista da quest'ultima norma. Inoltre, sulla deduzione che, pertanto, anche ai fini dell'integrazione dell'elemento psicologico della fattispecie determinante la sanzione accessoria è sufficiente la colpa.

Le affermazioni costituenti la premessa dell'argomentazione non sono fondate.

7.3.2. – L'assunto secondo cui la fattispecie di cui al primo comma dell'art. 45 è necessariamente colposa è contrastato dalla dottrina unanime, per la quale, invece, occorre il dolo; ed in effetti non può essere seguito.

Infatti, stante il suo inequivoco dettato questa norma richiede l'intenzionalità e la volontà dell'evento e, dunque, solo ed esclusivamente il dolo.

Né in contrario possono essere utilmente richiamati i principi per i quali in ordine alle sanzioni amministrative ivi comprese quelle tributarie in materia di IVA, ad integrare l'elemento soggettivo dell'illecito è sufficiente la colpa e questa si presume.

La regola per cui le sanzioni amministrative possono essere, indifferentemente, dolose o colpose, di modo che ai fini della configurazione dell'elemento soggettivo è sufficiente la colpa, ha effettivamente carattere generale. Tanto però, non esclude sia che, in taluni casi, per l'intrinseca natura dell'infrazione o per la tecnica di formulazione legislativa, talune fattispecie concrete siano soltanto dolose; e sia che in questi casi per la stessa punibilità dell'infrazione è essenziale l'accertamento del dolo e non è sufficiente la colpa.

Ed è questo, appunto, il caso dell'infrazione prevista dall'art. 45 comma 1, perché non solo la tecnica della formulazione legislativa, ma la stessa natura dell'illecito presuppongono il dolo.

7.3.3. – Diversamente da quanto ritenuto dall'orientamento minoritario, i precetti di cui agli artt. 52 comma 5 e 45 comma 1 sono autonomi e non collegati tra loro.

È certo che non hanno ad oggetto «gli stessi fatti».

All'uopo soccorre il rilievo che mentre la seconda delle dette disposizioni sanziona soltanto il rifiuto (in senso ampio) di esibizione dei documenti dei quali la tenuta e la conservazione sia obbligatoria e sempre che ne risulti l'esistenza, la preclusione opera anche in assenza di questi requisiti. Quindi, l'istituto di cui all'art. 52 ha uno spettro d'azione ben più ampio, nonché effetti in un certo senso più gravi e pregiudizievoli rispetto alla sanzione pecuniaria di cui all'art. 45, posto che può incidere sulla capacità del contribuente sia di contestare la pretesa tributaria principale che di sottrarsi alle conseguenti sanzioni.

Deve essere tenuto fermo, poi, che la sanzione processuale di cui all'art. 52 comma 5 prescinde non solo dall'applicazione della sanzione pecuniaria ex art. 45 comma 1, ma anche dalla stessa contestazione della relativa infrazione, ed è applicata in modo autonomo.

Risulta esclusa, allora, tanto l'attribuzione alla preclusione della natura giuridica di «sanzione accessoria» rispetto alla sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'art. 45; quanto, e soprattutto, la fondatezza anche del secondo dei presupposti dall'argomentazione in esame.

7.3.4. – L'infondatezza degli asserti che ne costituiscono l'indefettibile presupposto, evidentemente, travolge l'intera argomentazione, ed esclude che dal precetto di cui all'art. 45 possano trarsi elementi a favore della soluzione del problema in esame.

7.4. – Parimenti, allo stesso fine non può essere valorizzato il disposto del decimo comma dell'art. 52.

Nel caso di impedimento proveniente dal terzo, quel che fonda la responsabilità del soggetto passivo di imposta, non è direttamente il fatto del terzo, bensì la correlata presunzione assoluta di non veridicità (che ha la sua base di fatto nel comportamento del terzo) della dichiarazione del contribuente che le scritture si trovano, in

tutto o in parte, presso un terzo. Ciò significa che anche in questo caso il fatto è imputato al contribuente non già a titolo di colpa, ma come conseguenza di un suo comportamento (dichiarazione non veridica) qualificato soggettivamente dal suo dolo.

8. — L'inconfigurabilità di argomenti atti a suffragare in modo valido la conclusione secondo cui ai fini dell'integrazione dell'elemento soggettivo dell'ipotesi della dichiarazione di non possedere è sufficiente la colpa, nonché le relative ragioni depongono, indirettamente, per l'opposta opzione interpretativa.

In ogni caso, la fondatezza di quest'opzione discende, autonomamente, dall'esegesi normativa del precetto in esame.

È unanime convincimento (condiviso anche dalla sentenza n. 7161/1995) che l'ipotesi del «rifiuto dell'esibizione» «è, per definizione, dolosa», così come lo è quella di sottrazione della documentazione, di modo che, ai fini della sua perfezione e dell'applicabilità della sanzione esige, oltre che la coscienza e la volontà del rifiuto, l'intenzione del contribuente di impedire che l'accertatore proceda, in sede e nel corso dell'accesso, all'ispezione del documento.

Da questo dato e da quello, precedentemente acquisito circa l'immedesimazione essenziale tra le ipotesi del rifiuto di esibizione e della dichiarazione non veritiera di non possedere (nel senso, appunto, che questa dichiarazione altro non è che, per presunzione di legge, un diniego di esibizione) discende necessariamente che anche questa particolare ipotesi di rifiuto è necessariamente dolosa; dunque, che la dichiarazione di non possedere integra la fattispecie legale solo quando non corrisponda al vero e sia diretta ad impedire l'ispezione del documento, il che può essere accertato con qualsiasi mezzo di prova, anche di natura meramente indiziaria.

Pertanto, non integrano i presupposti applicativi della preclusione, le dichiarazioni (il cui contenuto corrisponda al vero) dell'indisponibilità del documento, non solo se l'indisponibilità sia ascrivibile a forza maggiore o a caso fortuito (ad esempio, documentazione rubata, smarrita o temporaneamente dispersa per calamità naturali e poi rinvenuta, sequestrata e poi rimessa nella disponibilità del contribuente), ma anche se imputabile a colpa, quale, ad esempio, la negligenza e l'imperizia nella custodia e conservazione.

9. — Di conseguenza, il contrasto giurisprudenziale deve essere composto nel senso (seguito dalla giurisprudenza prevalente) che, a norma dell'art. 52 comma 5 d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 633, perché la dichiarazione resa dal contribuente nel corso di un accesso, di non possedere i libri, registri, scritture e documenti — compresi quelli la cui tenuta e conservazione non sono obbligatorie — richiestigli in esibizione determini la preclusione a che gli stessi possano essere presi in considerazione a suo favore ai fini dell'accertamento in sede amministrativa o contenziosa, occorre: la sua non veridicità o, più in generale, il suo strutturarsi quale sostanziale rifiuto di esibizione, evincibile anche da meri indizi; la coscienza e la volontà della dichiarazione stessa; ed il dolo, costituito dalla volontà del contribuente di impedire che, nel corso dell'accesso, possa essere effettuata l'ispezione del documento.

10. — Come è manifesto, la Commissione Tributaria Centrale non si è uniformata a tale principio; perciò è incorsa nella violazione dell'art. 52 d.P.R. n. 633/1972 denunciata dal ricorrente. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Tributaria, 3 marzo 2000 n. 2390 – Pres. Cantillo – Rel. Altieri – P.G. (conf.) Ceniccola – Ministero delle Finanze (avv. Stato Polizzi) c. A.D. S.p.a.

Accertamento – Atti di amministrazione fiscale estera – Valutazione – Necessità.
(Convenzione Italia - Usa del 27 aprile 1984, art. 26).

Accertamento – Redditi di capitale – Utili – Di società di capitali con base societaria ristretta e familiare – Distribuzione in nero degli utili non contabilizzati ai soci – Presumibilità.

Le segnalazioni dell'Amministrazione federale statunitense non sono documenti inutilizzabili ma costituiscono fonte di prova nel procedimento e nel processo tributario (1).

È ragionevole e sufficientemente grave la presunzione di integrale distribuzione degli utili non contabilizzati ai soci di una società, ancorché di capitali, a base sociale ristretta e familiare, in proporzione della quota di partecipazione (2).

(omissis)

§ 1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

L'ufficio delle imposte dirette di Bassano recuperava a tassazione, nei confronti della A.D. s.p.a., redditi esteri non dichiarati per 499.846 dollari U.S.A. (oltre 600 milioni di lire al cambio vigente nel 1988), che sarebbero stati pagati, come risultava da segnalazione pervenuta dal Dipartimento del Tesoro americano, a titolo di *interest*, dalla A.J. LTD di New York.

In risposta al questionario dell'ufficio la A. s.p.a. contestava di aver ricevuto nel 1988 tale somma, dichiarando di avere riscosso, all'inizio del 1989, una somma di pari importo a fronte di tre fatture emesse a carico della consociata americana per forniture di preziosi.

Contro l'accertamento la società proponeva ricorso alla commissione tributaria di primo grado di Bassano del Grappa, la quale lo accoglieva, soprattutto in considerazione dell'inidoneità probatoria del documento posto a base dell'accertamento, privo di sottoscrizione e d'indicazioni specifiche, e per non avere l'ufficio fornito elementi concreti per far ritenere il pagamento collegato a presupposti diversi da quelli affermati dalla società.

La decisione veniva impugnata dall'ufficio con ricorso alla Commissione regionale del Veneto.

Successivamente, sulla base del predetto accertamento, l'ufficio emetteva altro avviso con il quale accertava che non era stata operata a carico della società, e quindi versata, la ritenuta d'acconto del 10% ex art. 27 d.P.R. n. 600/73 sulle somme recuperate a tassazione col precedente atto, per le quali doveva presumersi la distri-

(1-2) Orientamento consolidato.

buzione ai soci in misura proporzionale alle quote di partecipazione, trattandosi di s.p.a. a ristretta base azionaria, rappresentata dai familiari del socio legale rappresentante della società.

Quest'ultima impugnava tale accertamento e la commissione di primo grado accoglieva il ricorso, annullando l'atto per difetto di motivazione, osservando che l'ufficio non aveva fornito prova dell'esistenza di maggiori utili in capo alla società, nonché dell'effettiva distribuzione al socio di tale presunto maggior reddito, non essendo applicabile alle società di capitali la presunzione prevista dall'art. 5 del d.P.R. 917/86 per le società di persone.

L'appello dell'ufficio veniva respinto dalla Commissione tributaria regionale del Veneto con sentenza 9 maggio - 6 giugno 1997, con la seguente motivazione:

– doveva essere condivisa la motivazione dei primi giudici circa l'inidoneità probatoria della comunicazione del Dipartimento del Tesoro U.S.A., priva di indicazioni circa la sua attribuzione ad un funzionario responsabile e, comunque, non confermata da altri elementi; la società aveva, inoltre, fornito la prova documentale circa la riferibilità del trasferimento di somme, non alla causale di cui all'accertamento, ma ad una normale transazione commerciale avvenuta nel 1989;

– era illegittimo il ricorso alla presunzione prevista dall'art. 5 del d.P.R. 917/86 per le società di capitali;

– in conformità a quanto ritenuto dalla stessa Commissione regionale con precedente sentenza, confermativa della decisione di primo grado, la quale aveva annullato gli accertamenti in capo alla società per il maggior reddito, doveva essere annullato anche l'accertamento concernente il mancato versamento della ritenuta d'acconto.

Avverso tale sentenza il Ministero delle Finanze ha proposto ricorso per cassazione, sulla base di due mezzi d'annullamento.

Resiste la A.D. s.p.a. con controricorso.

§ 2. I MOTIVI DI RICORSO E LE QUESTIONI SVOLTE DALLA CONTRORICORRENTE

2.1. – Col primo motivo l'Amministrazione denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 39 d.P.R. n. 600/73, in relazione all'art. 26 della Convenzione tra la Repubblica italiana e gli Stati Uniti d'America, firmata il 17 aprile 1984 e ratificata con legge 11 dicembre 1985, n. 763; omessa o comunque insufficiente motivazione su un punto decisivo della controversia; in relazione all'art. 360, n. 3 e 5, cod. proc. civ.

Lamenta che erroneamente sia stata ritenuta l'inidoneità probatoria del documento proveniente dal Dipartimento del Tesoro U.S.A. L'art. 26 della Convenzione prevede che le autorità dei due Stati si scambino le informazioni necessarie in materia d'imposte sul reddito, mantenendole segrete e con possibilità di comunicarle alle autorità incaricate dell'accertamento, ovvero nel corso di giudizi. Stante la prevista utilizzabilità non pare contestabile che tali informazioni possano avere la funzione probatoria stabilita dall'art. 39, lett. c), del d.P.R. n. 600/73, che menziona genericamente gli «altri atti e documenti in possesso dell'ufficio».

Non sussiste, inoltre, che si tratti di documento anonimo, essendone incontrastata la provenienza.

Quanto all'assenza di sottoscrizione, non è possibile ritenere che i documenti di provenienza estera abbiano gli stessi requisiti formali di quelli formati in Italia.

La ricorrente censura, inoltre, la motivazione della sentenza impugnata, là dove ha ritenuto l'inesistenza di accertamenti sulla natura delle operazioni compiute, in quanto non avrebbe tenuto conto degli accertamenti bancari e della verifica compiuta sulle fatture e sui documenti contabili, i quali non risultavano idonei a giustificare l'importo riscosso.

Del pari insufficiente sarebbe la motivazione circa le giustificazioni date dalla società sul movimento di cifra d'identico importo di quello in contestazione, avvenuta nel 1989. In proposito, l'Amministrazione rileva di avere dedotto, nel ricorso avverso la decisione di primo grado: a) che i pagamenti effettuati da una società ad un'altra per acquisto o vendita di merci non sono soggetti a ritenute da parte dello Stato italiano o americano; b) la segnalazione proviene dal Ministero del Tesoro americano ed è indirizzata allo Schedario generale dei titoli azionari, dove confluiscono tutte le indicazioni circa i modelli RAD ed i redditi di varia classificazione percepiti all'estero, non certo le segnalazioni relative ad acquisto e vendita di merci; c) essendo la segnalazione del 1988, non possono essere adottate come giustificativi fatture del 1989, che oltre tutto, risultano pagate nel mese di marzo; d) l'importo complessivo delle fatture (dollari 631.276,99) è diverso da quello del pagamento in contestazione; e) infine, la tesi della società, secondo cui vi sarebbero stati degli acconti e dei saldi, non risulta in alcun modo dimostrata.

Su tali rilievi la sentenza impugnata non contiene alcuna motivazione.

2.2. – Col secondo mezzo l'Amministrazione denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 5 del d.P.R. n. 917/86, nonché omessa motivazione su altro punto decisivo della controversia, in relazione all'art. 360, n. 3 e n. 5, cod. proc. civ.

Secondo la ricorrente, limitandosi a rilevare l'inapplicabilità alle società di capitali dell'art. 5 del d.P.R. 917/86, la sentenza avrebbe adottato un sistema, non consentito, di motivazione *per relationem* nei confronti della decisione di primo grado, in quanto avrebbe totalmente ignorato la problematica posta dall'ufficio, che di seguito ripropone.

Essendo la A. s.p.a. a ristretta base azionaria, con un'organizzazione aziendale prevalentemente familiare (A.G., padre e socio legale rappresentante; M.B., madre; A.D., P., M., R. e P., soci e figli), trova applicazione il principio di trasparenza, tipico delle società di persone, in forza del quale i redditi prodotti dalla società vengono imputati ai soci indipendentemente dalla effettiva percezione. La rigorosa separazione tra la posizione della società di capitali e quella dei soci non può, quindi, costituire uno schermo invalicabile, tale da sottrarre i soci dall'obbligo di corrispondere i tributi dovuti, quando risulti l'esistenza di maggiori utili percepiti extra bilancio.

In tal caso soccorre la prova presuntiva, la quale porta a ritenere che gli utili sociali non contabilizzati siano entrati nella disponibilità dei soci. Secondo la giurisprudenza di legittimità, la ristretta base familiare della società può essere elemento atto a far presumere che il maggior utile non contabilizzato sia stato distribuito ai soci.

Incorrerebbe, infine, in difetto di motivazione il mero rinvio ad altra sentenza della stessa commissione regionale.

2.3. – Nel controricorso si ribadisce la validità delle argomentazioni della sentenza impugnata e si deduce inoltre:

a) anche ammessa l'esistenza della distribuzione di utili non contabilizzati, l'Erario non avrebbe diritto di pretendere il pagamento dell'imposta da parte del sostituto (la società) in caso di omessa effettuazione delle ritenute d'acconto: vi sarebbe altrimenti duplicazione della pretesa fiscale nei confronti del sostituto e del sostituito. Poiché nel caso di ritenuta d'acconto su redditi presunti il sostituto non è soggetto passivo dell'obbligazione tributaria (che fa capo soltanto a chi dovrebbe subire la ritenuta) alla società non poteva certamente essere richiesto il pagamento dell'imposta.

La violazione dell'obbligo di effettuare la ritenuta avrebbe comportato soltanto l'applicazione delle sanzioni amministrative che vi sono connesse;

b) illegittimamente l'ufficio avrebbe irrogato, oltre alla sanzione per l'infedele dichiarazione dei sostituti d'imposta, le soprattasse indicate dagli articoli 92 e 95 del d.P.R. n. 602/1973, rispettivamente previste per l'omesso versamento e l'omessa effettuazione delle ritenute da parte del sostituto d'imposta. Tale cumulo di sanzioni sarebbe illegittimo, come riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità (sent. 94/10568), non essendo ipotizzabile una duplicazione di soprattassa a carico del sostituto che, non avendo operato la ritenuta, non abbia neppure provveduto al versamento diretto in esattoria.

§ 3. MOTIVI DELLA DECISIONE

3.1. – Il primo motivo merita accoglimento.

Il documento che costituisce base dell'accertamento nei confronti della società non può essere, infatti, considerato alla stregua di un'informazione anonima.

Costituisce principio ormai comunemente accettato che la documentazione dell'attività amministrativa, soprattutto quando la stessa consiste in certificazioni o accertamenti di fatto, o nella riproduzione del contenuto di altri atti, non richiede, *ad substantiam*, l'indicazione della persona fisica titolare dell'organo o addirittura la sottoscrizione della stessa, essendo sufficiente la sicura riconducibilità del documento (e quindi dell'atto di cui viene riprodotto il contenuto) all'amministrazione (si vedano, fra le altre, le sentenze 20 gennaio 1994, n. 522; 11 ottobre 1996, n. 8881; 6 marzo 1999, n. 1923; 7 maggio 1999, n. 4567).

Nella specie non veniva neppure contestata la provenienza del documento dall'Amministrazione finanziaria federale U.S.A., per cui sussisteva il dovere del giudice di merito di prendere in esame e valutare la natura ed il contenuto del documento stesso, inviato all'Amministrazione finanziaria italiana nell'ambito dei rapporti di collaborazione stabiliti dall'art. 26 della Convenzione Italia - U.S.A. del 27 aprile 1984.

Devesi, inoltre, osservare che, come ha esattamente rilevato la difesa erariale, i requisiti di validità formale del documento sono stabiliti dall'ordinamento di origine.

Pertanto, il rifiuto dei giudici di merito di valutare la natura e il contenuto del documento costituisce, oltre che violazione di legge sotto i diversi profili denunciati dall'Amministrazione ricorrente, anche omessa motivazione ai sensi dell'art. 360, n. 5, cod. proc. civ.

Sono altresì da condividere le censure circa l'omesso esame delle questioni svolte dall'ufficio (e riproposte nel motivo di ricorso) sulle ragioni che renderebbero non verosimile il riferimento dell'informazione del Dipartimento del Tesoro, non ad un trasferimento di capitali per *interest* nel 1988, ma a pagamenti di merci nel 1989.

È evidente che tali rilievi dovevano essere considerati nel loro valore indiziario nel complessivo giudizio sulla prova della pretesa fiscale.

Anche sul predetto punto, quindi, la sentenza non ha adempiuto al dovere di motivazione, non essendo, ovviamente, sufficiente la mera e generica constatazione che la società aveva, attraverso la produzione di documentazione contabile «*fornita giustificazione ... circa il movimento di una cifra esattamente corrispondente a quella qui in esame, avvenuto nei primi mesi del 1989, a seguito di normale transazione commerciale*».

Appare evidente come tale frase non spieghi in alcun modo perché i documenti prodotti (di cui non viene neppure indicata la natura) forniscano la prova dell'assunto difensivo della società, né si dia carico dei rilievi formulati in merito dall'ufficio.

3.2. — Anche il secondo mezzo deve essere accolto, nei limiti che saranno di seguito precisati.

Una volta stabilito che la titolarità delle azioni e l'organizzazione aziendale erano concentrate in una stretta cerchia familiare, i giudici di merito non potevano escludere la distribuzione ai soci di utili non contabilizzati limitandosi ad enunciare l'inapplicabilità dell'art. 5 del d.P.R. n. 917/86.

Nel caso di società di capitali, pur non sussistendo — a differenza delle società di persone — una presunzione legale di distribuzione degli utili ai soci, viene generalmente ammesso che l'appartenenza della società ad una stretta cerchia familiare possa costituire sul piano degli indizi, prova dell'avvenuta distribuzione.

La correttezza logico-giuridica di tale criterio d'imputazione ai soci degli utili extracontabili di una società di capitali è stata ripetutamente riconosciuta dalla giurisprudenza di questa Corte, sulla considerazione della «complicità» che normalmente avvince i membri di una ristretta compagine sociale (si vedano, fra le altre, le sentenze 17 febbraio 1986, n. 941 e 25 maggio 1995, n. 5729).

Pertanto la censura dell'amministrazione, mentre è infondata per quanto concerne l'affermata violazione dell'art. 5 del d.P.R. 917/86, la cui regola non è suscettibile di applicazione analogica, deve essere accolta con riguardo all'omesso esame del valore indiziario della ristrettezza della base azionaria.

3.3. — L'accoglimento dei motivi di ricorso, nel senso sopra precisato, comporta la cassazione con rinvio della sentenza impugnata.

Per quanto concerne la censura, dedotte dal resistente e dichiarate assorbite dalla Commissione regionale, le stesse non possono essere esaminate in questa sede, non costituendo *ratio decidendi* della sentenza impugnata, mentre potranno essere riproposte nel giudizio di rinvio.

3.4. – I giudici di rinvio dovranno quindi, uniformandosi ai principi di diritto sopra enunciati:

a) esaminare il contenuto della nota trasmessa dalle autorità statunitensi e allegata all'accertamento e valutarne il rilievo probatorio, anche in riferimento alle questioni svolte dalla difesa dell'Amministrazione finanziaria circa i trasferimenti di somme secondo le modalità dedotte dalla società;

b) ad esito del predetto esame, ed in caso di confermata esistenza degli utili non contabilizzati di cui all'accertamento dell'ufficio, valutare le circostanze della ristretta base azionaria e della organizzazione aziendale a prevalente partecipazione familiare quali indizi dell'avvenuta distribuzione ai soci di tali utili;

c) dare conto di tali accertamenti e valutazioni con adeguata motivazione;

d) decidere sulle spese del presente giudizio di legittimità. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Tributaria, 20 marzo 2000 n. 3251 – Pres. Carnevale – Rel. Altieri – P.G. (diff.) Maccarone - Ministero delle Finanze (avv. Stato Palmieri P.) c. Spa T.P.

Convenzioni internazionali – Italia – Regno Unito di Gran Bretagna, Scozia e Irlanda del Nord - Royalties – Imponibilità – Sussistenza – Limiti: 8%.

(Convenzione - Italia /Regno Unito del 21 ottobre 1988, art. 12).

Le royalties corrisposte a soggetti britannici devono essere soggette a imposizione in Italia con ritenuta dell'8%: l'art. 12 della Convenzione 21 ottobre 1988 (legge 5 novembre 1990 n. 329) non attribuisce allo Stato di residenza una facoltà di scelta circa l'istituzione di una competenza impositiva sussidiaria, concorrente con quella ordinaria spettante allo Stato di residenza del percipiente, ma attribuisce a ciascuno Stato contraente la potestà impositiva con il previsto anzidetto limite insuperabile dell'otto per cento dell'ammontare delle royalties (1).

(*omissis*)

La T.P. s.p.a., con sede in Torino, avendo corrisposto alla società P.I., avente sede in Gran Bretagna, diritti per uso e sfruttamento di marchi e brevetti, aveva operato una ritenuta dell'8% sul totale portato nella fattura 21 luglio 1994, provvedendo poi al pagamento del tributo, in misura di lire 16.182.000.

(1) Decisivo è l'argomento interpretativo della Convenzione, il cui oggetto è quello di limitare la potestà tributaria delle Alte parti contraenti; ciò posto, una semplice sussidiarietà della imposizione italiana sarebbe priva di senso perché non lascerebbe alcuna certezza — pur nei limiti di aliquota — sulla portata di detta limitazione e comporterebbe la necessità di continui atti attuativi. Il 'possono essere tassati' di cui al citato art. 12 non è che un 'possono continuare a essere tassati' a norma delle vigenti leggi; ecco che non è necessario allora nemmeno determinare l'aliquota se essa è superiore all'8%, mentre una aliquota maggiore — nei confronti di impresa comunitaria — sarebbe vietata pel principio di non discriminazione.

Successivamente presentava alla Direzione Regionale delle Entrate di Torino istanza ex art. 38 del d.P.R. n. 602/73.

Sul silenzio serbato dall'Amministrazione la società adiva la Commissione tributaria di primo grado di Torino, sostenendo l'intassabilità in Italia delle *royalties* in base alla Convenzione con la Gran Bretagna del 21 ottobre 1988 e, in subordine, l'applicazione della ritenuta nella minore misura del 5,6% sull'ammontare lordo dei canoni, pari all'8% del 70% di tale ammontare, secondo quanto stabilito dall'art. 27 del d.P.R. n. 600 del 1973.

La Commissione accoglieva il ricorso e l'Amministrazione presentava appello alla Commissione tributaria regionale del Piemonte la quale, con sentenza 29 maggio - 8 luglio 1997, rigettava il gravame, osservando che, secondo l'art. 12 della legge 329/90, con la quale era stata ratificata la Convenzione, la tassazione delle *royalties* doveva avvenire nel Paese del percipiente; che, inoltre, la stessa norma concedeva allo Stato in cui era avvenuto il pagamento la facoltà di istituire un prelievo alla fonte dell'8%, facoltà di cui il Governo italiano non si era avvalso.

Avverso tale sentenza l'Amministrazione delle Finanze ha proposto ricorso per cassazione, sulla base di un mezzo d'annullamento.

La T.P. resiste con controricorso.

§ 2. IL MOTIVO DI RICORSO

Denunciando violazione e falsa applicazione dell'art. 12 della legge 5 novembre 1990, n. 329, in relazione all'art. 360, n. 3, cod. proc. civ., l'Amministrazione deduce che la decisione si sarebbe fondata su un'erronea interpretazione della citata norma della Convenzione.

Tale norma, infatti, dispone che il sistema di tassazione è quello della ripartizione fra i due Stati, con tassazione definitiva nel Paese del beneficiario e tassazione ridotta in quella della fonte, prevedendo espressamente la tassabilità in Italia e determinando l'aliquota.

Il secondo comma dell'art. 12 prevede infatti, quale eccezione al principio generale della tassazione nello Stato di residenza stabilito dal primo comma, che: «Tuttavia, tali canoni possono essere tassati anche nello Stato contraente dal quale essi provengono e in conformità alla legislazione di detto Stato, ma, se la persona che percepisce i canoni ne è l'effettivo beneficiario, l'imposta così applicata non può eccedere l'8% dell'ammontare lordo dei canoni».

La Convenzione è, quindi, operativa di per sé, avendo esplicitamente previsto la condizione di tassazione applicabile alle varie tipologie di reddito, oltretutto differenziata rispetto alla ritenuta alla fonte applicata in Italia, ai sensi dell'art. 27 del d.P.R. 600/73, per lo stesso tipo di reddito.

2.2. – Nel controricorso viene preliminarmente eccepita l'inammissibilità del ricorso, in quanto lo stesso si limiterebbe ad enunciazioni teoriche, senza contenere censure alla *ratio decidendi* della sentenza impugnata.

La T.P. ripropone, inoltre, la domanda subordinata di rimborso dell'eccedenza versata oltre il 5,6% dei canoni.

§ 3. MOTIVI DELLA DECISIONE

La censura merita accoglimento, basandosi la decisione impugnata su un'erronea interpretazione dell'art. 12 della Convenzione.

Non può sostenersi, innanzitutto, che tale norma si limiti ad attribuire allo Stato di residenza del soggetto erogante una facoltà di scelta circa l'istituzione di una competenza impositiva *sussidiaria*, concorrente con quella *ordinaria* spettante allo Stato di residenza del percipiente.

Il termine «*possono*» impiegato dalla Convenzione deve essere, infatti, inteso nel senso di attribuzione della potestà impositiva, e non di una scelta discrezionale conferita a ciascuno Stato contraente. Una scelta unilaterale, e cioè non subordinata ad un procedimento di concertazione tra i due Stati firmatari, di ricorrere ad una tassazione *sussidiaria* non sarebbe, infatti, coerente col fine della Convenzione. Le convenzioni sulla doppia imposizione sono, infatti, caratterizzate dalla rinuncia, da parte di uno Stato, al potere impositivo su un determinato reddito, rinuncia alla quale deve corrispondere normalmente l'attribuzione del potere all'altro Stato contraente.

D'altra parte, la norma non può essere letta nel senso di attribuire alle autorità fiscali una scelta dell'aliquota applicabile, fino ad un massimo dell'8%.

Tale interpretazione implicherebbe, infatti, una decisione di ciascuno Stato contraente, da adottarsi nelle forme e con le competenze previste dai relativi ordinamenti, preceduta da uno specifico accordo tra i due Stati firmatari.

Poiché non può ammettersi, almeno per l'ordinamento costituzionale italiano, informato al principio di riserva di legge in materia tributaria, una scelta, generale o concreta, dell'autorità amministrativa circa l'aliquota applicabile nell'esercizio del potere impositivo *sussidiario* sulle *royalties*, la norma in questione deve essere interpretata nel senso che il concreto esercizio di tale potere non può avere, come risultato, l'applicazione di un'imposta eccedente l'otto per cento dell'importo lordo dei canoni (o, secondo la tesi subordinata sostenuta dalla società, del settanta per cento di tale importo). In altri termini, lo Stato di residenza dell'erogante deve applicare la propria disciplina d'imposizione diretta («... *in conformità alla legislazione di detto Stato* ...») e determinare l'imposta dovuta, col limite insuperabile dell'otto per cento dell'ammontare delle *royalties*.

Tale percentuale ha, quindi, la funzione di limitare, in modo definitivo e svincolato da scelte discrezionali, il potere impositivo *sussidiario* attribuito allo Stato di residenza dell'erogante.

Deve, pertanto, concludersi nel senso che l'applicazione della norma in esame non implica l'adozione di ulteriori atti normativi di diritto internazionale e/o di diritto interno, contenendo tutti gli elementi per la sua applicazione da parte delle autorità fiscali degli Stati contraenti.

Quanto alla domanda subordinata riproposta dalla controricorrente (applicazione di ritenuta pari al 5,6% dell'ammontare lordo dei canoni pagati), la Corte non può adottare alcuna statuizione su questione che non costituisce *ratio decidendi* della sentenza impugnata.

3.2. – L'accoglimento della censura comporta la cassazione della sentenza impugnata, con rinvio per nuovo giudizio ad altra sezione della Commissione tributaria del Piemonte.

I giudici di rinvio dovranno, quindi, procedere a nuovo giudizio, uniformandosi al principio di diritto sopra enunciato, e decidere anche sulla domanda subordinata della T.P. di applicazione di una ritenuta del 5,6 % del totale dei canoni pagati (e cioè dell'8% calcolato sul 70% del detto totale), nonché sulle spese del presente giudizio di legittimità. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Tributaria, 24 marzo 2000 n. 3547 – Pres. Cantillo – Rel. Altieri – P.G. (diff.) Nardi - Ministero delle Finanze (avv. Stato Del Gaizo) c. Soc. S.

Convenzioni internazionali – Doppia imposizione – Italia-Francia – *Redevances* o *royalties* – Corrisposte da impresa italiana a impresa francese – Imponibilità – Condizioni – Stabile organizzazione in Italia dell'impresa francese – Controllo quasi totalitario dell'impresa italiana – Equivalenza a stabile organizzazione – Conseguenze sul reddito dell'impresa italiana – Natura di costo delle *redevances*.

(Convenzione Italia-Francia del 29 ottobre 1959, art. 11, par. 1).

Attesa l'autonomia dei due soggetti, le redevances corrisposte da società italiana a controllante straniera sono comunque costi deducibili dal reddito d'impresa della prima, a nulla rilevando che la società straniera — nella specie, francese — sia, per espressa deroga al principio della esenzione delle redevances, equiparata ad una stabile organizzazione e quindi tassata in Italia per detti proventi, in ragione della sua partecipazione societaria.

(*omissis*)

§ 5. IL MOTIVO DEL RICORSO INCIDENTALE

Con un unico motivo, denunciando violazione dell'art. 11 della Convenzione Italia-Francia stipulata il 29 ottobre 1959, la S. censura — in via condizionata — la sentenza impugnata nella parte in cui la stessa ha ritenuto l'equivalenza tra il possesso quasi totalitario delle azioni di una società e l'esistenza di una stabile organizzazione.

Infatti, il testo dell'art. 11 «*Questa regola rimane applicabile nel caso che alla stabile organizzazione venga sostituita una partecipazione in una società*») deve riferirsi soltanto ad ipotesi storiche verificatesi negli anni in cui la Convenzione era stata negoziata, in cui, per sfuggire al regime sulle stabili organizzazioni, queste ultime erano state sostituite con partecipazioni in società.

Nella specie, invece, non vi è stata alcuna «sostituzione», essendo sempre esistita solo la partecipazione della società francese in quella italiana.

Tale tesi risulta confermata nella nota del 5 ottobre 1989 tra i Ministri delle Finanze allora in carica, prodotta dalla S., nella quale veniva stabilito che l'equiparazione esiste solo «*lorsqu'un établissement stable déjà existant est transformé en une société de personnes (dans le cas de l'Italie) dans laquelle la personne qui possédait l'établissement stable détient, directement ou indirectement, la majorité des droits*».

Rileva, inoltre, la ricorrente che proprio il principio affermato nella sentenza di questa Corte richiamata nella decisione impugnata porta a confermare l'esattezza della tesi sopra sostenuta.

In tale sentenza, infatti, veniva escluso che il processo verbale di una riunione della Commissione mista franco-italiana tenutasi a Roma dall'8 all'11 luglio 1988, contenente un'interpretazione dell'art. 11 conforme a quella ivi sostenuta, potesse avere valore normativo, in quanto gli accordi previsti dall'art. 26 (quelli necessari per l'esecuzione della Convenzione; quelli emanati per dare interpretazione alle norme della convenzione; quelli rivolti ad evitare — ad istanza del contribuente — le doppie imposizioni) devono essere stipulati, secondo l'art. 27, tra le Autorità fiscali dei due Paesi. Il verbale in questione, invece, documentava mere trattative.

Invece, l'accordo concluso mediante lo scambio di lettere del 5 ottobre 1989 è intervenuto tra i due Ministri delle finanze ed ha, quindi, valore normativo.

§ 6. MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente deve essere disposta la riunione dei ricorsi, proposti nei confronti della stessa sentenza.

6.1. — Il ricorso principale non merita accoglimento.

È necessario, però, apportare alla motivazione in diritto della sentenza impugnata alcune integrazioni e correzioni, ai sensi dell'art. 384, comma secondo, cod. proc. civ.

Come ha esattamente osservato la Commissione Regionale, l'art. 11, §1, della Convenzione non svolge, nella presente controversia, il ruolo preteso dalla difesa dell'Amministrazione.

I trattati bilaterali in materia di doppia imposizione hanno la funzione di dettare norme internazionali di conflitto le quali eliminino la sovrapposizione dei sistemi fiscali nazionali perchè, diversamente, i contribuenti dovrebbero subire, in relazione al proprio reddito percepito all'estero, un maggior carico fiscale, con conseguente ostacolo all'attività economica e di investimento internazionale. Tale scopo viene perseguito mediante l'attribuzione del potere d'imposizione fiscale (definito impropriamente nella sentenza impugnata come *giurisdizione tributaria*) ad uno Stato contraente e, corrispondentemente, con la rinuncia all'esercizio di tale potere da parte dell'altro Stato.

Nel caso dell'accordo italo-francese, la regola generale del conferimento della potestà impositiva in materia di *redevances* allo Stato di residenza del percipiente subisce una deroga nel caso in cui quest'ultimo abbia una stabile organizzazione ovvero (secondo la tesi seguita dalla giurisprudenza di questa Corte: sentenza 24 maggio 1988, n. 3610) una partecipazione societaria nel territorio dello Stato del soggetto erogatore.

Tale deroga comporta quindi, nel caso di *redevances* pagate da una società avente sede in Italia, nella quale una società francese abbia una partecipazione, che quest'ultima è soggetta ad imposizione fiscale diretta in Italia, e non, secondo la regola generale, in Francia.

Ma l'oggetto del dibattito non è qui la soggezione dei compensi ricevuti dalla società madre alla potestà impositiva dello Stato italiano. L'accertamento dell'ufficio concerne, infatti, non il reddito prodotto dalla società francese, ma il trattamento fiscale del pagamento fatto dalla società italiana, che questa ha considerato come componente negativa del proprio reddito, componente sconosciuta dall'ufficio.

6.2. – Le ragioni per cui il costo rappresentato dal pagamento delle *redevances* — secondo la tesi dell'Amministrazione — dovrebbe essere sconosciuto non sono condivise dalla Corte.

Si sostiene che tale pagamento è stato effettuato a favore di un soggetto che s'identifica col soggetto erogatore, in forza dell'equazione: organizzazione stabile = partecipazione in società in Italia.

È alquanto difficile cogliere l'esatto senso di tale argomentazione. Non si capisce, infatti, se essa esprima una regola giuridica, ovvero una sorta di presunzione di fatto della natura fittizia di un compenso pagato da una società figlia alla società madre per l'utilizzazione di beni immateriali.

Sotto il primo profilo, l'ordinamento giuridico non può certamente impedire che un'impresa — costituita in forma societaria — decida di operare all'estero, anziché attraverso un'organizzazione stabile priva di soggettività giuridica, mediante costituzione di una società o acquisizione di partecipazioni societarie. Il fatto che la prima impresa abbia il controllo della seconda non esclude che le due imprese siano distinti soggetti giuridici e che, quindi, i loro rapporti siano giuridicamente regolati nelle forme previste dall'ordinamento.

Nulla vieta, perciò, che l'utilizzazione, da parte della società figlia, di beni immateriali pertinenti alla società madre avvenga dietro pagamento di un corrispettivo, e ciò comporta che tale pagamento non possa non sottostare alla disciplina delle componenti negative del reddito d'impresa.

Sotto il secondo aspetto, il collegamento tra le due imprese non può costituire, di per se stesso, una presunzione della natura fittizia dell'operazione, dovendo l'ufficio finanziario dimostrare la non inerenza o non congruità del compenso, caratteristiche che, nella specie, non sono state neppure prospettate.

Ad ulteriore riprova dell'infondatezza della tesi dell'Amministrazione sta il fatto che, se si considerano le *redevances* pagamenti fatti da un soggetto a favore di se stesso, ciò comporterebbe che, così come il soggetto erogatore non è ammesso a portarsi in detrazione tali pagamenti, il soggetto beneficiario non dovrebbe vedere incrementato, in corrispondente misura, il proprio reddito.

6.3. – Vi è, ancora, da considerare che i principi della libertà d'impresa e di iniziativa economica non consentono limitazioni alla capacità contrattuale di una impresa nel regolamento dei suoi rapporti con imprese collegate, tanto più quando le imprese, come nel caso di specie, abbiano la loro sede nel territorio dell'Unione Europea e siano, quindi, soggette all'applicazione del diritto comunitario.

Come più volte riconosciuto dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee (si vedano, in particolare, le sentenze 14 febbraio 1995, C-279/93, *Finanzamt Köln-Altstadt c. Roland Schumacker* e 12 maggio 1998, C-336/96, *Coniugi Gilly c. Directeur des services fiscaux du Bas - Rhin*), il fatto che l'imposizione fiscale diretta non sia materia attribuita alla competenza comunitaria non esclude che le

convenzioni bilaterali in materia di doppia imposizione e i diritti nazionali debbano rispettare il diritto comunitario, e in particolare il principio di non discriminazione e il diritto di stabilimento (articoli 6 e 52 del Trattato).

Infatti, se una norma di convenzione bilaterale (come l'art. 11, §1, dell'accordo italo-francese) dovesse essere interpretata nel senso di escludere l'ammissibilità di un costo da *redevances* perché le stesse sono state pagate da una società a favore della società madre avente sede nell'altro Stato contraente, tale interpretazione comporterebbe una discriminazione rispetto a identici pagamenti fatti da società figlia a società madre, entrambe aventi sede in Italia, e limiterebbe il diritto di stabilimento della seconda.

Come affermato dalla Corte di Giustizia comunitaria nella sentenza 28 gennaio 1986, C-270/83, *Commissione c. Francia*, l'art. 52 del Trattato CE, il quale conferisce agli operatori economici il diritto di scegliere liberamente la forma giuridica appropriata per l'esercizio delle loro attività in un altro Stato membro, vieta agli Stati membri di limitare tale facoltà di scelta attraverso disposizioni fiscali che discriminino i non residenti a beneficio dei residenti.

6.4. - In conclusione, l'art. 11, §1, della Convenzione non impedisce l'applicazione della disciplina all'epoca vigente in materia di costi nell'ambito della determinazione del reddito d'impresa, e cioè, secondo quanto ritenuto nella sentenza impugnata ed espressamente richiesto dalla S. nel ricorso contro la decisione di primo grado, del d.P.R. n. 597/73. Quanto alla richiesta di applicazione retroattiva del d.P.R. n. 917 del 1986, in forza dell'art. 36 del d.P.R. 4 febbraio 1988, n. 42, si tratta di domanda inammissibile perché proposta per la prima volta in sede di legittimità.

Il rigetto del ricorso dell'Amministrazione dispensa la Corte dall'esame del ricorso incidentale, essendo state con lo stesso dedotte censure subordinate all'accoglimento del ricorso principale. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Tributaria, 8 maggio 2000 n. 5776 – Pres. Delli Priscoli – Rel. Sotgiu – P.G. (conf.) Velardi - P. e altri contro Ministero delle Finanze (avv. Stato Cenerini).

Tributi erariali indiretti – Registro – Accertamento – Immobili – Valutazione – Stima Ute – Contenzioso – Poteri delle commissioni – Valutazione officiosa – Sussistenza.

(art. 7 d.lgs. 31 dicembre 1992 n. 546).

Le commissioni tributarie possono acquisire aliunde, prescindendo dalle stime di parte, gli elementi per addivenire alla valutazione dell'imponibile, anche ove ritengono la stima dell'Ufficio insufficiente, senza che ciò violi il principio dell'onere della prova (1).

(1) Principio generale recentemente riaffermato (sent. 16171/00, pubblicata a pag. 338, al cui commento si rinvia).

(*omissis*)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

In sede di costituzione della Società «Immobiliare B. s.a.s.» con atto notarile 19 maggio 1992 R.P. donava contestualmente, con separato atto, ai figli B. e A.P. e alla moglie M.R.M. una quota pari ai 24/100 di un appezzamento di terreno (esteso complessivamente mq. 26250), che veniva conferita nella predetta società, con attribuzione di valore pari a L. 81.900.000. L'Ufficio del Registro di Chieti, sulla base di stima UTE, accertava per detto conferimento, il valore di L. 189.000.000, che veniva contestato dalla Immobiliare B. e dai singoli soci, per carenza di motivazione dell'avviso di accertamento.

La Commissione Tributaria Regionale dell'Aquila con decisione 3 novembre 1997, confermativa della pronuncia del primo giudice, ha ridotto il valore accertato a L. 126.000.000, ottenuto mediando fra la stima UTE e la perizia redatta da tecnico incaricato dai contribuenti, tenuto conto dell'indice di edificabilità dell'area e della sua ottima esposizione.

B.P., in proprio e quale rappresentante della B. s.a.s., R. e A.P. e M.R.M. hanno chiesto la cassazione di tale decisione sulla base di due motivi. Il Ministero delle Finanze resiste con controricorso. I ricorrenti hanno proposto memoria.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Col primo motivo di ricorso, i ricorrenti adducono la violazione da parte dei giudici tributari dell'art. 51 del d.P.R. 131 del 1986 e dell'art. 62 del d.l.vo 546 del 1992, nonché vizio di motivazione per avere la Commissione Regionale sostituito la propria valutazione a quella dell'Ufficio, che aveva l'onere di dimostrare, nel corso del giudizio che il valore accertato corrispondeva a quello determinato nell'avviso di accertamento. A tale onere l'Ufficio non ha adempiuto, ove si consideri che la stima UTE, su cui è basato l'accertamento, è stata ritenuta inattendibile, per cui su di essa non poteva essere basata una decisione, neppure equitativa, che tenesse conto anche delle osservazioni tecniche di controparte, giudicate tra l'altro esaurienti.

Col secondo motivo di ricorso, ulteriormente adducendo le medesime violazioni, i ricorrenti insistono nella censura di difettosa motivazione della decisione impugnata, che non poteva avvalersi di un criterio equitativo, facendo la media fra due stime fondate su differenti situazioni esistenti fra gli atti di riferimento, in particolare, per quanto attiene la stima UTE, sulla indicazione di terreni aventi caratteristiche edificatorie del tutto diverse da quella dell'area oggetto di tassazione.

Il ricorso è infondato.

Se è vero infatti che ove il contribuente contesti la legittimità dell'accertamento spetta all'Amministrazione Finanziaria dimostrare la congruità del valore da essa attribuito all'immobile nell'avviso di accertamento (Cass. 3235/95) e che la contestazione dell'accertamento da parte del contribuente contiene un'implicita affermazione che il bene non ha valore indicato dall'Ufficio, il quale ha pertanto l'onere di provarlo in giudizio (Cass. 8995/95), è vero altresì che la constatazione che tale prova non è stata offerta dal Fisco rientra pur sempre nei poteri dei giudici tributa-

ri, i quali possono dunque addivenire ad una estimazione in concreto del bene in contestazione (Cass. 4565/93; 3235/95 *cit.*), proprio a seguito del fallimento di tale prova.

Sostiene nondimeno il ricorrente che alle Commissioni Tributarie non competerebbe tale potere estimativo sostitutivo di quello, spiegato in via puramente amministrativa, dall'Ufficio.

L'assunto non può essere condiviso.

L'art. 7 del d.l.vo 31 dicembre 1992 n. 546 assegna infatti alle Commissioni tributarie ampi poteri istruttori, ricomprendenti la possibilità di acquisire elementi conoscitivi mediante la richiesta di apposite relazioni affidate ad organi tecnici dell'Amministrazione, con la sola esclusione, fra le prove ammissibili, del giuramento e dell'assunzione di testimoni.

Tali poteri sono conferiti proprio in funzione della valutazione, ad esse affidata, dalla legittimità e della congruità delle pretese dell'Ufficio; i giudici tributari di merito possono cioè acquisire «*aliunde*», prescindendo dagli accertamenti dell'Ufficio, gli elementi di decisione, di cui compiono una valutazione autonoma, rispetto all'assunto dell'Ufficio.

Nella fattispecie, dunque, la Commissione Regionale, ha fatto corretto uso di tali poteri, avendo ritenuto congruo il valore determinato in punto di fatto dai giudici di primo grado mediante la parziale utilizzazione, da un lato, dell'accertamento dell'Ufficio, che poteva essere liberamente valutato, non essendo assistito da presunzione di legittimità (Cass. 7180/94), dall'altro della perizia di parte, anch'essa liberamente apprezzata in sede di merito.

Non sussiste, dunque il lamentato difetto di motivazione della decisione impugnata, la quale ha dato ulteriore conto, con riferimento alle caratteristiche dell'area, alla sua esposizione e all'indice di edificabilità attribuito alla stessa, del proprio convincimento. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Tributaria, 22 maggio 2000 n. 6631 – Pres. Cantillo – Rel. Papa – P.G. (diff.) Gambardella - M.L. c. Ministero delle Finanze.

IVA – Rettifica – Elementi – Ricarico calcolato sulla base di dichiarazioni delle parti accertate e dei cartellini dei prezzi – Legittimità.

(artt. 51 e 54 d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 633)

Sono indizi gravi, precisi e concordanti, ai fini della ricostruzione dell'imponibile Iva, le medie di ricarico calcolate sui cartellini dei prezzi di vendita al pubblico delle merci (1).

(1) La sentenza affronta il profilo della sufficienza motivazionale della sentenza impugnata. La non veridicità, in particolare, dei dati ricavati come sopra, attiene al merito (e allo specifico onere della parte di provare il contrario di quanto appaia).

(*omissis*)

La violazione di legge, complessivamente denunciata, si incentra sulla mancanza dei requisiti di gravità, precisione e concordanza, in ordine agli elementi presuntivi utilizzati per la rettifica, in contrasto con l'art. 2729 c.c., sostanzialmente richiamato dall'art. 54 comma 2 d.P.R. 633/1972 e, più in generale, dall'art. 39 comma 1 lett. d) d.P.R. 600/1973. Il primo aspetto considerato attiene, in concreto, all'erronea valutazione delle risultanze del processo verbale di constatazione, da parte del giudice «*a quo*»: in realtà, di nessuna ammissione può farsi carico alla contribuente, che invece, in quella sede, si riservò di far valere le proprie ragioni, circostanza confermata da altre decisioni, a lei favorevoli, sui medesimi fatti — in particolare, da quelle relative ad i.r.pe.f. ed i.lo.r. per lo stesso anno e dalla sentenza penale di proscioglimento in ordine alle imputazioni corrispondenti —. Tuttavia, nella sentenza impugnata, non si parla di «ammissioni» della ricorrente odierna soltanto dandosi atto che il verbale fu a suo tempo «redatto in contraddittorio con la contribuente» e che la percentuale di ricarico del 44%, fissata «con il concorso» di lei, apparve sensibilmente inferiore a quella effettiva, la quale, «desunta in maniera analitico-contabile dal nucleo in verifica» risultò superiore all'80%. Talché i dati, che la ricorrente considera sotto il profilo del vizio di motivazione, sono quelli inerenti il ricarico dichiarato e quello accertato in sede di verifica. Ma, in ordine al primo — del resto agevolmente desumibile dalla stessa dichiarazione annuale, avuto riguardo al corrispondente volume di affari —, non si ravvisa alcuna specifica doglianza di segno contrario, come peraltro positivamente emerge dalla parte conclusiva del ricorso (in particolare, p. 11), là dove si sostiene che i due dati, se correttamente considerati, non avrebbero dato luogo al rilevato contrasto. In ordine al secondo, invece, deduce che il ricarico ritenuto effettivo venne malamente e parzialmente desunto da «venti cartellini rinvenuti sulla merce (o parte di essa?) esposta in un dato giorno» in realtà idonei ad individuare unicamente il «prezzo di esposizione», di norma tuttavia non corrispondente a quello di vendita, il quale ridurrebbe il presunto ricarico effettivo (quale risultante dal cartellino) al 44%, ipotizzando «un semplice sconto del 20% (pressoché usuale in una «*boutique*»)», là dove uno sconto del 50% sarebbe addirittura frequente (e ridurrebbe il ricarico reale, secondo quanto si sostiene, al 10%) «nei casi di liquidazione o saldi di fine stagione». Si tratta, a ben vedere, di rilievi che non attingono la motivazione, risolvendosi in diverse valutazioni di merito, non apprezzabili in questa sede, in assenza di errori intrinseci di carattere logico-giuridico. Difatti, l'affermazione secondo cui la percentuale di ricarico effettivo venne desunta dagli operatori per effetto di ricostruzione analitico-contabile non risulta scalfita dalle osservazioni che precedono, da cui, mentre non emerge alcun rapporto fra gli articoli che si assumono direttamente considerati e quelli globalmente trattati — in maniera da escludere il carattere significativo dei primi —, si fanno poi derivare conseguenze di segno diverso, mediante ricorso a semplici argomentazioni. Ne deriva, alla stregua della motivazione contrastata, la corretta affermazione dei requisiti di gravità, precisione e concordanza, in ordine agli elementi, acquisiti in via diretta e quindi utilizzabili pure in presenza di contabilità regolare. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Tributaria, 20 giugno 2000 n. 8340 – Pres. Delli Priscoli – Rel. Altieri – P.G. (diff.) Apice - Soc. M. c. Ministero delle Finanze (avv. Stato Volpe).

Tributi doganali – Diritti di statistica e per i servizi amministrativi – Contrasto con il Trattato CEE – Azione di rimborso – Onere della prova – Bollette doganali indicate ma non prodotte dall'attore – Dovere di esibizione da parte della P.A. – Sussistenza.

(art. 210 c.p.c.; art. 116 c.p.c.; art. 2697 c.c.; art. 18, 2° co., legge 241/90; art. 91, T.U. 43/73).

La prova dell'assorbimento di tributi di effetto equivalente a dazi intracomunitari vietati dal Trattato Cee, nella relativa azione di rimborso, può essere fornita anche mediante argomenti di prova tratti dal comportamento della convenuta Amministrazione che, ai sensi dell'art. 18, legge 241/90, ha il dovere di esibire gli originali delle bollette doganali in suo possesso, a nulla rilevando l'onere, prescritto per la sola fase amministrativa, del creditore di allegare le stesse all'istanza di rimborso (1).

(1) Onere probatorio del privato e del fisco nel procedimento e nel processo di rimborso.

Può darsi per pacifico che i diritti di cui alla causa in oggetto ostassero al chiaro disposto degli artt. 9 e 13 del Trattato Cee (per tutte, cfr. CGCE C 39/82, DONNER). La convenuta può però provare che tali diritti sono effettivamente remunerativi di un servizio prestato all'importatore e per il costo effettivo (principio del rimborso spesa). Ciò è però difficilmente riscontrabile per i servizi in questione che sembrano piuttosto effettuati nell'esclusivo interesse dello Stato quando, addirittura, non assumano la natura di mera tassa o contributo speciale aggiuntivo (massime per i diritti sui «servizi amministrativi»).

2. – Ciò precisato, è d'uopo esaminare il procedimento di rimborso, che prescrive l'allegazione all'istanza di rimborso, da presentarsi entro il termine di decadenza di cinque anni, della bolletta in originale. Termine generalizzato alle azioni di rimborso di tutto quanto pagato in relazione ad operazioni doganali dall'art. 29, primo comma, legge 428/90, e ridotto a tre anni dal 1 gennaio 1991. Ovviamente, in caso di rigetto dell'istanza, il contribuente non è più in possesso degli originali.

3. – Occorre, inoltre, puntualizzare che l'istanza di esibizione delle bollette, unico mezzo per recuperare l'originale delle stesse, a fronte della contestazione delle fotocopie operata dalla difesa erariale, non era stata accolta dal Tribunale, e che avverso tale ordinanza non era stato formulato specifico motivo di appello incidentale. Pertanto la Corte di Appello di Venezia aveva escluso di dover provvedere in tal senso.

4. – Tale accadimento, secondo le regole del processo, precludeva effettivamente il potere della Corte di ordinare l'esibizione? No, infatti trattasi di atto adottabile, sia pure discrezionalmente, ma di ufficio. Invero, l'omesso esercizio di poteri discrezionali da parte del giudice non è sindacabile, per costante giurisprudenza, in sede di legittimità.

5. – La suprema Corte glissa su tali aspetti del processo, ed afferma il dovere della P.A. di applicare il principio di cui all'art. 18, secondo comma, legge 241/90, norma che prevede che il funzionario istruttore acquisisca di ufficio i documenti, già in possesso della P.A., donde risultino circostanze rilevanti ai fini dell'istanza del cittadino. Tale norma attiene al procedimento, non al processo. E nel procedimento *ex* art. 91, T.U. 43/73, la P.A. è già in possesso delle bollette. Perciò non deve applicare l'art. 18, secondo comma, della legge 241/90.

1. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

(omissis)

La ditta A.M. i conveniva dinanzi al Tribunale di Venezia l'Amministrazione delle Finanze dello Stato, chiedendone la condanna al pagamento della somma di lire 77.646.976, oltre ad interessi ed accessori, versata a seguito di importazioni di cereali attraverso le dogane di Venezia e di Verona a titolo di «diritto di statistica», «diritto per i servizi amministrativi» e «tasse di sbarco», sostenendo che gli stessi non erano dovuti per contrasto col diritto comunitario, essendo equivalenti a dazi doganali.

L'Amministrazione si costituiva in giudizio, chiedendo il rigetto della domanda.

Nel corso del giudizio di primo grado si costituiva la M & C. s.p.a. in concorso preventivo, proveniente dalla M. & C. s.a.s. di E. e M. M. & C., nella quale era stata trasformata l'originaria impresa individuale.

Con sentenza 28 aprile - 11 luglio 1994 il Tribunale accoglieva parzialmente la domanda.

6. - Né tale richiamo può far dedurre un principio relativo al processo e, addirittura, condurre all'inversione dell'onere della prova. Trattasi infatti di una mera norma sul procedimento, e sulla relativa istruttoria, facilitata delegando alla P.A. l'onere di raccogliere le «prove» già in suo possesso.

L'argomento appare quindi non pertinente.

7. - Fondato, invece, è l'argomento *ex art. 116 c.p.c.* Non v'è dubbio che chi sia in possesso delle prove, per un onere imposto sin dalla fase amministrativa, deve prendere una posizione chiara e precisa sulla esistenza e rilevanza delle stesse. Diversamente, è difficile pensare che non si sia compiuta una violazione del generale dovere di lealtà e probità processuale, e che non si possano trarre da ciò argomenti presuntivi (per esempio, dalla produzione di fotocopie contestata in modo generico o incompleto).

8. - Ma l'attore non aveva prodotto nemmeno le fotocopie, bensì un elenco riepilogativo, e la Corte d'Appello ne dava atto, reputandone l'insufficienza.

9. - Sembra dunque che il principio di diritto affermato:

- sia erroneo nel richiamo all'art. 18 della legge 241/90;

- nell'affermare che la Corte di rinvio dovrebbe lasciar esperire alla parte le opportune forme di tutela atte ad acquisire gli originali, non tiene conto della preclusione processuale maturata per mancata rinnovazione nell'atto di appello dell'istanza *ex art. 210 c.p.c.*

10. - La Corte, dunque, rovescia l'onere della prova (nella sostanza) ma, ancor prima, confonde il piano del processo — per cui non è configurabile un dovere, del giudice, ad instar della P.A., di acquisire d'ufficio le prove in possesso di soggetti diversi dall'attore, ma solo una facoltà, soggetta ad onere di congrua motivazione se sollecitata e non utilizzata. Tali le ragioni del dissenso dalla sezione, e la segnalazione della prevedibile difficoltà del giudice di rinvio di provvedere senza violare i principi che configurano tale fase come un processo ad istruzione chiusa. Dovrà il giudice interpellare la P.A. con richiesta d'informazioni, che sembra la strada più percorribile? O meglio, dovrà trarre argomenti di prova dalla — già avvenuta — mancata risposta della P.A. alle deduzioni attoree? In questo caso, si preconizza che una corretta decisione sulla insufficienza degli elementi in atto per determinare il *quantum* sia bastevole a confermare la casata decisione. E tale decisione, invero, era già stata adottata poiché la Corte, rimarcata l'assenza di fotocopie, aveva stimato insufficienti i prospetti informali prodotti dall'attore, nella consapevolezza della mancata doverosa risposta della P.A. sulle bollette.

La Corte d'Appello di Venezia accoglieva il gravame dell'Amministrazione con sentenza 9 ottobre - 12 novembre 1997, così motivata:

– come dedotto dall'Amministrazione fin dalla comparsa di risposta in primo grado, l'appellata non aveva prodotto le bollette doganali costituenti la prova del pagamento dei diritti di cui veniva chiesta la restituzione;

– l'appellata — che aveva in primo grado concluso affinché la causa fosse rimessa sul ruolo, perchè venisse ordinato all'Amministrazione di esibire le bolle in suo possesso — non aveva reiterato tale richiesta in appello, e non aveva prodotto neppure fotocopia delle bolle;

– gli unici documenti prodotti erano gli elenchi riepilogativi delle operazioni doganali che dichiarava di aver effettuato, asserendo di aver consegnato gli originali delle bollette all'Amministrazione, a corredo della domanda di rimborso in via amministrativa. Tali elenchi non contenevano alcuna indicazione che ne comprovasse la provenienza ufficiale;

– pur dovendosi condividere l'indirizzo affermato dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui l'onere di corredare l'istanza di rimborso con le bollette doganali (articoli 95 e 97 del d.P.R. n. 65/1986 e 91 d.P.R. n. 43/1973) si riferisce alla sola fase amministrativa e, comunque, ai soli casi di errori di calcolo o di applicazione di un diritto diverso da quello fissato in tariffa, doveva in conclusione ritenersi che i detti prospetti fossero privi di qualsiasi valenza probatoria degli avvenuti pagamenti;

– l'argomentazione secondo cui l'esibizione delle bolle avrebbe dovuto far carico all'Amministrazione si risolveva, in pratica, in un rovesciamento dell'onere della prova.

Avverso tale sentenza la M. S.p.a., nel frattempo posta in liquidazione, ha proposto ricorso per cassazione, sulla base di quattro mezzi d'annullamento.

L'Amministrazione finanziaria dello Stato resiste con controricorso.

2. I MOTIVI DI RICORSO

2.1. – Col primo motivo la ricorrente, denunciando violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2697 cod.civ. in relazione all'art. 2033 stesso codice, nonché degli articoli 115 e 116 cod. proc. civ. ; motivazione contraddittoria, lamenta che la Corte di merito, dopo aver statuito di accogliere il secondo motivo d'appello, riguardante il difetto di *legitimitatio ad causam*, ha invece deciso nel senso di ritenere il difetto di prova del diritto al rimborso.

Sotto tale profilo, deduce che la pronuncia non rispetta il principio affermato da Cass.12911/95, secondo cui l'azione di ripetizione di tributi doganali indebitamente versati non esige necessariamente l'allegazione della bolletta doganale di pagamento, così come è disposto per l'istanza di rimborso in via amministrativa (art. 91 del d.P.R. n. 43/73), con la conseguenza che la prova del pagamento può essere offerta con qualsiasi mezzo.

2.2. – Col secondo motivo la ricorrente denuncia omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia; violazione o falsa applicazione dell'art. 91 del d.P.R. n. 43 del 1973 e dell'art. 24 della Costituzione.

Deduce che, nel respingere la domanda per mancata produzione delle bollette, la Corte di merito non avrebbe considerato che tali documenti erano in possesso dell'Amministrazione, per averle la società allegate alla domanda di rimborso in via amministrativa.

Tale ragionamento finisce col risolversi in una violazione dell'art. 24 della Costituzione perché, non avendo l'Amministrazione contestato la detta allegazione, la produzione in giudizio dei documenti rappresentava una prova impossibile per la società.

Peraltro quest'ultima aveva formulato istanza di esibizione degli originali delle bolle ai sensi dell'art. 210 cod. proc. civ. Tale domanda era stata rigettata dal Tribunale con l'osservazione che non si trattava di «*documentazione comune alle parti*», ignorandosi che i documenti in questione sono composti da due parti, madre e figlia. Solo quest'ultima viene consegnata all'importatore, e appunto le «*figlie*» originali erano state allegate alla domanda di rimborso.

D'altra parte, gli elenchi prodotti contenevano tutti gli elementi necessari per individuare le bolle relative ai diritti in contestazione.

2.3. – Col terzo motivo la ricorrente denuncia violazione o falsa applicazione dell'art. 2697 cod. civ. e 116 cod. proc. civ.; omessa ed illogica motivazione circa un punto decisivo della controversia.

Lamentando violazione dei principi in tema di onere della prova, deduce che la Corte di merito, a differenza di quanto correttamente ritenuto dal Tribunale, non aveva considerato che la mancata contestazione dell'Amministrazione circa la precedente allegazione delle bollette fosse un comportamento processuale qualificabile come mezzo di prova.

2.4 – Col quarto motivo, denunciando illogica motivazione su un punto decisivo della controversia, la ricorrente deduce che, negando la sussistenza di un onere di produrre le bollette doganali, la Corte d'Appello avrebbe, implicitamente, riconosciuto che vi era stata l'allegazione degli originali in sede di istanza amministrativa di rimborso.

Deduce, inoltre, l'erroneità dell'affermazione secondo cui sarebbe stata sufficiente la produzione di fotocopie. Queste ultime, infatti, avrebbero avuto lo stesso valore probatorio degli originali solo se la loro conformità con questi fosse stata attestata da pubblico ufficiale, ovvero se la controparte non le avesse disconosciute. Vi era, infatti, da ritenere che l'Amministrazione, avendo reiterato in appello la richiesta alla società di produrre gli originali, avrebbe disconosciuto le fotocopie degli stessi.

3. MOTIVI DELLA DECISIONE

Le censure, che possono essere congiuntamente esaminate, meritano accoglimento, anche se per ragioni giuridiche non del tutto coincidenti con quelle svolte dalla società ricorrente.

Come risulta dalla sentenza impugnata ed è incontestato fra le parti, l'importatrice aveva fatto espresso riferimento, nell'atto introduttivo del giudizio, a specifiche operazioni d'importazione, esattamente individuate, in relazione alle quali aveva affermato di aver presentato istanze di rimborso in via amministrativa, allegando le bollette recanti l'attestazione del pagamento dei diritti doganali di cui chiedeva la restituzione.

La Corte di merito ha ritenuto che, pur essendo il disposto dell'art.91 del d.P.R. n. 43 del 1973 — il quale prescrive che alla domanda di rimborso debbano essere allegati le bollette doganali — applicabile nella sola fase amministrativa, la M. non avesse fornito la prova del diritto, e cioè l'avvenuto pagamento dei diritti.

Si deve, innanzitutto, condividere l'indirizzo espresso dalla giurisprudenza della Corte (si vedano, oltre a quella richiamata dalla Corte d'Appello, le sentenze 84/3798 e 95/12911), il quale ammette che la prova del pagamento dei diritti doganali indebitamente versati non sia costituita esclusivamente dalla bolletta doganale, ma può essere desunta anche *aliunde*.

Pertanto, nel caso in cui il soggetto che chiede il rimborso affermi di non poter presentare gli originali delle bollette perché gli stessi sono già stati consegnati all'amministrazione, si pone il problema degli idonei mezzi di prova dell'avvenuto pagamento.

Secondo l'Amministrazione, la prospettazione della ricorrente, la quale pone a carico dell'Amministrazione stessa la materiale impossibilità di produrre in giudizio i documenti in questione si risolverebbe in una indebita inversione dell'onere della prova.

Senonché tale tesi, pur corretta in via generale, non tiene conto di fondamentali principi che regolano la prova dei fatti nei rapporti con la pubblica amministrazione.

L'art. 18, comma secondo, della legge sul procedimento amministrativo 7 agosto 1990, n. 241, stabilisce che «Qualora l'interessato dichiari che fatti, stati e qualità sono attestati in documenti già in possesso della stessa amministrazione procedente o di altra pubblica amministrazione, il responsabile del procedimento provvede d'ufficio all'acquisizione dei documenti stessi o di copia di essi».

Tale norma, per la quale, a differenza di altre parti della stessa legge n. 241/90 (e cioè le norme sulla partecipazione al procedimento amministrativo, in forza della disposizione di cui all'art. 13, secondo comma) non è esclusa l'applicabilità ai procedimenti tributari, costituisce espressione di un principio di carattere generale, operante anche nel processo (si veda la decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 13 ottobre 1998, n. 7).

Pertanto, quando in qualunque processo, pur retto dal principio dispositivo, il privato interessato affermi che un fatto risulta attestato in documenti in possesso dell'amministrazione resistente, la prova del fatto può essere fornita anche attraverso il mero riscontro di tali documenti compiuto dalla stessa amministrazione.

In caso di contestazione circa il possesso dei documenti o sul contenuto degli stessi si aprono diverse strade, quali la domanda di esibizione o la richiesta d'informazioni alla P.A.

Non vi è dubbio che, nel caso di specie, la prova del pagamento dei diritti da parte della società importatrice possa essere desunta attraverso un mero riscontro delle bollette doganali, ove le stesse siano in possesso dell'Amministrazione finanziaria.

Pertanto, pur non avendo la società fatto espresso riferimento al principio enunciato dall'art. 18, secondo comma, della legge n. 241/90, la precisa indicazione delle importazioni e dei pagamenti effettuati e la dichiarazione di aver consegnato le bollette all'Amministrazione doganale faceva sorgere il dovere di quest'ultima di dare una risposta sul possesso di tali documenti e sul loro contenuto.

In conclusione, il principio di collaborazione tra P.A. e privato comporta indubbiamente una diversa ricostruzione dei loro rapporti, anche nel momento processuale, per quanto attiene alla ripartizione dell'onere probatorio.

È ovvio che la mancata applicazione del predetto principio travolge tutte le statuizioni dei giudici di merito sulla valutazione del materiale probatorio, essendo necessario acquisire le risposte dell'Amministrazione, la quale non può, pertanto, limitarsi ad invocare l'art. 91 della legge doganale n. 43 del 1973.

In presenza di un rifiuto generico o immotivato, il giudice di merito (come è stato ritenuto nella citata sentenza di questa Corte n. 12911/95) può dedurre la prova del pagamento anche attraverso il comportamento processuale dell'Amministrazione finanziaria.

L'accoglimento delle censure, nel senso sopra precisato, comporta la cassazione della sentenza impugnata, con rinvio per nuovo esame ad altra Sezione della Corte d'Appello di Venezia, la quale deciderà anche sulle spese del presente giudizio di legittimità.

I Giudici di rinvio si uniformeranno al seguente principio di diritto:

«Nel caso in cui l'importatore, che ha agito per la restituzione di diritti doganali non dovuti, indichi con precisione le operazioni doganali compiute e dichiari che le bollette doganali di pagamento, a lui precedentemente rilasciate, sono in possesso dell'amministrazione, quest'ultima, in applicazione del principio di cui all'art.18, secondo comma, della legge 7 agosto 1990, n. 241, dovrà fornire risposte circa il possesso e il contenuto dei documenti stessi. In caso di rifiuto, o di risposte generiche e/o immotivate la parte privata potrà esperire le forme di tutela opportune per l'acquisizione dei documenti, e il giudice potrà, eventualmente, trarre argomenti di prova dal comportamento processuale dell'Amministrazione».

P. Q. M.

La Corte di Cassazione;
accoglie il ricorso per quanto di ragione; cassa la sentenza impugnata. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Un., 12 ottobre 2000 n. 1092 – Pres. Panzarani – Rel. Marziale – P.G. (conf.) Iannelli - A.K. c. Ministero delle Finanze (avv. Stato De Bellis).

Tributi in generale – Riscossione – Ingiunzione fiscale – Istituzione dei concessionari della riscossione – Procedura esecutiva ingiunzionale, anteriore alla riforma – Applicabilità – Condizioni – Notifica dell'ingiunzione in data anteriore al 1 gennaio 1990.

(R.D. 14 aprile 1910 n. 639; d.P.R. 28 gennaio 1988 n. 43, art. 130).

IVA – Riscossione – Ingunzione – Opposizione – Poteri del giudice – Sospensione – Non sussiste.

(d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 633, art. 62, III co.; R.D. 14 aprile 1910 n. 639, artt. 3, 5, 29, 31).

Giurisdizione – Ingunzione fiscale – Per IVA – Commissioni tributarie – Opposizione di terzo – *Idem*.

(d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 636, art. 1 D).

La procedura esecutiva per ingunzione si applica a tutte le ingunzioni fiscali notificate anteriormente al 1 gennaio 1990, data di entrata in vigore del nuovo sistema della riscossione mediante concessionario (1).

Nell'opposizione a ingunzione fiscale per IVA, notificata anteriormente al 1 gennaio 1990, la Commissione Tributaria non ha il potere di sospendere l'atto, stante il mancato richiamo dell'art. 3 del R.D. 639/910 da parte dell'art. 62 III co. d.P.R. 633/72 (2).

La giurisdizione delle Commissioni Tributarie sull'opposizione a ingunzione per i tributi di cui al d.P.R. 636/72 si estende alla opposizione all'esecuzione (3).

(*omissis*)

1. – Con ricorso depositato il 13 gennaio 1988 presso la cancelleria della Pretura di Merano, il signor A.K. proponeva opposizione alla procedura esecutiva instaurata nei suoi confronti dall'Ufficio IVA di Bolzano ai sensi dell'art. 62, d.P.R. 26 settembre 1972, n. 633 e degli artt. 5 ss. r.d. 14 aprile 1910, n. 639, e sfociata nel pignoramento mobiliare eseguito il precedente 8 gennaio, esponendo:

- che il credito fatto valere era sorto nei confronti di sua madre, nel frattempo deceduta;
- che l'eredità era stata accettata con beneficio d'inventario;
- che, in ogni caso, i beni pignorati non erano di provenienza ereditaria;
- che gli atti ingiuntivi, in base ai quali la procedura era stata avviata, erano stati intestati e notificati (e per l'intero ammontare del credito) solo ad esso ricorrente e non anche agli altri coeredi.

Tanto premesso, il ricorrente chiedeva che, previo accertamento dell'irregolarità formale del titolo esecutivo, della sua notificazione e dell'impignorabilità dei beni staggiti:

- fosse disposta preliminarmente la sospensione dell'esecuzione per gravi motivi, ai sensi dell'art. 624 c.p.c.;
- fosse quindi dichiarata la nullità del titolo esecutivo, del pignoramento e di tutti gli altri atti della procedura, previo accertamento dell'illegittimità del titolo esecutivo, della sua notificazione e della impignorabilità dei beni pignorati.

(1, 2 e 3) Principi pacifici.

1.1. — Il Tribunale di Bolzano, al quale gli atti erano stati rimessi per competenza:

– dichiarava il difetto di giurisdizione del giudice ordinario sia in relazione alla domanda di sospensione dell'esecuzione che relativamente all'opposizione, per la parte in cui era diretta a contestare il diritto dell'Amministrazione finanziaria di procedere all'esecuzione coattiva;

– rigettava, quanto al resto, l'opposizione perché sfornita di prova.

L'appello proposto dal K. era respinto dalla Corte territoriale che, a sua volta, dichiarava d'ufficio, *in toto*, il difetto di giurisdizione dell'a.g.o.: quindi anche in relazione alla dedotta impignorabilità dei beni, negando che la domanda proposta potesse configurarsi, a tale riguardo, come opposizione di terzo. La Corte rilevava inoltre che, comunque, l'appellante non aveva fornito la prova di aver accettato l'eredità con beneficio d'inventario.

1.2 — Il K. chiede la cassazione di tale sentenza con tre motivi. L'Amministrazione finanziaria resiste.

MOTIVI DELLA DECISIONE

2. — Con il primo motivo di ricorso, il ricorrente — denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 615, 617, 624 c.p.c.; delle disposizioni del r.d. 14 aprile 1910, n. 639; dell'artt. 37 c.p.c.; degli artt. 485, secondo comma, e 487, secondo comma, c.c.; nonché vizio di motivazione — censura la sentenza impugnata per aver dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice ordinario in relazione alla domanda di sospensione, senza considerare che, nel caso di specie, la procedura esecutiva era già stata iniziata.

2.1. — La censura, in tali termini formulata, è infondata.

Giova premettere che la procedura esecutiva, della cui legittimità si controverte nel presente giudizio, è tuttora regolata dalle norme contenute nel r.d. 14 aprile 1910, n. 639, ancorché l'art. 130, d.P.R. 28 gennaio 1988, n. 43 abbia disposto, a far data dal 1° gennaio 1990, l'abrogazione di tutte le disposizioni che — al pari dell'art. 62, terzo comma, d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 — regolano la riscossione coattiva delle imposte «e di ogni altra entrata, diritto o accessorio» mediante rinvio al regio decreto n. 639 del 1910; prevedendo, inoltre, che per le entrate scadute e non riscosse entro quella data, ivi comprese quelle per le quali la procedura esecutiva abbia già avuto inizio, l'ente impositore deve provvedere alla formazione del ruolo secondo le modalità dettate dall'art. 67, d.P.R. n. 43/88. Quest'ultima prescrizione, infatti, si riferisce alle ingiunzioni non ancora definite per assenza o difetto di notifica e non riguarda, quindi, le ingiunzioni che, come nel caso di specie, siano state ritualmente notificate prima di tale data (Cass. 22 giugno 1990, n. 6325): le procedure esecutive avviate sulla base di tali provvedimenti continuano pertanto ad essere disciplinate dalle norme precedentemente in vigore.

2.2. – L'art. 62, terzo comma, d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 stabiliva che la riscossione coattiva, nel caso in cui il contribuente non avesse effettuato il pagamento richiesto dopo la notifica dell'ingiunzione, era regolata dagli artt. da 5 e 29 e 31 del r.d. 639 del 1910. Era così omesso ogni riferimento all'art 3, il cui secondo comma attribuisce al giudice adito per l'opposizione il potere di sospendere «il procedimento coattivo», e questo rendeva evidente che il potere di sospensione era riservato *in via esclusiva* all'autorità amministrativa, come poteva del resto desumersi dall'art. 31 dello stesso decreto.

Tale prescrizione, per quanto si è detto, è ancora operante rispetto alla procedura esecutiva oggetto di esame nel presente giudizio, e deve conseguentemente ribadirsi che, rispetto alla domanda di sospensione avanzata dal debitore, vi è difetto *assoluto* di giurisdizione, essendo il relativo potere riservato, in via esclusiva, all'autorità amministrativa (C. cost. 1° aprile 1982, n. 63; Cass., Sez. Un. 5 ottobre 1987, n. 7423; 22 giugno 1990, n. 6325).

2.3. – Non vale osservare, in contrario, che la procedura esecutiva era già stata avviata, in quanto l'eventuale sospensione dell'esecuzione finirebbe per incidere sull'esecutività d'ingiunzione fiscale che, per quanto si è detto, deve ritenersi sottratta, in materia tributaria, ad ogni possibilità d'intervento da parte dell'autorità giudiziaria (*retro*, § 2.2).

Ancor meno pertinente è, poi, il riferimento all'art. 8, r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611, trattandosi di norma che attiene alla competenza territoriale e che, non diversamente dall'art. 9 c.p.c., deve essere coordinata con la disciplina del contenzioso tributario e, per quel che concerne il presente giudizio, alla disciplina dell'I.V.A.

L'art. 1, secondo comma, lett. d), d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636 devolveva espressamente alle commissioni tributarie le controversie in tema di IVA ed analoga previsione è contenuta nell'art. 2, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546. Il rinvio operato dall'art. 62, d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, rendeva d'altro canto evidente, come si è già posto in evidenza, che la procedura di riscossione coattiva poteva essere sospesa solo dall'autorità amministrativa.

3. – La perdurante applicabilità, nel presente giudizio, del rinvio operato dal secondo comma dell'art. 62 d.P.R. 633/72 al testo unico delle disposizioni di legge relative alla riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato, approvato con il r.d. n. 639 del 1910, porta a ritenere infondato anche il secondo motivo, con il quale la sentenza impugnata viene censurata per aver ritenuto che l'opposizione all'esecuzione fondata sulla contestazione della legittimità (per ragioni formali e sostanziali) dell'ingiunzione fiscale esulasse dalla giurisdizione del giudice ordinario.

Invero, il mancato richiamo degli artt. 3 e 4 del citato decreto n. 639 del 1910, escludeva che l'opposizione all'ingiunzione in materia tributaria potesse essere proposta davanti all'autorità giudiziaria ordinaria, come del resto era confermato dall'art. 31 dello stesso decreto (Cass. 22 giugno 1990, n. 6325; 5 ottobre 1987, n. 7423). Il potere di sindacare la legittimità dell'ingiunzione spettava, invece, alle commissioni tributarie, alla cui cognizione erano (e sono) riservate le controversie in tema di I.V.A. (art. 1, secondo comma, lett. d), d.P.R. 633/72; art. 2, primo comma, lett b), d.lgs. 546/92). (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Tributaria, 20 ottobre 2000 n. 13916 – Pres. Cantillo – Rel. Marziale – P.G. (conf.) Cennicola - Ministero delle Finanze c. B.d.R. S.p.a.

IRPEG – Cessione di azienda per corrispettivo dilazionato – Cessione del relativo credito a prezzo molto inferiore – Perdita su crediti – Insussistenza – Natura di sconto finanziario – Deducibilità in più esercizi.

(c.c. artt. 1260, 1267; d.P.R. 29 settembre 1973 n. 597, artt. 58, 61 III co. e 66, II co.).

La cessione di un credito, contestuale alla acquisizione del medesimo, a seguito di una cessione di pacchetto azionario totalitario di altra azienda, per un prezzo molto inferiore al valore nominale, è una operazione finanziaria di sconto del detto credito e come tale non configura una perdita parziale del credito, ma un onere deducibile in più esercizi (1).

(omissis)

1. – In esecuzione delle intese raggiunte con la F.A. S.p.a., l'A.R. S.p.a.:

– il 30 dicembre 1986, ma con effetto dal 1° gennaio 1987, conferì il proprio complesso aziendale alla A.L. S.p.a. appositamente costituita e controllata dall'altra società;

(1) Interessi impliciti in operazioni finanziarie.

1. – Davvero un cattivo affare. Scorporata l'azienda e conferitala in un'altra società *ad hoc*, la *holding* residua trasferiva il pacchetto azionario ad una società dello stesso settore produttivo, a un prezzo fortemente dilazionato. Successivamente il credito era ceduto a una ulteriore società, controllante, infine la «scatola vuota», ossia la *ex holding*, era incorporata, previo acquisto totalitario delle azioni, da un istituto di credito; in sede di bilancio di fusione la enorme differenza tra il prezzo di cessione del credito e quello pattuito era evidenziato come perdita su crediti, della quale, evidentemente, si sarebbe giovata la banca.

2. – Non era difficile immaginare che dietro la complessa operazione si celava un prestito all'altra impresa, acquirente dell'impresa, o meglio, del settore produttivo della stessa previamente conferito nella società *ad hoc*. La stessa infatti avrebbe cominciato a pagare dopo 7 anni, la banca si limitava ad anticipare il 50% dell'importo dell'operazione (segno che quello era il vero prezzo di cessione, e il sovrappiù gli interessi), infine, in un gioco abile, acquisiva lo stesso cedente del credito, che faceva figurare in bilancio l'enorme perdita data dalla differenza.

3. – Le censure della parte all'accertamento, accolte nei due gradi di merito, consistono, fondamentalmente, nella abusiva interpretazione del contratto come mutuo, ma la Corte Suprema ribalta il problema, com'è ovvio, sul piano della qualificazione giuridica del contratto stesso. Evidenziata la natura abnorme della mancata pattuizione di interessi in sede di cessione del pacchetto azionario, nonostante la estrema dilazione del pagamento, e richiamato l'art. 1815 c.c., la Corte osserva che a norma dei principi contabili approvati dal Consiglio dell'ordine dei Commercialisti, di cui più volte è stata raccomandata l'adozione alle Società di revisione (da ultimo con la Comunicazione 88450/99), i crediti futuri vanno iscritti in bilancio al valore attualizzato, cioè al netto degli interessi impliciti che incorporano; di conseguenza, solo attualizzando il credito è possibile calcolare il valore di cessione e verificare se vi siano minusvalenze. Compito rimesso al giudice di rinvio.

– il 2 gennaio 1987 trasferì alla F.A. la sua partecipazione in detta società per il corrispettivo di L. 134 miliardi e, per il prezzo di L. 133 miliardi, partecipazioni in altre società, da versarsi in cinque rate annuali a partire dal 1° gennaio 1993, senza alcun aggravio di interessi;

– il 10 aprile 1987 cedette il credito verso la F.A., del valore nominale di L. 267 miliardi, alla propria controllante F. s.p.a. per la somma di L. 130 miliardi da corrispondersi in unica soluzione entro il 30 aprile 1987.

4. – Il Principio contabile 15 III recita:

«D.III. ATTUALIZZAZIONE

D.III.a) - I crediti che si originano dallo scambio di merci, prodotti e servizi sono valori numerari e costituiscono la contropartita dei relativi ricavi. Essi rappresentano conti di disponibilità di denaro a termine. La disponibilità di denaro a termine comporta un immobilizzo finanziario; pertanto, le condizioni di pagamento hanno un effetto diretto sull'ammontare dei ricavi che originano il credito. Se i termini di pagamento sono lunghi, il mantenimento di condizioni finanziarie fisiologiche comporta la necessità di ottenere un corrispettivo, ossia un interesse, per il periodo di indisponibilità del numerario. Tale interesse può essere chiaramente esplicitato ovvero deve ritenersi implicito nel ricavo e quindi nel credito. Nel primo caso l'interesse esplicito deve essere un interesse appropriato; nel secondo caso si rende necessario scorporare dal prezzo un interesse appropriato, cioè il corrispettivo finanziario.

Vi possono quindi essere tre situazioni. Quella meno complessa è data dal caso di crediti originati da ricavi chiaramente scindibili, a causa delle condizioni contrattuali stabilite dalle parti, tra prezzo di vendita di beni o servizi ed interessi per dilazione di pagamento. In tal caso, parte degli interessi addebitati devono essere considerati di competenza dello o degli esercizi successivi, sino alla scadenza del credito.

L'altra situazione è rappresentata dal caso di *crediti a media e lunga scadenza, con interesse non esplicitato* per i quali vi sono motivi per ritenere che il credito contenga una componente di interessi anche se ciò non è stato esplicitamente stabilito od evidenziato. Vi è inoltre la situazione in cui gli interessi espliciti siano notevolmente inferiori a quelli che devono ritenersi appropriati.

D.III.b) - La presenza di crediti con termini lunghi di incasso pone il problema dello scorporo dell'interesse, ossia dell'attualizzazione di tali crediti e si rende quindi necessario identificare:

- quali crediti devono essere attualizzati;
- il tasso d'interesse da utilizzare;
- il periodo in cui il credito va attualizzato.

D.III.b.1) - Ai crediti di cui all'ultimo capoverso del paragrafo D.III.a) che rappresentano il diritto ad esigere ammontari a date future determinate o determinabili e che non comportano un interesse o che comportano un interesse irragionevolmente basso va attribuito, alla data in cui il credito sorge, un interesse ad un tasso appropriato: si raccomanda di attualizzare tali crediti con iscrizione degli interessi impliciti a riduzione dei ricavi che hanno originato il credito che comporta l'interesse implicito e, in contropartita, tra i risonci passivi. Il risonco parteciperà alla formazione dei risultati futuri in funzione della maturazione degli interessi attivi.

L'interesse attivo va riconosciuto sulla durata del credito. L'interesse da rilevarsi in ciascun periodo amministrativo o frazione in cui dura il credito deve essere quello maturato in tale periodo. L'interesse, cioè la differenza tra il valore nominale del credito (inclusivo dell'interesse se è esplicito) ed il suo valore attuale va riconosciuto sulla durata del credito proporzionalmente al credito in essere. Tale differenza va quindi ripartita in modo tale che l'interesse venga riconosciuto ad un tasso costante sul credito residuo finché non sia interamente incassato.

D.III.b.2) - La scelta del tasso d'interesse da compararsi con il tasso d'interesse esplicito per accertarne la ragionevolezza o per scorporare l'interesse implicito nel ricavo richiede appropriata valutazione.

Il 19 giugno 1987 la società B.d.R. S.p.a.) che successivamente avrebbe assunto la denominazione di B.d.R. s.p.a.) acquistò dalla F. le azioni rappresentative dell'intero capitale sociale della A.R. (che nel frattempo aveva assunto la denominazione di «F.M. S.p.a.»); quindi, in data 8 agosto 1987, deliberò di incorporarla.

La fusione fu attuata il 26 novembre 1987.

Nel bilancio di fusione, chiuso al 25 novembre 1987, la società incorporata (F.M. S.p.a.) evidenziò, nell'ambito di una perdita complessiva di L. 229 miliardi, una perdita su crediti di L. 137 miliardi derivante dalla differenza tra il valore del credito a suo tempo ceduto alla F. (L. 267 miliardi) e l'ammontare del prezzo ricevuto (L. 130 miliardi). E tale perdita venne evidenziata dalla società incorporata nella dichiarazione presentata per l'anno 1987 ai fini IRPEG e fu portata dalla incorporante in diminuzione dei propri redditi ai sensi dell'art. 1, d.l. 18 giugno 1986, n. 277, convertito, con modificazioni, nella legge 8 agosto 1986, n. 487.

2. – Con avviso di accertamento notificato il 29 dicembre 1993, l'Ufficio delle Imposte Dirette di Roma rettificò la dichiarazione dei redditi presentata dall'incorporata, riducendo di L. 129.920.312.000 l'ammontare complessivo delle

L'obiettivo teorico dovrebbe essere quello di approssimare il tasso che sarebbe risultato se due parti indipendenti avessero negoziato un'operazione simile con termini e condizioni comparabili con l'opzione di pagare ad un prezzo a pronti o ad un prezzo a termine e tale ultimo prezzo avesse tenuto conto di un appropriato tasso d'interesse di mercato per il tempo della dilazione. Da un punto di vista pratico, il riferimento immediato va pertanto al tasso d'interesse di mercato prevalente per il finanziamento di crediti con dilazione ed altri termini e caratteristiche similari (*omissis*).

5. – I principi *de quibus*, lungi dall'essere precettivi per le singole imprese, sono raccomandati alle società di revisione contabile. Possono perciò essere motivatamente non applicati, nel rispetto dei principi di verità del bilancio. Sembra allora azzardato ritenere che si tratti di fonti integrative delle norme di legge. Sono regole dell'arte. Tuttavia, riconducendo il nostro argomentare all'arte giuridica, non si può non riconoscere, in un contratto tra soggetti economici, per importi elevatissimi, con dilazione parimenti rilevante, un interesse implicito incluso nel prezzo, ove l'interesse reale non sia esplicitato.

6. – Che ciò sia questione di interpretazione o qualificazione dipende dalla natura oggettiva della argomentazione adottata. Quindi la Corte poteva sindacare in modo sì profondo le diverse conclusioni sul contratto concluso.

7. – La perdita su crediti dunque va verificata attualizzando il credito. Quale, invece, la sorte degli interessi impliciti? Nel caso di specie chi li lucra è la banca, sicché la questione non si pone. Ma se si fosse in presenza di una vendita con corrispettivo includente interessi impliciti?

8. – Pare ovvio ritenere che l'intero credito non possa essere iscritto senza ricorrere, per la quota interessi, ai risconti passivi, cioè alla iscrizione di poste che evidenzino la non attuale percezione degli interessi, da ridurre anno per anno.

9. – Incidentalmente, la corte non ha accolto la intera ricostruzione operata dall'Erario, giungendo a conclusioni ulteriori. Nel ricorso ci si era limitati ad asserire che la perdita evidenziata dal cessionario era un costo pluriennale. Con una ricostruzione logica e rigorosa si è escluso poter parlare di perdita prima ancora che, attualizzato il credito, la perdita fosse verificata; nella specie, poi, il «costo» dello sconto non sussiste, trattandosi della ovvia cessione, in una col credito, degli interessi maturandi.

perdite imputabili all'esercizio 1987. La rettifica motivata con il rinvio al verbale di constatazione redatto il 7 dicembre 1987 dagli Ispettori del SECIT, nel quale si era posto in evidenza che la somma di L. 137.000.000 indicata in bilancio quale «perdita su crediti» non costituiva, in realtà, una perdita, ma rappresentava l'onere «finanziario» pagato per l'anticipato incasso (l'attualizzazione) del credito. Di qui la conclusione che la somma sopra indicata, non rappresentando una perdita, non poteva essere imputata, per il suo intero ammontare, all'esercizio 1987, ma doveva essere dedotta, anno per anno per l'intero arco temporale dell'anticipazione, sulla base dell'interesse composto del 10% stabilito dalle parti. A nulla rilevando che la cessione dei crediti fosse stata convenuta «*pro-soluto*», dal momento che la cessione dei crediti è negozio «a causa variabile» e che, nel caso di specie, il trasferimento dei crediti era stato preordinato al fine di procurare alla società cedente una disponibilità liquida immediata con la riscossione anticipata dei crediti ceduti.

3. — La B.d.R. proponeva ricorso, assumendo, in particolare:

— che la configurazione dell'operazione come negozio «di liquidità» con funzione di prestito si fondava su un'interpretazione delle pattuizioni intercorse tra le parti che trascurava del tutto, in palese violazione dell'art. 1362 c.c., la volontà effettiva dei contraenti, i quali avevano inteso puramente e semplicemente disporre il trasferimento dei crediti per un determinato prezzo;

— che, in ogni caso, la cessione, quando (come nel caso di specie) viene stipulata «*pro-soluto*» non si presta a realizzare un'operazione di prestito, dal momento che il cedente non risponde, in tal caso, del mancato adempimento da parte del debitore ceduto, ma solo dell'esistenza del credito al momento della cessione (art. 1266 c.c.);

— che, pertanto, non essendovi stata nel caso di specie alcuna anticipazione di somme, ma soltanto il pagamento di un prezzo per il trasferimento dei crediti, la differenza tra il valore nominale dei crediti ceduti e il prezzo corrisposto dalla cessionaria costituiva per la società cedente una «perdita», da imputare tra le componenti reddituali del periodo d'imposta secondo le regole generali.

3.1. — Il ricorso era accolto dalla Commissione adita, la quale — pur riconoscendo che con la cessione si era inteso pervenire al «realizzo *immediato*», in capo alla cedente, degli investimenti effettuati nell'ambito dell'operazione di trasferimento delle attività dell'A.R. al gruppo F. — affermava che l'operazione aveva avuto esclusivamente finalità traslative e che non aveva quindi avuto una causa finanziaria.

La decisione era confermata dalla Commissione tributaria regionale del Lazio, che respingeva l'appello dell'Ufficio, ponendo in evidenza:

— che l'indiscussa volontà di pervenire alla smobilitazione del proprio complesso aziendale, mediante il suo trasferimento ad altra società, portava ad escludere che la cessione dei crediti fosse preordinata alla concessione di un finanziamento in favore della società cedente;

— che tale conclusione era avvalorata dall'assenza di qualsiasi obbligo restitutorio da parte della società cedente.

L'appello incidentale, proposto in via condizionata dalla B.d.R., era dichiarato assorbito.

4. — L'Amministrazione finanziaria chiede la cassazione di tale sentenza con un motivo di ricorso. La società intimata resiste.

MOTIVI DELLA DECISIONE

5. — Con un unico motivo di ricorso, l'Amministrazione finanziaria — denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 1260 e 1267 c.c., nonché degli artt. 66, secondo comma, 61, terzo comma, e 58, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 597 — censura la sentenza impugnata per aver ritenuto che la differenza (L. 137 miliardi) tra il valore nominale dei crediti ceduti e il corrispettivo stabilito per la loro cessione stipulata tra l'A.R. S.p.a e la F. S.p.a il 10 aprile 1987 fosse deducibile per il suo intero ammontare, quale componente negativa di reddito, nel bilancio relativo a quell'esercizio, senza considerare:

— che la scadenza del credito ceduto «era fortemente differita e rateizzata», mentre il prezzo della cessione doveva essere versato dal cessionario in unica soluzione, con largo anticipo rispetto alla data di scadenza delle singole rate;

— che, pertanto, lo scarto tra il valore nominale del credito ceduto e il prezzo di cessione costituiva, per il cedente, (non una perdita, ma) un costo «finanziario», correlato al vantaggio, da lui conseguito, di percepire anticipatamente il valore economico di una prestazione non ancora esigibile.

6. — La società resistente assume, in via preliminare, che il ricorso sarebbe inammissibile:

— perché diretto alla ricerca e all'individuazione di un intento pratico delle parti *diverso* da quello ritenuto dal giudice del merito con apprezzamento di fatto incensurabile in questa sede di legittimità;

— perché, comunque, l'esistenza di un errore nell'interpretazione del contratto sarebbe stata, addotta senza indicare, neppure in via approssimativa, i canoni interpretativi che sarebbero stati violati;

— perché la censura, in tali termini prospettata, sarebbe stata formulata per la prima volta in questa sede di legittimità.

6.1. — È però agevole replicare che le censure della ricorrente non investono l'accertamento della «comune intenzione» manifestata dall'A.R. e dalla sua controllante F. con la scrittura del 10 aprile 1987 e, quindi, l'interpretazione di detto contratto, ma (semmai) la sua *qualificazione* giuridica, che va ricercata sulla base di criteri rigorosamente oggettivi e del tutto distaccati dalla volontà privata (Cass. 20 febbraio 1993, n. 2048; 16 giugno 1997, n. 5387).

L'Amministrazione finanziaria non contesta, infatti, che i crediti siano stati effettivamente «ceduti» dalla società A.R., né che la cessione sia stata stipulata *pro soluto*. Essa assume, tuttavia, che quando (come nel caso di specie) la cessione ha

per oggetto un credito non ancora scaduto, il minor ammontare del prezzo di cessione rispetto al valore nominale del credito ceduto non è espressivo di una diminuzione del valore intrinseco del credito ceduto, ma rappresenta il costo finanziario dell'operazione sostenuto per ottenere la riscossione anticipata del credito.

6.2. – Né può sostenersi che le deduzioni svolte in questa sede dall'Amministrazione finanziaria a sostegno della legittimità della pretesa avanzata nei confronti della società resistente siano «nuove» e, come tali, inammissibili.

Invero, fin dal verbale di constatazione del 7 dicembre 1993, espressamente richiamato dall'avviso di accertamento e a suo tempo notificato alla contribuente, si era posto in evidenza, da un lato, che il pagamento dei crediti vantati dall'A.R. nei confronti della F.A. doveva essere effettuato «in cinque rate annuali costanti e *senza interessi* a partire dalla fine del sesto anno dalla data di inizio della nuova società previsto per il 1 gennaio 1987» (f. 3); dall'altro, che il pagamento del prezzo della cessione avrebbe dovuto essere effettuato entro il 30 aprile 1987 (f. 5). E da tale duplice constatazione si era tratta la conclusione che lo scarto di 137 miliardi rispetto al valore nominale, non essendo ricollegabile ad una loro parziale inesigibilità, rappresentava l'onere (il costo) finanziario posto a carico del cedente per l'anticipata riscossione di tali crediti.

Le deduzioni formulate in questa sede non presentano pertanto alcun elemento di novità rispetto alle argomentazioni poste a fondamento dell'atto impugnato e non possono quindi essere considerate tardive.

7. – Può così passarsi ad esaminare la fondatezza del gravame.

Contrariamente a quel che assume la resistente, l'Amministrazione finanziaria non mette in dubbio l'idoneità della cessione di credito a giustificare l'iscrizione al passivo della (eventuale) perdita (minusvalenza) corrispondente alla differenza tra l'importo del credito e il corrispettivo della cessione, del resto chiaramente riconosciuta dall'art. 57, lett. c, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 597, prima ancora che dall'art. 66, primo comma, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917. Essa contesta, invece, che il valore del credito ceduto il 10 aprile 1987 dall'A.R. alla F. potesse essere individuato nel suo valore nominale e che, quindi, il minor importo del corrispettivo rispetto a tale valore rappresentasse una perdita (minusvalenza) deducibile secondo quanto previsto dal citato art. 66.

7.1. – La doglianza in tali termini formulata è fondata.

Invero, una somma capitale il cui pagamento sia differito nel tempo incorpora sempre un interesse «implicito» che è tanto maggiore quanto più lontano è il termine fissato per l'adempimento del debitore. Ciò è di agevole riscontro per i crediti che derivano da un contratto di compravendita, in quanto il prezzo dovuto dal compratore è in linea di massima diverso, a seconda che il suo pagamento debba essere effettuato alla consegna del bene o in un momento successivo. Ma è non meno vero per i crediti «finanziari», dal momento che, salvo diversa volontà delle parti, la dazione di una somma di denaro con facoltà del ricevente di disporre nel proprio interesse con obbligo di restituzione, importa la corresponsione di interessi in favore del debitore (art. 1815 c.c.).

Appare quindi evidente che se un credito a lunga scadenza, per il quale non sia separatamente prevista la corresponsione di interessi, è valutato in bilancio al suo valore nominale, e quindi per l'intera somma capitale, vengono computati all'attivo di quell'esercizio valori che matureranno solo negli esercizi successivi, in violazione del principio di competenza, che rappresenta uno dei cardini della disciplina del bilancio di esercizio, anche ai fini tributari (art. 75, primo comma, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917; art. 74, 29 settembre 1973, n. 597).

Appunto per questo si ritiene ormai da tempo che detti crediti debbano essere «attualizzati», e cioè valutati per il valore che essi hanno al momento della iscrizione in bilancio, al netto degli interessi (impliciti) che matureranno negli esercizi successivi fino al momento della riscossione. Come del resto è riconosciuto dai «Principi Contabili» (doc. n. 6 e n. 15), ai quali la CONSOB, nell'esercizio della sua funzione regolatrice dei principi e dei criteri adottare per la revisione contabile (art. 10, d.P.R. 31 marzo 1975, n. 138 e, ora, art. 162, secondo comma, lett. c, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), ha espressamente riconosciuto, fin dal 1982, il ruolo di fonte integrativa delle norme di legge in tema di redazione del bilancio di esercizio (Comunicazioni 8 aprile 1982, n. 1075; 31 marzo 1993, n. 2423; 1 marzo 1994, n. 1751; 1° dicembre 1999, n. 88450).

7.2. – Deve quindi escludersi che il minor importo del prezzo di cessione rispetto al valore nominale del credito ceduto sia espressivo di una perdita (minusvalenza) deducibile in bilancio quale componente negativa del reddito d'impresa quando la cessione abbia ad oggetto un credito non ancora scaduto per il quale non sia separatamente prevista la corresponsione di interessi. Il suo valore, come si è posto in evidenza, è minore del suo valore nominale e deve quindi ritenersi che il prezzo di cessione è indicativo di una perdita solo se inferiore al valore «attualizzato» (cioè calcolato al netto degli interessi «impliciti» non ancora maturati) del credito ceduto.

Di ciò non ha tenuto conto la Commissione tributaria regionale, che ha ritenuto di poter identificare una perdita deducibile nella differenza del prezzo di cessione rispetto al valore nominale del credito ceduto. La sentenza impugnata deve essere quindi cassata e la causa rinviata ad altra sezione della Commissione tributaria regionale del Lazio, che valuterà la fondatezza dell'appello proposto in via principale dall'Amministrazione finanziaria attenendosi al seguente principio di diritto: «Il valore dei crediti non ancora scaduti, per i quali non sia separatamente prevista la corresponsione di interessi, è inferiore al loro valore nominale poiché la somma capitale incorpora in tal caso un interesse *implicito*, tanto maggiore quanto più lontana è la data fissata per l'adempimento; pertanto la loro cessione, ad un prezzo inferiore al loro valore *nominale* non rappresenta una perdita (minusvalenza) deducibile ai sensi dell'art. 57, lett. c, d.P.R. 29 settembre 1973, n. 597; una perdita deducibile è configurabile solo se il prezzo di cessione è inferiore al valore *attualizzato* dei crediti ceduti, e cioè al valore dei crediti ceduti calcolato al netto degli interessi «impliciti» non ancora maturati al momento della cessione». (omissis)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Tributaria, 28 ottobre 2000 n. 14253 – Pres. Cantillo – Rel. Altieri – P.G. (conf.) Apice - Soc. S.I. c. Ministero delle Finanze (avv. Stato De Stefano).

Convenzioni internazionali – Italia/USA – Royalties – Imponibilità ILOR nel regime della Convenzione del 1955 – Esclusione.

(d.P.R. 30 dicembre 1980 n. 897, art. 31; d.P.R. 29 settembre 1973 n. 597, art. 19; d.P.R. 29 settembre 1973 n. 599 art. 1; d.P.R. 29 settembre 1973 n. 600, art. 25, u.c.; Convenzione 30 marzo 1955 ratificata con legge 19 luglio 1956 n. 943; scambio di note del 13 dicembre 1974 ratificato con legge 6 aprile 1977 n. 233).

Nel regime della convenzione Italia/Usa del 30 marzo 1955 contro le doppie imposizioni le royalties, corrisposte a soggetto statunitense da soggetto italiano, sono esenti anche dall'ILOR, ancorché detta imposta non sia menzionata tra quelle oggetto della Convenzione, come integrata dallo scambio di note del 13 dicembre 1974, in forza del principio di non discriminazione derivante dal diritto comunitario (1).

(1) Una impropria applicazione del Trattato Cee.

1. – Deve premettersi che sino al d.P.R. 897/80 le *royalties* non erano imponibili non essendo considerate, dall'art. 19 d.P.R. 597/73, richiamato per l'ILOR dall'art. 3, 1 co. d.P.R. 599/73, prodotte nel territorio dello Stato, in conformità a quanto già disposto da numerose convenzioni internazionali. Dopo tale riforma esse furono assoggettate ad una ritenuta d'imposta IRPEF/IRPEG pari al 30% del 70% del loro ammontare. Ma la Convenzione Italia - Usa del 1955 le rendeva comunque esenti da una serie di imposte (ante - riforma) poi precisate, con lo scambio di note del 1974, nell'IRPEG e nell'IRPEF, per la evidente ragione (da parte americana erano esenti dalla sola imposta federale sul reddito) di escludere dall'ambito della convenzione le imposte locali (e tale doveva essere considerata la ILOR).

2. – Di conseguenza, detta fonte di reddito, se fosse stata soggetta alla ritenuta (e non lo poteva, per la cennata esenzione pattizia) sarebbe stata esclusa dalla ILOR per il diritto interno (art. 1 comma II lett. C d.P.R. 599/73); diversamente, come ritenuto dalla A.F. in base a una interpretazione letterale della Convenzione, attesa l'autonomia della ILOR, che colpisce anche i redditi esenti dalle altre due imposte sul reddito (art. 1, 1° co. d.P.R. *cit.*) avrebbe dovuto scontare la sola ILOR, oltre, s'intende, quanto dovuto allo Stato di residenza del percipiente. Ciò tra il 1 gennaio 1982, data di entrata in vigore, *ex art.* 45, comma IV, d.P.R. 897/80, del novellato art. 19 d.P.R. 597, alla entrata in vigore della nuova convenzione Italia/Usa del 1984.

3. – Insorta questione relativa alle pretese erariali per tale periodo di tempo, la Corte, con la sentenza in oggetto, preceduta dalla 2 ottobre 2000 n. 12997 (pres. Cantillo, rel. Altieri) ha ritenuto fondate le doglianze dei contribuenti.

Con un primo non condivisibile argomento tratto dal diritto internazionale, la Corte ha ritenuto che siffatta interpretazione di una Convenzione tendente ad evitare le doppie imposizioni, rende il soggetto da essa protetto in posizione fiscale più sfavorevole, dovendo pagare l'ILOR in Italia e le sue imposte negli Usa. L'argomento non pare avere un peso determinante. Non è la Convenzione del 1955 a imporre tale trattamento deteriore, ma il legislatore italiano, con il d.P.R. 897/80. Peraltro il legislatore, *ut talis*, può derogare — salva la sua responsabilità internazionale — alle convenzioni che non esprimano principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti (art. 10 Cost.), ma anche in tale caso la norma in questione sarebbe al più incostituzionale. Va da sé che la inclusione/esclusione dell'ILOR dal campo della Convenzione non viola un principio di diritto internazionale generale.

(omissis)

I. — SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La società S.I., con sede in Westfield (U.S.A.) e priva di stabile organizzazione in Italia, chiedeva all'Intendenza di Finanza di Roma il rimborso dell'ILOR e della relativa addizionale, versate in sede di dichiarazione dei redditi per gli anni 1982, 1983, 1984 e 1985 per redditi da *royalties* corrisposte da licenziatari italiani.

Formatosi il silenzio - rifiuto la società adiva la commissione tributaria di primo grado di Roma, la quale accoglieva i ricorsi limitatamente agli anni 1984 e 1985.

Le decisioni venivano impugnate dalla S. e dall'ufficio finanziario.

La commissione tributaria di secondo grado accoglieva il ricorso della società per il 1982, confermando le altre decisioni.

Di conseguenza entrambe le parti ricorrevano alla Commissione Tributaria Centrale: l'ufficio per il 1982, 1984 e 1985, la S. per il 1983.

Con decisione 12 dicembre 1996 - 19 marzo 1997 la C.T.C., riuniti i ricorsi, accoglieva quelli proposti dall'Amministrazione finanziaria e rigettava quello della società.

4. — Con il secondo e più rilevante argomento, riconoscendo al diritto comunitario la funzione di terza dimensione dell'ordinamento italiano, e ravvisata in esso l'esistenza di un principio di non discriminazione *ex art. 12 Trattato Ue*, in base al quale devono essere interpretate le Convenzioni internazionali *ex art. 307 Trattato Ue*, richiamato l'obbligo — programmatico — di eliminare la doppia imposizione all'interno dell'Unione, la Corte ritiene che sia possibile, senza disapplicare il diritto interno, interpretarlo in modo evolutivo, e, in conformità alla sentenza 1122/2000 (sulla Convenzione Italia/Regno Unito) accoglie il ricorso.

5. — Due serie di osservazioni. Posto che gli Usa sono uno stato terzo, appare fuori luogo richiamare l'art. 293 del Trattato che si riferisce, *expressis verbis* alla doppia imposizione all'interno dell'Unione (i negoziati e le iniziative ivi previste sono a 'favore dei cittadini' Ue). Considerato che gli Usa sono uno Stato terzo, e che l'art. 12 vieta la discriminazione 'nell'ambito di applicazione del presente Trattato' esso sembra non pertinente. Ciò posto, la funzione dell'art. 307 (*ex* 234) non è quella di estendere indiscriminatamente agli Stati terzi i diritti e gli obblighi del Trattato, ma quello — trattasi di norma finale — di dirimere conflitti tra il Trattato e gli altri trattati posti in essere tra gli Stati membri e i paesi terzi ANTERIORMENTE AL 1 GENNAIO 1958. Tale *limes* conferma che si tratta di una disposizione atta a regolare tale tipo di conflitti. L'interpretazione di tali trattati in senso conforme alla *Magna charta* è semmai riduttiva di clausole di maggior favore adottate da Stati terzi, contro i quali la Ue ben può dichiarare una 'guerra' commerciale e tariffaria (artt. 26 e 27, 131 ss., Tr.).

L'incidenza del Trattato sembra dunque nulla.

6. — Ma la sentenza offre il fianco ad ulteriore critica perché sulle premesse — erronee — di cui sopra sviluppa un ragionamento a sua volta non condivisibile. In sostanza — si legge — che, se per i non residenti ... l'esclusione delle *royalties* dall'ILOR è condizionata all'effettivo assoggettamento a imposizione diretta (ritenuta secca ...) a più forte ragione tale esclusione deve valere per i soggetti che ... residenti negli Usa ... sono sottoposti, secondo un regime convenzionale, soltanto alla potestà impositiva dello Stato di residenza. *Quod est demonstrandum*. Da dimostrare è proprio che la Convenzione Italia/Usa escluda le *royalties* da ogni e qualsiasi imposizione diretta; s'impone, invece, per lo scambio di note del 1974, conclusione contraria, e, più in generale, conclusione contraria per tutte le imposte dirette locali (non incluse nella conv. del 1984, art. 2, che invece includeva la sola ILOR).

ROBERTO DE FELICE

La decisione seguiva il principio affermato dalla giurisprudenza di legittimità nelle sentenze 4301/92, 3637/93, 1872/95, 8169/96, secondo cui dalla combinata applicazione dell'art.19 del d.P.R. 597/73, nel testo modificato dall'art.31 del d.P.R. 897/80, degli articoli 1 del d.P.R. 599/73 e 25 del d.P.R. 600/73 e della Convenzione Italia/U.S.A. contro la doppia imposizione del 1955 derivava l'applicabilità dell'ILOR, stante il mancato assoggettamento dei compensi in questione ad effettiva ritenuta (IRPEF o IRPEG). Nella decisione si rilevava, inoltre, che la modifica alla Convenzione contenuta nello scambio di note del 13 settembre 1974 non faceva menzione di tale imposta.

Avverso tale decisione la S.I. ha proposto ricorso per cassazione, sulla base di un unico mezzo d'annullamento.

L'Amministrazione Finanziaria dello Stato resiste con controricorso.

2. — IL MOTIVO DI RICORSO

Con un unico, articolato motivo la ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione degli articoli 1, secondo comma, lett.c), del d.P.R. 599/73; 25, ultimo comma, e 75 del d.P.R. 600/73; 35 del d.P.R. 602/73; 128 del d.P.R. 917/86; 3, comma 2, 19, comma 2 e 8 della Convenzione Italia /USA del 30 marzo 1955, ratificata da legge n. 943/1966 e successive modificazioni, nonché dello scambio di note del 13 dicembre 1974; omessa motivazione circa un punto decisivo della controversia (art. 360, n. 3 e 5, cod.proc.civ. e 111 Cost.).

Lamenta, innanzitutto, che la decisione non abbia preso in considerazione le argomentazioni svolte dalla società, limitandosi a recepire acriticamente l'indirizzo affermato dalle sentenze della Cassazione.

Ciò, secondo la ricorrente, si risolverebbe in assoluta carenza di esposizione della *ratio decidendi*.

Quanto al merito deduce che la disposizione dell'art. 19, primo comma, n. 9, del d.P.R. 597/73, nel testo in vigore dal primo gennaio 1982 a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 31 del d.P.R. 897/80 (il quale considera prodotti nel territorio dello Stato i compensi corrisposti per l'utilizzazione di beni immateriali da soggetti residenti a non residenti) deve essere letta in combinazione con l'art. 25 del d.P.R. n. 597/73, il cui ultimo comma (inserito anch'esso dal d.P.R. 897/80) stabilisce l'assoggettamento di tali compensi percepiti da non residenti ad una ritenuta del trenta per cento, commisurata al settanta per cento del loro ammontare lordo.

Da ciò consegue, in forza dell'art. 1, secondo comma, lett. c), del d.P.R. n. 599/73, l'inapplicabilità dell'ILOR sulle *royalties* percepite da soggetti non residenti.

L'innesto su tale sistema delle norme della Convenzione del 1955, le quali esonerano da imposizione di retta i compensi percepiti da un soggetto, residente in uno Stato contraente, nell'altro Stato, avrebbe — secondo la tesi dell'Amministrazione, condivisa dalla decisione impugnata — la conseguenza della sottoposizione ad ILOR di tali compensi, in quanto non assoggettati a ritenuta in forza del regime convenzionale, e anche perché, nel citato scambio di note del 1974, veniva deciso il mantenimento di tale regime anche a seguito della riforma tributaria del 1972/73.

Tale ragionamento condurrebbe, innanzitutto, ad un risultato aberrante sotto il profilo sistematico, in quanto l'applicazione di una Convenzione contro la doppia imposizione finirebbe col rendere il regime fiscale più gravoso, rispetto a quello operante per un soggetto non residente cui non si applica la Convenzione.

La ricorrente espone, quindi, le seguenti osservazioni a critica l'interpretazione accolta da questa Corte a partire dalla sentenza n. 4301/92:

a) non dovrebbe, per prima cosa, stante la mancanza di un rigore semantico della legislazione fiscale, essere attribuito un decisivo valore interpretativo all'espressione *assoggettati*, che, secondo la tesi dell'Amministrazione, dovrebbe indicare una concreta applicazione dell'imposta.

L'argomento tratto dall'art. 9 della legge delega n. 825/1971, che prevede l'esclusione da ILOR per taluni redditi che "*saranno assoggettati ad imposta sostitutiva*" non offrirebbe alcun sostegno alla tesi dell'Amministrazione, essendo tale norma di tenore assolutamente identico a quello dell'art. 1 del d.P.R. 599/73.

b) le predette norme non si occupano specificamente dell'imposizione sulle *royalties*, per cui le argomentazioni fondate sulle stesse non tengono conto delle peculiarità di tali compensi rispetto alle forme reddituali di cui si occupa la legge delega;

c) le argomentazioni contenute nelle più recenti sentenze della Corte di Cassazione non eliminerebbero le critiche di ordine sistematico mosse alla tesi dell'Amministrazione.

Rileva, inoltre, la ricorrente che la scelta del prelievo alla fonte come forma d'imposizione segna un definitivo distacco dalle forme di prelievo *ordinarie* e costituisce una fattispecie distinta, sì che non sarebbe possibile alcuna *reviviscenza* del tributo. In altre parole, l'effetto surrogatorio della ritenuta rispetto al regime ordinario si realizza immediatamente e definitivamente, già al momento della previsione normativa.

Il regime convenzionale si limiterebbe semplicemente, in coerenza con la sua natura e funzione, ad eliminare gli effetti della norma che prevede il prelievo sostitutivo (l'art. 25 del d.P.R. 600/73), senza alcuna modificazione della ripartizione tra regime sostitutivo e tassazione ordinaria.

L'effetto assegnato dalla tesi criticata alla norma di una convenzione contro la doppia imposizione è, inoltre, assolutamente contrario alla funzione di tali accordi, i quali possono soltanto delimitare il potere normativo degli Stati (*Grenznormen*), ma non modificare o ampliare le disposizioni degli ordinamenti interni.

Infatti, sarebbe assegnato alla norma convenzionale l'effetto di qualificare un reddito ai fini dell'applicazione di un tributo.

Rileva, ancora, la ricorrente che l'ILOR pagata in Italia, non essendo in alcun modo riconosciuta dagli U.S.A. come imposta dovuta in Italia, risulta estranea ad ogni riconoscimento da parte delle autorità fiscali statunitensi, le quali applicano i loro tributi, finendo col gravare gl'importi di una ingiusta duplicazione.

In definitiva, l'interpretazione accolta dai giudici tributari finirebbe col gravare proprio i soggetti per i quali vige un regime convenzionale contro la doppia imposizione, rispetto a quelli di altri Paesi (magari *paradisi fiscali*)

La tesi contrastata, infine, non tiene conto del principio dell'interpretazione secondo buona fede, contenuto nell'art. 31 della Convenzione di Vienna sull'interpretazione dei trattati.

In via subordinata, la ricorrente invoca l'art. 128 del d.P.R. n. 917/86 (applicabile nella specie per effetto dell'art. 36 del d.P.R. 42/1988), secondo cui può essere data applicazione alle norme interne, ove più favorevoli al contribuente di quelle contenute in convenzioni internazionali.

Sotto altro profilo, l'inapplicabilità dell'ILOR conseguirebbe dal difetto di presupposti, in quanto il reddito percepito dalla società americana, che è indubbiamente reddito d'impresa, non è prodotto in Italia.

La mancata menzione dell'ILOR nello scambio di note del 13 novembre 1974 non costituisce argomento decisivo a favore della tesi della tassabilità.

Solo la Convenzione Italia/USA del 1955 non conteneva, come altre convenzioni, una formula di salvaguardia, che estendeva il regime convenzionale anche alle imposte future di natura identica o analoga (come l'art. 1, par. 2, la Convenzione col Regno Unito del 4 luglio 1960).

Peraltro, l'indicazione espressa dell'IRPEF e l'IRPEG, da parte di citato scambio di note, il cui scopo era quello di estendere la Convenzione al nuovo regime dell'imposizione statale sui redditi, non poteva avere valore tassativo, ma costituiva soltanto una mera ricognizione del sistema d'imposizione statale diretta.

In realtà, nonostante la qualificazione del tributo come *locale*, non sussisterebbero dubbi circa la natura erariale dello stesso.

La mancata previsione dell'ILOR deve spiegarsi soltanto con l'originario convincimento che si trattasse di imposta locale.

La possibilità d'interpretare la Convenzione come contenente una generale previsione di escludere le *royalties* da ogni forma d'imposizione erariale sui redditi, deriverebbe, inoltre, dalla considerazione che la clausola di salvaguardia contenuta in altre convenzioni contro la doppia imposizione costituirebbe soltanto applicazione di un principio di carattere generale, pur non affermato espressamente nella Convenzione stessa.

D'altra parte, allo scambio di note non può essere assegnato l'effetto di caducazione dell'originario regime convenzionale del 1955, in base al quale non poteva escludersi l'esenzione dall'ILOR.

3. — *MOTIVI DELLA DECISIONE*

3.1. — Il ricorso merita accoglimento, anche se per ragioni giuridiche non completamente coincidenti con quelle svolte dalla ricorrente.

Deve sgombrarsi il campo, anzitutto, dalla censura di violazione di legge per asserita impossibilità di ricostruzione della *ratio decidendi*. Trattandosi di decisione della Commissione Tributaria Centrale, la stessa è soggetta a ricorso per cassazione ex art. 111 Costituzione, e perciò soltanto per violazione di legge, e non per insufficienza della motivazione.

Secondo la costante giurisprudenza di legittimità, tale mezzo straordinario d'impugnazione, per quanto attiene alla motivazione, è esperibile soltanto quando quest'ultima sia del tutto mancante o contraddittoria, e cioè tale da impedire una ricostruzione delle ragioni che hanno determinato la decisione.

Tale situazione non si è certamente verificata nella specie, avendo la Commissione Centrale spiegato le ragioni per cui i redditi in questione dovevano ritenersi soggetti ad ILOR.

La mancata presa in considerazione delle argomentazioni della ricorrente non costituisce, pertanto, vizio di legittimità, censurabile nell'ambito del ricorso straordinario ex art. 111 Costituzione.

3.2. – Sulla questione dell'assoggettabilità ad ILOR delle *royalties* corrisposte a residenti italiani a società aventi sede negli U.S.A. secondo il regime della convenzione bilaterale contro la doppia imposizione del 30 febbraio 1955 e lo scambio di note 13 dicembre 1974 questa Corte si è di recente pronunciata in senso negativo con sentenza 16374/98, ud. 10/12/99), con la quale non è stato condiviso il precedente indirizzo, seguito dalla decisione impugnata.

3.3. – Nelle precedenti pronunce di questa Corte era stato ritenuto che il regime fiscale delle *royalties* percepite da società statunitensi non aventi stabile organizzazione in Italia, nel periodo successivo alla riforma tributaria del 1973 e anteriormente all'entrata in vigore in Italia della nuova convenzione bilaterale 17 aprile 1984, comporta la soggezione di tali compensi all'ILOR.

Sarà bene sintetizzare i diversi orientamenti delineatisi sul problema.

La tesi dell'esclusione dall'ILOR si basa sulle seguenti considerazioni:

a) per il regime generale di diritto interno sono esclusi dall'ILOR i «redditi assoggettati a ritenuta alla fonte a titolo d'imposta» (art. 1, lett. c) del d.P.R. n. 599/73).

Il regime impositivo delle *royalties* percepite da società straniera senza stabile organizzazione in Italia (che fino al 1981 comportava esenzione totale da imposta), dal 1982 è quello della tassabilità in Italia, in base all'art. 19, n. 9, del d.P.R. 597/73 (modificato dal d.P.R. n. 897/80), richiamato per l'IRPEG dall'art. 22 del d.P.R. n. 598/73 e per l'ILOR dall'art. 3 del d.P.R. n. 599/73, con un regime particolare di riscossione dell'imposta e di aliquote applicabile dal 1° gennaio 1982 (art. 25 del d.P.R. n. 600/73, modificato dal d.P.R. n. 897/80), e cioè ritenuta alla fonte pari al 30 per cento del 70 per cento dell'ammontare delle *royalties*.

Per *assoggettamento alla ritenuta alla fonte*, la quale ha carattere onnicomprensivo e perciò esclusivo dell'ILOR, deve intendersi, non l'effettivo prelievo, ma il regime giuridico applicabile, come emergerebbe dall'art. 115, lett. e), del d.P.R. 4 febbraio 1986, n. 917, nel cui testo, a differenza dell'art. 1, lett. c) del d.P.R. n. 599/73 in cui si parlava di «redditi assoggettati a ritenuta alla fonte», l'esclusione dall'ILOR concerne «i redditi soggetti a ritenuta alla fonte». Norma, questa, applicabile anche ai redditi prodotti nel 1984 per l'espressa previsione dell'art. 36 del d.P.R. 4 febbraio 1988, n. 42;

b) per quanto attiene al regime convenzionale, l'accordo Italia U.S.A. del 30 marzo 1955, ratificato con la legge n. 643/56, attribuiva (art. 8) la competenza impositiva secondo il criterio della residenza del percipiente. Regime, questo, più favorevole di quello stabilito con altri trattati stipulati dall'Italia e uniformatisi al modello OCSE, per i quali viene concesso anche allo Stato della fonte del reddito un limitato potere impositivo.

Il raffronto tra il regime originario e quello della nuova convenzione, con cui si consentiva allo Stato della fonte un'imponibilità fino al 10%, confermerebbe la tesi dell'esenzione in Italia da tutte le imposte statali, e fra esse l'ILOR, nel periodo 1974 - 1984.

Lo scambio di note tra Italia ed U.S.A. del 13 dicembre 1974 (ratificato con la legge 6 aprile 1977, n. 233) consentiva espressamente l'estensione al nuovo regime tributario del principio dell'esenzione dalle imposte statali e, quindi, all'IRPEF e all'IRPEG e non all'ILOR. Questa, però, a seguito dell'unificazione del sistema di riscossione con autotassazione, era divenuta «statale», e quindi ricompresa nell'esenzione prevista dalla convenzione del 1955.

La contraria tesi, accolta dalle citate sentenze della Corte, si fonda sulle seguenti ragioni:

a) la modifica del sistema italiano entrato in vigore nel 1974 non aveva inciso in modo definitivo sul regime convenzionale. In attesa di una regolamentazione definitiva, veniva instaurato col citato scambio di note un regime transitorio, col quale continuava ad applicarsi la convenzione del 1955, con espresso riferimento all'IRPEF e all'IRPEG.

La tassatività della previsione precludeva qualsiasi interpretazione estensiva o applicazione analogica del regime speciale, pur riconoscendosi l'erroneità della qualificazione dell'ILOR come imposta locale.

Pertanto, nel detto periodo le *royalties* restavano soggette all'applicazione dell'ILOR, se e in quanto consentito dalle norme interne;

b) secondo la disciplina di diritto interno, applicabile ai redditi prodotti dal 1° gennaio 1982 al 1984, la percezione dell'IRPEF e dell'IRPEG sulle *royalties* si attua mediante ritenuta alla fonte nella misura del 30% sull'ammontare lordo del 70% dei compensi. Per espressa previsione normativa art. 1, secondo comma, lett. c), del d.P.R. n. 599/73 tale regime comporta l'esclusione dall'ILOR.

Essendo il regime convenzionale transitorio vigente nel detto periodo per le società statunitensi che avessero percepito *royalties* in Italia quello dell'esenzione da IRPEF e da IRPEG, e non quello della ritenuta, tra i due criteri previsti dall'art. 1 del d.P.R. n. 599/73 (quello generale di sottoposizione ad ILOR di tutti i redditi esenti da IRPEF o da IRPEG, e quello eccezionale di esclusione dall'ILOR per i redditi assoggettati a ritenuta alla fonte), non può che applicarsi il criterio generale.

Tale principio era stato già affermato da questa Corte nella sentenza 8 aprile 1992, n. 4301, riguardante la convenzione Italia - Regno Unito ratificata con legge 12 agosto 1962, n. 1378;

c) anche volendo interpretare l'art. 1, secondo comma, lett. c) del d.P.R. n. 599/73 nel senso che l'assoggettamento a ritenuta alla fonte non indichi il concreto prelievo, ma il regime giuridico, era decisivo il rilievo che il mancato assoggettamento dei redditi in questione non è una situazione contingente, ma costituisce proprio il regime giuridico di quei soggetti di imposta per quel tipo di reddito, non sottoposto a ritenuta alla fonte in virtù del regime convenzionale.

3.4. - La Corte ritiene che il problema debba essere integralmente rimeditato, alla luce dei principi di diritto internazionale che regolano le convenzioni in materia di doppia imposizione e, soprattutto, di quelli del diritto comunitario.

Sotto il primo profilo appare singolare che il risultato dell'applicazione di una convenzione, la quale prevede una attribuzione della potestà impositiva al Paese di residenza del soggetto percipiente, con esclusione di quella del Paese della fonte, comporti, in forza di un meccanismo di diritto interno, un trattamento fiscale nel secondo Paese complessivamente più sfavorevole, in quanto all'imposizione diretta nel Paese di residenza si aggiungerebbe quella ILOR in Italia.

Occorre considerare — come premessa orientativa generale e senza che la stessa possa costituire una regola inderogabile — che le convenzioni in materia di doppia imposizione, nella loro natura di norme di diritto internazionale di conflitto, hanno il fine di eliminare le sovrapposizioni dei sistemi fiscali nazionali, perché, in tal caso, le pretese fiscali degli Stati si sommerebbero, e i soggetti obbligati dovrebbero subire, per i loro redditi e patrimoni all'estero, un carico più gravoso, che finirebbe con l'ostacolare le attività internazionali economiche e d'investimento. Lo scopo di tali trattati è, pertanto, quello di stabilire che ad un potere impositivo su un determinato oggetto di uno Stato deve corrispondere una rinuncia all'esercizio del potere impositivo da parte dell'altro Stato.

Secondo la più autorevole dottrina giuridica dei Paesi in cui tali norme hanno grande rilievo nei rapporti economici internazionali (soprattutto negli U.S.A., in Gran Bretagna e in Germania), la stessa funzione delle convenzioni sulla doppia imposizione comporta che nel sistema da essi introdotto costituisca principio regolatore fondamentale il divieto di discriminazione, anche nei trattati, come quello di cui si discute, non conformi al modello OCSE, e non contenenti una specifica clausola che recepisca tale principio, come l'art. 24 del nuovo trattato Italia - U.S.A. del 17 aprile 1984.

Se si riconosce la validità di tali premesse, deve convenirsi che il ragionamento dell'Amministrazione conduca ad una conclusione inaccettabile, in quanto proprio una convenzione contro la doppia imposizione, in quanto impedisce la concreta applicazione di una forma d'imposizione sostitutiva del regime ordinario di tassazione, provocherebbe l'applicazione del tributo sostituito, rendendo più gravoso il regime fiscale rispetto a quello che si sarebbe applicato se la convenzione non fosse stata operante.

3.5. — Per quanto attiene al secondo profilo, deve in via generale ricordarsi che il diritto comunitario entra in gioco come *terza dimensione* nella geometria dell'ordinamento giuridico, e che lo stesso svolge la sua influenza, pur con differente intensità, anche nell'interpretazione ed applicazione di trattati internazionali conclusi da Paesi membri dell'Unione Europea (o, in precedenza, della Comunità Europea), tra loro e con Paesi terzi.

Riguardo a tale specie di trattati è necessario, però, verificare se la disciplina convenzionale applicabile sia anteriore o posteriore all'entrata in vigore del Trattato di Roma (1 gennaio 1958).

L'art. 234 (307 nella versione consolidata a seguito del Trattato di Amsterdam), primo comma, del Trattato CE, fa salve le convenzioni internazionali concluse dagli Stati membri prima di tale data, per cui i diritti e gli obblighi sorti da tali convenzioni restano imm modificabili e non subiscono l'influenza del diritto comunitario. Tale regola viene comunemente ricondotta al principio *pacta sunt servanda* ed è

stata ribadita dalla Corte di Giustizia CE nelle sentenze 14 ottobre 1980, C-812/79, *procedimento penale c. Juan C. Burgoa*; 11 marzo 1986, C-121/85, *Conegate Limited c. HM Customs & Excise*.

Il secondo comma dell'art. 307 prevede che gli stati membri devono assumere le necessarie misure per rimuovere le divergenze col diritto comunitario che possano derivare dall'applicazione di tali trattati.

Dalle predette disposizioni si ricava, *a contrario*, che i trattati internazionali conclusi dagli Stati membri con Paesi terzi successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Roma devono conformarsi al diritto comunitario, primario e secondario.

Prendendo in considerazione le convenzioni bilaterali miranti ad evitare la doppia imposizione, vi è da considerare, anzitutto, che la materia dell'imposizione diretta non rientra nelle competenze normative comunitarie. L'art. 220 (293 nella versione consolidata) prevede che gli Stati membri avviino tra loro, «*per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini ...l'eliminazione della doppia imposizione fiscale all'interno della Comunità*».

Nella sentenza 14 febbraio 1995, C-279/93, *Finanzamt Köln-Altstadt c. Roland Schumacker*, la Corte di Giustizia comunitaria ha enunciato i seguenti principi:

a) benché la materia delle imposte dirette non rientri, in quanto tale, nella competenza della Comunità, l'esercizio da parte degli Stati membri di questa competenza loro attribuita non può prescindere dal diritto comunitario;

b) il principio di non discriminazione previsto in generale dall'art. 6 (12 nella versione consolidata) del Trattato, e ribadito in altre norme, quale l'art.48 nei confronti dei lavoratori dipendenti, osta a che la normativa di uno Stato membro in materia d'imposte dirette conceda ai residenti il beneficio di particolari procedure (nel caso di specie, il conguaglio annuale delle ritenute alla fonte a titolo d'imposta sulle retribuzioni), ma lo neghi a persone fisiche che percepiscano risorse di natura retributiva nel suo territorio, ma non abbiano ivi residenza.

Tali principi devono essere applicati anche al trattamento d'imposizione fiscale diretta percepiti da una società non avente sede nel Paese della fonte, essendo la regola generale di non discriminazione, testualmente riferita dall'art. 12 (*ex* 6) alle persone fisiche, ritenuta pacificamente applicabile anche alle società.

L'applicabilità del principio di non discriminazione nel campo dell'imposizione fiscale diretta è stata ripetutamente affermata dalla Corte di Giustizia: si vedano soprattutto le sentenze 28 gennaio 1985, C-270/83, *Commissione c. Francia*; 13 luglio 1993, C 330/91, *Commerzbank*; 12 aprile 1994, C-1/93, *Halliburton Services*; 15 maggio 1997, C-250/95, *Futura Participations*.

Il principio di non discriminazione in materia fiscale, dapprima applicato con riferimento alla libera circolazione dei lavoratori, ha finito con l'assumere un'estensione assai più ampia, includendo tutte quelle forme dissimulate, basate sulla residenza o su sistemi differenziati di tassazione, che si traducono in discriminazioni basate sulla nazionalità e finiscono col limitare la libera circolazione dei capitali (art. 58, *ex* 73 D, del Trattato).

Esso deve, pertanto, essere applicato anche al trattamento d'imposizione fiscale diretta dei redditi percepiti in uno Stato membro da una società avente sede in un altro Stato membro.

In base a quanto già osservato, anche per i trattati coi Paesi terzi, pertanto, l'applicazione delle norme convenzionali nell'ambito intra — comunitario e dell'ordinamento dello Stato membro contraente incontra i limiti del principio di non discriminazione e del rispetto delle libertà fondamentali garantite dal Trattato.

La soggezione al diritto comunitario — nell'ambito della Comunità europea — del contenuto dei trattati coi Paesi terzi comporta quindi, l'obbligo del giudice nazionale e della pubblica amministrazione di interpretare le disposizioni convenzionali in modo *conforme* al diritto comunitario e, nei casi in cui tale interpretazione conforme non sia possibile, di trarre tutte le conseguenze che derivano dal contrasto tra le norme dei due ordini, prima fra tutte l'obbligo di disapplicare le norme (interne o di diritto internazionale pattizio) contrastanti con le disposizioni e principi di diritto comunitario, primario o secondario, che abbiano diretta applicabilità.

3.6. — Tanto premesso, occorre verificare se la disciplina convenzionale vigente all'epoca della percezione delle *royalties* in contestazione fosse anteriore o posteriore all'entrata in vigore del Trattato CEE.

La Convenzione con gli Stati Uniti d'America, stipulata il 30 marzo 1955, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 19 luglio 1956, n. 943, non può considerarsi la fonte della disciplina normativa regolante i rapporti in contestazione.

Infatti, a seguito dell'introduzione della riforma tributaria del 1972, la quale istituiva un nuovo sistema d'imposte sul reddito, interveniva uno scambio di note tra i due Paesi contraenti il 13 dicembre 1974, reso esecutivo in Italia con la legge 6 aprile 1977, n. 233, col quale si stabiliva di estendere l'applicazione della Convenzione all'IRPEF e all'IRPEG. Tale estensione non si esauriva, quindi, in una manifestazione della volontà di mantenere in vigore la convenzione, ma in quella dell'adozione di un nuovo regime, essendo radicalmente modificato il sistema nazionale d'imposizione diretta nel quale doveva essere innestato il regime convenzionale. Pertanto, con lo scambio di note sopra citato, la Repubblica Italiana non si limitò ad apportare limitate modificazioni alla convenzione.

Ne deriva, quindi, che il regime convenzionale sull'imposizione diretta dei redditi in contestazione, percepiti nel 1984, deve ritenersi pienamente soggetto — per quanto riguarda i suoi contenuti — al diritto comunitario.

3.7. — Posti tali principi, non può contestarsi che l'interpretazione sostenuta dall'Amministrazione conduca, inevitabilmente, ad una discriminazione dei soggetti residenti negli Stati Uniti d'America nei confronti dei residenti in Italia e dei residenti in Paesi diversi dagli U.S.A. nell'ambito intra - comunitario. Infatti, l'indiscriminata applicazione del meccanismo della ritenuta secca quale condizione per l'esclusione delle *royalties* dall'ILOR comporta, per i residenti negli U.S.A., l'impossibilità di poter usufruire di tale beneficio, in quanto, in forza del regime convenzionale, essi non hanno possibilità, neppure in astratto, di subire la ritenuta, dovendo assolvere al debito tributario diretto nello Stato di residenza.

Il principio di non discriminazione, previsto in via generale dall'art. 6, deve, quindi, essere coniugato con la specifica funzione delle convenzioni dirette ad evitare la doppia imposizione ed acquista, in tale contesto, un pregnante significato.

La Corte ritiene che, per evitare tale discriminazione, non sia necessario giungere alla disapplicazione del diritto interno, essendo possibile interpretare quest'ultimo nelle sue connessioni con la disciplina convenzionale in modo conforme ai principi del diritto comunitario, nel senso che, se per i residenti in Paesi diversi dagli U.S.A. l'esclusione delle *royalties* dall'ILOR è condizionata all'*effettivo* assoggettamento alla ritenuta secca, (comprensiva di tutte le forme d'imposizione diretta o, se si vuole, sostitutiva di queste), a più forte ragione tale esclusione deve valere per i soggetti che, essendo residenti negli U.S.A., sono sottoposti, secondo un regime convenzionale, soltanto alla potestà impositiva diretta dello Stato di residenza.

L'interpretazione che qui si accoglie (in conformità alla citata sentenza e a quella 1122/2000, resa sugli analoghi problemi suscitati dalla Convenzione Italia - Regno Unito del 4 luglio 1960) lascia, ovviamente, impregiudicato il problema della validità della tesi sostenuta dall'Amministrazione per i rapporti non regolati dalla Convenzione.

3.7. – Il ricorso dev'essere, pertanto, accolto, e la decisione dev'essere cassata, con rinvio alla Commissione Tributaria Regionale del Lazio.

I giudici di rinvio si uniformeranno al seguente principio di diritto:

«I redditi da *royalties* corrisposti da residenti italiani a società aventi sedi negli U.S.A. e prive di stabile organizzazione in Italia, in base alla disciplina risultante dal diritto interno nelle sue connessioni con la Convenzione Italia - U.S.A. 30 marzo 1955, modificata con scambio di note 13 dicembre 1974, sono esclusi dall'ILOR». (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Tributaria, 30 ottobre 2000 n. 14281 – Pres. Cantillo – Rel. Merone – P.G. (conf.) Pivetti - Ministero delle Finanze (avv. Stato De Stefano) c. soc. S.C.

Contenzioso – Questioni preliminari – Lite su spettanza di esenzione decennale – Lite su rimborso delle imposte versate in uno dei dieci anni, nell'attesa del provvedimento di esenzione – Continenza reciproca.

(c.p.c., art. 39, II co.).

Contenzioso – Nuovo rito – Divieto di sospensione del processo tributario – Questioni pregiudiziali rimesse ad altro giudice tributario – Sospensione necessaria – Opera.

(c.p.c., art. 295; d.lgs. 31 dicembre 1992 n. 546, art. 39).

La lite vertente sulla spettanza della esenzione decennale ILOR prevista dall'art. 26 d.P.R. 29 settembre 1973 n. 601, e quella relativa al rimborso, per uno dei periodi d'imposta interessati, dell'ILOR provvisoriamente assolta sono in rapporto di continenza reciproca, la prima essendo in rapporto di pregiudizialità necessaria rispetto alla seconda, e da essa parzialmente contenuta, ma contenendo a sua volta

la prima per la maggiore ampiezza della questione (sopra il decennio anziché l'anno) trattata (1).

Nel processo tributario l'art. 39 del d.lgs. 546/92, nel vietare la sospensione del medesimo, salvo la pregiudizialità di questioni di stato o di querela di falso, si riferisce ai rapporti con altri processi pendenti innanzi al giudice ordinario; di conseguenza, la sospensione necessaria del processo opera nel caso di questioni pregiudiziali rimesse ad altro giudice tributario (2).

(1-2) Osservazioni in tema di continenza, pregiudizialità e sospensione necessaria nel nuovo rito tributario.

1. - La controversia.

La fattispecie oggetto della sentenza della Cassazione, sezione tributaria, n. 14281/00, può essere sinteticamente rappresentata come segue:

1) una società, esercitante la sua attività imprenditoriale nel Mezzogiorno, chiedeva con due distinte istanze:

a) l'accesso alle agevolazioni fiscali di cui agli artt. 26 del d.P.R. 601/73 e 105 del d.P.R. 218/78.

b) Il rimborso delle somme pagate, avendo la stessa, nelle more della procedura per l'accertamento del diritto alle agevolazioni fiscali, versato per intero le imposte alla scadenza di legge.

2) Rigetto, da parte degli uffici competenti, di entrambe le istanze con distinti provvedimenti.

3) Impugnazione, da parte della società, di entrambi i provvedimenti con distinti ricorsi (l'uno per l'accertamento del diritto alle agevolazioni per 10 anni, l'altro per il rimborso delle somme relative già pagate per il solo anno 1987).

4) Il ricorso contro il rigetto dell'istanza di rimborso, respinto in primo grado, viene accolto in appello, sulla base di sentenza favorevole di primo grado, non passata in giudicato, relativa al ricorso contro l'altro provvedimento di diniego del diritto all'agevolazione.

5) L'Amministrazione finanziaria presenta ricorso alla Suprema Corte, la quale decide con la sentenza in commento, accogliendo il ricorso stesso, per essere stata, la sentenza impugnata, decisa sulla base di un acritico recepimento della sentenza emessa nel processo relativo all'accertamento del diritto alle agevolazioni, senza che la stessa fosse passata in giudicato.

2. - Rapporto di continenza. Le domande esaminate.

Il primo problema che la sentenza in commento impone e che, infatti, viene affrontato dal collegio giudicante, è quello relativo al rapporto sussistente fra le due cause (quella relativa all'accertamento del diritto alle agevolazioni e quella relativa alla domanda di rimborso).

In via preliminare occorre, a tal fine, verificare la totale o parziale identità degli elementi identificativi delle due azioni. Sotto questo profilo, si rileva l'identità dei soggetti (medesima società contro Amministrazione finanziaria), parziale identità di *causa petendi* (elemento comune è il titolo in base al quale vengono esercitate le due domande: disposizioni legislative che prevedono, sussistendo certi presupposti, il diritto alle agevolazioni, cui si aggiungono, nella causa di rimborso, le altre condizioni della *indebiti conductio*, e in particolare la *solutio*), ma differenza di *petitum* (da un lato, annullamento del diniego della agevolazione richiesta e accertamento del relativo diritto; dall'altro, rimborso). Tali parziali differenze, pertanto, portano all'esclusione della litispendenza, ma lasciano aperto il problema circa l'eventuale sussistenza di un rapporto di continenza fra cause.

(*omissis*)

1. – *FATTO E MOTIVI DEL RICORSO*

1.1. – Il Ministero delle Finanze, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso *ex lege* dalla Avvocatura Generale dello Stato, ricorre contro la S.C. s.r.l., esercente attività edile, per la cassazione della sentenza specificata in epigrafe, con la quale la Commissione Tributaria Regionale di L'Aquila ha riconosciuto alla società intimata il diritto al rimborso dell'ILOR e dell'IRPEG versate per l'anno 1987, sulla base della esibizione di una decisione di un'altra Commissione Tributaria, «con la quale sono state accordate le agevolazioni richieste dalla S.C. in precedenza negate dall'Amministrazione Finanziaria» (p. 2 della sentenza impugnata).

2.1.(segue) - *Rapporto di continenza tra cause. In generale.*

S'impone, a questo punto, una breve analisi circa la nozione di continenza. Secondo la concezione tradizionale, ancora dominante in dottrina (MANDRIOLI (1), LORENZETTO-PESERICO (2), MONTELEONE (3)), la continenza di cause «si verifica quando una delle azioni contiene l'altra per la maggior ampiezza del *petitum* ferma la coincidenza di tutti gli altri elementi» (4). Secondo questa impostazione, pertanto, due cause in rapporto di continenza sono come due cerchi concentrici, di cui uno contiene per intero l'altro.

Tornando al caso di specie, pertanto, assumendo tale nozione tradizionale di continenza, si perverrebbe alla conclusione che, nella fattispecie in oggetto, non sussisterebbe tale rapporto fra le due cause. I *petita* delle stesse, infatti, non sono tali per cui uno contiene per intero l'altro, bensì sono parzialmente coincidenti, avendo ciascuno qualcosa in più dell'altro e qualcosa in meno, fermo restando un nucleo comune ad entrambi. Si consideri, infatti, che con una causa si chiede l'accertamento del diritto alle agevolazioni per dieci anni, con l'altra, l'accertamento del diritto alle agevolazioni per il solo 1987 (accertamento, quindi, molto più ristretto rispetto a quello dell'altra causa che, come appena ribadito, si estende al maggiore periodo di dieci anni), nonché la condanna della P.A. al rimborso (elemento in più rispetto alla prima causa). Per tornare alla metafora geometrica dei cerchi quindi, nel caso di specie, più che due cerchi concentrici, abbiamo due cerchi intersecantisi.

Tale nozione ristretta e tradizionale di continenza, limitata alla continenza del *petitum*, tuttavia, non è accolta dalla giurisprudenza dominante, la quale è pervenuta ad una estensione dell'area della continenza oltre i limiti che essa tradizionalmente aveva, ricomprendendovi anche ipotesi in cui fra due cause vi sia un rapporto di necessaria pregiudizialità logico-giuridica, per cui l'una causa non può essere decisa senza la previa definizione della questione oggetto dell'altra causa(5). Ciò comporta un allargamento del giudizio di continenza all'area della *causa petendi*. Infatti, in una delle ipotesi tipiche di continenza 'pretoria', quale il rapporto tra due domande di accertamento di obbligazioni **contrapposte** sorgenti dallo stesso rapporto, il fatto costitutivo di entrambe le domande è il titolo (esistenza e validità, ad esempio, di un contratto sinallagmatico); tale fatto è integrato e specificato da fatti secondari (inadempimento di Tizio, inadempimento di Caio). Quindi, la *causa petendi*, che, come è noto, consiste nei fatti costitutivi della domanda, è parzialmente comune nelle due domande contrapposte, quindi in rapporto tra loro di continenza.

(1) MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, 2000, vol. I, 250.

(2) LORENZETTO-PESERICO, *La continenza di cause*, 1992, 7.

(3) MONTELEONE, *vc. Continenza*, in *Enciclopedia giuridica*.

(4) MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, 2000, vol. I, 250.

(5) Si vedano, fra le molte, Cass. Civ., sez. III, 4 aprile 1997, n. 2922, in *Resp. civ. e prev.*, 1997, 1108. Ancora, Cass. civ., sez. lav., 23 marzo 1994, n. 2803.

1.2. – In fatto, per quanto risulta dal ricorso e dalla decisione impugnata, la società:

a) con istanza del 27 dicembre 1986 (la diversa data del 27 dicembre 1996, indicata nel ricorso, deve essere frutto di un evidente errore materiale), ha chiesto all'Ufficio II.DD. di Chieti, le agevolazioni fiscali di cui agli artt. 26 d.P.R. 601/73 e 105 d.P.R.218/78;

b) con successiva istanza del 31 maggio 1989, ha chiesto il rimborso dell'I-LOR e del 50% dell'IRPEG versate contestualmente alla presentazione della dichiarazione dei redditi per il 1987.

In questa ipotesi, secondo la giurisprudenza dominante, dovrebbe operare il meccanismo di cui all'art. 39 co. 2 c.p.c. con la conseguente riunione delle due cause, in considerazione delle fondamentali esigenze di evitare il contrasto di giudicati e di garantire l'armonia e la coerenza dell'ordinamento.

Va aggiunto, però, che per la dottrina dominante, questa impostazione finisce per determinare un offuscamento dei confini fra la nozione di connessione per pregiudizialità e quella di continenza, facendo rientrare nella seconda ipotesi che più correttamente dovrebbero rientrare nella prima. Secondo tale impostazione⁽⁶⁾ le esigenze di coerenza e armonia dell'ordinamento possono, più correttamente, essere perseguite attraverso il meccanismo della sospensione di cui all'art. 295 c.p.c., prevista proprio per le ipotesi di connessione per pregiudizialità, senza scomodare l'art. 39 co. 2, che, in verità, risponde ad una logica parzialmente diversa da quella che ispira l'art. 295 c.p.c.. La disciplina della continenza, infatti, rinviene la sua *ratio* nell'esigenza di evitare un'inutile e dispendiosa reiterazione di attività giurisdizionale, quale si avrebbe qualora non fossero riunite dinanzi al medesimo giudice due cause, di cui una ricomprende per intero l'altra. La *ratio* della sospensione *ex art. 295 c.p.c.* invece consiste nell'evitare semplicemente che una questione, comune a due cause e pregiudiziale in una di esse, sia decisa diversamente nelle due sentenze. Per la dottrina, quindi, attesa la diversità di *ratio*, le regole della continenza non si possono applicare per analogia alle ipotesi di connessione per necessaria pregiudizialità.

Si ritiene condivisibile l'analisi circa la diversità di *rationes* che ispirano, rispettivamente, l'art. 295 c.p.c. e l'art. 39 co.2 c.p.c., ma non si condivide la conclusione relativa all'inapplicabilità della continenza in ogni caso in cui, pur sussistendo un rapporto di necessaria pregiudizialità logico-giuridica, non sussista una situazione in cui il *petitum* di una causa risulti interamente ricompreso nel *petitum* dell'altra. Si è già visto, sopra, che il rapporto di continenza può essere valutato anche con riferimento alla causa petendi, e tale è il caso in cui la continenza ricorra tra cause in cui un fatto costitutivo di ambo le domande sia comune.

Si consideri, in proposito, la fattispecie oggetto della sentenza in analisi. In tale fattispecie, come già visto, si ravvisa una parziale identità di *petiti* e di causa petendi fra le due cause in considerazione, per cui, accanto ad un nucleo comune, si ravvisa, in ognuna delle due, qualcosa in più e qualcosa in meno rispetto all'altra.

Risulta evidente, inoltre, che l'accertamento circa la sussistenza del diritto alle agevolazioni per il 1987, risulta pregiudiziale alla domanda di rimborso; da ciò consegue la sussistenza, nel caso di specie di un rapporto di necessaria pregiudizialità logico-giuridica della causa relativa all'accertamento del diritto alle agevolazioni rispetto a quella relativa alla domanda di rimborso. In virtù di tale relazione fra le due azioni, la Suprema Corte, nella sentenza in analisi, ha ravvisato, conformemente alla giurisprudenza dominante, un'ipotesi di continenza.

(6) Vedi *supra*, note 1, 2.

Gli Uffici Finanziari competenti, con distinti provvedimenti, hanno respinto le istanze. La società ha impugnato entrambi i dinieghi, determinando l'insorgere di un doppio contenzioso sulla medesima (almeno in parte) questione.

Il ricorso proposto avverso il diniego di rimborso (vale a dire, quello proposto avverso il rigetto della istanza sub *b*), dal quale trae origine il giudizio nel cui ambito è stato proposto l'odierno ricorso) è stato respinto in primo grado. In appello, invece, come già accennato, sono state accolte le istanze della società (sulla base di una decisione favorevole ottenuta nell'ambito dell'altro procedimento, quello sorto a seguito del mero diniego delle agevolazioni) e di ciò si duole, in questa sede, l'Amministrazione Finanziaria.

1.3. – A sostegno del ricorso, il Ministero deduce:

a) violazione e falsa applicazione degli artt. 295 c.p.c. e 2909 c.c., oltre a vizi di motivazione in relazione alla applicazione delle stesse disposizioni, in quanto i giudici di merito, dinanzi alla esibizione della sentenza relativa alla «questione» pre-

Tale soluzione, in verità, appare, contrariamente all'impostazione tradizionale sopra esposta, coerente con la *ratio* individuata nell'art. 39 co.2 c.p.c.. Se quest'ultimo, infatti, è ispirato all'esigenza di evitare un'inutile duplicazione di attività giurisdizionale, allora dovrà ritenersi applicabile anche nei casi, come quello in oggetto, nei quali il giudice è chiamato a pronunciarsi, almeno in parte (nel caso di specie relativamente all'accertamento del diritto all'agevolazione per il 1987), in due cause diverse, sulla medesima questione con efficacia di giudicato. In questi casi, infatti, esattamente come in quelli di continenza tradizionalmente intesa, si ravvisa un duplice esercizio di attività giurisdizionale sulla medesima questione, che potrebbe, o forse dovrebbe, giustificare, per esigenze di economia processuale, la riunione dei due giudizi ex art.39 co.2 c.p.c. (come affermato dalla Suprema Corte), in quanto la *ratio* che giustifica questa norma si ravvisa anche nel caso in questione.

Si sottolinea, inoltre, che tale duplicazione di attività giurisdizionale si ravvisa qualora, come nel caso di specie, il giudice della «causa pregiudicata» (nella situazione specifica quello della domanda di rimborso) sia chiamato a pronunciarsi con efficacia di giudicato anche sulla «questione pregiudiziale». In questa ipotesi, più correttamente, come affermato dalla Suprema Corte, si dovrebbe parlare, più che di «questione pregiudiziale», di «causa pregiudiziale», a voler sottolineare il fatto che quest'ultima è parte del *petitum* di quella relativa al rimborso e che, pertanto, il giudice di quest'ultima non potrà limitarsi a definire tale questione *incidenter tantum*, ma dovrà decidere sulla stessa con efficacia di giudicato, determinando, quindi, proprio ed esclusivamente per questo, una duplicazione di attività giurisdizionale sulla medesima questione.

Si vuole ribadire che tale ultimo effetto non si verificherebbe nel caso di «questione pregiudiziale» in senso stretto, vale a dire di questione su cui il giudice sia chiamato a pronunciarsi *incidenter tantum* e non con efficacia di giudicato.

È per tale ragione che, in quest'ultima ipotesi, non potrà trovare applicazione l'art. 39 co.2 c.p.c., la cui *ratio*, come appena visto, presuppone la suddetta reiterazione di attività giurisdizionale, la quale non si verificherebbe nel caso di pronuncia su una questione soltanto in via incidentale, con assenza di ogni rischio di duplicazione di attività giurisdizionale.

Tornando al caso di specie, non vi è dubbio che, nell'ambito del giudizio sulla domanda di rimborso, la questione relativa all'accertamento del diritto alle agevolazioni si ponga come «causa pregiudiziale» e non come mera questione. Ciò per diverse ragioni: in primo luogo, perché, come emerge dal testo della sentenza, si ravvisa l'esplicita domanda di una delle parti in merito, su cui, pertanto, il giudice, per il disposto dell'art.34 c.p.c., doveva decidere con efficacia di giudicato.

giudiziale della spettanza o meno delle agevolazioni fiscali (dalle quali poteva derivare il diritto al rimborso), avrebbero dovuto accertare, innanzitutto, se la decisione esibita nell'interesse della S.C. era divenuta o meno definitiva (circostanza contestata dalla ricorrente la quale assume di aver impugnato la decisione stessa) e soltanto nel primo caso avrebbero potuto accogliere l'appello della società; altrimenti, avrebbero dovuto disporre la sospensione del giudizio ai sensi dell'art. 295 c.p.c.;

b) violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 8 d.P.R. 602/73 e dei principi generali in materia di esenzioni, con riferimento alla affermazione di principio, contenuta nella decisione impugnata, secondo la quale «nelle more dell'istruttoria della richiesta di esenzione nulla è dovuto per legge».

c) Violazione e falsa applicazione degli artt. 105 T.U. 218/78 e 28 d.P.R. 601/73, in quanto, nella specie, mancherebbero i presupposti di fatto previsti dal legislatore per beneficiare delle esenzioni richieste.

In secondo luogo, **perché l'asserito diritto alle agevolazioni non costituisce soltanto un antecedente logico del diritto al rimborso, ma costituisce fatto costitutivo dello stesso.** Da ciò deriva che l'accertamento del diritto alle agevolazioni debba essere effettuato, nell'ambito della causa sul rimborso, con efficacia di giudicato, in quanto non è configurabile l'ipotesi dell'accertamento incidentale rispetto ad una materia che inerisca al fatto costitutivo del diritto dell'attore (7). Si consideri, inoltre, che, ai fini dell'individuazione dell'estensione del giudicato, la giurisprudenza (8) afferma che l'autorità del giudicato copre non solo le ragioni giuridiche fatte valere in giudizio (giudicato esplicito), ma anche tutte le altre — proponibili sia in via di azione che in via di eccezione — le quali, sebbene non dedotte specificamente, costituiscono, tuttavia, antecedenti logici essenziali e necessari della pronuncia (giudicato implicito).

In terzo luogo, l'esigenza di risolvere con efficacia di giudicato la questione relativa alla sussistenza del diritto alle agevolazioni, deriva anche dal fatto che tale decisione implica un sindacato sulla legittimità dell'atto di diniego del suddetto diritto, soggetto a impugnativa necessaria in termini decadenziali (art. 19 H d.lgs. 546/92) con conseguente annullamento giudiziale del provvedimento, qualora ne venga accertata l'illegittimità. È evidente, pertanto, che a tale risultato non potrà pervenirsi in virtù di un accertamento effettuato soltanto in via incidentale perché il giudice tributario può disapplicare solo gli atti generali o i regolamenti (art. 7, V co., d.lgs. 546/92).

Da quanto sin qui detto, pertanto, deriva la conclusione secondo cui le due cause in oggetto sono, come affermato dalla Suprema Corte, in rapporto di continenza fra di loro, con la conseguente applicabilità dell'art. 39 co.2 c.p.c..

3. - La continenza. Effetti.

L'art. 39 co. 2 c.p.c. prevede un meccanismo di operatività, secondo il quale «nel caso di continenza di cause, se il giudice preventivamente adito è competente anche per la causa proposta successivamente, il giudice di questa dichiara con sentenza la continenza e fissa un termine perentorio entro il quale le parti debbono riassumere la causa dinanzi al primo giudice. Se questi non è competente anche per la causa successivamente proposta, la dichiarazione della continenza e la fissazione del termine sono da lui pronunciate.

(7) Giurisprudenza costante, per tutte si vedano: Cass., n. 8174/1991; Cass., S.U., n. 6468/1988.

(8) Fra le molte, si vedano: Cass., 16 marzo 1996, n. 2205; in *Mass. Giust. Civ.*, 1996, 369. Ancora, Cass., 20 luglio 1995, n. 7891, in *Mass. Giust. Civ.*, 1995, 1405.

2. — MOTIVI DELLA DECISIONE

2.1 — IL ricorso merita accoglimento per quanto di ragione.

2.2. — Con il primo motivo, sostanzialmente, l'Amministrazione Finanziaria assume che il giudizio sul diritto alle esenzioni, attivato dalla società mediante ricorso avverso il provvedimento generale di disconoscimento del diritto invocato, sarebbe pregiudiziale rispetto al giudizio avente ad oggetto la richiesta di rimborso delle imposte già versate, e, quindi, la Commissione Regionale, avendo avuto contezza della esistenza della questione pregiudiziale, avrebbe dovuto sospendere il giudizio in corso, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., a meno che la sentenza pronunciata nel giudizio «pregiudiziale» non fosse già passata in giudicato.

2.2.1. — Il motivo appare fondato nei termini appresso specificati. La risposta che il Collegio è chiamato a dare, in punto di diritto, passa attraverso la soluzione di una serie di quesiti.

La prevenzione è determinata dalla notificazione della citazione» (nel rito tributario, il deposito del ricorso, atteso che la semplice notifica non seguita da deposito, non produce gli effetti di quiescenza della lite di cui all'art. 171 c.p.c., ma direttamente la inammissibilità insanabile dell'atto).

Si determinerà, quindi, a seguito della riassunzione della causa proposta successivamente davanti al giudice preventivamente adito o dell'altra davanti a quello successivamente adito, qualora il primo giudice sia incompetente, la riunione delle due cause davanti al medesimo giudice.

Tale riunione, tuttavia, non potrà realizzarsi, nel caso in cui le due cause pendano in gradi diversi di giudizio (9), nonché nel caso, in cui pendano entrambe in fase di gravame dinanzi ad uffici giudiziari diversi. Cio' per il carattere funzionale ed inderogabile della competenza del giudice di secondo grado, nonché per le peculiarità del processo di impugnazione, circoscritto alle questioni specificamente proposte e non compatibile con l'inserimento successivo di problematiche ulteriori (10).

Quanto da ultimo affermato, a maggior ragione, vale nel caso in cui una delle cause penda davanti al giudice del rinvio, in quanto l'operare della continenza determinerebbe un'inammissibile riforma della sentenza della Suprema Corte (11).

In queste ipotesi, pertanto, per evitare il rischio della contraddittorietà dei giudicati e per garantire le esigenze di coerenza e armonia dell'ordinamento, non resterà che il ricorso all'istituto della sospensione necessaria del processo *ex art. 295 c.p.c.* (12), che quindi opererà anche in ipotesi di continenza di cause, in tutti i casi in cui la riunione delle stesse non risulti possibile.

Alle medesime conclusioni deve giungersi anche nell'ipotesi della causa di opposizione a decreto ingiuntivo, che è devoluta in via funzionale e inderogabile al medesimo giudice che ha pronunciato il decreto opposto. Pertanto, ove sussista un rapporto di continenza con altra causa pendente davanti ad altro ufficio giudiziario, il giudice dell'opposizione non può rimetterla a detto giudice, ma deve deciderla, salva la sospensione *ex art. 295 c.p.c.*, ove ne sussistano i presupposti (13) (Cass., 3745/96; Cass., 6300/96).

(9) Si veda Cass., sez. I, n. 5007/1995.

(10) Vedi Cass., sez. I, 26 novembre 1997, n. 11867, in *Giust. Civ.*, 1998, I, 684.

(11) *Ibidem.*

(12) Si veda Cass., sez. I, 28 aprile 1998, n. 4326, con riferimento all'ipotesi di continenza fra cause pendenti in grado diverso.

(13) Si vedano: Cass., n. 3745/1996; nonché Cass., 6300/1996.

Innanzitutto, occorre chiarire quale sia il reale rapporto tra le due vicende processuali. La società S.C. ha intentato un primo giudizio, il cui oggetto è costituito dall'accertamento della mera spettanza del diritto alle agevolazioni previste per talune attività imprenditoriali aventi sede nel Mezzogiorno. Con il secondo giudizio, invece, avendo provveduto, nel frattempo, a versare le imposte (per le quali già aveva chiesto, invano, l'esenzione con il primo giudizio), la società chiede il rimborso delle stesse (per la parte non dovuta e limitatamente all'anno 1987), sempre sul presupposto della inesistenza dell'obbligo tributario.

Quindi, il secondo giudizio ha ad oggetto un doppio accertamento: l'inesistenza del debito e il conseguente diritto al rimborso delle somme versate. La prima parte dell'accertamento, relativa alla esistenza del diritto all'esenzione, è comune ai due giudizi ed è pregiudiziale rispetto all'accertamento del diritto al rimborso. In forza di questa considerazione, l'Amministrazione ricorrente deduce che la Com-

4. - Sospensione del giudizio tributario.

Con riferimento al caso oggetto della sentenza in commento, che attiene alla materia tributaria, con relativa applicazione dell'apposito rito di cui al d.lgs. 31 dicembre 1992 n. 546, l'applicabilità dell'art. 295 c.p.c. risulta, peraltro, tutt'altro che pacifica, stante il disposto dell'art. 39 del suddetto decreto legislativo. Tale articolo, infatti, stabilisce che: «il processo è sospeso quando è presentata querela di falso o deve essere decisa in via pregiudiziale una questione sullo stato o la capacità delle persone, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio»

Ci si domanda se tale norma comporti l'esclusione, all'interno del processo tributario, di ogni ipotesi di sospensione per pregiudizialità al di fuori dei casi in essa espressamente previsti.

La Corte costituzionale, investita del problema, lo ha affrontato con la sentenza n. 31/1998 (14), nella quale ha affermato che l'art. 39 del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 «ha limitato nel processo tributario l'ambito della sospensione necessaria per pregiudizialità ai soli casi in cui sia stata presentata querela di falso o debba essere decisa — in via pregiudiziale — una questione sullo stato o la capacità delle persone, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio».

Pertanto, ferma restando l'applicabilità di altre ipotesi di sospensione (quali, a titolo esemplificativo, la sospensione per proposizione di regolamento di giurisdizione, di cui all'art. 367 c.p.c. in relazione all'art. 3 co. 2 del d. lgs. 546 del 1992, per instaurazione del procedimento di ricasazione di cui all'art. 52 co. 3 c.p.c. in relazione all'art. 6 co. 1 del d.lgs. 546/92, per questione incidentale di legittimità costituzionale di una norma di legge sollevata ai sensi dell'art. 23 co. 2 della legge 11 marzo 1953 n. 87), il giudice tributario deve decidere, incidenter tantum, tutte le questioni pregiudiziali diverse da quelle contemplate dalla disposizione denunciata, salvo il diritto delle parti di svolgere le difese relative a tali questioni.

...Nella specie, con la norma denunciata il legislatore ha inteso rendere più rapida e agevole la definizione del processo tributario oberato da una rilevante mole di contenzioso. Finalità in sé del tutto legittima anche sotto l'aspetto, non certo secondario, della tutela dei diritti del contribuente».

Da tale sentenza emerge, quindi, un'impostazione fortemente restrittiva dell'ambito di applicazione dell'istituto della sospensione del processo nell'ambito del rito tributario, impostazione confermata anche da parte della dottrina (15).

(14) Confermata successivamente da tre ordinanze di manifesta infondatezza: n. 88/99, n. 136/99, n. 330/00.

(15) BATISTONI FERRARA F., *Appunti sul processo tributario*, 1995, 90. Ancora, D'ANGELO B., D'ANGELO A., *Manuale del nuovo processo tributario con rassegna di giurisprudenza*, 1994, 227 e segg.; GERLIN T., GROSSO A., MARCHESI S., RAMONDA L., *La riforma del processo tributario*, 1998, 121 e segg..

missione Regionale adita, «verificata la pendenza di una causa pregiudiziale avverso il provvedimento di diniego dell'esenzione, avrebbe dovuto accertare se la causa pregiudiziale ... fosse definita e, nell'ipotesi negativa avrebbe dovuto sospendere la causa sul diritto al rimborso delle imposte pagate per una delle annualità interessate dalla domanda di esenzione, ai sensi dell'art. 295 c.p.c.», per evitare possibili conflitti di giudicato ed inutili reiterazioni di iniziative processuali (almeno parzialmente) identiche (*ne bis in idem*).

2.2.2. – Come è noto, ragioni di economia e di armonia del sistema processuale impongono che situazioni processuali come quella in esame vengano riportate su un binario processuale che garantisca coerenza ed unicità di decisione. Pertanto, l'Amministrazione ricorrente invoca l'applicazione dell'art. 295 c.p.c., sul presupposto del carattere pregiudiziale del giudizio avente ad oggetto l'accertamento del

Nella sentenza in commento, tuttavia, si ridimensiona tale impostazione restrittiva sulla base di convincenti argomentazioni, che prendono le mosse da una lettura dell'art. 39 del d.lgs. 546/92, nel contesto della legge 30 dicembre 1991 n. 413, con la quale è stata conferita la delega al governo per l'emanazione della nuova disciplina del processo tributario, realizzatasi con il d.lgs. 546/92. La suddetta legge delega, all'art. 30 lett. g) n. 3, dopo aver stabilito che le norme del processo tributario dovevano adeguarsi a quelle del processo civile, aggiungeva che la disciplina della sospensione dovesse ispirarsi «al fine di abbreviare la pendenza del processo in relazione all'inerzia delle parti».

«Conseguentemente, la limitazione normativa è riferita alle ipotesi di sospensione nelle quali vi sia un potere dispositivo delle parti, non certo alle ipotesi nelle quali il giudice è obbligato ad eliminare d'ufficio specifiche anomalie processuali. Come quella della duplicazione dei processi, che è un fenomeno che si pone in contrasto con le esigenze di economia processuale che il legislatore delegante ha inteso privilegiare proprio con le norme in esame». Da queste premesse la Corte conclude per l'esclusione dell'applicabilità, nel processo tributario, dell'art. 296 c.p.c. (sospensione su istanza delle parti).

In secondo luogo, la Suprema Corte afferma che la disposizione in esame risulta finalizzata all'esigenza di garantire l'autonomia della giustizia tributaria rispetto alla giustizia civile ordinaria, mediante l'attribuzione al giudice tributario del potere di decidere, in via incidentale, le questioni pregiudiziali di competenza del giudice civile, salve le ipotesi nell'articolo stesso espressamente previste. Di conseguenza l'art. 39 del d.lgs. 546/92 si riferirebbe soltanto ai casi di pregiudizialità esterna, relativa, cioè, ai rapporti esterni con la giurisdizione civile, «*non anche ai rapporti interni tra i processi tributari, per i quali, giusto il disposto dell'art. 1 co. 2 del d.lgs. 546/92, valgono le disposizioni del codice di procedura civile.*

...In definitiva, quando dinanzi a differenti giudici tributari siano pendenti controversie tra loro interdipendenti e non sia possibile procedere alla riunione dei procedimenti, non può trovare applicazione il disposto di cui all'art. 296 c.p.c. (sospensione su istanza delle parti), mentre può trovare applicazione il disposto dell'art. 295 c.p.c., al di fuori delle ipotesi escluse dall'art. 39 del d.lgs. 546/92, della pregiudiziale civile».

L'interpretazione appena esposta, data dalla Corte alla disposizione che si sta esaminando, risulta, come chiaramente esposto dallo stesso Collegio giudicante, imposta da fondamentali ragioni, «**alla base della stessa credibilità della funzione giurisdizionale, come quella di evitare il rischio di giudicati contrastanti e della non reiterabilità delle iniziative giudiziarie. Tali ragioni non possono essere travolte da una disposizione, come l'art. 39, che ha il solo fine di stringere i tempi del processo tributario proprio nella medesima ottica di economia processuale**».

diritto alla esenzione rispetto a quello che ha ad oggetto anche l'accertamento del diritto al rimborso. Questa soluzione, però, non può essere sempre praticata. Non perché vi osti, sempre e comunque, il disposto dell'art. 39 d. lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 (sul quale si tornerà), quanto perché la *patologia* processuale della duplicazione di giudizi, trova la sua soluzione naturale nella applicazione delle norme che disciplinano la *litispendenza*, o, meglio ancora, nel caso di specie, la *continenza*. Infatti, entrambi i procedimenti, pendenti tra i medesimi soggetti (ma dinanzi a diversi giudici tributari), hanno ad oggetto l'accertamento del diritto alla esenzione e, quindi, entrambi i giudici sono investiti della medesima questione. L'antecedenza cronologica del giudizio avente ad oggetto il solo accertamento del diritto alla esenzione, ovviamente, non rileva sul piano della antecedenza logica dei giudizi, sulla quale, invece, è costruita la figura della *pregiudizialità*. In altri termini, sia il primo che il secondo procedimento hanno ad oggetto, come già detto, l'accertamento (pregiudiziale) del diritto alle agevolazioni fiscali. La pregiudizialità dell'accertamento del diritto alla esenzione, che esaurisce l'oggetto del primo giudizio, è soltanto una parte dell'oggetto del giudizio intentato per ottenere il rimborso e, quindi, in questo secondo giudizio, la sua pregiudizialità opera soltanto all'*interno* del

La Corte, infine, sottolinea che il peso di queste argomentazioni non può trovare un limite nella sopra citata sentenza della Corte costituzionale relativamente all'art. 39 del d.lgs. 546/92 (16), stante il suo carattere di sentenza di rigetto, che, quindi, «non ha effetti generali, ma limitati al caso deciso» (17), con la conseguente assenza di vincolatività per i giudici dell'ordinamento, i quali potranno, conseguentemente, interpretare la norma anche in maniera diversa da come sostenuto dalla Corte costituzionale, a meno che la stessa non abbia espressamente qualificato, con sentenza interpretativa di rigetto, incostituzionale, una determinata interpretazione, ipotesi, questa, che non sembra assolutamente ipotizzabile nel caso di specie.

Si ritiene, in conclusione, perfettamente condivisibile la soluzione data dalla Suprema Corte, relativamente all'applicabilità dell'art. 295 c.p.c. al rito tributario.

Appare, peraltro, irragionevole sacrificare le esigenze fondamentali di coerenza e armonia dell'ordinamento per quelle di accelerazione dei tempi della decisione. Tali ultime, infatti, non possono comportare una deroga al principio fondamentale di certezza del diritto, il quale verrebbe certamente minato nel processo tributario, ove quest'ultimo restasse privo di strumenti a garanzia della non contraddittorietà dei giudicati, nell'ipotesi di rapporti di pregiudizialità fra cause pendenti davanti al giudice tributario.

Il problema, gravissimo in Italia, della lentezza dei processi, infatti, non può trovare soluzione in scelte che finiscano per minare, come è stato affermato dalla stessa Suprema Corte nella sentenza in commento, «la credibilità della funzione giurisdizionale», come conseguenza della contraddittorietà delle sue manifestazioni.

5. - Conclusioni.

Con la sentenza che si commenta, in conclusione, la Suprema Corte ha voluto individuare gli strumenti che, all'interno del processo tributario, possono essere utilizzati per far fronte a situazioni in cui si ravvisa un rapporto di necessaria pregiudizialità logico-giuridica fra più cause pendenti davanti al giudice tributario.

(16) Corte cost., n. 31/1998.

(17) CRISAFULLI V., *L'ordinamento costituzionale italiano*, 1984, 394.

giudizio complessivo, che si pone rispetto all'altro in termini di *continenza*. Pertanto, non siamo in presenza di una situazione nella quale questioni differenti, ma logicamente interdipendenti, siano all'esame di diversi giudici. Siamo invece in presenza di una situazione processuale nella quale più giudici sono investiti (anche) della medesima questione (la quale, però, all'interno della causa *continente* è logicamente pregiudiziale alla soluzione della parte della causa non comune). In casi del genere, il modello di disciplina processuale al quale bisogna fare riferimento per prevenire un possibile conflitto di giudicati ed impedire il proliferare dei giudizi sulla medesima questione, è quello contenuto nell'art. 39 c.p.c., il cui recepimento tra le regole di procedura del contenzioso tributario, in forza dell'art. 1 del d.lgs. 546/92, non incontra controindicazioni in altre disposizioni del medesimo decreto.

Nella specie, però, il ricorso alle procedure (della cancellazione e della riunione, rispettivamente in caso di litispendenza e di continenza) previste dall'art. 39 c.p.c., poteva essere ipotizzato (in presenza di tutti gli altri presupposti di legge) soltanto se la decisione esibita in giudizio, sulla quale si basa la sentenza oggetto dell'odierno ricorso, non fosse già passata in giudicato (ai sensi dell'art. 324 c.p.c.); nel qual caso bene avrebbe fatto la Commissione Regionale a riconoscere il diritto all'esenzione, ai sensi dell'art. 2909 c.c., ma avrebbe dovuto darne conto in motivazione.

2.2.3. – I giudici di merito non si sono assolutamente posti i problemi sopra esposti. Hanno soltanto recepito, acriticamente, il contenuto della decisione esibita. Conseguentemente, la decisione impugnata appare viziata sia sotto il profilo della carenza di motivazione che sotto il profilo della violazione di legge.

La Corte prende le mosse dalla constatazione che casi come quello risolto con la sentenza in commento risultano molto frequenti, in considerazione della prassi dei contribuenti di richiedere preventivamente il riconoscimento del diritto alle agevolazioni e di effettuare il pagamento dell'intero, qualora, al momento in cui debba effettuarsi il pagamento, non sia intervenuta la pronuncia preventiva, salva la richiesta di rimborso delle somme asseritamente non dovute in virtù delle agevolazioni. In queste ipotesi, inoltre, se le agevolazioni si riferiscono a più anni, vi saranno tanti processi quanti sono gli anni per i quali si chiede il rimborso, in aggiunta al processo iniziale sulla spettanza del diritto alle agevolazioni.

La Corte non esita a definire patologica questa situazione in assenza di strumenti idonei a ricondurre tutti questi contenziosi all'interno di un alveo unitario. Questi strumenti sono stati individuati, nell'ordine, nella riunione dei processi *ex art. 39 co. 2 c.p.c.*, nella sospensione necessaria della causa pregiudiziale *ex art. 295 c.p.c.*, che soccorrerà nelle ipotesi in cui risulti impossibile la suddetta riunione e, infine, nell'effetto vincolante del giudicato *ex art. 2909 c.c.*

Quest'ultima disposizione consente il recepimento della sentenza passata in giudicato relativamente alla causa pregiudiziale, nell'ambito del processo sulla causa pregiudicata. Tale recepimento, peraltro, come espressamente affermato dalla Corte, presuppone l'acquisizione dell'autorità di cosa giudicata della sentenza sulla causa pregiudiziale e, quindi, la definitiva conclusione del relativo processo, in assenza della quale le esigenze di armonia dell'ordinamento e, in generale, di eliminazione della susedposta situazione patologica, dovranno realizzarsi ricorrendo alla disciplina della continenza e, nelle ipotesi in cui questa non possa operare, a quella della sospensione *ex art. 295 c.p.c.*

Come già è stato detto, la prima indagine che la Commissione avrebbe dovuto svolgere sarebbe stata quella di accertare se la decisione impugnata era già passata in giudicato, per potere poi attribuire, eventualmente, alla stessa gli effetti previsti dall'art. 2909 c.c. Dalla motivazione non risulta che tale indagine sia stata fatta. Risulta soltanto che la decisione è stata recepita *sic et simpliciter*, violando, quindi, il precetto contenuto, *ex adverso*, nel citato art. 2909 c.c. in forza del quale la sentenza che non sia passata in giudicato non fa stato tra le parti.

Se, invece, come assume la ricorrente, la decisione era stata impugnata o, comunque, non era passata in giudicato, il giudice del merito doveva imboccare una delle altre strade predisposte dal legislatore per garantire il rispetto del fondamentale principio di diritto (e di diritto processuale in particolare) del *ne bis in idem*. Vale a dire, nell'ordine:

a) la riunione dei giudizi dinanzi alla commissione preventivamente adita, ai sensi dell'art. 39, 2° comma. c.p.c., nel caso in cui fossero stati ravvisabili tutti gli altri presupposti processuali della fattispecie della *continenza*;

b) la sospensione del giudizio sul rimborso delle imposte versate per il 1987, in attesa della decisione della controversia sulla spettanza delle esenzioni per l'intero decennio.

2.3.4. – Come già è stato ripetutamente sottolineato, non pare che, nella specie, possa ravvisarsi tra i due giudizi un rapporto di pregiudizialità, ma, semmai, di parziale identità, o di identità incrociata. Il giudizio sulla spettanza delle agevolazioni per un decennio, è *continente* rispetto a quello relativo alla richiesta di rimborso per un solo anno, basata sul diritto alla esenzione decennale; il giudizio sulla richiesta di rimborso, anche se per un solo anno, a sua volta, è continente rispetto al giudizio di mero accertamento del diritto alle agevolazioni fiscali, perché implica tale giudizio di accertamento. L'accertamento del diritto alla esenzione, che esaurisce l'oggetto del giudizio nato dalla impugnazione del provvedimento di diniego, quindi, è parte del giudizio che nasce dal ricorso per il mancato accoglimento della richiesta di rimborso, nel quale questa Corte è chiamata a pronunciarsi. Conseguentemente, in questo secondo giudizio, l'accertamento del diritto all'esenzione, che pure è in rapporto di priorità logica rispetto all'accertamento del diritto al rimborso, non rappresenta una semplice questione incidentale, che in quanto tale, può essere risolta *incidenter tantum*: è il contenuto della stessa causa principale (in entrambi i giudizi), sulla quale il giudice deve decidere con efficacia di giudicato per *esplicita domanda di una delle parti*.

Come è noto, il fenomeno della pregiudizialità, intesa come progressione logica delle questioni da affrontare per giungere alla soluzione di una controversia, può riguardare «punti» pregiudiziali (cioè, un antecedente logico non controverso), «questioni» pregiudiziali (cioè, una controversia «incidentale» che si presenta sulla strada della decisione e che il giudice, appunto, può decidere *incidenter tantum*) o «cause» pregiudiziali (cioè, controversie che devono essere risolte con sentenza che possa, poi, acquistare efficacia di giudicato).

2.3.5. – Il caso all'esame di questa Corte Suprema rientra in quest'ultima tipologia processuale, della causa» pregiudiziale. In casi del genere, al giudice (tributario e non) non si pone l'alternativa di sospendere il giudizio, in attesa della decisio-

ne pregiudiziale, o di decidere direttamente, *incidenter tantum*, la «causa», proprio perché non si tratta di decidere una «questione» pregiudiziale, «incidentale» della causa, ma si tratta di decidere la causa stessa.

Intanto si può parlare di questione incidentale pregiudiziale, in quanto la «questione» pregiudiziale, pendente dinanzi ad altro giudice, abbia appunto il carattere della *incidentalità* necessaria nell'ambito del giudizio principale. Se, invece, la «questione» pregiudiziale è oggetto diretto del *petitum* nell'ambito di due diversi procedimenti, allora la fattispecie si risolve in una ipotesi di litispendenza o di continenza e come tale deve essere disciplinata.

Nella specie, dunque, trattasi di un caso di continenza, caratterizzato dal fatto che la parte comune delle due cause, che esaurisce la causa sul diritto alle agevolazioni, è anche pregiudiziale alla decisione sul diritto al rimborso, su cui deve pronunciarsi soltanto il secondo giudice. Lo strumento per la *reductio ad unum* dei procedimenti è previsto specificamente dall'art. 39, comma 2, c.p.c., in forza del quale «*Nel caso di continenza di cause, se il giudice preventivamente adito è competente anche per la causa proposta successivamente, il giudice di questa dichiara con sentenza la continenza e fissa un termine perentorio entro il quale le parti debbono riassumere la causa davanti al primo giudice. Se questi non è competente anche per la causa successivamente proposta, la dichiarazione della continenza e del termine sono da lui pronunciate*».

In definitiva, secondo quanto disposto dalla citata disposizione, la regola generale da far valere dinanzi ai giudici tributari, in casi come quello in esame, è quella della riassunzione della causa dinanzi al giudice preventivamente adito, attesa la comune competenza per materia delle Commissioni Tributarie.

2.3.6. – *Quid iuris* se i due procedimenti si trovavano, o dovessero trovarsi a seguito del rinvio, in gradi diversi di giudizio?

Dinanzi alla Commissione Regionale, competente per l'appello, è stata prodotta la decisione di primo grado della Commissione Tributaria di Chieti. Quindi, vi è motivo di ritenere che i due procedimenti procedessero su binari cronologici non sfalsati e che, quindi, vi sarebbe anche stata la possibilità di risolvere il problema del *bis in idem* mediante il criterio della *competenza preventiva*, sempre che, con riferimento alla parte comune, entrambi i giudizi di appello fossero stati promossi sulla base degli stessi motivi. Se così non era, o se così non sarà nel momento in cui la Commissione Regionale dovrà pronunciarsi in sede di rinvio, il problema andava, o andrà, risolto in forza dell'art. 295 c.p.c. Sempre che nel frattempo la decisione pregiudiziale non sia passata in giudicato.

2.3.7. – Come è noto, in forza dell'art. 295 c.p.c., «*Il giudice dispone che il processo sia sospeso in ogni caso in cui egli stesso o altro giudice deve risolvere una controversia dalla cui definizione dipende la decisione della causa*», quando non siano previsti più specifici rimedi per prevenire il rischio di giudicati contrastanti e/o la antieconomica reiterazione di attività processuali funzionali alla adozione di una decisione unica sulla medesima questione.

In sostanza, quando non sia possibile procedere alla riunione dei procedimenti che siano in rapporto di *continenza-pregiudizialità*, perché i procedimenti stessi sono pendenti in gradi diversi, allora la pregiudizialità della causa «contenuta» diviene presupposto per l'applicazione estensiva dell'art. 295 c.p.c.

È noto, però, che l'art. 39 della legge sul nuovo contenzioso tributario (d.lgs. 546/1992) sembra limitare le ipotesi di sospensione del processo soltanto ai casi in essa espressamente previsti. La norma dispone testualmente: «*Il processo è sospeso quando è presentata querela di falso o deve essere decisa in via pregiudiziale una questione sullo stato o la capacità delle persone, salvo che si tratti della capacità di stare in giudizio*».

Ritiene il Collegio che, nel caso di specie, non operi lo sbarramento previsto dalla norma citata, la quale è diretta a limitare la possibilità di fare ricorso all'istituto della sospensione, quando questa non sia assolutamente necessaria e possa, invece, provocare un prolungamento della pendenza del processo per ragioni di inerzia delle parti. Infatti, l'art. 39, *cit.*, deve essere letto nel contesto della legge delega (413/91, art. 30, lett. g, n. 3), la quale stabiliva che le norme del processo tributario dovevano adeguarsi a quelle del processo civile, stabilendo specificamente, che la disciplina della sospensione fosse *ispirata al fine di abbreviare la pendenza del processo in relazione all'inerzia delle parti*.

Conseguentemente, la limitazione normativa è riferita alle ipotesi di sospensione nelle quali vi sia un potere dispositivo delle parti, non certo alle ipotesi nelle quali il giudice è obbligato ad eliminare di ufficio specifiche anomalie processuali. Come quella della duplicazione dei processi, che è un fenomeno che si pone in contrasto con le esigenze di economia processuale che il legislatore delegante ha inteso privilegiare proprio con le norme in esame.

Fatta questa premessa di principio, si deve anche osservare che il tenore letterale dell'art. 39, d. lgs. 546/92, sembra diretto, essenzialmente, a garantire l'autonomia della giustizia tributaria rispetto alla giustizia civile ordinaria, riconoscendo al giudice tributario il potere di decidere *incidenter tantum* anche le questioni di competenza del giudice civile (fatte salve le due eccezioni espressamente previste, in materia di querela di falso, di stato o capacità delle persone, quando non si tratti della capacità di stare in giudizio).

L'art. 295 c.p.c., che prevede la sospensione necessaria del processo, riguarda sia i casi di pregiudizialità interna al giudizio civile (o al giudizio tributario), sia i casi di pregiudizialità esterna (relativa cioè a controversie che devono essere risolte da giudici amministrativi o penali). In tutti i casi, il giudice deve disporre la sospensione. L'art. 39, del d.lgs. 546/92, invece, disciplina soltanto i rapporti (esterni) con la giurisdizione civile, non anche i rapporti (interni) tra processi tributari, per i quali, giusto il disposto dell'art. 1, comma 2, del medesimo d.lgs. 546/92, valgono le disposizioni del codice di procedura civile.

Tenuto conto della volontà del legislatore delegante di contrastare i comportamenti dilatori imputabili alle parti, l'art. 39, *cit.*:

a) per un verso, esclude che al processo tributario possa applicarsi l'art. 296 c.p.c. (*sospensione su istanza delle parti*);

b) per altro verso, esclude l'obbligo della sospensione del processo tributario (nell'ambito della casistica prevista dall'art. 295 c.p.c.) quando non si tratti di una delle ipotesi specificamente previste dallo stesso art. 39;

c) nulla dice con riferimento alla ipotesi in cui la decisione della causa tributaria, pendente dinanzi ad un giudice tributario, dipenda dalla risoluzione di un'altra controversia tributaria, pure pendente dinanzi ad un altro giudice tributario, la quale, quindi, necessariamente ricade nell'ambito della disciplina *residua* dell'art. 295 c.p.c.

In definitiva, quando dinanzi a differenti giudici tributari siano pendenti controversie tra loro interdipendenti, e non sia possibile procedere alla riunione dei procedimenti, non può trovare applicazione il disposto di cui all'art. 296 c.p.c. (*Sospensione su istanza delle parti*), mentre, invece, può trovare applicazione il disposto dell'art. 295 c.p.c., al di fuori delle ipotesi escluse dall'art. 39 d.lgs. 546/92, della pregiudiziale civile.

L'art. 295 c.p.c., come appare evidente, è ispirato a ragioni che sono alla base della stessa credibilità della funzione giurisdizionale, come quella di evitare il rischio di giudicati contrastanti e della non reiterabilità delle iniziative giudiziarie. Tali ragioni non possono essere travolte da una disposizione, come l'art. 39, che ha il solo fine di «stringere i tempi» del processo tributario, proprio nella medesima ottica di economia processuale.

D'altra parte, la disposizione contenuta nell'art. 39, d.lgs. 546/92, non può essere ritenuta esaustiva della disciplina di tutte le possibili ipotesi di sospensione determinate dalla necessità di attendere la decisione su un'altra questione pregiudiziale. Basti pensare alle ipotesi di sospensione necessaria del processo nel caso di rimessione alla Corte Costituzionale di una questione di legittimità costituzionale di una norma che abbia rilevanza nel giudizio tributario; ovvero, al caso di rimessione alla Corte di Giustizia Europea di una questione interpretativa pregiudiziale, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CEE. Altri casi di sospensione obbligatoria del processo tributario, sono stati individuati nel regolamento preventivo di giurisdizione e nel ricorso per ricusazione del giudice (Corte Cost. sentenza n. 31 del 1998).

2.3.8. – È noto che, nella prassi, i contribuenti sono soliti richiedere preventivamente il riconoscimento del diritto alle agevolazioni, poi al momento di effettuare il pagamento delle imposte, in mancanza di una pronuncia sulla richiesta preventiva, effettuano i versamenti in misura ridotta, oppure versano l'intero richiedendo il rimborso della parte asseritamente non dovuta, in ragione delle agevolazioni invocate. Nel caso di agevolazioni che si protraggono negli anni, come nella specie, v'è il rischio concreto che nascano tanti processi per quanti sono gli anni per i quali i benefici possono essere concessi (oltre al contenzioso sull'eventuale rifiuto iniziale). Una situazione del genere è palesemente patologica e non può essere tollerata dal sistema, che deve trovare al suo interno le regole per ricondurre il flusso dei processi in un alveo fisiologico. Tali regole, nell'ordine, sono quelle della riunione (preventiva) dei procedimenti ai sensi dell'art. 39 c.p.c., della sospensione ai sensi dell'art. 295 c.p.c., ovvero dell'effetto vincolante (successi-

vo) del giudicato, ai sensi dell'art. 2909 c.c. Tutte queste regole sono espressione del (e derivano dal) principio del *ne bis in idem* (ovvero della regola secondo la quale *electa una via non datur recursus ad alteram*), su cui si basa la stessa certezza del diritto.

Non ignora il Collegio che la Corte Costituzionale, nel dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 39 d.lgs. 546/92, sollevata in riferimento agli artt. 3 e 24, secondo comma, Cost., ha interpretato l'art. 39 nel senso che non consente ipotesi di sospensione diverse da quelle ivi eccezionalmente previste. Ma — a parte il rilievo che l'interpretazione posta dalla Corte Costituzionale a fondamento di sentenze di rigetto non è vincolante, fuori dal giudizio *a quo*, a meno che la stessa Corte non indichi tale interpretazione come «l'unica compatibile» con i parametri costituzionali — va osservato che nella suddetta sentenza non sono state prese in esame le fattispecie qui considerate, nelle quali la sospensione del processo, ancorchè non espressamente prevista da una specifica disposizione, è conseguenza necessaria dell'applicazione di altri istituti processuali — quale, appunto, la *continenza* — vigenti anche nel processo tributario, in relazione ai quali si determinano ipotesi di pregiudizialità ricadenti nella previsione dell'art. 295 c.p.c., in questi limiti applicabile perché non derogato dall'art. 39 d. lgs. 546/92 (come già affermato da questa Corte con la sentenza 10 aprile 2000, n. 4509).

Pertanto l'esegesi di tale disposizione va precisata nel senso ora detto, per cui la deroga all'obbligo di sospensione è limitata ai soli casi di pregiudizialità esterna, ciò che è coerente con le finalità di «rapida ed agevole definizione del processo tributario», valorizzate dalla Corte Costituzionale, corrispondendo alla duplice esigenza di evitare il contrasto di giudicati e la reiterazione della stessa attività giurisdizionale.

2.3.9. — In conclusione, la sentenza impugnata deve essere annullata nella parte in cui ha deciso la controversia sulla base di una decisione presa nell'ambito di un altro giudizio, senza prima accertare se si trattasse di sentenza passata in giudicato o se, invece, si dovesse procedere ai sensi degli artt. 39 o 295 c.p.c.

Conseguentemente, gli atti vanno rimessi alla Commissione Regionale che dovrà, appunto, accertare, sulla base della situazione esistente nel momento in cui sarà chiamata a pronunciarsi, quale delle disposizioni indicate debba essere applicata, sulla base delle indicazioni fornite da questa Corte.

(omissis)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Tributaria, 6 novembre 2000 n. 14451 — Pres. Carnevale — Rel. Falcone — P.G. (diff.) Nardi - B. c. Ministero delle Finanze (avv. Stato Laporta).

Tributi erariali diretti — Irpef — Redditi diversi — Plusvalenze da esproprio — Percepite dopo il 31 dicembre 1991 per titolo anteriore al 31 dicembre 1988 — Imponibilità.

(legge 30 dicembre 1991 n. 413, art. 11 commi 5, 7, 9).

Le indennità di espropriazione ed i proventi equipollenti, costituenti, a regime, redditi diversi dal 1 gennaio 1992, sono imponibili anche ove percepite nel triennio antecedente in forza di titoli non anteriori allo stesso; ove percepite dopo il 31 dicembre 1991, quale che sia l'epoca del titolo, sono imponibili secondo il principio di cassa (1).

(omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Nel 1992 e nel 1993 il Comune di Certaldo ha corrisposto a S.B. delle somme dovute a titolo di indennità da espropriazione di terreni disposta nel 1981, e su queste somme ha operato la ritenuta Irpef prevista dall'art. 11 legge n. 413/91.

Il contribuente ha chiesto il rimborso dell'imposta ritenuta non dovuta perché relativa ad un presupposto verificatosi prima della entrata in vigore della norma, ed ha impugnato il silenzio rigetto.

La Commissione Tributaria di primo grado ha accolto la domanda, ma la decisione è stata poi riformata dalla Commissione Tributaria Regionale.

Ha proposto ricorso il contribuente deducendo i seguenti due motivi:

1) Violazione, e falsa applicazione dell'art. 11, commi quinto, settimo, e nono della legge 30 dicembre 1991, n. 413 (art. 360, n. 3, c.p.c.) per avere il giudice di appello ipervalutato il ruolo, e la portata della «percezione» delle plusvalenze, senza invece dare il giusto significato, ai fini impositivi, al momento ablativo e genetico della plusvalenza che, se anteriore al 31 dicembre 1988, esclude la tassabilità delle somme percepite;

2) Violazione, e falsa applicazione dell'art. 11, quinto comma della legge n. 413/91 e del d.m. 2 aprile 1968, nonché dell'art. 2697 c.c. e dei principi in tema di onere della prova (art. 360, nn. 3 e 4 c.p.c.); omessa o insufficiente motivazione relativamente ad un punto decisivo della controversia (art. 360, n. 5 c.p.c.), avendo il giudice di merito omesso di valutare adeguatamente che il bene espropriato ricadeva in zona di tipo F, e quindi in zona esclusa dall'ambito di applicazione della norma.

L'Amministrazione delle Finanze si è costituita per contrastare, entrambi i motivi del ricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il problema da esaminare riguarda l'ambito di applicabilità in astratto ed in concreto della disciplina contenuta nell'art. 11 della legge n. 413/91.

(1) La decisione tiene conto correttamente del principio di cassa, valorizzando il comma 7 che tratta degli obblighi della P.A. espropriante e sostituto d'imposta (ma solo dal 1 gennaio 1992, per tutte le somme, quindi quale che sia l'età del titolo).

In senso contrario all'ormai consolidato orientamento interpretativo della Corte di cui è espressione la sentenza di cui sopra, vedasi la sent. Cass. Sez. I, 29 dicembre 1999 n. 14673, pubblicata *retro*, pag. 243, con annotazione critica.

Esaminando il primo profilo, deve rilevarsi che questa norma ha esteso la disciplina tributaria per le plusvalenze costituenti redditi diversi, prevista dall'art. 81, lett. b) del Tuir, alle somme percepite a seguito di procedure ablativo o di occupazione di terreni suscettibili di utilizzazione edificatoria, da soggetti che non esercitano imprese commerciali.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 315/94, ha sostenuto che questa estensione è stata operata dal legislatore con la formulazione di nuove fattispecie sostanzialmente riconducibili alla medesima *ratio* di quelle già disciplinate dall'art. 81 *cit.*; che già prima della entrata in vigore della legge n. 413/91 vi era un orientamento secondo il quale i trasferimenti onerosi coattivi (derivanti da procedimenti posti in essere dalla P.A.) potevano farsi rientrare nella disciplina delle plusvalenze connesse alla cessione di immobili, tanto che per queste nuove fattispecie la Corte ha parlato di un «elemento di prevedibilità dell'imposta».

In questa ottica, certamente condivisibile, il legislatore del 1991 ha solo formulato una disciplina più compiuta della materia, senza incorrere in previsioni irrazionali o illegittime, posto che ha bene utilizzato il potere discrezionale consistente nella individuazione di somme tassabili, purché si tratti di somme che esprimono una capacità contributiva. Nella specie, la plusvalenza che si realizza si inquadra perfettamente nell'incremento del valore di scambio di un bene fra il momento in cui esso entra nel patrimonio del soggetto e il momento in cui ne esce, senza che possa avere alcun rilievo il titolo in base al quale esso esce. L'imposta, a prescindere dal titolo giuridico che produce l'uscita del bene, è ricollegabile esclusivamente al dato economico oggettivo dell'incremento di valore realizzato, sicché la *ratio* della tassabilità è la stessa in tutte le ipotesi ricadenti ormai nella disciplina dell'art. 81, comma 1, lett. b) del Tuir.

Le nuove fattispecie regolate sul piano sostanziale dai commi 5 e 6 del citato art. 11 riguardano il futuro, nel senso che esse sono configurabili allorché le plusvalenze si realizzano attraverso la percezione delle somme verificatasi dopo l'entrata in vigore della legge n. 413/91.

Le norme in esame significativamente non contengono alcun riferimento al «tempo» di emissione del provvedimento ablativo, o della redazione dell'atto di cessione volontaria, o della occupazione da parte della P.A. La mancata previsione non è casuale, ma si inquadra perfettamente nel sistema dell'Irpef, che conosce come unico presupposto il «possesso» del reddito, giusta quanto è previsto nell'art. 1 del Tuir. Normalmente, in via generale, la novella ricchezza diventa reddito tassabile allorché essa entra nel patrimonio del soggetto passivo (ed è questo il senso del principio di cassa), mentre solo in via eccezionale diventa tassabile in un momento anteriore (ed è questo il criterio della competenza, previsto per il reddito di impresa). In coerenza con questa impostazione di fondo del sistema, correttamente nelle nuove fattispecie si è fatto riferimento solo alla percezione delle somme, essendo ininfluente ogni altro riferimento temporale (cfr. in questi sensi le sentenze n. 1214/2000, 1315/2000, 2543/2000, che hanno superato l'orientamento minoritario espresso nella sentenza n. 14673/1999).

L'indicazione del titolo in base al quale le somme vengono percepite serve solo ad individuare la tassabilità delle somme ed a consentire una corretta qualificazione

del reddito alla stregua delle categorie indicate nell'art. 6 del Tuir (onde poi applicare nel concreto le norme dettate per la determinazione di quel tipo di reddito), ma non serve ad individuare il presupposto dell'Irpef. Questo presupposto è dato esclusivamente dal possesso del reddito.

In aderenza a questa impostazione, il comma 7 dell'art. 11 disciplina sul piano procedimentale gli obblighi del sostituto, obblighi che possono trovare attuazione ovviamente solo dopo l'entrata in vigore della legge n. 413/91, allorché il sostituto paga somme di quel tipo, senza alcuna differenza derivante dal «tempo» del fatto o atto giuridico operativo della uscita del bene dalla sfera giuridica del contribuente. Questa norma conferma che per il futuro (rispetto alla data di entrata in vigore della legge n. 413/91) il prelievo è collegato esclusivamente al tempo del pagamento, e quindi al tempo in cui la novella ricchezza entra nella sfera giuridica del soggetto passivo che diventa così «possessore» di un reddito tassabile (reddito che ha una disciplina particolare sul piano delle aliquote, come emerge dal diritto di opzione riconosciuto dal comma 7).

La legge in esame, accanto alle nuove fattispecie disciplinate nei commi 5 e 6, ha previsto nel comma 9 una fattispecie con effetti retroattivi parziali, con riferimento a somme «percepita» in conseguenza, però, di atti anche volontari o provvedimenti emessi successivamente al 31 dicembre 1988 e fino alla data di entrata in vigore della legge stessa, se l'incremento di valore non è stato assoggettato all'imposta comunale sull'incremento di valore degli immobili. Se questa norma (ritenuta legittima dalla Corte Costituzionale) non ci fosse stata, chiaramente non sarebbero potute essere sottoposte a tassazione le somme percepite prima dell'entrata in vigore della legge medesima, proprio perché il presupposto (possesso del reddito) si era verificato prima dell'entrata in vigore della fattispecie impositiva (che qualifica come tassabili quelle tali somme).

L'asprezza della retroattività è stata temperata dal riferimento al «tempo» degli atti di cessione e dei provvedimenti ablativi, tempo che è chiaramente limitativo della retroattività. E il secondo periodo del comma 9 offre lo strumento procedimentale da utilizzare per una sola volta (la dichiarazione dei redditi che andava presentata nel 1992) al fine di attuare il pagamento di quella imposta che, per essere retroattiva, è del tutto eccezionale, riferendosi alle somme già percepite prima della entrata in vigore della legge n. 413/91, ma non sottoposte a tassazione da nessun sostituto perché al momento della corresponsione le somme non erano tassabili. E la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 315/94, ha legittimato la retroattività proprio con riferimento al breve lasso di tempo in cui tale retroattività (riferita evidentemente alla percezione già avvenuta prima della entrata in vigore della legge) è destinata ad operare.

Da tutto ciò emerge che la percezione di somme verificatasi dopo il 1° gennaio 1992 non può in alcun caso sfuggire alla tassazione prevista dal citato articolo 11, poiché è del tutto ininfluenza accertare se il titolo che giustifica l'attribuzione patrimoniale è stato formato prima dell'entrata in vigore della legge n. 413/91. L'unico dato rilevante è costituito dal «possesso» del reddito, possesso che in questi casi chiaramente si realizza dopo l'entrata in vigore della legge. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Tributaria, 15 dicembre 2000 n. 15888 – Pres. Carbone – Rel. Merone – P.G. (diff.) Gambardella - G.A. c. Ministero delle Finanze (avv. Stato Criscuoli).

Accertamento – Spese non contabilizzate – Onere della prova – Del contribuente.

(art. 75, IV co. TUIR).

Accertamento – Spese non contabilizzate – Indeducibilità – Abrogazione della relativa norma – Retroattività.

(art. 75, VI co. Tuir abr. ex art. 5 d.P.R. 9 dicembre 1996 n. 695).

Spetta al contribuente la prova rigorosa dei costi d'impresa non contabilizzati, in sede di contestazione dell'accertamento - dovendo essi risultare da elementi certi e precisi (1).

L'abrogazione della indeducibilità dei costi d'impresa non contabilizzati, disposta dal d.P.R. 695/96, è retroattiva, avendo la norma abrogata natura sanzionatoria (2).

(omissis)

2.3.3. – Il G. eccepisce poi la errata applicazione dell'art. 75 TUIR in quanto non sarebbero stati dedotti i costi inerenti ai ricavi recuperati a tassazione, benché sulla base di elementi privi dei requisiti di certezza. Il motivo appare generico, in

(1-2) Interessante decisione, che fa il punto sulla questione della indeducibilità dei costi non annotati. Non vi è dubbio che in sede civile ben potrebbe l'imprenditore provare *aliunde* tali costi. Già l'art. 74 d.P.R. 597/73 poneva due preclusioni, la prima, relativa all'erronea imputazione (art. 74, 2° co.), la seconda, alla omessa o irregolare registrazione (purché non si trattasse di irregolarità meramente formale) ex art. 74, 3° co. Esse furono recepite ai commi 4° e 6° dell'art. 75 Tuir, con la significativa ed equivoca eccezione, per la prima preclusione, della risultanza dei costi non imputati o erroneamente imputati da elementi certi e precisi, salvo che non si incorresse nella seconda preclusione. In sostanza, i costi così risultanti dovevano essere anche stati annotati, l'errore di imputazione allora non era un'irregolarità «sostanziale» - ci si è ben chiesti. Con l'art. 2 comma 6° bis del d.l. 27 aprile 1990 n. 90 convertito in legge 26 giugno 1990 n. 165, la norma è stata interpretata autenticamente nel senso che i costi *de quibus*, oltre ad esser stati annotati, dovevano aver contribuito al risultato del conto profitti e perdite, indipendentemente dalla loro 'specifica evidenza' in tale documento.

In tal senso si introduceva un ulteriore ostacolo, quello della computazione degli stessi ai fini del risultato finale. Dunque, nel diritto tributario dette omissioni producevano, in deroga al diritto civile, preclusioni probatorie. Trattasi di una sanzione, soggetta al principio della retroattività dello *jus superveniens* favorevole (art.3 d.lgs. 472/97)? O di un mero effetto legale della violazione di una norma, che come tale non richiede alcuna valutazione né irrogazione? Tale ultima essendo, all'evidenza, la risposta, la Suprema Corte, con eleganza argomentativa, ha configurato tale effetto come un effetto accessorio della specifica sanzione ex art. 51 d.P.R. 600/73, operante *ex lege*, sicché, abrogata la norma che lo disponeva, pei principi generali in tema di sanzioni, non può più essere applicato.

quanto non sono specificati i costi che avrebbero dovuto essere dedotti. Dalla lettura della sentenza impugnata si apprende invece che «l'Ufficio ha ammesso in deduzione costi e spese non contabilizzate specificamente afferenti ai ricavi accertati nella misura risultante dal processo verbale di constatazione di verifica generale (in particolare, il costo dell'acquisto dei cofani, più significativo ed oneroso)» (p. 10 e 11).

A fronte di tale affermazione perentoria il ricorrente avrebbe dovuto indicare specificamente i costi non dedotti, già eventualmente indicati nei precedenti gradi, e denunciare, se del caso, il conseguente vizio della motivazione. Invece, ha riproposto valutazioni di merito sulla tenuta dell'assetto probatorio, che, peraltro già i giudici di appello hanno respinto in quanto non contenute nel ricorso introduttivo (p. 10).

Peraltro, la stessa formulazione della censura appare contraddittoria visto che il ricorrente lamenta la mancata deduzione di costi relativi ad incassi che lo stesso ricorrente assume che siano privi del carattere della certezza. Come è noto, l'art. 75, comma 4, TUIR consente la deduzione dei costi non registrati, «se e nella misura in cui risultano da elementi certi e precisi. Il G. non può eccepire la incertezza dei ricavi e, contemporaneamente, la certezza dei costi inerenti. In realtà, poi, i ricavi sono risultati certi, anche sulla base delle stesse ammissioni del G. (oltre che per i riscontri analitici effettuati dai verificatori, come ha ricordato lo stesso ricorrente), mentre nessuna certezza vi è su altri pretesi costi inerenti, oltre quelli già dedotti dall'Ufficio e quelli riconosciuti dalla sentenza impugnata.

2.3.4 – Quanto alla dedotta illegittimità dell'accertamento induttivo, in presenza di una corretta tenuta delle scritture contabili ed alla conseguente inversione dell'onere della prova, il ricorrente, evidentemente, confonde la regolarità formale delle scritture contabili con la regolarità sostanziale. Il rinvenimento della documentazione extracontabile (con i riscontri e le ammissioni riconosciuti dallo stesso ricorrente) ha fornito la prova che le scritture contabili ufficiali non erano veritiere, né onnicomprensive. E quindi, legittimamente l'ufficio ha proceduto alle riprese in contestazione. Infatti, «il rinvenimento di una seconda contabilità informale costituisce indizio grave preciso e concordante della esistenza di imponibili non registrati nella contabilità ufficiale, valido per sorreggere l'accertamento induttivo ai fini delle imposte dirette» (Cass. Civ., sez. I, 13 maggio 1993, n. 5446; *id.*, 17 dicembre 1992, n. 13331; *id.*, 18 febbraio 1999, n. 1349; *id.*, 3 marzo 1999, n. 1768; *id.*, 7 luglio 1999, n. 7045).

2.3.5. – Il G. lamenta anche la carenza di motivazione sulle richieste istruttorie intese a dimostrare la infondatezza, o quanto meno la eccessività, dei recuperi anche a causa della mancata deduzione di costi. Su questo punto però, la Commissione Regionale ha motivato di non poter adire alle richieste di parte perché introducevano un *thema* giudiziario nuovo. Né il ricorrente dimostra che tale *thema* era stato già prospettato con il ricorso introduttivo. Eccepisce che l'assenza di contraddittorio in primo grado (nel senso che ignorava le motivazioni dei singoli recuperi; tesi, però, già esaminata e respinta) non gli aveva consentito di contestare analiticamente le singole riprese; eccezione che di per sé è un riconoscimento della

novità del motivo di appello. Ma, a parte quanto già detto, in ordine alla conoscenza che il G. aveva o doveva avere dell'esito dei controlli effettuati dalla guardia di finanza, che gli avrebbe consentito di spiegare *ab imis* una difesa «a tutto campo», i limiti della controversia, entro i quali dovevano restare anche i mezzi di impugnazione, sono stati fissati dal G., il quale, accanto alla contestazione dell'avviso di accertamento e dei recuperi in esso contenuti avrebbe potuto e/o dovuto introdurre immediatamente il tema della deducibilità dei costi inerenti, magari in via subordinata. Non avendolo fatto, appare corretta la decisione dei giudici di appello. Peraltro, la doglianza relativa alla mancata effettuazione di indagini bancarie è irrilevante in linea di principio, perché l'eventuale esito negativo, presupposto dal ricorrente, non avrebbe portato «acqua al suo mulino», atteso che «le vie del denaro» non hanno necessariamente percorsi bancari inderogabili. Se invece la richiesta istruttoria fosse stata finalizzata a dimostrare i pagamenti anticipati dal ricorrente, questo avrebbe dovuto e/o potuto allegare e produrre la prova positiva del proprio assunto già in primo grado.

2.4. – Anche il ricorso incidentale è privo di fondamento.

2.4.1. – Il Ministero si duole della applicazione retroattiva della abrogazione del comma 6 dell'art. 75 TUIR, avvenuta in virtù dell'art. 5 d.P.R. 9 dicembre 1996, n. 695. In forza di tale applicazione il giudice *a quo* ha riconosciuto tra i componenti negativi del reddito di impresa anche il costo non contabilizzato di lire 56.026.000 relativo a somme di denaro corrisposte «fuori busta» ai dipendenti.

Ritiene il Collegio che la conclusione alla quale giunge la Commissione Regionale possa essere condivisa. Il comma 6 dell'art. 75 TUIR disponeva testualmente: «Le spese e gli altri componenti negativi, di cui è prescritta la registrazione in apposite scritture contabili ai fini delle imposte sui redditi, non sono ammessi in deduzione se la registrazione è stata omessa o è stata eseguita irregolarmente, salvo che si tratti di irregolarità formale». La norma, sostanzialmente, precludeva la possibilità di provare la esistenza di costi, altrimenti deducibili, che non fossero stati regolarmente registrati. Tale limite probatorio (o, se si vuole, prova legale dei costi soggetti a registrazione) costituiva un effetto sanzionatorio, aggiuntivo, della violazione dell'obbligo di registrazione. Ne deriva che l'abrogazione della citata disposizione ha determinato, per un verso, un ampliamento delle facoltà di prova del contribuente, e, per altro verso, una riduzione del carico sanzionatorio connesso alla violazione degli obblighi di registrazione. Come è noto, sia in materia processuale che in materia sanzionatoria, è consentita l'applicazione «retroattiva» dello *jus superveniens*. In materia processuale, come è noto, vige il principio *tempus regit actum*, che prescinde dalla legge regolatrice del rapporto sostanziale. Più che di efficacia retroattiva si tratta di non ultrattività della legge abrogata. Quanto al profilo sanzionatorio, anche in materia tributaria è stato codificato il principio del *favor rei*, in forza del quale la eliminazione delle sanzioni opera anche in relazione ai fatti pregressi (art. 3 d. lgs. 472/97). Conseguentemente, la nuova disciplina può trovare applicazione nei procedimenti pendenti, quale che sia la normativa che disciplina i profili sostanziali del contenzioso. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Tributaria, 22 dicembre 2000 n. 16091 – Pres. Delli Priscoli – Rel. Marziale – P.G. (conf.) Gambardella - Ministero delle Finanze (avv. Stato Polizzi) c. S.M.

Contenzioso – Definizione agevolata – Avvisi di liquidazione per imposta di registro – Esito di procedimento ex art. 12, d.l. 70/88 – Definibilità – Esclusione.

(d.l. 30 settembre 1994 n. 564 conv. in legge 30 novembre 1994 n. 636, art. 2 *quinquies*; d.l. 14 marzo 1988 n. 70 conv. in legge 13 maggio 1988 n. 154).

*L'avviso di liquidazione dell'imposta di registro calcolata sull'imponibile differenziale tra il valore dichiarato e quello risultante dalla valutazione parametrica ex art. 52, quarto comma TUR, emesso all'esito di attribuzione, su richiesta della parte, della rendita catastale di cui l'immobile era privo all'atto del trasferimento, è un atto fondato sui dati indicati dalla parte e non su ulteriori variazioni officiose, pertanto esso non è definibile ai sensi dell'art. 2 *quinquies* d.l. 564/94 (1).*

(*omissis*)

RITENUTO IN FATTO

– Che con atto tempestivamente depositato presso la Commissione tributaria di primo grado di Pesaro, la signora S.M. proponeva ricorso avverso l'avviso, con il quale l'Ufficio del Registro di Pesaro aveva liquidato l'imposta dovuta in relazione all'atto di vendita di un immobile registrato il 17 gennaio 1991, a seguito della comunicazione della nuova rendita catastale attribuita all'immobile in questione, ai sensi dell'art. 12, d.l. 14 maggio 1988, n. 79, convertito, con modificazioni, nella legge 13 maggio 1988, n. 154;

– che nelle more del giudizio il ricorrente presentava domanda di definizione agevolata della controversia ai sensi dell'art. 2 *quinquies*, d.l. 30 settembre 1994, n. 564 (convertito, con modificazioni, nella legge 30 novembre 1994, n. 656), chiedendo che fosse dichiarata l'estinzione del giudizio;

– che l'Ufficio si opponeva alla declaratoria di estinzione, assumendo che l'art. 2 *quinquies* era nella specie inapplicabile, dal momento che determinazione del valore dell'immobile compravenduto sulla base della nuova rendita catastale era stata effettuata a richiesta delle parti;

– che la richiesta di estinzione veniva accolta dalla Commissione tributaria regionale, sul rilievo che la controversia rientrava tra quelle che potevano essere definite con la procedura agevolata prevista dall'art. 2 *quinquies* d.l. 564/94, dal momento che la liquidazione dell'imposta era basata sulla determinazione di un valore maggiore di quello indicato dalle parti;

(1) Conforme alla 64/2000, pubblicata *retro*, pag. 248.

- che l'Amministrazione finanziaria chiede la cassazione di tale decisione con un motivo di ricorso;
- che l'intimata, alla quale il ricorso è stato notificato il 1° aprile 1998, non resiste.

CONSIDERATO IN DIRITTO

– che l'Amministrazione finanziaria ricorrente — denunciando violazione e falsa applicazione dell'art. 2 *quinquies*, d.l. 30 settembre 1994, n. 564, convertito, con modificazioni, nella legge 30 novembre 1994, n. 636 — censura la sentenza per aver ritenuto che la controversia rientrava tra quelle che potevano essere «definite» con la procedura agevolata prescritta dalla disposizione sopra indicata;

– che il citato art. 2 *quinquies*, con riguardo alle liti pendenti su atti impositivi, accorda al contribuente la possibilità di definirle, presentando apposita istanza e versando una somma correlata al valore della causa con effetto estintivo del giudizio;

– che la norma, alla luce del testuale riferimento agli atti impositivi e alla *ratio* propria di ogni disciplina di definizione agevolata (riduzione del contenzioso con incassi per l'erario immediati, anche se eventualmente inferiori a quelli conseguibili in esito alla decisione delle cause), riguarda le liti pendenti su pretese creditorie dell'Amministrazione, ulteriori rispetto a quelli discendenti dagli elementi indicati o richiamati dallo stesso contribuente per la determinazione dell'imposta e, dunque, non trova applicazione per le contese che investano atti liquidatori e si esauriscano in un controllo sui criteri di quantificazione dell'obbligazione tributaria;

– che la vicenda in esame rientra nella seconda delle riportate ipotesi, in quanto, con l'impugnazione della liquidazione dell'imposta di registro e dell'INVIM, effettuata in conformità della scelta dei contribuenti di ancorare l'imponibile al valore risultante dalla rendita attribuita all'immobile in sede di accatastamento, si contestano la correttezza dell'individuazione dei parametri di calcolo e il successivo conteggio, non i presupposti di un maggior credito d'imposta;

– che l'eventuale esercizio da parte di contribuenti della facoltà di mettere in discussione, impugnando l'avviso di liquidazione, la classificazione e la stima catastale poste a base della liquidazione stessa (C. Cost. 26 ottobre 1995, n. 463) non muta la natura della controversia, restando il dibattito sempre incentrato sull'identificazione degli elementi cui poi automaticamente si ricollega il *quantum* dell'imponibile e dell'imposta, ed anzi conferma l'esorbitanza della causa da quelle contemplate dall'art. 2 *quinquies*, dato che la richiesta di sindacato sulla legittimità dell'accatastamento non apre una lite su una pretesa creditoria e non ha un valore in relazione al quale sia prospettabile una definizione mediante pagamento parziale;

– che i rilievi svolti esprimono adesione ad un indirizzo di questa Corte da ritenersi, dopo la sentenza 18 febbraio 1999, n. 1343, ormai consolidato (Cass. 26 giugno 1999, n. 6611; 27 novembre 1999, n. 13243; 5 gennaio 2000, n. 64; 16 marzo 2000, n. 3046; 24 maggio 2000, n. 6789; 9 giugno 2000, n. 7906);

– che non ricorrono, quindi, i presupposti per dichiarare l'estinzione del giudizio ai sensi dell'art. 2 *quinquies*, del citato d.l. 564/94;

– che il ricorso deve essere pertanto accolto (*omissis*).

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Tributaria, 23 dicembre 2000 n. 16171 – Pres. Cantillo – Rel. Amari – P.G. (diff.) Nardi - Ministero delle Finanze (avv. Stato Polizzi) c. N.A.

Contenzioso – Poteri del giudice – Integrazione delle prove offerte dalle parti – Doverosità – Dovero di ricostruire l'imponibile quale giudice del rapporto – Doverosità – Necessaria motivazione in caso di non uso di tale potere integrativo.

(d.lgs. 31 dicembre 1992 n. 546, art. 7).

È affetta da vizio di motivazione la sentenza del giudice di merito il quale, nell'indicazione espressa da taluni atti rilevanti ai fini della doverosa ricostruzione dell'imponibile, si limiti a rigettare per carenza di prova le domande dell'Amministrazione Finanziaria, dovendo egli fare uso motivato dei poteri di integrazione istruttoria concessigli dall'art. 7 d.lgs. 546/92 (1).

(1) Onere della prova e poteri officiosi del giudice tributario alla luce del suo compito fondamentale.

1. – La giurisdizione tributaria è tale per attribuzione di materia. Non stupisce perciò che nel relativo giudizio, accanto ad azioni di accertamento (penso all'azione di rimborso nel sistema del d.P.R. 636) e di condanna (*idem* con il d.lgs. 546, art. 69) o cautelari, in sé non soggette a termini se non quelli sostanziali di decadenza, vi sia un accesso al giudice generalmente strutturato come processo di impugnazione di nominati atti entro un termine di rigore, come nel processo amministrativo di pura legittimità. Né ciò pare incongruo temperando l'interesse dello Stato a procurarsi i mezzi di sussistenza con quello del privato alla difesa, e realizzando una maggiore certezza del diritto.

2. – Seconda premessa: l'Amministrazione persegue il suo scopo pratico mediante procedimenti e provvedimenti ispirati al principio di legalità. Il contribuente cittadino ha quindi anche interesse a censurare detti atti per vizi formali.

3. – Ne consegue che il processo tributario d'impugnazione può concludersi o con un annullamento dell'atto ovvero — se l'atto è formalmente legittimo — con una decisione sulla pretesa sostanziale, in cui lo Stato resistente è attore sostanziale e onerato della prova dei fatti allegati nell'atto (il cui oggetto delimita l'ambito della materia del contendere).

4. – Questa ricostruzione appare rilevante al fine di configurare meglio i doveri del giudice verso lo Stato – attore del processo. Il primo dei quali, al di là delle censure formali sull'atto che occasiona il processo, è decidere sulla domanda sostanziale, proposta nell'atto stesso, e non oltre i limiti di essa.

(omissis)

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1. — Con atto rogato il 30 maggio 1988 dal notaio Di Cardio di Latina, A.N. vendeva alla C. Immobiliare s.r.l. con sede in Sermoneta, un terreno di complessivi Ha 2.84.89 per il prezzo dichiarato di L. 80.000.000.

Sulla base di giudizio di stima dell'UTE, l'Ufficio del Registro di Latina elevava il valore finale dichiarato da L. 80.000.000 a L. 228.000.000.

Il N. proponeva ricorso alla Commissione Tributaria, sostenendo che l'accertamento era nullo perché immotivato.

L'Ufficio resisteva al gravame, facendo rilevare che — come emergeva dalla stima dell'UTE, nel P.R.G. il terreno venduto rientrava in zona «Industriale S. Donato» con destinazione urbanistica in parte a zona artigianale e piccole industrie e in parte a viabilità, ed era soggetto a servitù di elettrodotto ed oleodotto. Aggiungeva

5. — Esclusa quindi ogni commistione tra il tema probatorio — che comporta, in caso di omissione, la reiezione della domanda — e quello motivazionale (che, ove carente, comporta l'annullamento dell'atto) sovente riscontrata nella pratica, il giudice del rapporto dovrà basarsi sui fatti allegati dalle parti, senza i quali, a dire il vero, può dubitarsi della stessa legittimità formale dell'atto, esclusa ogni possibilità d'integrazione in sede processuale.

6. — Indi, le prove offerte — anche qui si segnala nella pratica una notevole confusione tra le prove dell'accertamento e le prove della pretesa fiscale, irrilevanti formalmente le prime. L'art. 7, I co., d.lgs. 546 consente al giudice del merito di servirsi, *ex officio*, di tutti i poteri spettanti agli Uffici in sede di accertamento, poteri di esibizione e poteri di disporre verificazioni o anche consulenze tecniche. Evidentemente non è un processo in cui vale il principio dispositivo. Che, poi, allo stato puro nemmeno esiste (cfr. artt. 116-118, 191, 213, 240-243, 257 c.p.c., fattispecie tutte riferite al rito solenne, ordinario e collegiale). Tuttavia, se l'art. 115 c.p.c. pone il principio quale regola generale — derogatissima — del processo civile, l'art. 7 pone invece il principio opposto in quello tributario.

7. — Non convince l'opposta tesi (BELLAGAMBA, *Il contenzioso tributario*, Torino, UTET, 1996, 65 ss.) che vede nel nuovo rito un rito più spostato — in forza dell'obbligatoria assistenza tecnica delle parti — verso il principio dispositivo. L'art. 7 è in termini assoluti formulato. Si ritiene, in definitiva, che si tratti di un processo inquisitorio, in cui le prove possono essere raccolte d'ufficio, anzi lo devono se necessario, con il solo limite dell'allegazione dei fatti, esattamente come nel rito del lavoro accade da trent'anni.

8. — L'assunto, coraggioso e condiviso, della sezione, è che il mancato esercizio di tali poteri, se non motivato, è sindacabile. Nella specie, l'accertamento era motivato su una stima dell'UTE che a sua volta richiama i prezzi praticati da un consorzio nucleo di industrializzazione per i terreni compresi nella zona; la Commissione, attesa la mancata produzione degli atti in questione, aveva rigettato la tesi della P.A. confermando i valori assunti dalle parti ricorrenti. La Sezione invero non è chiara; resta ferma (clausola in stile) sul principio dispositivo e sulla insindacabilità dei poteri integrativi, ma altresì asserisce che è dovere del giudice stimare il bene anche in carenza dei documenti. Ciò comporta evidentemente la necessità di motivare sull'uso o sul non uso di tali poteri, il che nega lo stilema iniziale sulla latissima discrezionalità del giudice. Il potere, se è esercitato in contraddittorio, e in uno Stato di diritto, non è mai insindacabile.

che il valore complessivo era stato determinato sulla base degli indennizzi che venivano pagati sugli espropri dal Consorzio per l'Area di Sviluppo Industriale di Roma-Latina, notoriamente inferiori ai normali valori di mercato.

Con decisione n. 2655/03/91 del 13 novembre 1991/1 aprile 1992 la Commissione tributaria di 1° grado affermava che l'accertamento era illegittimo perché «privo di riferimenti a precedenti valutazioni» e di «indicazioni del metodo comparativo adottato» e che pertanto il valore indicato dal contribuente doveva essere ritenuto congruo.

L'Ufficio proponeva appello lamentando illogicità della decisione, sia perché non era vero che non era stato indicato il metodo di valutazione adottato, sia perché il valore unitario era stato determinato con puntuale riferimento ai prezzi di esproprio dei terreni aventi la stessa destinazione urbanistica, sia perché l'eventuale illogicità dell'accertamento non comportava, *ipso facto*, la congruità del valore dichiarato dalla parte, che il giudice tributario avrebbe dovuto accertare con adeguato giudizio estimativo.

Con decisione n. 97/31/0247 del 22 maggio/18 agosto 1997 la Commissione Tributaria Regionale respingeva l'appello, definendolo infondato e non dimostrato.

2. – Avverso questa decisione l'Amministrazione Finanziaria propone ricorso per Cassazione.

Con il 1° motivo la ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 112 c.p.c., 2697 ss. c.c., 7, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, e dei principi generali in tema di contenzioso tributario, ed omessa ed insufficiente motivazione su punti decisivi della controversia, in relazione all'art. 360, nn. 3, 4 e 5 c.p.c. ed all'art. 62, primo comma, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546.

L'Amministrazione deduce che la Commissione Tributaria di primo grado aveva ignorato che l'avviso di accertamento era basato sulla corretta applicazione del metodo comparativo, in quanto il valore dell'immobile venduto era stato desunto dai valori di esproprio praticato dal Consorzio A.S.I.

Tale punto non era stato congruamente esaminato neppure dal giudice di appello, che aveva emesso una decisione sommaria e sostanzialmente immotivata, tutta concentrata nella affermazione che l'Ufficio non aveva fornito prova del proprio assunto.

Senonché, da un lato i suddetti valori avevano carattere di notorietà per chiunque avesse esperienza nel settore e trovavano riscontro nella stima tecnica dell'U.T.E., d'altro lato le deduzioni dell'Ufficio sul punto non richiedevano prova specifica, non essendo state in alcun modo contestate dalla controparte. Inoltre, ove mai avesse voluto dubitare della veridicità di tali affermazioni, il giudice tributario non avrebbe potuto omettere di fare uso dei poteri istruttori a lui conferiti dall'art. 35 d.P.R. 636/72 e poi ribaditi dall'art. 7 del d.lgs. 546/92, trattandosi di chiarire e definire alcuni aspetti decisivi che erano già dotati, quanto meno, di un principio di prova.

Con il 2° motivo l'Amministrazione finanziaria deduce la violazione e falsa applicazione dei principi generali del contenzioso tributario ed omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su punti decisivi della controversia, in relazione all'art. 360, primo comma, nn. 3 e 5, c.p.c. ed all'art. 62, primo comma, d.lgs. n. 546 del 1992.

Deduce l'Amministrazione che dai pretesi vizi di legittimità non derivava la congruità dei valori esposti dal contribuente, ma piuttosto l'obbligo del giudice di formulare un adeguato giudizio estimativo, atteso che il giudizio tributario non è limitato ai soli profili di legittimità dell'atto impugnato ma si estende al merito del rapporto.

L'Amministrazione ricorrente conclude per l'annullamento della sentenza impugnata, con declaratoria della legittimità degli avvisi di accertamento, ovvero, in subordine, con rinvio della causa ad altro giudice per un nuovo esame.

Resiste con controricorso il contribuente eccependo l'assenza della prova documentale delle asserzioni dell'Amministrazione e che il giudice tributario non era affatto tenuto a sostituirsi alla parte che non aveva ottemperato, come nella specie la ricorrente, al proprio onere probatorio sulla fondatezza delle pretese tributarie.

Chiede, pertanto, il rigetto del ricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

3. - Osserva il Collegio, esaminando congiuntamente i motivi del ricorso, che in tema di imposta di registro e di INVIM l'obbligo della motivazione dell'avviso di accertamento in rettifica del valore dichiarato mira a delimitare l'ambito delle ragioni adducibili dall'Ufficio nell'eventuale successiva fase contenziosa, ed altresì a consentire al contribuente l'esercizio del diritto di difesa. Pertanto, è sufficiente che l'avviso enunci, anche facendo richiamo ad altro atto a conoscenza del contribuente (nel caso di specie, stima dell'U.T.E.), i criteri astratti in base ai quali è stato determinato il diverso valore, con le specificazioni che si rendano in concreto necessarie per il raggiungimento di detto obiettivo.

Ciò è avvenuto nella vicenda in questione, con il riferimento fatto dall'Ufficio, anche mediante richiamo alla stima dell'U.T.E., ai vincoli esistenti nella zona e agli indennizzi corrisposti sugli espropri dal Consorzio per l'area di sviluppo industriale di Roma-Latina.

Per quanto concerne la sede contenziosa, vero è che sussiste l'onere dell'Ufficio di provare gli elementi di fatto giustificativi del «quantum» accertato nel quadro dei parametri prescelti, non sussistendo in materia tributaria alcuna presunzione di legittimità dell'avviso di accertamento; che, contrariamente a quando sembra ritenere l'Amministrazione finanziaria a proposito dell'indennità di espropriazione nella zona, non sussiste nel nostro ordinamento giuridico un principio che imponga alla parte l'onere di contestare specificamente i fatti dedotti dalla controparte (giurisprudenza consolidata); e che l'esercizio della facoltà di disporre accertamenti istruttori ad integrazione delle prove offerte dalle parti costituisce una valutazione discrezionale (e perciò insindacabile) delle Commissioni tributarie.

Tuttavia, va considerato che il processo tributario non è annoverabile tra quelli di «impugnazione - annullamento» ma tra quelli di «impugnazione merito», in quanto non diretto all'eliminazione giuridica dell'atto impugnato ma alla pronuncia di una decisione di merito sostitutiva sia della dichiarazione resa dal contribuente sia dell'accertamento dell'Ufficio.

Ora, il rilievo che l'Ufficio possa non avere provato la sussistenza in concreto di uno più parametri cui si fa astratto riferimento nell'avviso di accertamento, non comporta che il giudice tributario debba ritenere automaticamente congrui i valori dichiarati dal contribuente; detto giudice deve, invece, formulare un proprio giudizio estimatorio sulla base degli elementi provati o comunque incontrovertibili.

Nel caso di specie, il giudice di appello avrebbe dovuto porre a fondamento del predetto esame di merito la descrizione dettagliata dell'immobile risultante dalla stima dell'UT.E. e i vincoli gravanti su di esso in base alle concordi dichiarazioni delle parti; non trascurando, nell'esprimere detto giudizio, di valutare che la progettata viabilità prevista in parte della zona dal P.R.G., destinazione che il contribuente e la Commissione di 1° grado hanno ritenuto incidere negativamente sul valore del terreno, per l'Ufficio costituirebbe invece una sua caratteristica positiva.

(cfr. atto di appello).

Erroneamente la Commissione regionale ha fatto, quindi, derivare automaticamente dalla mancanza di prova documentale di un parametro di riferimento (misura delle indennità di espropriazione pagate per i terreni della zona dal Consorzio) la congruità dei valori dichiarati dal N.

4. - Il ricorso va pertanto accolto (*omissis*).

GIURISPRUDENZA PENALE

I

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. V pen., 2 febbraio 1999, n. 1386 – Pres. Badia – Est. Cicchetti – P.M. Febraro (parz. diff.) – S. ed altri c. Ministero dell'Interno (avv. Stato Sica).

Responsabilità civile – Riferibilità alla P.A. del comportamento illecito del dipendente – Presupposti - Necessità di un collegamento concreto e sostanziale tra comportamento criminoso e mansioni affidate.

(codice civile, art. 2043; codice penale, art. 185; Cost., art. 28).

Responsabilità civile della Pubblica Amministrazione – Fatto illecito del dipendente – Deviazione dai fini istituzionali – Interruzione del rapporto organico – Criteri per l'accertamento – Fattispecie: agente di polizia.

(codice civile, artt. 2043 e 2049; codice penale, art. 185; Cost., art. 28).

In tema di responsabilità della Pubblica Amministrazione per fatto illecito del dipendente, è necessario accertare innanzitutto un «collegamento concreto e sostanziale» tra comportamento ascritto e mansioni affidate e svolte («contestualità»), nonché la corrispondenza di queste ultime ai fini istituzionali dello Stato o dell'Ente pubblico, affinché rimanga integro il rapporto organico.

Peraltro, nella valutazione del comportamento concreto lesivo del diritto altrui, il giudice dovrà verificare se tale comportamento — ancorché deviato per violazione di norme regolamentari o per eccesso di potere — risulti comunque finalizzato al raggiungimento dei fini istituzionali, oppure se la devianza attenga proprio al profilo delle finalità, avendo l'agente sostituito le sue personali a quelle proprie della P.A.: in tal caso quest'ultima rimarrà esente da ogni responsabilità civile.

Diversamente ritenendo, si corre il rischio di individuare il fondamento della responsabilità della P.A. non più in un illecito commesso nell'espletamento degli incarichi affidati («occasionalità necessaria»), ma in una generica garanzia o esigenza solidaristica a favore del terzo danneggiato che non trova alcun riscontro nel nostro ordinamento. (Nella fattispecie, relativa a omicidi e rapine commessi da un poliziotto, la Suprema Corte censura la decisione dei giudici di merito laddove affermano che la qualità di poliziotto, in sé considerata, rendeva possibile o agevolava la commissione dei fatti criminali) (1).

II

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. VI, 15 dicembre 2000, n. 1269 – Pres. Troiano – Est. Ambrosiani – P.M. Iadecola (conf.) – S. ed altri c. Ministero dell'Interno (avv. Stato Lancia).

Responsabilità civile – Responsabilità diretta della Pubblica Amministrazione – Presupposti – Dipendenza organica e occasionalità necessaria.

(codice civile, art. 2043; Costituzione, art. 28).

La responsabilità dello Stato per il fatto dei propri dipendenti non può essere che diretta: la Pubblica Amministrazione risponde — con responsabilità solidale — per il fatto che le sono direttamente riferibili gli atti dei dipendenti, compiuti, in forza del c.d. rapporto di «dipendenza organica», per il raggiungimento delle finalità istituzionali sue proprie, nell'ambito dello svolgimento del servizio demandato.

La diretta riferibilità viene compendiata nell'unico rapporto tra «mansioni espletate e danno prodotto», in termini di «occasionalità necessaria» (2).

(1-2) La «banda della Uno bianca»: l'interruzione del rapporto organico esclude ogni responsabilità della Pubblica Amministrazione.

La sentenza in commento suscita particolare interesse, oltre che per la gravità e inverosimiglianza dei fatti che hanno dato luogo al procedimento penale in esame, per la rilevanza delle questioni di diritto penale e civile affrontate e risolte, sotto certi profili in maniera innovativa, dalla Suprema Corte.

La prima doglianza che la Corte ha esaminato concerne la presunta inesatta interpretazione dei giudici di merito, nella parte in cui fanno conseguire la responsabilità civile della P.A. ad un «qualsiasi elemento di contatto tra qualifica e comportamento dell'agente».

La disposizione fondamentale in materia di responsabilità extracontrattuale della P.A. — come viene ribadito dalla sentenza in commento — è contenuta nell'art. 28 della Costituzione, disposizione che affianca, alla responsabilità «in proprio» delle persone che agiscono quali organi dell'Amministrazione, quella di quest'ultima, per i fatti illeciti dei suoi funzionari e dipendenti.

La giurisprudenza ha chiarito che con l'art. 28 della nostra Costituzione non si è inteso snaturare la responsabilità «diretta» della P.A., in virtù del c.d. «rapporto organico» ed affermare il principio della responsabilità «indiretta» di essa, ma si è voluta sancire, accanto alla responsabilità dell'ente, anche quella del singolo funzionario o dipendente, autore del fatto dannoso, che in passato era ritenuta assorbita dalla responsabilità dell'Amministrazione (Cass., 6 febbraio 1970, n.263, in *Giustizia civile*, 1970, 1, 558; Cass., 27 marzo 1972, n. 976, in *Giurisprudenza Italiana*, 1973, 1, 234).

La responsabilità della P.A. per fatto illecito non trae, quindi, fondamento dalla norma dell'art. 2049 c.c. (responsabilità indiretta per fatto del preposto), giacché la presunzione di «colpa in eligendo o in vigilando», cui la predetta norma s'ispira, non è applicabile all'Amministrazione stessa che sceglie i propri dipendenti con cautele predisposte dalla legge, o nell'ambito dei suoi poteri discrezionali, di regola sottratti al sindacato dell'autorità giudiziaria.

Tale responsabilità diretta comporta che alla P.A. venga riferito ogni atto del dipendente se compiuto nella veste di organo dell'Amministrazione medesima, nell'esplicazione delle funzioni a lui demandate, come conseguenza del «rapporto organico» che lega il funzionario all'ente, quale che sia la mansione espletata dal dipendente — di concetto o d'ordine, intellettuale o materiale — (v. Cass., S.U., 17 dicembre 1970, n. 2700, in *Giustizia Civile*, 1971, 1, 748; Cass., 12 luglio 1974, n. 2107, in *Giurisprudenza Italiana, Mass.*, 1974, 581; Cass., 12 agosto 2000, n. 10803).

I

(*omissis*)

Il ricorrente Ministero dell'Interno nel primo motivo di ricorso censura l'interpretazione con cui l'impugnata sentenza fa conseguire la responsabilità civile della P.A. ad un «qualsiasi elemento di contatto tra qualifica e comportamento dell'agente», ribadendo la necessità di un «collegamento concreto e sostanziale» tra comportamento ascritto e mansioni affidate svolte e negando, correlativamente, che possa

Perché ricorra tale responsabilità della P.A. non basta, ovviamente, il semplice comportamento lesivo del dipendente; deve sussistere oltre al «nesso di causalità» tra il comportamento e l'evento dannoso, la «riferibilità» all'Amministrazione del comportamento stesso (v. Cass., sez. III, 17 settembre 1997, n. 9260).

La sentenza in epigrafe ribadisce la necessità di un «collegamento concreto e sostanziale» tra condotta ascritta e mansioni affidate e svolte, negando, correlativamente, che possa derivare responsabilità civile della P.A. da attività del dipendente non «contestualizzata» con l'incarico affidato. La sentenza riporta, in sostanza, il concetto di «occasionalità necessaria» nell'alveo dello svolgimento di mansioni concrete, non esulanti dal rapporto lavorativo.

Appare opportuno evidenziare il netto «stacco» dal precedente orientamento giurisprudenziale che «dilatava» la responsabilità diretta della P.A. addirittura ritenendola sussistente nell'ipotesi di omicidio colposo commesso da una sentinella, nel periodo di tempo in cui aveva momentaneamente abbandonato il posto, riconoscendo anche in tale caso la «necessaria occasione» nel servizio reso dall'imputato (v. Cass., Sez. IV, 14 aprile 1981, n. 878, in questa *Rassegna*, 1981, 432, con nota critica di PAOLO DI TARZIA DI BELMONTE).

Invero, quanto alla «occasionalità necessaria», la recente giurisprudenza di legittimità afferma che essa, quale presupposto della responsabilità diretta della P.A. per fatto del proprio dipendente, sussiste tutte le volte in cui la condotta di quest'ultimo sia strumentalmente connessa con l'attività d'ufficio.

La riferibilità dell'atto o del comportamento del funzionario alla P.A. va esclusa solo relativamente a quelle attività strettamente personali, in relazione alle finalità istituzionali, o non legate neppure da un nesso di occasionalità con i compiti affidatigli (Cass., 13 dicembre 1995, n. 12786; Cass., 6 dicembre 1996, n. 10896).

In questa evoluzione giurisprudenziale del concetto di «occasionalità necessaria», superando il tradizionale orientamento, è stato peraltro sottolineato da numerose decisioni che il fatto «doloso» del funzionario non è necessariamente non imputabile all'Amministrazione, dovendo ritenersi, al contrario, la riferibilità allorché sussista un nesso di «occasionalità necessaria» tra il comportamento dell'impiegato e le incombenze allo stesso affidate: nesso che va accertato — ed è in questo il punto di decisiva divergenza rispetto all'orientamento tradizionale — considerando non solo lo specifico comportamento dell'impiegato pubblico costituente abuso, ma il complesso dell'attività nella quale esso s'inserisce (v. Cass., 14 maggio 1997, n. 4232; Cass., 12 agosto 2000, n. 10803).

Nella sentenza che si commenta la Suprema Corte enuclea i criteri-guida che il giudice di merito deve seguire nella valutazione del concreto comportamento lesivo, posto in essere dal pubblico dipendente (e senza distinzioni tra attività propriamente rappresentativa, nel rapporto organico di tipo amministrativo, e attività materiale): l'indagine deve avere ad oggetto anzitutto la «contestualità» tra lo svolgimento di mansioni e comportamento criminoso, ovvero deve accertare le «specifiche connessioni spazio-temporali» tra attività di servizio e consumazione di precisi reati, in rapporto ai quali viene chiamato il responsabile civile.

Tale indagine ha efficacia condizionante rispetto alle successive fasi di valutazione più «qualificanti», concernenti l'integrità o l'eventuale interruzione del «rapporto organico» e i connessi profili soggettivi del comportamento dell'agente.

derivare responsabilità civile del datore di lavoro da attività del dipendente non «contestualizzata» con le mansioni o l'incarico affidati.

Riporta, in sostanza, il concetto di «occasionalità necessaria» nell'alveo dello svolgimento reale di mansioni concrete non esulanti dal rapporto lavorativo.

Accenna anche alla più rigorosa giurisprudenza che pone quale limite invalicabile alla responsabilità della P.A. — sempre di natura diretta — la cessazione, a causa del perseguimento di fini esclusivamente personali all'agente, del «rapporto organico» che consente di riferire l'attività all'Ente pubblico o allo Stato.

Nel secondo motivo evidenzia, in punto di fatto, non solo l'estraneità della condotta criminosa degli imputati dall'attività di servizio (neppure ipotizzata nei capi

L'impugnata sentenza condannava l'imputato A.S. e gli altri all'ergastolo per i reati di partecipazione ed associazione a delinquere finalizzata al compimento di rapine, furti, estorsioni, con modalità intimidatorie e con l'impiego di armi per evitare la propria individuazione ed assicurarsi la fuga; dichiarava, inoltre, la responsabilità civile del Ministero dell'Interno, condannandolo in solido con gli imputati al risarcimento del danno.

A ragione la Suprema Corte ha annullato tale sentenza in relazione alla pronuncia di responsabilità civile della P.A.. Invero la condotta del poliziotto, costituendo una matrice autonoma ed eccezionale, determinata da motivi «strettamente personali», non è riconducibile al rapporto organico che lega la P.A. ai suoi dipendenti e quindi non è ad essa imputabile.

La giurisprudenza ha di recente precisato che, per accertare il predetto «nesso organico» e la conseguente riferibilità all'Amministrazione dell'evento dannoso, deve aversi riguardo allo scopo ultimo che il dipendente intende raggiungere (v. Cass., 3 dicembre 1991, n. 12960). Pertanto una frattura del rapporto organico ha luogo quando il funzionario agisca come semplice privato, per finalità «egoistiche», nel qual caso l'attività da lui posta in essere si configura come assolutamente estranea all'ambito delle pubbliche funzioni e si ha soltanto la diretta responsabilità del dipendente o funzionario.

Nella fattispecie in esame appare palese l'insussistenza o meglio l'interruzione del nesso organico: sebbene non sia da escludere «*tout court*» — come invece ritenuto, talvolta, in sede di merito — la responsabilità dell'Amministrazione quando l'atto illecito del funzionario sia «doloso» (nel senso dell'esclusione Trib. Aosta, 23 giugno 1962, in *Giurisprudenza Italiana*, 1964, I, 66), nel caso in questione il poliziotto ha agito deliberatamente contro il suo mandato, fuori dalle sue attribuzioni, e per di più con un comportamento diretto a realizzare e ad assicurare un proprio illecito vantaggio a danno dell'Amministrazione rappresentata, la cui responsabilità è esclusa per il venir meno del nesso di istituzionalità.

La Corte, in altra occasione (v. Cass. 6 dicembre 1996, n. 10896), ha escluso la responsabilità della P.A. nell'ipotesi di un carabiniere ausiliario che, mentre prestava servizio in caserma, colpiva un collega, ribadendo che non è la natura (dolosa o colposa) dell'elemento soggettivo ad escludere o meno il rapporto organico, bensì la semplice «autonomia volontarietà» dell'azione svolta al di fuori dei compiti istituzionali (la c.d. «*suitas*», cioè la mera consapevolezza e volontà della condotta); così come in ipotesi in cui un agente di P.S. mostrava al cugino il funzionamento della pistola di ordinanza e faceva accidentalmente partire un colpo con conseguenze letali (v. Cass., 15 maggio 1987, Zagaria, in *Rivista Penale*, 1988, 36): poiché è stato volontario l'uso illegittimo dell'arma, la natura colposa del reato non può riportare, sotto il profilo della responsabilità civile, il fatto illecito alle competenze funzionali del suo autore.

«*A fortiori*» la commissione di estorsioni, rapine, omicidi, da parte di un poliziotto, non può, per la sola incombenza disimpegnata, determinare la responsabilità dell'Amministrazione di appartenenza, sull'erronea considerazione che la qualità in se stessa rendeva possibile o agevolava il fatto illecito.

d'imputazione) quanto anche le egoistiche finalità economiche antitetiche ai fini istituzionali della P.A.

Con l'unico motivo viene denunciato il vizio logico di motivazione per l'estraneità dei criteri di collegamento, proposti dall'impugnata sentenza, rispetto alle fattispecie criminose riguardanti la condanna del responsabile civile (omicidio Picello e reato associativo) sotto il profilo della «occasionalità» come pure della «necessarietà».

Il ricorrente si attarda, poi, a contestare rilevanza, fondatezza e logicità delle affermazioni contenute nella sentenza, relative ai nessi concretamente individuati tra condotte/conoscenze per ragioni di servizio e fatti criminosi oggetto delle imputazioni. Ritiene questa Corte che il ricorso vada accolto, per quanto di ragione.

L'art. 28 della Costituzione, collocato nel titolo riguardante i rapporti civili della parte dedicata ai diritti e doveri dei cittadini, prevede la diretta responsabilità dei funzionari e dipendenti dello Stato e degli enti pubblici, secondo le leggi penali, civili ed amministrative, per atti compiuti in violazione di diritti soggettivi. Nell'ultima frase è contemplata l'estensione a Stato ed enti pubblici della responsabilità civile.

La norma, dunque, è rivolta essenzialmente al recupero della responsabilità personale dei dipendenti, cui si aggiunge quella solidale della P.A.

Allorché il fatto criminoso s'innesta nel meccanismo di un'attività complessivamente estranea, o per di più confliggente con gli interessi e le esigenze pubblicistiche dell'Amministrazione, quel «collegamento funzionale», costituente fonte di responsabilità, viene palesemente eliso (v. in dottrina P. PASSERONE, *Il requisito della riferibilità alla P.A. del comportamento illecito del pubblico dipendente, nell'accertamento della responsabilità civile della P.A.*, in *Resp. civ. e prev.*, 1996, 620).

D'altra parte, il semplice possesso dell'arma o l'acquisizione di conoscenze specifiche e riservate, ancorché trovi titolo nella qualità dell'agente di appartenente al Corpo di Polizia, non è sufficiente, di per sé, a rendere operante il nesso di «occasionalità necessaria» — da intendersi nei termini sopra esposti — poiché essi vanno valutati in relazione al comportamento tenuto e alle finalità perseguite con quell'arma o abusando della propria posizione.

Tali considerazioni hanno trovato ulteriore conferma nella recente sentenza della Suprema Corte, Sez. VI, 15 dicembre 2000, n. 1269, pronunciata nei confronti degli stessi imputati S.A. ed altri. La Cassazione ha annullato la sentenza della Corte d'Assise d'Appello di Bologna relativamente alla declaratoria di responsabilità del Ministero dell'Interno, configurata dallo stesso Collegio quale «responsabilità indiretta oggettiva» ex art. 2049 c.c., con riferimento alla teoria del «rischio d'impresa».

A ragione la Suprema Corte ha ribadito il consolidato principio secondo cui la responsabilità dello Stato per il fatto dei propri dipendenti non può essere che «diretta», ai sensi di quanto previsto dall'art. 28 della Costituzione e dell'art. 2043 c.c.: in presenza del rapporto d'impiego o servizio si determina una «dipendenza organica», cui non sembra certo sovrapponibile la responsabilità indiretta dei padroni e committenti ex art. 2049 c.c.

Diversamente opinando, si configurerebbe una sorta di «responsabilità di posizione» in capo alla P.A., fondata su un nesso del tutto formale ed evanescente o meglio una «garanzia» che, sebbene idonea a soddisfare le pur rilevanti esigenze solidaristiche, a favore dei terzi danneggiati, darebbe luogo ad una responsabilità «obiettiva» fondata sul principio «ubi commoda eius incommoda», principio portato in tal modo alle estreme conseguenze, poiché la suddetta responsabilità verrebbe a dipendere dalle scelte personali, egoistiche o addirittura folli dei dipendenti, con esclusione di qualsiasi prova liberatoria per la Pubblica Amministrazione.

Quest'ultima risponde per il fatto che le sono direttamente riferibili gli atti dei dipendenti, compiuti — in forza del c.d. rapporto di immedesimazione organica — per il raggiungimento delle finalità istituzionali sue proprie nell'ambito dello svolgimento del servizio demandato.

Pertanto, l'art. 28 della Costituzione ipotizza, nell'ultima parte, la responsabilità diretta (art. 2043 cod. civ.) della P.A., anche se il medesimo giudice delle leggi (vedi sentenza 14 marzo 1968 n. 2) ha precisato che quando esistono limitazioni alla responsabilità del funzionario (possibili perché la norma fondamentale detta soltanto il principio programmatico cui il legislatore deve ispirarsi, senza escludere una disciplina differenziata rispetto al diritto comune), quella dello Stato può trarre origine da norme e principi contenuti in leggi ordinarie.

Una tale precisazione nulla toglie al fatto che, in presenza del rapporto d'impiego o servizio, quali che siano le mansioni svolte (nella vasta gamma che va dall'attività propriamente rappresentativa nel rapporto organico di tipo amministrativo all'attività materiale) si determina una «dipendenza organica» cui difficilmente può sovrapporsi la responsabilità «indiretta» di padroni o committenti ex art. 2049 c.c.

Questa disposizione, con i meno rigorosi criteri di riferibilità del fatto illecito del preposto al preponente, è stata sempre applicata fuori del rapporto di pubblico impiego anche se la giurisprudenza di questa Corte ha mutuato il criterio della «occasionalità necessaria» per sostituirlo a quello della stretta causalità tra comportamento, riferibile all'amministrazione, ed evento dannoso, pur non derogando alla regola della responsabilità diretta ex art. 2043 cod. civ.

Si rende, pertanto, opportuno analizzare più specificamente contenuto e significato del criterio di «occasionalità necessaria» ed individuare esattamente i soggetti cui deve essere riferito.

Evidentemente si tratta della condotta illecita (del dipendente) che deve trovare l'occasione «necessariamente» nell'espletamento delle mansioni; queste ultime, cioè, vengono a costituire *conditio sine qua non* del fatto illecito produttivo del danno.

L'impostazione che opera la distinzione tra due diversi rapporti: 1) comportamento del dipendente/evento dannoso, legati da nesso di causalità; 2) comportamento del dipendente/amministrazione, legati da nesso di «riferibilità» in ragione dei fini istituzionali, viene sostanzialmente riassunta nell'unico rapporto tra «mansioni espletate» e danno prodotto, in termini di «occasionalità necessaria».

Se costante giurisprudenza esclude l'applicabilità dell'art. 2050 c.c. (Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose) e dell'art. 2051 c.c. (Responsabilità per danni da cose) alla P.A. — essendo discrezionale il suo potere e sussistendo una presunzione di legittimità per gli atti amministrativi —, come può ipotizzarsi, su un altro versante, una piena responsabilità della P.A. per fatto illecito o meglio per qualunque fatto illecito, senza limiti di sorta, che possa commettere un suo dipendente che, per il solo fatto di aver indossato una divisa, si sarebbe contemporaneamente spogliato di una buona parte di responsabilità?

Responsabilità in relazione ai danni che terzi possano subire a seguito della sua condotta, anche se contraria, non solo ai criteri di normale prudenza e diligenza, ma a quel complesso di precetti che si riassumono nella fondamentale ed insuperabile esigenza del «*neminem laedere*».

Invero, la dizione «mansioni espletate» implica necessariamente un riferimento soggettivo all'affidamento da parte del datore di lavoro-committente (sia esso la P.A. o un privato) ed altro oggettivo/funzionale alle finalità del medesimo.

Viene così individuato un parallelismo tra la responsabilità «diretta» (art. 2043 c.c.) della P.A. e quella «indiretta» (art. 2049 c.c.) del datore di lavoro-committente privato, la cui diversificazione si giustifica in rapporto alla c.d. «immedesimazione organica» che involge il primo, senza che i concreti elementi per l'individuazione della responsabilità subiscano sostanziali modifiche.

È significativo il fatto che anche nel caso in cui, con riferimento a dipendenti di datori di lavoro diversi dalla P.A., venga applicata la disposizione dell'art. 2049 c.c., la giurisprudenza di questa Corte abbia espresso — anche in presenza del nesso di «occasionalità necessaria» tra illecito commesso e mansioni svolte per conto del committente — la necessità che il primo abbia comunque perseguito finalità coerenti con quelle in vista delle quali le mansioni gli furono affidate e non finalità proprie alle quali il committente non fosse — neppure mediatamente — interessato (Cass. civ. 27 marzo 1987, 2994/87, Di Pasquo-Cerimele).

Una tale precisazione, poi, è sempre contenuta nelle pronunce di questa Corte che — pur accogliendo (con riferimento alla responsabilità della P.A.) il criterio della «occasionalità necessaria» — sottolineano come le mansioni espletate in concreto non possano non corrispondere a quelle affidate e queste ultime non debbano mai prescindere dai fini istituzionali dello Stato o dell'ente pubblico, affinché rimanga integro il rapporto «organico», fonte della sua diretta responsabilità (vedi Cass. pen., sez. VI, 6 aprile 1976, n. 4458, imp. L.; 12 febbraio 1981, n. 942, imp. C.; 18 luglio 1981, n. 723, imp. D.P.; 14 giugno 1984, imp. C.; Cass. civ., sez. 1, 7 ottobre 1993, 9935/93, G. - Min. Difesa; sez. III, 13 dicembre 1995, 12786/95, B. - Min. Difesa; 6 dicembre 1996, 10896/96, B. - Min. Difesa; 17 settembre 1997, 9260/97, M. - Min. Difesa).

Deve essere negato, pertanto, che il fondamento della responsabilità possa essere individuato non più in un illecito nell'espletamento delle mansioni affidate, bensì in una garanzia o esigenza solidaristica a favore del terzo danneggiato, tale da configurarsi «obiettivamente» senza neppure la prova liberatoria su mancanza di *culpa in vigilando* o caso fortuito (principio *ubi commoda eius incommoda*).

Seguendo una simile tesi, che è quella caldeggiata dalle parti civili, si corre il rischio di pervenire alla configurazione di un nesso del tutto formale ed evanescente tra P.A. e comportamento criminoso del dipendente, al fine di riconoscere la responsabilità civile della prima, perdendo di vista l'essenza di concretezza spaziotemporale postulata dal concetto di «mansioni» e la stretta funzionalità ai fini istituzionali dello Stato.

Così va censurata l'impugnata sentenza quando finisce con assumere la riferibilità alla P.A. di ogni condotta del soggetto avente la «qualità» di suo dipendente, purché connotata dall'utilizzazione di conoscenze tecniche o informazioni fattuali risalenti al rapporto di servizio.

L'indagine che il giudice di merito è tenuto a svolgere deve avere ad oggetto anzitutto la contestualità tra svolgimento di mansioni e comportamento criminoso, senza mai perdere di vista quanto si è sopra precisato in ordine alle intrinseche caratteristiche delle mansioni in rapporto alle finalità istituzionali dello Stato.

Sotto tale aspetto, poi, la Corte di merito deve accertare e motivare le specifiche connessioni spazio-temporali tra attività di servizio e consumazione dei precisi reati, in rapporto ai quali è stata ritenuta ammissibile la chiamata del responsabile civile, pur tenendo conto della particolare connotazione del delitto associativo.

Si tratta di un'indagine imprescindibile, siccome atta a condizionare le successive fasi di valutazione fattuale spettante al giudice di merito.

Una conclusione negativa, infatti, renderebbe superfluo l'approfondimento della ricerca più qualificante — per la rottura del rapporto organico che ne potrebbe conseguire — circa la corrispondenza delle mansioni conferite a quelle svolte in concreto, sotto il duplice profilo delle «modalità» esecutive e del rispetto dei fini istituzionali.

Invero, se il comportamento concreto — pure deviato per violazione di norme regolamentari o per eccesso di potere — risulti comunque finalizzato solo al raggiungimento di quei fini istituzionali, il rapporto organico rimane integro con la conseguente assunzione di responsabilità diretta della P.A.

Qualora, invece, la devianza attenga proprio al profilo delle finalità — siccome l'agente sostituisca con le sue personali ed egoistiche quelle della P.A. — quest'ultima rimarrà esente da ogni responsabilità civile.

In conclusione l'impugnata sentenza deve essere annullata con rinvio anche in relazione alla pronuncia di responsabilità civile del Ministero degli interni.

Il giudice di rinvio dovrà attenersi ai principi di diritto sopra delineati. (*omissis*)

II

(*omissis*)

Il ricorso deve ritenersi fondato, nei limiti e per gli effetti di seguito esposti.

Questa Corte non ritiene di doversi discostare dall'orientamento giurisprudenziale di gran lunga prevalente (espressamente richiamato dalla stessa decisione impugnata alle pagg. 346 e ss.) secondo il quale la responsabilità dello Stato per il fatto dei propri dipendenti non può essere che diretto, ai sensi di quanto previsto dall'art. 28 della Costituzione e dall'art. 2043 cod. civ. (v. per tutte: Cass. civ. sez. III, sent. 12960 del 3/12/91, E. - Amministrazione della difesa marina; Cass. civ., sez. I, sent. 9935 del 7/10/93, Grena service spedition GMBH - Min. Finanze; Cass. civ., sez. III, sent. 10896 del 6/12/96, B. - Min. Difesa; Cass. III, sent. 9583 del 30/6/84, B.; Cass. IV, sent. 5575 del 21/5/85, A.; Cass. V, sent. 1386 del 2/2/99, S. e altri).

L'art. 28 Cost. (il cui carattere innovativo appare ravvisabile soprattutto nel riconoscimento della responsabilità personale anche degli agenti dell'amministrazione, che in precedenza era veramente limitata o esclusa) stabilisce che «i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione di diritti. In tali casi la responsabilità civile si estende allo Stato e agli enti pubblici.

La Pubblica Amministrazione, dunque, risponde — con responsabilità solidale — per il fatto che a lei sono direttamente riferibili gli atti dei dipendenti, compiuti — in forza del c.d. rapporto di immedesimazione organica — per il raggiungimento delle finalità istituzionali sue proprie nell'ambito dello svolgimento del servizio demandato con conseguente riferibilità del comportamento illecito alla pubblica amministrazione quando lo stesso costituisca comunque esplicazione dell'attività dell'ente.

In presenza del rapporto di impiego o servizio (quali che siano le mansioni svolte, nella vasta gamma estesa dall'attività strettamente «rappresentativa» a quella meramente «materiale»), si determina una «dipendenza organica», cui non pare certo sovrapponibile la responsabilità «indiretta» di padroni e committenti *ex art. 2049 c.c.*: disposizione questa ultima, che — con i più elastici e meno rigorosi criteri di riferibilità al proponente del fatto illecito del proposto (postulandosi all'uopo soltanto l'esistenza di un rapporto di lavoro e un collegamento tra il fatto dannoso del dipendente e le mansioni da questi espletate, senza che sia richiesta la prova di un vero e proprio nesso di causalità, essendo sufficiente «che l'incombenza svolta abbia determinato una situazione tale da agevolare e rendere possibile il fatto illecito e l'evento dannoso, e ciò anche se il dipendente abbia operato oltre i limiti delle sue incombenze, e persino trasgredendo gli ordini ricevuti»; v. infatti: Cass. III civ., sent. 12417 del 10/12/98, Ministero P.I. - G.; Cass. I civ., sent. 2574 del 20/3/99, B. di R. S.p.A.; Cass. I civ., sent. 6233 del 21/6/99, M. S.p.A. - B. e altri) — è stata sempre applicata fuori del rapporto di pubblico impiego; d'altro canto, è proprio con riferimento all'istituto della responsabilità indiretta, *ex art. 2049 c.c.*, che è stato elaborato il criterio della «occasionalità necessaria» (da intendersi nel senso di cui si è appena detto dinanzi).

Con specifico riguardo al tema della responsabilità extracontrattuale della Pubblica Amministrazione, nei confronti dei terzi, per fatti dei propri dipendenti, proprio l'opportuna utilizzazione del criterio su questione (occasionalità necessaria) ha consentito l'ampliamento della riferibilità all'ente pubblico delle azioni e/o omissioni compiute dai dipendenti stessi.

Secondo l'orientamento tradizionale (si vedano le pronunce già citate a proposito della «responsabilità diretta *ex artt. 28 Cost. e 2043 C.C.*»), infatti, l'attività del dipendente era «riferibile all'amministrazione» quando consisteva in una esplicazione della stessa attività dell'ente di appartenenza ed era rivolta al conseguimento dei fini istituzionali di esso: solo in presenza di siffatte condizioni, dunque, era configurabile il rapporto di «immedesimazione organica», fondante la responsabilità diretta della P.A. (*ex art. 28 Cost.*) per i fatti dei dipendenti compiuti in violazione di diritti; detta responsabilità andava, quindi, esclusa nella ipotesi in cui il dipendente avesse agito «al di fuori delle funzioni pubbliche cui era deputato e per fini del tutto personali ed egoistiche», dovendosi in tal caso negare ogni rapporto di «occasionalità necessaria» tra le incombenze stesse e l'attività che aveva determinato il verificarsi del danno.

Tale orientamento deve ritenersi ormai superato dai condivisibili principi giurisprudenziali espressi dalle pronunce più recenti e attente a sviscerare tutti gli aspetti del tema (si veda, in particolare: Cass. III civ., sent. 4232 del 14/5/97, Ente Poste Italiane - C.d.R. La Spezia; più in generale sul tema, v. anche: Cass. III civ., sent. 10896 del 6/12/96, B. - Ministero della Difesa; Cass. III civ., sent. 6617 del 22/5/2000, P. - Ministero dell'Interno), secondo cui «il fatto doloso del funzionario non è necessariamente non riferibile alla pubblica amministrazione», dovendo ritenersene al contrario la riferibilità allorché sussista un nesso di occasionalità necessaria tra il comportamento del dipendente e le incombenze allo stesso affidate: nesso che va accertato (ed è proprio questo il punto di decisiva divergenza rispetto all'orientamento tradizionale) considerando non solo lo specifico comportamento dell'impiegato pubblico costituente abuso, ma il complesso dell'attività al quale il comportamento inerisce; allorché, infatti, la condotta dolosa si innesta nel meccanismo

dell'attività complessiva dell'ente, e avuto riguardo alla sua finalità terminale (non estranea rispetto agli interessi e alle esigenze pubblicistiche dell'amministrazione), quel collegamento non può non essere ritenuto; in tal senso, perciò, va ravvisata la connessione con le finalità istituzionali della pubblica amministrazione, tutte le volte in cui l'espletamento delle mansioni inerenti al servizio prestato abbia costituito *conditio sine qua non* del fatto illecito produttivo del danno, quanto meno per averne grandemente agevolato (ma pur sempre «in maniera decisiva») la realizzazione.

In altre parole — come acutamente sottolineato nella motivazione della citata sentenza 1386/99 della sezione V penale di questa stessa Corte — la distinzione concettualmente operabile tra due diversi rapporti (quello tra il comportamento del dipendente e l'evento dannoso, legati da nesso di causalità; quello tra il comportamento del dipendente e l'amministrazione, legati da nesso di riferibilità in ragione dei fini istituzionali) viene sostanzialmente riassunta e compendiata nell'unico rapporto tra «mansioni espletate e danno prodotto» in termini di «occasionalità necessaria».

L'espressione «mansioni espletate», invero, implica necessariamente, per un verso, il riferimento soggettivo all'affidamento da parte del datore di lavoro/committente (sia esso la pubblica amministrazione o un privato) e, per l'altro, un riferimento oggettivo-funzionale alle finalità dell'affidamento stesso.

Conseguentemente, il rapporto di «occasionalità necessaria» deve ritenersi sussistente ogniquale volta l'imputato, pur perseguendo fini propri, in tanto abbia potuto consumare il reato in quanto — svolgendo le funzioni assegnategli e avendo così attento legittimamente informazioni d'ufficio (poi utilizzate illegalmente) — le «informazioni legittimamente assunte, ma illegalmente utilizzate» si siano oggettivamente e concretamente dimostrate «indispensabili per l'esecuzione dei reati».

Deve escludersi, dunque, che il fondamento della responsabilità possa essere individuato (come, invece, si vorrebbe nella decisione impugnata e nelle tesi delle parti civili interessate alla questione in esame) non già in un «illecito nell'espletamento delle mansioni affidate», bensì «in una garanzia o esigenza solidaristica a favore del terzo danneggiato», obiettivamente configurabile e tale da escludere ogni possibilità di prova liberatoria, in base al principio *cuius commoda eius et incommoda*.

Seguendo una simile tesi, invero, si rischia di pervenire alla configurazione di «un nesso del tutto formale ed evanescente» tra P.A. e comportamento criminoso del dipendente (al fine di ravvisare la responsabilità civile della prima), perdendo di vista l'esigenza di concretezza spazio-temporale postulata dal concetto di «mansioni» e la stretta funzionalità ai fini istituzionali dello Stato.

Nel caso di specie, in effetti, la decisione impugnata non ha motivato adeguatamente neppure sul punto dell'attingimento e del conseguente illegale utilizzo di informazioni di ufficio da parte degli imputati, abbandonandosi in proposito a mere congetture e finendo per ritenere «riferibile alla P.A.» ogni condotta dei soggetti aventi la «qualità» di suoi dipendenti, soltanto perché connotata dall'asserita e/o ipotizzata (ma tutt'altro che rigorosamente provata) utilizzazione di conoscenze tecniche o informazioni fattuali ricollegabili al rapporto di servizio (si vedano le considerazioni svolte, e i particolari apoditticamente richiamati, alle pagg. 361 e ss. della sentenza impugnata: incarichi svolti, correlativi possibilità di conoscenza e/o informazione, asserita disponibilità di dati riservati).

Le gravi carenze motivazionali riscontrate impongono, sul punto in questione (condanna del Ministero dell'Interno quale responsabile civile), l'annullamento della decisione impugnata (con assorbimento degli ulteriori motivi di doglianza proposti dal detto ministero) e il rinvio — *ex art. 622 C.P.P.* — al giudice civile competente per valore in grado d'appello. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. I, 13 marzo 2000 n. 1830 - *Pres. Losana - P.G.* (conf.) - Ricorrente Ministero delle Finanze (avv. Stato Lancia).

Procedura penale – Sentenza di applicazione della pena su richiesta – Falsità materiale in atti pubblici – Omessa dichiarazione della falsità di un atto pubblico – Istanza di correzione di errore materiale – Inammissibilità.

(c.p.p. artt. 130, 537 e 444).

Procedura penale – Istanza di correzione di errore materiale proposta per la declaratoria della falsità di un atto pubblico – Convertibilità nell'incidente di esecuzione *ex art. 675 c.p.p.*

(c.p.p. artt. 130 e 675).

Procedura penale – Sentenza di applicazione della pena su richiesta – Falsità materiale in atti pubblici – Omesso accertamento della difformità dal vero di un atto pubblico – Istanza di declaratoria della falsità dell'atto pubblico proposta mediante incidente di esecuzione – Infondatezza.

(c.p.p. artt. 444, 537 e 675).

*È inammissibile l'istanza di correzione di errore materiale proposta, a norma dell'art. 130 c.p.p., al fine di ottenere la correzione dell'errore contenuto in una sentenza emessa *ex art. 444 c.p.p.*, consistente nell'omessa pronuncia della falsità di un atto o documento, a norma dell'art. 537 c.p.p., trattandosi di rimedio diretto ad eliminare errori od omissioni la cui eliminazione non comporta una modificazione essenziale dell'atto.*

*L'istanza di correzione di errore materiale, pur irritualmente proposta, è convertibile nel rimedio dell'incidente di esecuzione, *ex art. 675, c.p.p.*, essendo state adottate le forme e le garanzie del rito camerale, ed essendo stato investito della trattazione l'organo competente per entrambe le procedure.*

*È infondata l'istanza di declaratoria della falsità di un atto o di un documento, proposta a norma dell'art. 675, in caso di omesso accertamento della difformità dal vero dell'atto o del documento da parte del giudice che ha emesso una sentenza *ex art. 444 c.p.p.*, potendo tale omissione essere utilmente censurata solo mediante l'impugnazione prevista dall'art. 537 c.p.p., terzo comma (1).*

(1) Con la sentenza-ordinanza in esame la Corte di Cassazione ha deciso il ricorso per Cassazione proposto dal Ministero delle Finanze nei confronti di una ordinanza del Tribunale di Crema, con cui era stata rigettata l'istanza di correzione dell'errore materiale contenuto in una sentenza emessa ai sensi dell'art. 444 c.p.p., consistente nell'omessa dichiarazione della falsità di alcuni fogli di un Registro dell'Ufficio Distrettuale Imposte Dirette di Crema.

(*omissis*)

Ricorre per cassazione il Ministero, denunciando inosservanza di norme processuali, in quanto:

è meramente formalistica la distinzione tra incidente di esecuzione *ex art. 675 c.p.p.* e procedura di cui all'art. 130 c.p.p.;

la sentenza di applicazione della pena a richiesta è per diversi effetti equiparata a quella di condanna ed è compatibile con la declaratoria di falsità di documenti, che può conseguire anche a sentenza di proscioglimento, a norma dell'art. 537, quarto comma, c.p.p.;

l'interesse a far dichiarare la falsità di documenti trascende l'accordo tra le parti e la relativa declaratoria non rientra tra gli elementi in relazione ai quali la sentenza di patteggiamento è inefficace nei giudizi civili o amministrativi.

Osserva la Corte che nella specie è stata impropriamente proposta istanza ai sensi dell'art. 130 c.p.p.: l'applicabilità di questa procedura per la correzione di omissioni, infatti, trova un insuperabile limite negativo nell'intangibilità sostanziale dell'atto da correggere, nel senso che l'eliminazione della omissione non può comportare una modificazione essenziale dell'atto stesso, poiché deve essere mirata unicamente a sanare una difformità puramente esteriore tra il pensiero del giudice e la sua formulazione letterale, risolvendosi in una operazione materiale di aggiunta di elementi che dovevano necessariamente fare parte del provvedimento da correggere.

Il giudice di merito aveva fondato la sua decisione sul duplice rilievo che nella corrigenda sentenza non è contenuto alcun accertamento della falsità dei documenti e che comunque la parte interessata avrebbe dovuto proporre istanza al giudice dell'esecuzione, *ex art. 675 c.p.p.*, e non ricorrere alla procedura di correzione di errore materiale.

La Corte di Cassazione, ritenuta l'irritualità del ricorso da parte del Ministero delle Finanze all'istituto della correzione materiale, sull'esatto rilievo che la correzione è ammissibile solo ove essa sia diretta all'eliminazione di difformità puramente esteriori tra il pensiero del giudice e la sua formulazione letterale, e non comporti una modificazione essenziale dell'atto da correggere (cfr., sul punto, Cass., sez. I, 11 novembre 1992, Calò, in *Mass. Cass. Pen.*, 1993, 92(m), ha ritenuto di poter esaminare nel merito la doglianza prospettata dal ricorrente. Ciò si è reso possibile, in applicazione del principio di economia processuale, essendosi ritenuto convertibile l'istanza di correzione materiale, *ex art. 130 c.p.p.*, nel rimedio previsto dall'art. 675 c.p.p., che consente ad ogni interessato di chiedere al giudice dell'esecuzione la declaratoria della falsità di un documento, accertata a norma dell'art. 537 c.p.p., ma non dichiarata nel dispositivo della sentenza.

Nel caso di specie si è ritenuta la convertibilità dell'istanza di correzione dell'errore materiale nell'incidente di esecuzione *ex art. 675 c.p.p.*, poiché nel caso di specie sono state rispettate le forme e le garanzie del rito camerale ed è stato investito della trattazione l'organo competente per entrambe le procedure.

All'applicabilità di tale rimedio non osta il fatto che la sentenza esecutiva emessa dal Tribunale di Crema non riveste la natura giuridica di vera e propria sentenza di condanna, trattandosi di sentenza con cui è stata applicata la pena su richiesta (arg. dagli artt. 444 e 445 c.p.p.). L'argomento decisivo utilizzato dalla Suprema Corte, per dimostrare la compatibilità dell'emissione di una sentenza di applicazione della pena a richiesta, si fonda sul richiamo al disposto dell'art. 537, comma 4, c.p.p., a norma del quale le disposizioni in materia di declaratoria della falsità di atti o documenti si applicano anche nel caso di sentenza di proscioglimento.

La irritalità del mezzo esperito, tuttavia, è processualmente irrilevante, essendo state adottate le forme e le garanzie del rito camerale ed essendo stato investito della trattazione l'organo per entrambe le procedure competente.

È evidente, però, che il procedimento di cui all'art. 675, primo comma, c.p.p. non è surrogatorio o integrativo dell'accertamento che è stato omesso nel giudizio di cognizione, poiché, al contrario, esso presuppone la mera verifica in sede esecutiva che la falsità documentale, pur essendo stata accertata a norma dell'art. 537 c.p.p., non sia stata dichiarata nel dispositivo della sentenza divenuta esecutiva.

Se, dunque, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, da ultimo ribadito dalle Sezioni Unite con la sentenza 3 dicembre 1999 n. 20 (Fracari), il giudice che applica la pena a richiesta delle parti è tenuto a dichiarare con la sentenza l'accertata falsità di atti e documenti, tuttavia deve rilevarsi che, ove tale statuizione sia stata omessa, una volta formatosi il giudicato l'utile esperibilità dell'incidente di esecuzione *ex art. 675 c.p.p.*, postula l'avvenuto accertamento nel giudizio di cognizione della difformità dal vero dell'atto o del documento.

Se anche in tale caso è espressamente prevista la possibilità di dichiarare nel dispositivo della sentenza la falsità di un atto o documento, ove accertata dal giudice, ben a ragione la Corte ha ritenuto che tale possibilità si estenda all'ipotesi disciplinata dall'art. 444 c.p.p., considerato che per diversi effetti la sentenza di applicazione della pena su richiesta è equiparata ad una sentenza di condanna, *ex art. 445 c.p.p.* La decisione in esame è in linea con il consolidato orientamento giurisprudenziale della Cassazione in materia (cfr., oltre alla citata sentenza della Cassazione a Sezioni Unite citata nella decisione *de qua*, Cass., sez. VI, 4 luglio 1992, Cinque, pubblicata in *Mass. Cass. Pen.*, 1999, 19 (m); Cass., sez. V, 9 marzo 1993, Di Russo, pubblicata in *Riv. dir. proc.*, 1994, 290, n. MONTAGNA; Cass., Sez. V, 13 novembre 1998, Fortunato, in *Ced Cass.*, rv. 212643 (m); Cass., Sez. V, 23 giugno 1998, Di Sarno, in *Ced Cass.*, rv. 2111513 (m); Cass., Sez. V, 22, 4, 1998, Chessa, in *Ced Cass.*, rv. 210533 (m); Cass., Sez. V, 26 aprile 1999, in *Ced Cass.*, rv. 213732 (m). Vedi anche, per riferimenti, Cass., VI, 4 gennaio 1996 n. 1687, in questa *Rassegna*, 1996, I, 400, con nota di P. DI TARSIA: *La richiesta di patteggiamento contiene anche l'implicita rinuncia alla prescrizione del reato?*) L'esito sfavorevole del ricorso per Cassazione proposto dal Ministero delle Finanze è giustificato dalla circostanza che, nel caso di specie, è stato ritenuto mancante, nella sentenza emessa *ex art. 444 c.p.p.* dal Tribunale di Crema, l'accertamento della difformità dal vero dell'atto o del documento.

L'omesso accertamento della falsità dell'atto o del documento ha dato luogo nella prospettiva del Ministero delle Finanze ad un vizio inficiante il giudizio di cognizione sotteso alla sentenza.

Posta tale premessa, è condivisibile la conclusione cui è giunta la Suprema Corte in ordine al rimedio che il Ministero avrebbe dovuto esperire per conseguire il risultato della declaratoria di falsità, individuato nell'impugnazione della pronunzia sulla falsità, da proporsi con il mezzo previsto dalla legge per il capo di sentenza contenente la decisione sull'imputazione, ai sensi dell'art. 537, comma 3, c.p.p.

La bontà di tale conclusione è argomentabile *a contrario*, alla luce del disposto dell'art. 675, comma 1, c.p.p., che consente al giudice dell'esecuzione di dichiarare la falsità di un atto o documento solo nell'ipotesi in cui la falsità, pur non dichiarata nel dispositivo di una sentenza divenuta esecutiva, sia stata accertata a norma dell'art. 675 c.p.p., essendo evidente che solo in tale ipotesi la dichiarazione di falsità chiesta dall'interessato si atteggia come attività meramente esecutiva di un giudicato.

M.G.

Nel caso in esame, di un siffatto accertamento non vi è traccia nel testo della sentenza, che si limita ad un generico richiamo alla assenza di condizioni per una pronuncia assolutoria e, non essendo stata la decisione impugnata (come espressamente previsto dall'art. 537, terzo comma, c.p.p.), il giudicato che si è formato non è superabile alla stregua degli elementi processuali dei quali dispone, per la propria valutazione, il giudice dell'esecuzione. (*omissis*)

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. IV, 22 giugno 2000 n. 3744 – Pres. Frangini – Est. Marzano – P.G. (conf.) – G. c. Ministero del Tesoro (avv. Stato Greco).

Procedura penale – Riparazione per l'ingiusta detenzione – Limite massimo dell'entità della riparazione – Elevazione ad un miliardo, per effetto dell'entrata in vigore della legge n. 479/99 – Applicabilità dello *ius superveniens* ai procedimenti non definiti.

(c.p.p., art. 315; legge n. 479/99, art. 15, comma 1, lett. a)).

La norma dettata dall'art. 315, comma 2, c.p.p., risultante dalla modifica introdotta dall'art. 15, comma 1, lettera a), della legge n. 479/1999, per effetto della quale è stato elevato a £. un miliardo il limite massimo dell'entità della riparazione per l'ingiusta detenzione, è applicabile anche nei procedimenti non ancora definiti con statuizione passata in giudicato, trattandosi di norma di natura sostanziale per la quale non può valere il principio del tempus regit actum. Pertanto deve essere accolto il ricorso per Cassazione con il quale si chieda l'applicazione dell'art. 315, secondo comma, c.p.p. così come modificato dall'art. 15, comma 1, lettera a), della legge n. 479/1999, sebbene tale legge sia entrata in vigore successivamente all'ordinanza della Corte di Appello, che si era pronunciata sulla domanda di riparazione per l'ingiusta detenzione (1).

(1) In tema di *ius superveniens* e riparazione per ingiusta detenzione.

Con la sentenza in esame la Corte di Cassazione ha accolto il ricorso proposto da un soggetto che aveva attivato il procedimento per la riparazione per l'ingiusta detenzione, ex art. 315 c.p.p., con cui si mirava ad ottenere l'affermazione del principio di diritto secondo il quale l'entità della riparazione per l'ingiusta detenzione dovesse essere determinata, alla luce dell'art. 15 della legge n. 479/99 (che ha modificato il secondo comma dell'art. 315 c.p.p., elevando il limite massimo dell'ammontare della riparazione a £. un miliardo), anche nel caso di specie, in cui il giudice di merito era stato adito, e si era pronunciato, prima della data dell'1 gennaio 2000.

Il punto di partenza dell'argomentazione giuridica della Corte di cassazione è rappresentato dal rilievo che l'art. 315 c.p.p., nonostante la sua rubrica («procedimento per la riparazione»), non è norma meramente processuale, avendo certamente natura sostanziale il precetto contenuto nel secondo comma, che fissa il «tetto» della riparazione. Ne consegue che, non valendo per essa il principio del *tempus regit actum*, la stessa deve trovare applicazione nei procedimenti non ancora esauriti al momento della sua entrata in vigore, ossia non ancora definiti con statuizione passata in giudicato.

Il ragionamento della Corte di cassazione non appare coerente.

(*omissis*)

Va premesso che, nella specie, la modifica dell'art. 315.2 c.p.p. (introdotta dall'art. 15 della legge 16 dicembre 1999, n. 479, quanto al limite massimo dell'indennizzo per riparazione da ingiusta detenzione) è intervenuta nelle more del giudizio, dopo l'ordinanza dei giudici del merito e prima della proposizione del ricorso che occupa.

Tale norma novellata ha sicuramente natura sostanziale e non processuale (come, del resto, riconosce anche il resistente Ministero del Tesoro, ancorché ne

Ciò che si contesta è la possibilità di inferire direttamente dalla natura di norma sostanziale dell'art. 315, comma 2, c.p.p., così come modificato dall'art. 15 della legge n. 479/99, la sua applicabilità ai procedimenti non ancora esauriti, pur in mancanza di disposizioni transitorie che tali procedimenti espressamente riguardino.

Occorre considerare, infatti, il disposto dell'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale, a norma del quale la legge non dispone che per l'avvenire.

Si tratta dell'enunciazione di un principio generale dell'ordinamento che, sebbene non costituzionalizzato se non limitatamente alla materia penale (cfr. art. 25 Cost.), deve soccorrere l'interprete nella delimitazione dell'ambito cronologico di efficacia delle disposizioni normative, laddove le stesse non dispongano diversamente.

Nel caso di specie si tratta di stabilire se il nuovo criterio di determinazione dell'entità massima della riparazione per l'ingiusta detenzione, introdotto nel sistema dall'art. 15 della legge n. 479/99, sia applicabile anche alle fattispecie di ingiusta detenzione che si siano esaurite anteriormente alla modifica dell'art. 315, comma 2, c.p.p.

Mancando nello *ius superveniens* qualsiasi riferimento ai procedimenti non ancora definiti, è evidente l'arbitrarietà della conclusione raggiunta dalla Cassazione, la cui apoditticità è malamente celata dal richiamo alla giurisprudenza civile della Suprema Corte, in tema di risarcimento del danno da occupazione illegittima e di indennità di occupazione ed espropriazione.

Il principio generale di irretroattività della legge non risulta derogato dall'art. 15 della legge n. 479/99, che si è limitato ad innovare, per il futuro, il criterio di determinazione della riparazione fissato dall'art. 315, comma 2, c.p.p.

Ne consegue che, muovendo dalla natura sostanziale della disciplina dettata in materia di riparazione per ingiusta detenzione, deve concludersi nel senso che ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore della legge n. 479/99, aventi ad oggetto il diritto alla riparazione originato da situazioni di ingiusta detenzione esauritesi anteriormente al 1 gennaio 2000, continua ad applicarsi la disciplina sostanziale previgente, desumibile dal testo originario dell'art. 315, comma 2, c.p.p.

È proprio la natura sostanziale di tale norma, affermata dalla Corte di Cassazione, che impone all'interprete di non avere riguardo al fatto che la sua modificazione è intervenuta prima della definizione del procedimento introdotto da un'istanza di riparazione per ingiusta detenzione, laddove la fattispecie sostanziale costitutiva del diritto azionato si sia esaurita nel vigore della disciplina previgente.

Ragionando diversamente, come ha fatto la Suprema Corte nella sentenza in esame, si applicherebbe retroattivamente lo *ius superveniens*, in contrasto con il principio consacrato nell'art. 11, comma 1, delle disposizioni sulla legge in generale.

Né è utilmente invocabile, a sostegno della sentenza *de qua*, la giurisprudenza civile della Corte di Cassazione, richiamata nella parte finale della motivazione.

Infatti la Suprema Corte si è espressamente preoccupata di giustificare l'applicazione, in sede di giudizio di legittimità, dello *ius superveniens* costituito dai nuovi criteri di liquidazione del danno derivante dall'illegittima occupazione di suoli da parte della P.A., ai fini della costruzione di un'opera pubblica, rilevando la natura espressamente retroattiva delle disposizioni di legge innovative (cfr., ad esempio, l'art. 3, comma 65, legge n. 662/96, espressamente applicabile a tutte le occupazioni anteriori al 30 settembre 1996, purché oggetto di procedimenti non definiti con sentenza passata in giudicato, richiamato in Cass., Sez. I, 20 agosto 1997, n. 7760).

tragga, poi, conseguenze affatto erranee, quanto alla sua applicabilità; cfr. anche Cass., Sez. Un., n. 1/1995: «la norma dell'art. 315 non è, nonostante la rubrica, mera norma processuale, che il suo secondo comma, il quale vuole che l'entità della riparazione non ecceda il limite o tetto dei cento milioni, non può certamente definirsi tale»), sicché, non valendo per essa il principio del *tempus regit actum*, la stessa deve trovare applicazione nei procedimenti non ancora esauriti, ossia non ancora definiti con statuizione passata in giudicato; ed il ricorso per cassazione, che tale punto investa, impedisce, ovviamente, il passaggio in giudicato della statuizione medesima. Ove, dunque (come nella specie), la liquidazione dell'indennizzo per riparazione da ingiusta detenzione sia stata effettuata dai giudici del merito con proporzionale riferimento, esplicito o implicito, ancorché non esclusivo, alla misura massima dell'indennizzo medesimo stabilita dalla legge, la nuova determinazione

Dal citato orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione, lungi dal potersi ricavare il principio dell'applicabilità dello *ius superveniens* alle situazioni non ancora esaurite, si ricava la conclusione che tale applicabilità è necessariamente subordinata alla retroattività delle disposizioni recanti lo *ius superveniens*.

Alla stessa conclusione raggiunta dalla Corte di Cassazione si sarebbe potuto coerentemente pervenire muovendo dalla premessa che la disciplina concernente la riparazione per ingiusta detenzione non ha natura sostanziale.

Questa premessa può essere ragionevolmente argomentata, considerando che la riparazione per ingiusta detenzione, nonostante quanto risulta dal tenore letterale dell'art. 314 c.p.p., non costituisce l'oggetto di un diritto soggettivo che possa essere fatto valere, da parte dell'ingiustamente detenuto, nei confronti dello Stato-persona, sul piano dei rapporti di diritto sostanziale.

In altri termini, secondo tale diversa ipotesi ricostruttiva, la disciplina della riparazione per ingiusta detenzione non garantisce il conseguimento del bene della vita costituito da una prestazione pecuniaria, se non per effetto dell'attivazione di un peculiare procedimento giurisdizionale, il cui esito, ove favorevole all'istante, è un provvedimento, non già ricognitivo di un diritto soggettivo preesistente nella sfera giuridica dell'istante, suscettibile di essere soddisfatto spontaneamente dallo Stato-persona, ma esso stesso costitutivo di tale situazione giuridica soggettiva.

Se la fattispecie costitutiva del diritto alla riparazione per ingiusta detenzione non può essere individuata nella custodia cautelare subita dall'istante nei cui confronti sia stata emessa una sentenza irrevocabile che lo abbia prosciolto, perché il fatto non sussiste, per non aver commesso il fatto, perché il fatto non costituisce reato o non è previsto dalla legge come reato, ma nel provvedimento giurisdizionale con cui il giudice abbia irrevocabilmente accertato la sussistenza di tali presupposti ed abbia conseguentemente determinato la misura dell'indennità spettante all'ingiustamente detenuto, si deve aver riguardo al momento in cui è divenuto definitivo il provvedimento giurisdizionale terminativo del procedimento disciplinato dall'art. 315 c.p.p. per risolvere la questione giuridica sottoposta all'esame della Suprema Corte nel caso di specie.

Così facendo potrà condividersi l'applicazione dell'art. 315 c.p.p., così come risultante per effetto dell'entrata in vigore della legge n. 499 del 16 dicembre 1999, alla controversia *de qua* operata dalla Corte di Cassazione, proprio perché l'interposizione di ricorso per Cassazione da parte dell'istante avverso l'ordinanza della Corte di appello di Catanzaro, ha impedito il definitivo ingresso nella sua sfera giuridica del diritto alla riparazione per ingiusta detenzione. In tal modo la Suprema Corte non avrebbe applicato retroattivamente lo *ius superveniens*, operazione preclusa al giudice, in mancanza di una espressa disposizione normativa che la consenta, ma si sarebbe limitata a ricavare la disciplina di una fattispecie a formazione progressiva, tenendo conto dell'entrata in vigore di una disposizione legislativa verificatasi in un momento in cui tale fattispecie non si era ancora perfezionata.

MASSIMO GIANNUZZI

legislativa di questo, in presenza di impugnazione della parte al riguardo, comporta l'applicazione della nuova norma, con conseguente necessità di riesame della fattispecie da parte dei giudici del merito, alla stregua di tale *ius superveniens*; ed in tale contesto pur sempre considerando che l'equa riparazione per ingiusta detenzione è istituito strutturalmente diverso dal risarcimento del danno e che la liquidazione dell'indennizzo dovuto, disancorato da rigidi criteri e parametri aritmetici, deve essere equitativamente determinata tenuto conto della durata della custodia cautelare ed anche, e non marginalmente, delle conseguenze personali e familiari scaturite dalla privazione della libertà personale (criteri, questi, che «consentono di abbracciare qualsiasi danno, patrimoniale e morale, diretto o mediato, che sia in rapporto eziologico con la ingiusta detenzione») valutandosi, altresì, eventuali ulteriori pregiudizi, ove gli stessi siano stati specificamente allegati, secondo quanto al riguardo già ritenuto da questa Corte nella citata sentenza delle Sezioni Unite, n. 1/1995.

Giova anche chiarire che, posto che il procedimento in questione ha indubbie connotazioni di natura civilistica, il suindicato principio relativo alla applicabilità dello *ius superveniens* alle situazioni non ancora esaurite ha trovato reiterata applicazione nella giurisprudenza civile di questa Corte (come pure richiamato dal P.G. requirente), principalmente in tema di risarcimento del danno da occupazione illegittima e di indennità di occupazione ed espropriativa (cfr., *ex coeteris*, Cass. civ., Sez. I, n. 2542/1998; *id.*, Sez. I, n. 7760/1997; *id.*, Sez. I, n. 4116/1997; *id.*, n. 3621/1997; *id.*, n. 2851/1997; *id.*, Sez. I, n. 2403/1997), non potendosi, peraltro, dubitare della applicazione dello stesso anche in tema di fattispecie indennitaria e non risarcitoria. (*omissis*)

CORTE DI ASSISE DI ROMA, Sez. III, ordinanza emessa in data 1 dicembre 2000 – Pres. Muscarà – P.M. Nebbioso, Salvi, Roselli (parz. conf.) – Imputati B. ed altri – Parti civili: Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero della Difesa – Responsabile civile Ministero della Difesa (avv.ti Stato Nunziata, Giannuzzi, Scino).

Procedura penale – Procedimenti che proseguono con le norme anteriormente vigenti – Connessione tra il procedimento concernente reati, poi definiti con sentenza istruttoria, contestati a diversi imputati a seguito di emissione di mandato di comparizione da parte del giudice istruttore, e quello per il reato di alto tradimento, contestato successivamente al 24 ottobre 1989, quanto meno a titolo di connessione probatoria – Sussistenza.

(Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del c.p.p. vigente, art. 242, comma 2, lett. c); c.p.p. 1930, art. 45, n. 4; c.p. artt. 289, 422; c.p.m.p. art. 77).

Procedura penale – Procedimento concernente il reato di falsa testimonianza commesso in data successiva al 24 ottobre 1989 – Ultrattività del codice di procedura penale anteriormente vigente – Esclusione – Competenza del giudice istruttore – Esclusione – Ordinanza di rinvio a giudizio concernente tale reato – Nullità.

(Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del c.p.p. vigente, artt. 242, lett. c), art. 245, comma 2, lett. d-h); c.p.p. artt. 207 e 476; c.p. art. 372).

Procedura penale – Procedimenti che proseguono con le norme anteriormente vigenti – Mancato rispetto del termine previsto dall'art. 242, comma 3, disp. att., per il deposito dell'ordinanza di rinvio a giudizio – Nullità – Esclusione.

(Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del c.p.p. vigente, art. 242, comma 3).

Procedura penale – Procedimenti che proseguono con le norme anteriormente vigenti – Deposito di note peritali successivamente alla scadenza del termine concesso alla difesa per l'esame degli atti – Nullità delle note peritali – Assenza di dipendenza sostanziale dell'ordinanza di rinvio a giudizio da tali note peritali – Trasmissibilità della nullità delle note peritali all'ordinanza di rinvio a giudizio – Esclusione.

(c.p.p. 1930, artt. 185, n. 3, art. 189).

Procedura penale – Connessione tra il procedimento concernente il reato di strage/disastro aviatorio e quello relativo al reato di alto tradimento, ex art. 45, nn. 1-2 del c.p.p. del 1930 – Giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria - Sussistenza.

(c.p.p. 1930, art. 45, nn. 1 e 2; c.p.m.p., art. 264).

Reato previsto e punito dall'art. 77 c.p.m.p. – Rilevanza della qualità di militare solo *quoad poenam* – Natura di reato circostanziato rispetto a quello di attentato agli organi costituzionali – Esclusione – Autonomia del reato p.e p. dall'art. 77 c.p.m.p., quale reato militare, rispetto a quello p.e p. dall'art. 289 c.p.

(c.p. artt. 289, 277, 288, 313; c.p.m.p. artt. 37 e 77; r.d.l. n. 1386/41, conv. in legge 560/42, art. 3)

Procedura penale – Questione di legittimità costituzionale dell'art. 386 c.p.p. del 1930, per contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost. – Manifesta infondatezza.

(c.p.p. 1930, art. 386; Cost., artt. 3, 24 e 111).

Procedura penale – Questione di legittimità costituzionale dell'art. 245 disp. trans. per contrasto con l'art. 111 Cost. – Manifesta infondatezza.

(Norme di attuazione, coordinamento e transitorie del c.p.p., art. 245; Cost. art. 111).

Procedura penale – Modificazione dell'art. 111 Cost., per effetto dell'entrata in vigore della legge costituzionale n. 2/99 – Abrogazione implicita delle norme del c.p.p. del 1930 – Esclusione.

(art. 111 Cost.; legge cost. n. 2/99; decreto-legge n. 2/2000, conv. in legge con modificazioni dalla legge n. 35/2000).

Procedura penale – Questione di legittimità costituzionale dell'art. 242, 1° e 3° comma, disp. trans. per contrasto con l'art. 111 Cost. – Manifesta infondatezza ed irrilevanza.

(Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del c.p.p., art. 242, commi 1 e 3; Cost. art. 111).

Il procedimento concernente il reato di alto tradimento, reato previsto e punito dal combinato disposto degli artt. 289 c.p. e 77 c.p.m.p., contestato ad alcuni imputati in data successiva all'entrata in vigore del codice di procedura penale attualmente vigente, deve ritenersi avvinto dal vincolo di connessione probatoria, ex art. 45, n. 4 del c.p.p. del 1930, ai vari procedimenti per altri reati, poi definiti con sentenza istruttoria, nei quali risultavano certamente soddisfatte le condizioni previste dall'art. 242, comma 1, lett. c) (contestazione dei fatti reato ascritti a numerosi imputati a seguito di mandato di comparizione emesso dal giudice istruttore) (1).

La richiesta di contestazione del reato di alto tradimento da parte del P.M. costituisce il momento conclusivo di un complesso procedimento di acquisizione e valutazione di dati probatori, all'esito del quale è emersa una ricostruzione della sciagura di Ustica non coincidente con quella prospettata dai vertici dell'Amministrazione militare all'autorità politica e suscettibile di una unitaria valutazione delle condotte penalmente rilevanti addebitabile al personale militare in servizio nelle varie basi aeree radaristiche (2).

Pertanto risulta soddisfatta la condizione cui l'art. 242 lett. c) disposizioni transitorie subordina la prosecuzione del procedimento concernente il reato di alto tradimento con le norme anteriormente vigenti (3).

(1-15) L'ultrattività del codice di procedura penale del 1930, tra disposizioni transitorie e di attuazione del codice di procedura penale del 1968 e principio costituzionale del giusto processo.

Con l'ordinanza in esame la Corte di Assise di Roma ha deciso una nutrita serie di questioni preliminari sollevate dai difensori degli imputati dei reati di alto tradimento e di falsa testimonianza, ad essi contestati nell'ambito del procedimento penale concernente il tragico disastro aviatorio che si consumò, vent'anni or sono, nei cieli di Ustica.

Preliminarmente la Corte ha dovuto affrontare delicate questioni di diritto intertemporale.

Una prima questione è stata determinata dalla circostanza che la Corte di Assise di Roma è stata investita della trattazione di un procedimento penale introdotto da un'ordinanza di rinvio a giudizio, emessa ai sensi dell'art. 374 c.p.p. del 1930, da parte del giudice istruttore, nella quale figura anche la contestazione ad alcuni imputati di condotte delittuose integranti il reato di falsa testimonianza, che sarebbero state poste in essere successivamente al 24 ottobre 1989, data di entrata in vigore del vigente c.p.p.

Gli imputati del reato previsto e punito dall'art. 372 c.p. hanno dedotto la nullità dell'ordinanza di rinvio a giudizio emessa nei loro confronti, non ritenendo sussistenti le condizioni cui l'art. 242, lett. c) disp. trans. subordina la prosecuzione del procedimento secondo le norme del codice di rito del 1930 (connessione di procedimenti, a norma dell'art. 45 del c.p.p. abrogato, già riuniti alla data del 24 gennaio 1989, per i quali le condizioni indicate nelle lettere a) e b) dell'art. 242, disp. trans., ricorrono anche solo limitatamente ad uno degli imputati od indiziati ovvero ad una sola delle imputazioni).

Il procedimento concernente il reato di falsa testimonianza contestato ad alcuni imputati, avendo ad oggetto condotte penalmente rilevanti commesse oltre il 24 ottobre 1989, non può ritenersi connesso a quello già in corso a tale data (4).

Ne consegue l'inapplicabilità al primo procedimento dell'art. 242, lett. c) disp. trans., che ne consente la prosecuzione con le norme anteriormente vigenti, l'incompetenza funzionale del giudice istruttore ad adottare l'ordinanza di rinvio a giudizio nei confronti degli imputati del reato di falsa testimonianza, e la nullità della stessa in parte qua (5).

La Corte di Assise di Roma ha ritenuto di poter accogliere tale eccezione, pur tenendo conto della giurisprudenza della Corte di Cassazione, ampiamente citata dai difensori di parte civile e dal pubblico ministero, secondo la quale non sarebbe necessario un formale provvedimento di riunione tra procedimenti connessi ex art. 45 del codice abrogato, per determinare l'ultrattività del c.p.p. del 1930, ex art. 242, lett. c) disp. att., laddove la *notitia criminis* relativa al reato contestato successivamente alla data del 24 ottobre 1989 sia emersa nell'ambito dell'istruttoria formale.

La potenzialità espansiva del procedimento originario, ha argomentato la Corte di Assise, non risulta aver mai ricompreso l'ipotesi del reato (non solo contestato ma anche) commesso successivamente all'entrata in vigore del c.p.p. vigente.

Appare particolarmente apprezzabile e persuasiva l'ulteriore linea argomentativa percorsa autonomamente dalla Corte per giustificare la conclusione della nullità dell'ordinanza di rinvio a giudizio relativamente all'imputazione di falsa testimonianza, fondata sulla adeguata valorizzazione dell'art. 245, comma 2, lett. d-h) disp. trans. che prevede l'applicazione dell'art. 207 c.p.p. e dell'art. 476 ai processi che proseguono secondo le norme anteriormente vigenti.

Da tali disposizioni risulta la netta autonomia tra la valutazione della testimonianza ai fini della decisione del processo in cui è stata resa e la persecuzione penale del testimone che abbia detto il falso, avendo il giudice che abbia ravvisato indizi del reato previsto e punito dall'art. 372 c.p. esclusivamente il compito di dare al p.m. notizia del reato, con la decisione che definisce la fase processuale in cui il testimone ha deposto, ed essendogli espressamente inibito l'arresto del testimone in udienza per reati concernenti il contenuto della deposizione testimoniale.

La violazione da parte del giudice istruttore dell'art. 207 c.p.p. del 1988, che comporta la netta distinzione tra il procedimento per il reato di falsa testimonianza e quello originario nel quale il testimone ha deposto, si risolve, per costante giurisprudenza, nella invasione della sfera di competenza giurisdizionale riservata ad altri organi giudiziari dal codice di rito vigente, determinando la nullità dell'ordinanza di rinvio a giudizio nella parte concernente il reato di falsa testimonianza.

L'ultrattività del codice di procedura penale del 1930, limitatamente all'imputazione del reato di alto tradimento è stata adeguatamente giustificata dalla Corte di Assise, alla luce del consolidato indirizzo giurisprudenziale della Corte di Cassazione, secondo il quale, ai fini dell'applicazione dell'art. 242, lett. c) disp. trans. e di att., deve considerarsi unico il procedimento teso ad accertare la responsabilità in ordine a fatti la cui rilevanza penale sia progressivamente emersa nell'ambito dell'originaria indagine ed i cui responsabili siano stati individuati anche successivamente al 24 ottobre 1989, indipendentemente dall'adozione di un formale provvedimento di riunione.

Alla data del 24 ottobre 1989, nel procedimento concernente i reati di strage e disastro aereo a carico di ignoti, numerosi imputati di vari reati (tra cui figurano quelli di falsa testimonianza ed occultamento di atti) essendo stati interrogati a seguito di mandato di comparizione emesso dal giudice istruttore, sussistevano i presupposti richiesti dall'art. 242, lett. c), c.p.p., per la prosecuzione del procedimento per i reati di strage e disastro aereo, con le norme anteriormente vigenti.

In presenza di un vincolo di connessione tra il procedimento per il reato di alto tradimento ed i vari procedimenti per altri reati, poi definiti con sentenza istruttoria, quanto meno ai sensi dell'art. 45, n. 4, c.p.p. del 1930 (c.d. connessione probatoria), la Corte di assise ha ritenuto la ricorrenza, nel caso di specie, della condizione cui l'art. 242 disp. trans. e att. subordina la ultrattività del c.p.p. del 1930, limitatamente all'imputazione di alto tradimento.

Il mancato rispetto del termine di sessanta giorni fissato dall'art. 242, comma 3, disposizioni transitorie, per il deposito dell'ordinanza di rinvio a giudizio, non comporta la nullità dell'ordinanza, né ulteriori conseguenze processuali idonee a determinare l'incompetenza funzionale del giudice istruttore (6).

Sono nulle, ex art. 185, n. 3, c.p.p. del 1930 le note peritali depositate successivamente alla scadenza del termine concesso ai difensori agli imputati per l'esame degli atti; tale nullità, però, non si trasmette all'ordinanza di rinvio a giudizio, essendo da escludere che l'ordinanza sia in rapporto di dipendenza sostanziale con tali note peritali (7).

Il reato di alto tradimento, previsto e punito dal combinato disposto degli artt. 289 c.p. e 77 c.p.m.p., costituisce un reato autonomo rispetto a quello di attentato agli organi costituzionali, e ad esso deve attribuirsi natura militare.

Infatti, ai sensi dell'art. 37 c.p.m.p., qualunque violazione della legge penale militare è reato militare e l'alto tradimento è indicato proprio come il primo dei

L'ordinanza di rinvio a giudizio è stata ritenuta esente anche dalla nullità prospettata dalla difesa in relazione all'omessa osservanza del termine di deposito fissato in sessanta giorni dall'art. 242 comma 3 disp. di att., in base al costante insegnamento della Suprema Corte, trattandosi di termine ordinatorio, il mancato rispetto del quale non comporta un difetto di attribuzione in relazione alla funzione esercitata dal giudice istruttore.

Più articolata è stata la soluzione data dalla Corte di Assise all'ulteriore profilo di nullità dell'ordinanza di rinvio a giudizio prospettata dalla difesa, sul rilievo che tale provvedimento giurisdizionale sarebbe fondato sulla valutazione di atti (perizie di ufficio), illegittimamente acquisiti al fascicolo processuale, per esser stati depositati oltre la scadenza del termine concesso alla difesa per l'esame degli atti.

La Corte, rilevato che nel caso di specie effettivamente risultano depositate note peritali in data successiva all'ultimo termine concesso alla difesa per l'esame degli atti, ha ritenuto la nullità di tali atti istruttori, ai sensi dell'art. 185, n. 3 c.p.p. 1930, e la conseguente inutilizzabilità, con una estensione dell'art. 191 c.p.p. nuovo anche alle norme del vecchio codice di rito che appare condivisibile per il principio della immediata applicabilità delle norme processuali nei giudizi pendenti.

Da tale esatta premessa, però, non ha ritenuto possibile ricavare la conclusione della nullità dell'ordinanza di rinvio a giudizio, ex art. 189 c.p.p. 1930, avendo escluso che tale ordinanza sia in rapporto di dipendenza esclusiva con tali atti.

La Corte di Assise, pur non essendo stata espressamente sollecitata da alcuno degli imputati, ha sollevato di ufficio la questione della giurisdizione del giudice ordinario ovvero di quello militare in relazione al reato di alto tradimento.

Così facendo la Corte ha ritenuto di dover raccogliere alcuni spunti di riflessione forniti dal pubblico ministero e dall'Avvocatura generale dello Stato, quale difensore della parte civile Presidenza del consiglio dei Ministri, i quali avevano affermato la giurisdizione del giudice ordinario sull'assunto che l'art. 77 del c.p.m.p. attribuirebbe rilevanza alla qualifica soggettiva di «militare» del responsabile del reato previsto e punito dall'art. 289 c.p. solo *quoad poenam*, così prevedendo una circostanza aggravante del delitto incriminato dall'art. 289 c.p. e non un'ipotesi autonoma di reato militare.

La Corte di Assise non ha aderito a tale prospettazione sulla base di una duplice considerazione.

In primo luogo, richiamato il disposto dell'art. 37 c.p.m.p., secondo il quale qualunque violazione della legge penale militare costituisce reato militare, la Corte ha affermato che la natura militare dell'alto tradimento si desume dal fatto che è indicato come il primo dei reati militari contro la fedeltà e la difesa militare, e che è offensivo non soltanto di interessi tutelati dal diritto penale comune, ma anche di interessi aventi natura militare.

reati militari contro la fedeltà e la difesa militare; è inoltre significativo che il legislatore (art. 3 r.d.l. 1386/41, conv. in legge 560/42) abbia stimato necessario prevedere quale condizione di procedibilità per il delitto punito ex art. 77 c.p.m.p., l'autorizzazione del Ministro della Giustizia, provvedimento evidentemente superfluo se la fattispecie de qua avesse avuto la natura di forma circostanziata del reato previsto e punito dall'art. 289 c.p. (8).

In applicazione dell'art. 264 c.p.m.p., nella formulazione introdotta dalla legge n. 167/56, che ha innovato la disciplina degli effetti della connessione sulla compe-

Inoltre il carattere ontologicamente militare si desumerebbe anche dalla circostanza che, a fronte della previsione della condizione di procedibilità dell'autorizzazione del ministro della giustizia (art. 313 c.p.) in relazione ad alcuni reati disciplinati da norme del codice penale richiamate dall'art. 77 c.p.m.p., il legislatore ha ritenuto necessario adottare uno specifico atto legislativo (art. 3 r.d.l. 9 dicembre 1941, n. 1386, conv. in legge 7 maggio 1942 n. 560), per introdurre analoga condizione di procedibilità proprio per il delitto di alto tradimento: tale previsione sarebbe stata superflua ove si fosse trattato di ipotesi circostanziata del reato previsto e punito dall'art. 289 c.p.

La Corte di Assise tuttavia ha ritenuto la giurisdizione del giudice ordinario in relazione al procedimento avente ad oggetto il reato di alto tradimento, aderendo alla soluzione data alla questione dal giudice istruttore che si era pronunciato in materia sollecitata da una delle parti civili, sul rilievo che gli elementi di fatto accertati nel corso dell'istruzione avevano evidenziato la sussistenza del delitto di strage, ciò che precludeva la possibilità di archiviare il procedimento; ciò in quanto la giurisdizione del giudice ordinario in relazione a tale delitto esplicherebbe la propria *vis attractiva* anche nei confronti del reato di alto tradimento, stante la connessione teleologica e probatoria tra i relativi procedimenti, secondo i criteri operanti in materia di connessione, *ex art. 40 c.p.p. del 1930*, ed alla luce del disposto dell'art. 264 c.p.m.p.

Come ha giustamente osservato la Corte, la scelta operata dal legislatore (che ha modificato l'art. 264 c.p.m.p., innovando la regola dettata dall'art. 49 c.p.p. del 1930, con la legge n. 167/56) è stata quella di limitare l'operatività della connessione tra procedimenti di competenza del giudice ordinario e procedimenti di competenza del giudice militare alle sole ipotesi di connessione previste dall'art. 45, nn. 1 e 2 c.p.p. del 1930 e, al contempo, di privilegiare in tali casi la giurisdizione ordinaria.

La Corte di Assise ha diligentemente ricostruito l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di cassazione, che ha condotto la Suprema Corte ad affermare che non trova applicazione, ai fini della determinazione del giudice dotato di giurisdizione in relazione ad una determinata regudicanda, il principio secondo il quale il conflitto di competenza, in caso di connessione fra più reati, è configurabile soltanto in presenza della duplice condizione della connessione oggettiva e della pendenza dei relativi procedimenti in fase istruttoria, ciò perché la diversità dei giudici implica una particolare rigidità nella determinazione delle rispettive sfere di attribuzioni, che non può dipendere da circostanze meramente estrinseche alla tipologia del reato ed alla connessione dello stesso con un altro, quali la fase processuale in corso relativa all'accertamento dell'uno o dell'altro fatto-reato.

Nel caso di specie la Corte di Assise ha ritenuto che il vincolo di connessione che avvinceva il reato di alto tradimento a quello di strage, reato costituente la causa determinante della connessione, non si è sciolto per effetto del provvedimento conclusivo dell'istruzione sommaria, dal momento che il giudice istruttore, lungi dall'aver disposto l'archiviazione per tale reato, ha emesso una sentenza di non doversi procedere per essere ignoti gli autori.

La Corte di Assise ha dovuto affrontare una serie di questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla difesa con riferimento all'art. 111 Cost., come modificato dall'art. 1, legge cost. n. 2/99, con cui è stato espressamente introdotto nel nostro ordinamento a livello costituzionale, il principio del giusto processo.

tenza dell'autorità giudiziaria ordinaria e su quella di giudici speciali, va affermata la giurisdizione del giudice ordinario in ordine al reato di alto tradimento, trattandosi di reato teleologicamente connesso a quello di strage, certamente di competenza del giudice ordinario, la cui sussistenza è stata dichiarata espressamente all'esito dell'istruttoria formale, in quanto, nella prospettazione accusatoria il reato di alto tradimento sarebbe stato commesso al fine di impedire o di ostacolare la ricostruzione delle cause della sciagura di Ustica (9).

È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 386 c.p.p., prospettata in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., sull'assunto che la trasmissione al giudice del dibattimento di tutti gli atti del procedimento pregiudicherebbe la terzietà del giudice, comportando la conoscenza dell'intero fascicolo (10).

Infatti secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, non la mera conoscenza degli atti, ma la valutazione comunque espressa dal giudice in ordine alla responsabilità dell'imputato, sulla base degli atti stessi, comporta la violazione del principio di imparzialità e di terzietà del giudice (11).

Si deve escludere che, per effetto dell'entrata in vigore della legge costituzionale n. 2/99, con cui è stato modificato l'art. 111 Cost., si sia verificato un fenomeno di abrogazione implicita del c.p.p. del 1930. L'art. 1, comma 6, del decreto-legge n. 2/2000,

In primo luogo è stata eccepita l'incostituzionalità dell'art. 386 c.p.p. 1930, per contrasto anche con gli artt. 3, 24 e 111 Cost., sul presupposto che la trasmissione al giudice del dibattimento di tutti gli atti del procedimento, comportando la conoscenza da parte dello stesso dell'intero fascicolo, pregiudicherebbe la terzietà del giudice.

La Corte ha potuto agevolmente dichiarare la manifesta infondatezza di tale questione, richiamando l'insegnamento della Corte costituzionale, secondo il quale l'imparzialità e la terzietà sono elementi coessenziali alla nozione di giurisdizione, insuscettibili di essere lesi dalla mera conoscenza degli atti da parte del giudice che non abbia comunque espresso la sua valutazione, sulla base di essi, in ordine alla responsabilità penale dell'imputato.

Nel caso di specie, non avendo la Corte di Assise espresso alcuna valutazione di tal fatta, non è configurabile alcuna violazione del principio di terzietà del giudice.

La Corte di Assise ha negato accesso alla Corte Costituzionale anche alla questione concernente la costituzionalità dell'art. 245 disp. trans. att., nella parte in cui non ha previsto l'immediata applicazione di gran parte delle disposizioni del nuovo codice ai processi che proseguono secondo le norme anteriormente vigenti, ritenendola manifestamente infondata, poiché il suo eventuale accoglimento da parte del giudice delle leggi, imporrebbe una pronuncia «additiva», non prevista dalla normativa costituzionale.

La Corte, più propriamente, forse, avrebbe dovuto dichiarare l'inammissibilità di tale questione, poiché l'impossibilità di adozione di una pronuncia «additiva» costituisce il contenuto di una valutazione preliminare, relativa all'ambito del potere sindacatorio della Corte Costituzionale, rispetto alla delibazione della non manifesta infondatezza della questione stessa.

Un'ulteriore eccezione di incostituzionalità concerne l'art. 242, commi 1 e 3, disp. di att. nella parte in cui non prevede che i processi proseguiti secondo le norme del c.p.p. del 1930 siano celebrati integralmente secondo le disposizioni del vigente codice di rito, in quanto tale omessa previsione sarebbe incompatibile con i principi del giusto processo, ex art. 111 Cost., disposizione immediatamente applicabile ai processi in corso.

Tale eccezione è stata sollevata in via subordinata rispetto alla prospettazione della tesi secondo la quale, per effetto della recente modificazione dell'art. 111 Cost., le disposizioni transitorie del codice del 1988 che consentivano l'ultrattività del codice del 1930 sarebbero state implicitamente abrogate.

convertito in legge con modificazioni dalla legge n. 35/2000, prevedendo l'applicazione di tutti i commi precedenti anche ai procedimenti che proseguono con le norme di procedura anteriormente vigenti presuppone necessariamente l'ultrattività del c.p.p. del 1930, nei casi previsti dalle disposizioni transitorie del codice del 1988 (12).

È manifestamente infondata la eccezione di incostituzionalità dell' art. 245 disp. att., nella parte in cui non ha previsto l'immediata applicazione ai procedimenti che proseguono con l'applicazione delle norme anteriormente vigenti, di gran parte delle disposizioni del vigente codice di rito, sollevata in riferimento all' art. 111 Cost., dal momento che l'eventuale accoglimento della questione imporrebbe l'adozione di una pronuncia additiva non prevista dalla normativa costituzionale, come da costante giurisprudenza (13).

È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 242, commi 1 e 3, disp. att., nella parte in cui non prevede che i processi proseguiti secondo le norme del codice del 1930, siano celebrati integralmente secondo le disposizioni del codice vigente, sollevata in riferimento all'art. 111 Cost., poiché la proposizione di tale questione prescinde dalla considerazione di tutte le regole contenute in tale codice, con particolare riferimento alla fase dibattimentale, che appaiono pienamente aderenti al dettato costituzionale (14).

La stessa questione deve ritenersi irrilevante ove dovesse essere interpretata come questione concernente tutte le singole disposizioni del codice del 1930, senza specifica indicazione della norma viziata ed in assenza di condizioni tali che consentano di ritenere che il giudizio non possa esser definito indipendentemente dalla risoluzione della dedotta questione di costituzionalità (15).

(omissis)

Alla data del 24 ottobre 1989 nel procedimento concernente i reati di strage e disastro aereo a carico di ignoti risultavano soddisfatte le condizioni previste dall'art. 242 comma 1° lett. a) disp. trans. in quanto numerosi soggetti imputati di vari reati (falsa testimonianza, favoreggiamento, occultamento e soppressione di atti, etc.) erano stati interrogati a seguito di mandato di comparizione emesso dal G.I.

La Corte di Assise, a confutazione di tale tesi, ha rilevato che la disciplina transitoria di attuazione dell'art. 111 Cost., contenuta nel decreto-legge n. 2/2000, convertito in legge con modificazioni dalla legge n. 35/2000, ha dato per presupposta l'ultrattività del c.p.p. del 1930, nei casi previsti dalle disposizioni transitorie del c.p.p. del 1988, limitandosi a prevedere, al comma 6, l'applicazione dei commi precedenti, a tutti i procedimenti penali in corso, senza distinguere tra quelli disciplinati dal nuovo c.p.p. e quelli che proseguono con le norme anteriormente vigenti.

La questione di costituzionalità sollevata in via subordinata è stata ritenuta manifestamente infondata, per un verso (nella parte in cui essa coinvolge l'intero sistema processuale precedente, senza considerare affatto tutte quelle disposizioni del codice Rocco pienamente aderenti al dettato costituzionale), ed irrilevante, per un altro, ove interpretata come questione concernente tutte le disposizioni del codice del 1930, senza specificazione delle singole norme che sarebbero affette da illegittimità costituzionale, in assenza, quindi, di condizioni tali da giustificare il convincimento che il giudizio non possa esser definito indipendentemente dalla risoluzione di tale questione.

MASSIMO GIANNUZZI

Tali reati erano indubbiamente legati nella prospettazione accusatoria da un rapporto di connessione teleologica e probatoria con il delitto di strage e disastro aviatorio in relazione al quale era stata richiesta la formalizzazione dell'istruttoria in data 31 dicembre 1983. Pertanto la prosecuzione dell'istruttoria formale anche per tale delitto era legittimata ricorrendo la condizione prevista dalla lettera c) della disposizione sopra menzionata stante l'unitarietà del procedimento (cfr. Cass. 7 aprile 1990, De Gregorio).

Sempre nell'ambito dello stesso procedimento, in data 21 dicembre 1991 il P.M. richiedeva la contestazione ai Generali B., F., M. e T. del reato di alto tradimento previsto dall'art. 77 c.p.m.p. in relazione all'art. 289 c.p.

Tale reato, come emerge dall'articolata richiesta formulata dal P.M., era connesso con il reato di strage-disastro aviatorio da un nesso teleologico sotto il profilo di una condotta finalizzata all'occultamento delle reali cause della sciagura.

Pertanto, ancorché la circostanza aggravante prevista dall'art. 61 n. 2 c.p. non fosse stata contestata, la cognizione del reato militare spettava all'A.G. ordinaria (cfr. Cass. sez. un., 30.5/12.10.1981; 19.6/20.10.1982, F.) stante appunto la connessione teleologica che attribuiva la competenza al Giudice ordinario in base alla disposizione dell'art. 264 c.p.m.p. introdotta dalla legge n. 176 del 1956 che aveva così sostanzialmente abrogato il terzo comma dell'art. 49 c.p.p. 1930.

Sostiene peraltro la Difesa che non risulterebbe soddisfatta la condizione di cui alla lettera c) dell'art. 242 disp. trans. in quanto alla data di entrata in vigore del codice il procedimento nei confronti degli imputati non era ancora sorto, essendo la contestazione sopravvenuta nel 1992, e quindi, a quella data, non vi era ancora riunione tra tale procedimento e quello per la strage/disastro aviatorio.

Osserva in contrario la Corte che, come da consolidata giurisprudenza della S.C. (cfr. Cass. 29 ottobre 1990, D.G.; Cass. 2 agosto 1993, M.), ai fini dell'applicazione della suddetta norma deve considerarsi unico il procedimento teso ad accertare la responsabilità in ordine a fatti la cui rilevanza penale sia progressivamente emersa nell'ambito dell'originaria indagine e i cui responsabili siano stati individuati anche successivamente alla data del 24 ottobre 1989.

Nella fattispecie la richiesta di contestazione del reato da parte del P.M. costituiva il momento conclusivo di un processo di acquisizione e valutazione di dati probatori — iniziato sin dal 1980 con le dichiarazioni del Davanzali del 18 dicembre 1980 e proseguito nel 1989 con il deposito della perizia del collegio Blasi e l'esame testimoniale dei ministri Formica e Lagorio e l'acquisizione degli atti della Commissione stragi alla quale il Parlamento aveva demandato l'accertamento di eventuali responsabilità politiche — complesso di elementi dai quali emergeva una ricostruzione dei fatti non coincidente con quella prospettata dai vertici dell'Amministrazione militare all'Autorità politica e suscettibile, nell'ambito dell'indagine istruttoria, di una unitaria valutazione delle condotte penalmente rilevanti addebitate al personale militare in servizio nella varie basi aeree radaristiche.

Per quanto poi concerne il rilievo della Difesa dell'imputato B. circa il fatto che a tale data non vi era alcun indiziato per il connesso reato di strage e che pertanto, anche sotto tale profilo, non ricorrerebbe la condizione prevista dall'art. 242 lett. c) disp. trans., la Corte osserva che il procedimento per il reato *sub A)*, analogamente a quanto già rilevato con riguardo al procedimento per il reato di strage/disastro

aviatorio, risultava connesso, quantomeno ai sensi dell'art. 45 n. 4 c.p.p. 1930 (connessione probatoria), ai vari procedimenti per altri reati, poi definiti con sentenza istruttoria, nei quali risultava certamente soddisfatta quella condizione.

Né varrebbe osservare in contrario che, trattandosi di reato militare, la connessione probatoria non avrebbe potuto esser fatta valere. Invero la delimitazione della connessione quale prevista dall'art. 264 c.p.m.p. all'epoca vigente risulta applicabile soltanto ai fini dell'attribuzione di competenza all'A.G. ordinaria; una volta che tale competenza, come appunto avvenuto nella fattispecie, si sia radicata, nulla vieta, a fini diversi, l'applicabilità anche a quel procedimento dell'istituto della connessione in tutti i casi previsti dall'art. 45 c.p.p. 1930, ivi compresa pertanto anche l'ipotesi della connessione probatoria.

I difensori degli imputati del reato di falsa testimonianza hanno eccepito l'incompetenza funzionale del G.I. sottolineando che i fatti contestati erano stati commessi in epoca successiva al 24 ottobre 1989 e che, ovviamente, il relativo procedimento a tale data non poteva essere già riunito a quello in corso davanti al G.I. così come richiesto dalla disposizione di cui all'art. 242, comma 1°, lett. c), disp. trans.

Il P.M. ha contestato la fondatezza dell'eccezione sostenendo che non sarebbe possibile operare distinzioni tra notizie di reato relative a fatti commessi prima del 24 ottobre 1989 (anche se contestati successivamente) e notizie di reati per fatti comunque commessi dopo tale data, qualora sussista, anche per questi ultimi, il vincolo della connessione, ai sensi dell'art. 45 c.p.p., con le imputazioni originarie e la notizia di reato sia emersa nell'ambito dell'istruttoria formale. Ha inoltre osservato che infondato è il rilievo difensivo secondo cui in tal modo si consentirebbe una dilatazione all'infinito dell'istruzione formale, con riflessi sulla precostituzione del Giudice naturale, in quanto il Legislatore ha posto un limite invalicabile stabilendo un termine per l'esaurimento dell'istruttoria formale in corso.

In effetti, con specifico riferimento al reato di falsa testimonianza, ad avviso della Corte questi rilievi potrebbero essere ulteriormente suffragati dal fatto che, nel sistema processuale anteriore, la disciplina per il procedimento concernente la falsa testimonianza prevedeva l'attribuzione al Giudice del procedimento principale della competenza ad emettere atti coercitivi nei confronti del falso testimone e a giudicarlo, sia pur limitatamente per il G.I. alla pronuncia di sentenza di proscioglimento per ritrattazione.

Peraltro, osserva in primo luogo la Corte che la tesi del P.M. appare ben difficilmente compatibile con la disposizione dell'art. 242 lett. c), disp. trans., che subordina l'operatività del rito previgente ad una condizione ben espressa: l'esistente riunione dei procedimenti alla data di entrata in vigore del codice. In effetti, il riferimento della giurisprudenza della Corte di Cassazione alla potenzialità espansiva del procedimento originario non risulta aver mai ricompreso l'ipotesi del reato connesso che sia stato commesso in data successiva all'entrata in vigore del Codice.

Ma soprattutto tale tesi risulta contrastata dal dato normativo costituito dalla disposizione dell'art. 245, comma 2, lett. d-h), disp. trans., secondo cui nei procedimenti che proseguono con le norme anteriormente vigenti si osservano l'articolo 207 (*Testimoni sospettati di falsità o reticenza. Testimoni renitenti*) nonché l'art. 476, comma 2°, del nuovo codice (*Non è consentito l'arresto del testimone in udienza per reati concernenti il contenuto della deposizione*).

Invero l'art. 207 comma 2° impone al Giudice un ben preciso momento per la valutazione circa la sussistenza degli indizi del reato previsto dall'art. 372 c.p. e per la conseguente trasmissione degli atti al P.M.: il momento in cui avviene la decisione definitiva della fase processuale in cui il testimone ha prestato il suo ufficio.

Come emerge dal testo della Relazione al progetto preliminare del Codice del 1988, la scelta del Legislatore era profondamente innovativa rispetto al sistema precedente, sia per le serrate critiche rivolte alla normativa del Codice Rocco, sia in conseguenza della struttura del nuovo processo penale.

Con tale norma, di generale applicazione, si è infatti ritenuto secondo la Relazione «che la soluzione più naturale sotto tutti gli aspetti sia di introdurre una netta separazione fra valutazione della testimonianza, ai fini della decisione nel processo in cui è stata resa, ed eventuale persecuzione penale del testimone che abbia deposto il falso, attribuendo al Giudice del primo processo il solo compito di dare al P.M. notizia del reato quando ne ravvisi gli indizi in sede di valutazione complessiva di tutto il materiale probatorio acquisito». «Peraltro, anche in assenza di una tale notizia criminis, il P.M. potrà promuovere l'azione penale contro il testimone in base ad una autonoma valutazione di falsità della deposizione e in qualsiasi momento».

In tal senso si è anche espressa la S.C. (Cass., Sez. VI, 29 maggio 1990 n. 16661, P.) osservando che «In tema di valutazione della testimonianza, il sistema introdotto dal nuovo codice di procedura penale separa nettamente la valutazione della testimonianza ai fini della decisione del processo in cui è stata resa e la persecuzione penale del testimone che abbia deposto il falso, attribuendo al Giudice del primo processo il solo compito di dare al P.M. notizia del reato, quando ne ravvisi gli indizi in sede di valutazione complessiva di tutto il materiale raccolto».

Sempre la S.C. (Cass., sez. V, 26 gennaio 1999 n. 475) ha ulteriormente sviluppato tale principio affermando che: «Costituisce causa di riconsiderazione ex art. 37, comma 1°, lett. b), per indebita manifestazione da parte del Giudice del proprio convincimento sui fatti oggetto dell'imputazione, l'immediata trasmissione da parte del Giudice al P.M. dei verbali di deposizioni testimoniali sospettate di falsità o reticenza senza attendere, come previsto dall'art. 207 comma 2, cod. proc. pen., la decisione della fase processuale nella quale il testimone ha deposto. È contrario infatti al principio del giusto processo, che impone la netta distinzione tra il momento di acquisizione e quello della valutazione della prova, consentire al Giudice di anticipare il convincimento ad un momento anteriore alla completa acquisizione probatoria ed alla fase deliberativa».

Se questo è vero, la scelta del Legislatore di immediata applicazione della disposizione dell'art. 207 nuovo codice, funzionalmente collegata alla struttura del nuovo processo penale (scelta alla quale consegue l'immediata abrogazione per sopravvenuta incompatibilità — ai sensi dell'art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale — dell'art. 359 c.p.p. 1930, con la sola esclusione del riferimento all'esercizio dell'azione penale da parte del P.M.), non può non costituire l'espressione della volontà di un radicale superamento della disciplina preesistente che attribuiva anche al G.I. potestà di impulso nel promovimento dell'azione penale. Tale potestà, invero, è stata effettivamente e quindi indebitamente esercitata dal G.I. nella fattispecie, nel corso della fase istruttoria, con l'invio agli imputati N., M., A. e P. di comunicazione

giudiziaria anche per il reato di falsa testimonianza, nonché con ripetuti interrogatori dei predetti ed anche del B., fino al momento in cui, solo in sede di requisitoria finale, il P.M. ha formulato l'imputazione.

Deve pertanto concludersi che, con riferimento alle posizioni degli imputati, N., M., A., P. e B., l'ordinanza di rinvio a giudizio è stata emessa in assenza delle condizioni che legittimavano la prosecuzione dell'istruttoria con le norme anteriormente vigenti, in quanto il procedimento per il reato di falsa testimonianza doveva comunque rimanere nettamente distinto da quello originario nella fase processuale nella quale il testimone aveva deposto.

Ciò considerato, la Corte osserva che la S.C., pronunciandosi in questo stesso procedimento sul ricorso proposto da altri imputati (Cass., sez. V, 8 maggio 1992 n. 1172), ha affermato che il Giudice istruttore, il quale travalichi la normativa transitoria, pur non difettando di ogni potere giurisdizionale, invaderà la sfera di competenza riservata ad altri organi giudiziari dal nuovo codice, con la conseguenza della nullità degli atti compiuti e dell'impugnabilità del provvedimento conclusivo della fase del processo. Questo principio è stato altresì esposto ampiamente dalle S.U. della Suprema Corte (Cass. S.U., 20 luglio 1994, D.L.) con riferimento alla analoga ipotesi del provvedimento adottato dal G.I.P. in materia di competenza funzionale del Collegio per i reati ministeriali: «L'incompetenza funzionale equivale al disconoscimento della ripartizione delle attribuzioni del Giudice in relazione allo sviluppo del processo e riflette i suoi effetti direttamente sulla idoneità specifica dell'organo all'adozione di un determinato provvedimento. Essa, pur non avendo trovato un'esplicita previsione neppure nel nuovo codice di procedura penale, proprio perché connaturata alla costruzione normativa delle attribuzioni del Giudice ed allo sviluppo del rapporto processuale, è desumibile dal sistema ed esprime tutta la sua imponente rilevanza in relazione alla legittimità del provvedimento emesso dal Giudice perché la sua mancanza rende tale provvedimento non più conforme a parametri normativi di riferimento». L'incompetenza funzionale dà pertanto luogo, ad avviso della S.C., a nullità assoluta ed insanabile in quanto, trattandosi di un difetto di attribuzione del giudice in relazione alla funzione esercitata, lo priva della specifica idoneità all'adozione del provvedimento.

L'indicazione in sede di discussione di un orientamento giurisprudenziale (Cass., sez. VI, 24 novembre 1995, D.; sez. V, 14 novembre 1995, N. ed altri) nel senso di una mera irregolarità in caso di erronea applicazione del rito, non appare pertinente in quanto riferito allo svolgimento del processo con l'applicazione del nuovo Codice in luogo di quello abrogato ed alla mancanza nelle fattispecie concrete di specifiche violazioni dei diritti della difesa. Nella inversa ipotesi, ricorrente nella fattispecie, tale violazione deve invece ritenersi immanente per la maggior tutela garantita all'imputato dalle nuove norme, sia in via generale (cfr. Relazione nei Lavori preparatori *sub* art. 245 disp. att.: «...gli istituti ritenuti di immediata applicazione, senza alterare la struttura essenziale del processo, ne modificano lo svolgimento venendo incontro alle esigenze di semplificazione, avute di mira con la riforma del codice ed assicurando alle parti private e ai loro difensori le maggiori garanzie previste dalla riforma medesima») sia con riguardo alla disciplina prevista per il reato di falsa testimonianza nella sua totale difformità da quella dettata dal codice del 1930.

Deve pertanto essere dichiarata la nullità dell'attività istruttoria compiuta dal G.I. nel procedimento per il reato di cui all'art. 372 c.p. contestato agli imputati P., A., M., N. e B., nonché della conseguente ordinanza di rinvio a giudizio emessa nei confronti dei predetti imputati. Gli atti, previa separazione del procedimento, devono essere trasmessi al P.M. per l'ulteriore corso. (*omissis*)

Del pari infondata appare l'eccezione di nullità dell'ordinanza di rinvio a giudizio sollevata dalla Difesa dell'imputato T. per mancato rispetto del termine di deposito fissato in giorni sessanta dall'art. 242 comma 3° disp. trans., in quanto per costante giurisprudenza della S.C. (Cass., sez. VI, 10 luglio 1995, C. ed altri) la violazione di tale termine non è prevista a pena di nullità o decadenza né determina altre conseguenze processuali tali da determinare una incompetenza funzionale del G.I. non comportando un difetto di attribuzione in relazione alla funzione esercitata.

Le Difese di alcuni imputati hanno anche sostenuto la nullità dell'ordinanza di rinvio a giudizio in quanto fondata sulla valutazione di atti (perizie di ufficio) illegittimamente acquisiti al fascicolo processuale perché depositati dopo la scadenza del termine concesso alla Difesa per l'esame degli atti.

In effetti, dopo la data del 25 marzo 1999, data di scadenza dell'ultimo termine concesso dal G.I. alla Difesa, risultano depositate, l'8 aprile 1999, «note di conclusione» dei periti Casarosa-Held e Dalle Mese-Donali-Tiberi e il 7 luglio 1999 ulteriori note dei periti Casarosa-Held collegate ad una consulenza di parte civile depositata il 2 giugno 1999.

Osserva peraltro la Corte che gli elementi acquisiti nel corso della complessa istruttoria fino al momento del deposito degli atti (16 settembre 1998) avevano condotto, con ragionevole certezza, all'esclusione della sola ipotesi del cedimento strutturale. L'individuazione tra le ulteriori ipotesi (collisione, quasi-collisione, missile, esplosione interna) della reale causa del disastro non ha inciso in modo determinante sulla prospettazione accusatoria evidenziata dal P.M. e recepita dal G.I. il quale, ai fini della contestazione, ha ritenuto che si sia «*compiuta una sistematica distruzione di prove, in esecuzione di un preciso progetto che doveva impedire ogni ricostruzione dei fatti. Progetto che ha colpito in tutti i livelli a salire sino allo Stato Maggiore*». (cfr. ordinanza G.I. pag. 4958).

In questo contesto, ritenuta la nullità, ai sensi dell'art. 185 n. 3 c.p.p. 1930, e la conseguente inutilizzabilità delle note conclusive sopra indicate, è peraltro da escludere che l'ordinanza di rinvio a giudizio sia in rapporto di dipendenza sostanziale con tali atti, trovando in essi la sua unica giustificazione e la causa esclusiva. La nullità degli atti pertanto, in conformità della costante giurisprudenza della S.C., non può trasmettersi all'ordinanza stessa ai sensi dell'art. 189 c.p.p. (Cass., s.u., 24 giugno 1967).

La ritenuta nullità di quelle note conclusive depositate oltre il termine esime la Corte dalla valutazione della eccezione di costituzionalità concernente il mancato rispetto del principio del contraddittorio nella formazione di tali elementi di prova sollevata, in via subordinata, dalla difesa dell'imputato M.

Ritiene la Corte di non poter prescindere da una approfondita analisi della problematica concernente l'attribuzione del procedimento per il reato di alto tradimento alla giurisdizione ordinaria ovvero al Tribunale Militare.

Tale questione, rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, era stata affrontata dal Giudice istruttore nell'ordinanza di rinvio a giudizio (p. 5453-5458) in quanto il difensore della parte civile Davanzali aveva dedotto il difetto di giurisdizione del giudice ordinario. In particolare il G.I. aveva ritenuto sussistente la giurisdizione ordinaria sul presupposto che gli elementi di fatto accertati nell'istruzione non comportavano il venir meno del delitto di strage, ma ne mostravano con chiara evidenza la sussistenza; pertanto se allo stato non si procedeva perché ignoti erano i suoi autori, il reato sussisteva — e non se ne dichiarava l'archiviazione — ed era palesemente connesso secondo la regola dettata in materia di connessione dal codice del 1930 «condivisa dal c.p.m.p., che vige in questo procedimento — per non essere ricompresa in quelle norme del codice dell'88 che si applicano comunque — ai sensi dell'art. 264 c.p.m.p., al delitto *ex art. 77 c.p.m.p.* in relazione a quello *ex art. 289 c.p.*».

Nel corso dell'udienza sia il P.M. come il difensore della parte civile Presidenza del Consiglio hanno inoltre osservato che, comunque, sussiste la competenza del Giudice ordinario in quanto l'art. 77 del c.p.m.p. attribuirebbe rilevanza alla qualità di militare del soggetto responsabile del reato di cui all'art. 289 c.p. solo ai fini dell'aumento della pena della reclusione così prevedendo una circostanza aggravante del delitto comune e non una ipotesi autonoma di reato militare.

Ritiene la Corte che quest'ultima prospettazione non sia da condividere.

Invero l'art. 37 c.p.m.p. stabilisce che qualunque violazione della legge penale militare è reato militare. L'alto tradimento è indicato proprio come il primo dei reati militari contro la fedeltà e la difesa militare ed è quindi indubbia la sua natura speciale in quanto offensivo non soltanto di interessi tutelati dalla legge penale comune ma anche di interessi aventi natura militare (cfr. Corte Cost. 11 giugno 1980 n. 81).

È d'altra parte significativo che per diverse norme del codice penale comune egualmente richiamate nell'art. 77 c.p.m.p. (artt. 277 e 288 C.P.) per le quali è richiesta (art. 313 c.p.) la condizione di procedibilità della autorizzazione del Ministro della Giustizia, il Legislatore abbia ritenuto necessario emanare uno specifico provvedimento (art. 3 r.d.l. 9 dicembre 1941 n. 1386, conv. in legge 7 maggio 1942 n. 560) di previsione di analoga condizione di procedibilità per il «delitto punito» dall'art. 77 c.p.m.p. provvedimento che sarebbe stato ovviamente superfluo nel caso in cui non si fosse trattato di ipotesi autonoma di reato.

Ciò considerato, rileva la Corte che le argomentazioni sulle quali il G.I. ha fondato la sussistenza della giurisdizione del Giudice ordinario appaiono condivisibili.

Invero in materia di connessione di procedimenti l'art. 264 c.p.m.p., nella formulazione introdotta dalla legge 23 marzo 1956, n. 167, stabiliva — innovando la regola dettata dall'art. 49 c.p.p. del 1930 — che tra i procedimenti di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria e i procedimenti dell'autorità giudiziaria militare si ha connessione soltanto quando essi riguardino delitti commessi nello stesso tempo da più persone riunite o da più persone, anche in tempi e luoghi diversi, ma in concorso tra loro, o da più persone in danno reciprocamente le une delle altre,

ovvero delitti commessi gli uni per eseguire o per occultare gli altri o per conseguire o assicurarne, al colpevole o ad altri, il profitto, il prezzo il prodotto o l'impunità e che in tali casi è competente per tutti i procedimenti l'autorità giudiziaria ordinaria (salva la facoltà della Cassazione di ordinare con sentenza — su ricorso del P.M. ovvero risolvendo un conflitto — la separazione per ragioni di convenienza). La scelta del legislatore era pertanto di attribuire rilevanza alle sole ipotesi di connessione dettate dall'art. 45 n. 1 e 2 c.p.p. del 1930 (esclusa la connessione occasionale), ma al tempo stesso di privilegiare in tali casi la giurisdizione ordinaria. Indubbiamente nel primo periodo di applicazione della nuova norma la giurisprudenza della S.C., recependo un principio costantemente affermato in relazione ai casi di connessione tra procedimenti pendenti davanti al giudice ordinario — aveva ritenuto necessario che i procedimenti fossero nella stessa fase processuale perché la connessione potesse determinare la giurisdizione del giudice ordinario sul reato militare. Peraltro emergeva progressivamente un diverso orientamento secondo il quale «il principio per cui il conflitto di competenza, nei casi di più reati fra loro connessi, è configurabile soltanto nel rispetto della duplice condizione relativa alla connessione oggettiva e alla pendenza dei relativi procedimenti in fase istruttoria, non trova applicazione rispetto ai conflitti di giurisdizione, nei quali è in discussione lo stesso potere di *ius dicere* da parte del giudice precedente, comune o speciale, in relazione a determinati fatti costituenti reato» (Cass., SS. UU, 17 dicembre 1977, A.; nello stesso senso Cass., SS.UU., 10 gennaio 1976, C.). Si tratta di un orientamento che è stato ribadito dalla Suprema Corte anche in relazione alla nuova disciplina dettata in materia di connessione dal C.P.P. del 1998 sul presupposto — logicamente ineccepibile e pienamente condivisibile — che «La giurisprudenza elaborata in tema di competenza sotto il vigore del codice di procedura penale del 1930, e riaffermata con riferimento al codice vigente, secondo la quale la modifica della competenza per connessione opera soltanto tra procedimenti pendenti nella medesima fase processuale, non è conferente al tema della giurisdizione, poiché la diversità dei giudici implica una maggiore rigidità nella determinazione delle rispettive sfere operative, che non può dipendere da circostanze estranee a quelle originarie relative alla tipologia del reato ed alla connessione dello stesso con altro, quali la fase processuale in corso relativa all'accertamento dell'uno o dell'altro fatto criminoso» (Cass., sez. I, 2 dicembre 1997, n. 6780). In sostanza, come ha osservato la S. C. in un caso in cui il procedimento per il reato militare era nella fase dell'udienza preliminare, mentre quello relativo al reato comune connesso era già definito con sentenza irrevocabile «l'individuazione dell'unico giudice competente per connessione in ordine a più reati o più imputati è operata dalla legge nel momento in cui intervenga un secondo procedimento penale per altro reato e per altro imputato e tale attribuzione di competenza costituisce effetto processuale di una correlazione sostanziale tra ipotizzati reati o imputati; effetto che permane fino a quando sussista la causa che ad esso ha dato origine. Ne consegue che se l'intervento di un'eventuale archiviazione per uno soltanto dei reati o degli imputati vale a sciogliere il vincolo processuale di connessione per l'altro reato o imputato, la competenza per connessione permane, invece, nel caso di intervenuta condanna per uno soltanto dei reati o degli imputati». (Cass., sez. 1°, 8 luglio 1992, n. 3312, M.).

È indubbio ad avviso della Corte che nel caso specifico il principio affermato dalla S.C. non può non trovare applicazione in quanto per il reato di strage, che costituiva la causa determinante della connessione, è stato emesso un provvedimento di non doversi procedere perché ignoti coloro che hanno commesso il reato e non per insussistenza del fatto ovvero per manifesta infondatezza della notizia di reato.

Né, d'altra parte, può assumere rilevanza il fatto che l'eventuale prosecuzione dell'indagine per il reato di strage-disastro aviatorio sia disciplinata dalle norme del codice del 1988 — il che comporterebbe l'impossibilità di riunione dei procedimenti non avendo effetto la connessione in base all'art. 259 disp. trans. c.p.p. — in quanto, come affermato dalla S.C. in tema di giurisdizione, la decisione attributiva di competenza non può dipendere da circostanze estranee a quelle originarie relative alla tipologia del reato e alla correlazione sostanziale tra i diversi fatti.

In conclusione, la giurisdizione del Giudice ordinario deve pertanto ritenersi sussistente.

Sulle eccezioni di costituzionalità proposte dai difensori degli imputati Bartolucci e Ferri la Corte preliminarmente osserva che l'art. 2 della legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2 ha specificamente demandato alla legge ordinaria la normativa di applicazione dei principi fissati dal nuovo articolo 111 della Costituzione ai procedimenti penali in corso alla data della sua entrata in vigore.

Il riferimento ai «procedimenti penali in corso» indubbiamente ricomprende tutti i procedimenti, anche quelli soggetti alle regole procedurali del codice del 1930 con l'osservanza di alcune disposizioni del nuovo codice (art. 245 disp. att.).

La legge ordinaria successivamente emanata (legge n. 35 del 2000) in sede di conversione con modificazione del d.l. n. 2/2000 ha fissato la disciplina transitoria per i procedimenti in corso stabilendo espressamente che tale disciplina si applica anche ai procedimenti che proseguono con le norme del codice di procedura penale anteriormente vigente.

La Corte Costituzionale nei primi giudizi di legittimità costituzionale promossi in riferimento all'art. 111 della Costituzione ha affermato, in primo luogo, che «i precetti costituzionali si pongono, rispetto alla legge ordinaria, non solo come parametri di legittimità ma, prima ancora, come essenziali punti di riferimento dell'interpretazione conforme a costituzione della disciplina sottoposta a scrutinio di costituzionalità». (Corte cost. sentenza 12-25 ottobre 2000 n. 440).

In secondo luogo la Corte Costituzionale ha affermato che «il problema della perdurante applicabilità della norma denunciata con riguardo ai processi in corso — problema che nasce a seguito della successiva disciplina della stessa materia — viene a porsi non già sul piano dei rapporti tra legge ordinaria e legge costituzionale posteriore bensì sul versante della successione fra norme dello stesso rango, fenomeno che resta senz'altro regolato dai principi generali stabiliti dall'art. 15 delle preleggi». Conseguentemente ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 513 comma 2 c.p.p. 1988 in quanto il Giudice rimettente aveva ommesso qualsiasi valutazione in ordine alla possibile abrogazione di tale norma, almeno in riferimento al procedimento in corso, per incompatibilità con la disposizione del d.l. n. 2/2000 che rende immediatamente applicabili in detti procedimenti i principi di cui all'art. 111 della Costituzione (Corte Cost. ordinanza 12-25 ottobre 2000 n. 439).

Ciò considerato, la Corte osserva che i principi fondamentali che caratterizzano il «giusto processo» quale previsto dall'art. 111, con immediata incidenza applicativa sul processo in corso possono essere individuati nei seguenti:

1) svolgimento del processo nel contraddittorio delle parti in condizioni di parità davanti a giudice terzo ed imparziale;

2) facoltà dell'imputato davanti al giudice del dibattimento di interrogare o fare interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore («principio del contraddittorio nella sua dimensione soggettiva quale diritto dell'imputato di confrontarsi con il suo accusatore»);

3) principio del contraddittorio nella formazione della prova «nella sua dimensione oggettiva quale metodo di accertamento giudiziale dei fatti», salvo i casi, dettati dalla legge ordinaria, di mancanza del contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita;

4) principio che la colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.

In relazione al primo principio la Difesa ha eccepito l'incostituzionalità dell'art. 386 c.p.p. per contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione in quanto la trasmissione al Giudice del dibattimento di tutti gli atti del procedimento pregiudicherebbe la terzietà del Giudice comportando la conoscenza dell'intero fascicolo in difformità della disciplina dettata dal vigente codice di rito.

La questione è, ad avviso della Corte, manifestamente infondata. Invero, la Corte Costituzionale già aveva enucleato, come anche ha osservato il P.M., in relazione al principio di imparzialità, il principio di terzietà del Giudice come modo d'essere della giurisdizione, e aveva altresì affermato che non la mera conoscenza degli atti ma la valutazione comunque espressa della posizione dell'imputato in ordine alla sua responsabilità penale comportava la violazione di tale principio con la conseguente incompatibilità del giudice (Corte Cost. 17 ottobre/2 novembre 1996 n. 371). Nella fattispecie è indubbio che questa Corte non ha operato alcuna valutazione lesiva del principio di terzietà come delineato dalla Corte Costituzionale.

Risulta manifestamente infondata l'eccezione di costituzionalità con riferimento all'art. 245 disp. trans. nella parte in cui non ha previsto l'immediata applicazione di gran parte delle disposizioni del nuovo codice ai processi che proseguono secondo le norme del codice del 1930. Invero tale eccezione imporrebbe, in caso di accoglimento della questione da parte della Corte Costituzionale, una pronuncia «additiva» non prevista dalla normativa costituzionale come da costante giurisprudenza.

L'ulteriore eccezione di costituzionalità concernente l'art. 242, 1° e 3° comma, nella parte in cui non prevede che i processi proseguiti secondo le norme del codice del 1930 siano celebrati integralmente secondo le disposizioni del nuovo codice, ha come presupposto logico la tesi dell'incompatibilità globale del vecchio sistema processuale con i principi dell'art. 111 della Costituzione immediatamente applicabili ai procedimenti in corso.

La questione, sollevata in via subordinata alla tesi della implicita abrogazione delle norme del codice del 1930 in conseguenza della abrogazione delle disposizioni transitorie del codice del 1988 che ne consentivano l'ultrattività, è in parte manifestamente infondata, in parte irrilevante.

Preliminarmente, invero, la Corte osserva che la tesi dell'implicita abrogazione immediata del vecchio sistema normativo non sembra in alcun modo emergere dalla lettura delle disposizioni della legge n. 35/2000: infatti la norma del comma 6° dell'art. 1, prevedendo l'applicazione di tutti i commi precedenti anche ai procedimenti che proseguono con le norme del codice di procedura penale anteriormente vigente, si limita a dare attuazione al principio dettato dall'art. 2 della legge costituzionale n. 2 del 1999 che demanda alla legge ordinaria l'applicazione dell'art. 111 ai procedimenti penali in corso senza alcuna distinzione circa la disciplina processuale, vecchia o nuova, dalla quale sono regolati.

Tanto premesso, la questione è manifestamente infondata nella parte in cui la doglianza investe l'intero sistema processuale precedente, prescindendo dalla considerazione, con particolare riferimento alla fase dibattimentale, di tutte quelle regole ivi contenute che non appaiono in contrasto con i nuovi principi o, al limite, sono pienamente aderenti al dettato costituzionale (cfr. ad esempio la disposizione che vieta, a pena di nullità, la lettura, in mancanza di consenso delle parti, delle deposizioni testimoniali ricevute dal giudice o dal p.m. nell'istruzione: art. 462 comma 1° n. 1 e comma 3°).

È invece irrilevante nella parte in cui dovesse essere interpretata come questione concernente tutte le singole disposizioni del codice del 1930 senza specifica indicazione della norma viziata e in assenza di condizioni tali da far ritenere che il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione. (*omissis*)

CORTE DI ASSISE DI ROMA, Sez. III, ordinanza emessa in data 21 dicembre 2000 – Pres. Muscarà – P.M. Nebbioso, Salvi, Roselli (conf.) – Imputati B. ed altri – Parti civili: Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero della Difesa – Responsabile civile Ministero della Difesa (avv.ti Stato Nunziata, Giannuzzi, Scino).

Procedura penale – Procedimenti che proseguono con le norme anteriormente vigenti – Mancato rispetto del termine per il deposito nel fascicolo della Cancelleria – Nullità dell'ordinanza di rinvio a giudizio – Esclusione.

(Norme di coordinamento, di attuazione e transitorie del c.p.p. vigente, art. 242, comma 3).

Procedura penale – Procedimenti che proseguono con le norme anteriormente vigenti – Connessione tra il reato di alto tradimento commesso in Roma ed il delitto di strage in ordine al quale è competente altra autorità giudiziaria – Sentenza di non doversi procedere in ordine al reato di strage – Rilevanza della connessione ai fini della determinazione della competenza territoriale per il reato di alto tradimento – Esclusione – Competenza territoriale dell'autorità giudiziaria romana.

(c.p.p. 1930, artt. 39, 40 e 45).

Procedura penale – Procedimenti che proseguono con le norme anteriormente vigenti – Formazione del fascicolo per il dibattimento – Ingresso in tale fascicolo di tutti gli atti trasmessi al giudice del dibattimento dal giudice istruttore.

(c.p.p. 1930, art.386; c.p.p. vigente, art. 431; Cost., art. 111; d.l. n. 2/2000, conv. con modif. nella legge n. 35/2000).

Procedura penale – Procedimenti che proseguono con le norme anteriormente vigenti – Ordine di assunzione delle prove – Posposizione dell'interrogatorio dell'imputato all'audizione delle parti civili non indicate come testi – Assunzione della prova chiesta dall'accusa pubblica e privata.

(c.p.p. 1930, art. 441, comma 2, art. 447; Cost. art.111; d.l. n. 2/2000, convertito con modif. nella legge n. 35/2000, art. 1, comma 6).

Procedura penale – Procedimenti che proseguono con le norme anteriormente vigenti – Tecnica di conduzione dell'esame dei testi e dell'interrogatorio delle parti – Esame incrociato, seguito eventualmente da domande poste dal giudice.

(Cost. art. 111; d.l. n. 2/2000, conv. in legge con modif., dalla legge n. 35/2000).

Il mancato rispetto del termine di cinque giorni per il deposito del fascicolo nella cancelleria, previsto dall'art. 242, comma 3, disposizioni di attuazione del vigente c.p.p., non comporta la nullità dell'ordinanza di rinvio a giudizio.

La connessione tra il reato di alto tradimento ed il delitto di strage, se assume rilevanza in ordine all'individuazione dell'autorità giudiziaria ordinaria, quale giudice dotato di giurisdizione in relazione al procedimento originato dall'inchiesta sulla sciagura di Ustica, non è idoneo a determinare una deroga al regime della competenza territoriale in relazione al reato di alto tradimento, contestato agli imputati di tale procedimento, che risulta essere stato commesso in Roma, una volta che non è intervenuto rinvio a giudizio per il delitto di strage. Pertanto deve essere dichiarata territorialmente competente l'autorità giudiziaria romana (1).

(1-4) Con l'ordinanza in rassegna, la Corte di Assise di Roma, facendo seguito all'ordinanza emessa all'esito dell'udienza del 1 dicembre 2000 (pubblicata in questa *Rassegna*, 2000, I, 359 e ss.), ha risolto una serie di questioni preliminari sollevate dalla difesa degli imputati del reato di alto tradimento, previsto dal combinato disposto degli artt. 289 c.p. e 77 c.p.m.p., nel processo scaturito dall'inchiesta concernente la sciagura di Ustica.

Riallacciandosi alle considerazioni già svolte nell'ordinanza del 1 dicembre 2000, circa il carattere meramente ordinatorio del termine per il deposito dell'ordinanza di rinvio a giudizio, fissato dall'art. 242, comma 3, disp. att. c.p.p. del 1988, la Corte ha escluso che il mancato rispetto del termine di 5 giorni per il deposito del fascicolo nella Cancelleria previsto dalla stessa disposizione comporti la nullità dell'ordinanza di rinvio a giudizio.

L'eccezione di incompetenza territoriale della Corte di Assise di Roma, fondata sul rilievo che la connessione tra il reato di strage e quello di alto tradimento determinerebbe la competenza di altra autorità giudiziaria, è stata disattesa previa rigorosa delimitazione della rilevanza della connessione.

In applicazione dei principi costituzionali dell'art. 111 Cost., così come imposto dall'art. 1, comma 1, della legge n. 35/2000, deve ritenersi che il fascicolo per il dibattimento sia costituito da tutti gli atti trasmessi al giudice del dibattimento, fermo restando il principio che non può assumere autonomo valore di prova quanto non è stato formato nel contraddittorio delle parti. È riservato al Presidente della Corte, ai sensi dell'art. 420 c.p.p. del 1930, il giudizio sull'eventuale sovrabbondanza, inammissibilità e non pertinenza delle testimonianze (2).

Appare conforme all'esigenza di una piena applicazione del principio del contraddittorio, consacrato nell'art. 111 Cost., che l'interrogatorio dell'imputato deve essere preceduto dall'audizione delle parti civili non indicate come testi e dall'assunzione della prova richiesta dall'accusa pubblica e privata, ciò in quanto il momento centrale di formazione della prova a carico, in relazione agli addebiti dai quali l'imputato dovrà «discolparsi e difendersi», s'identifica proprio con l'acquisizione nel dibattimento delle dichiarazioni dei testi e degli imputati in procedimento connesso indotti dall'accusa (3).

La sussistenza di tale connessione, adeguatamente valorizzata dalla Corte nell'ordinanza dell'1 dicembre 2000, per affermare la giurisdizione del giudice ordinario, una volta intervenuta, come nel caso di specie, una sentenza di non doversi procedere per il reato esplicitante *vis attractiva*, ai fini della connessione, (delitto di strage), alla luce della costante giurisprudenza della Cassazione, è stata ritenuta inidonea a giustificare la deroga all'ordinario regime della competenza.

Essendo indubbio che il *locus commissi delicti* per il reato di alto tradimento si identifica con la capitale, deve essere ritenuta la competenza territoriale dell'autorità giudiziaria romana, ex art. 39, comma 1, c.p.p. 1930.

Nella seconda parte dell'ordinanza in esame, la Corte di Assise di Roma si è preoccupata di fissare le linee guida cui attenersi nella celebrazione del processo, al fine di dare attuazione all'art. 111 Cost., così come modificato dall'art. 1, legge cost. n. 2/99. Tale preoccupazione si giustifica ove si ponga mente alla peculiarità del processo originato dall'inchiesta sulla sciagura di Ustica, destinato per ragioni di diritto intertemporale a proseguire con le norme anteriormente vigenti, chiarite dalla stessa Corte nell'ordinanza del 1 dicembre 2000, e purtuttavia espressamente assoggettato dal legislatore (art. 1, comma 6, del decreto-legge n.2/2000, convertito in legge con modificazioni dalla legge n. 35/2000) ai principi costituzionali del giusto processo contenuti nel testo novellato dell'art. 111 Cost.

La Corte ha in primo luogo chiarito che concorrono a formare il fascicolo per il dibattimento tutti gli atti che sono stati trasmessi al giudice del dibattimento, ferma restando la regola costituzionale che può assumere valore di prova solo quanto si sia formato nel contraddittorio delle parti. Resta sempre riservato alla Corte, e per essa al suo Presidente, il potere di valutare l'eventuale sovrabbondanza, inammissibilità e non pertinenza delle testimonianze.

Quanto all'ordine di assunzione delle prove, si è ritenuto necessario al fine di dare attuazione integrale al principio del contraddittorio, consacrato nell'art. 111 Cost., che l'interrogatorio dell'imputato, attraverso il quale questa parte processuale esercita il suo diritto di difendersi e di discolparsi (art. 441, comma 2, c.p.p. del 1930), sia preceduto dall'audizione delle parti civili non indicate come testi e dall'assunzione della prova richiesta dall'accusa pubblica e privata.

Tale assunzione costituendo il momento essenziale della formazione della prova a carico, consente, infatti, all'imputato di individuare con precisione gli addebiti dai quali deve difendersi.

Meritano di essere condivise le conclusioni cui è giunta la Corte in ordine alle modalità di assunzione delle prove testimoniali e di conduzione dell'interrogatorio degli imputati, anche di quelli di reati connessi, sintetizzate nel riferimento alla tecnica dell'esame incrociato, eventualmente seguito da eventuali domande del giudice.

La piena attuazione dell'art. 111 Cost., nella parte in cui questa disposizione costituzionale attribuisce agli imputati la facoltà di interrogare e far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a loro carico e prevede che il processo debba svolgersi in condizione di parità tra le parti, davanti ad un giudice terzo ed imparziale, risulta assicurata dall'esame in contraddittorio condotto direttamente dalle parti, cui deve essere riservata la scelta concernente l'ordine di assunzione delle prove testimoniali e degli interrogatori degli imputati di reati connessi, seguito da eventuali domande poste dal giudice. Anche l'interrogatorio degli imputati deve essere condotto con le regole dell'esame incrociato, seguito solo all'esito da eventuali domande del giudice (4).

(omissis)

Sulle eccezioni di nullità dell'ordinanza di rinvio a giudizio proposte dalla difesa dell'imputato M. per violazione dell'art. 185 n. 1 e 3 c.p.p. del 1930 sul presupposto che il giudice istruttore, avendo proseguito l'attività istruttoria oltre il termine del 31 dicembre 1997, sarebbe carente di giurisdizione e che comunque tale ulteriore attività istruttoria sarebbe nulla, osserva che il difensore non ha indicato quali siano state le attività istruttorie — oltre l'attività peritale di cui è stata già dichiarata la nullità con l'ordinanza del 1° dicembre 2000 — svolte dal G.I. in epoca successiva al predetto termine. Sostanzialmente pertanto la prospettata nullità dell'ordinanza di rinvio a giudizio si fonda esclusivamente sul mancato rispetto del termine di cinque giorni per il deposito del fascicolo nella cancelleria previsto dall'art. 242, comma 3° disp. att. C.p.p., violazione che non è prevista a pena di nullità o decadenza, così come già rilevato nella precedente ordinanza in relazione alla analoga previsione dettata dalla stessa disposizione di un termine per il deposito dell'ordinanza di rinvio a giudizio. Anche per quanto concerne le doglianze in merito alla facoltà di consultazione di atti del fascicolo depositato, e al conseguente pregiudizio di una piena esplicazione dell'attività difensiva, la prospettazione non ha individuato, neppure all'esito del successivo, completo esame degli atti, specifiche violazioni concretamente incidenti in termini di lesione dei diritti della difesa e riconducibili alle ipotesi previste nell'art. 185 n.3 c.p.p. del 1930.

Sull'eccezione di incompetenza per territorio sollevata dal difensore dell'imputato F., e fondata sul rilievo che il dedotto rapporto di connessione con il delitto di strage determinerebbe la competenza di altra autorità giudiziaria, rileva la Corte che, a prescindere dalla valutazione sulla esattezza dell'ordinanza in data 23 aprile 1992 con cui il Giudice Istruttore presso il Tribunale di Roma aveva ritenuto la propria competenza, il presente processo ha per oggetto esclusivamente il reato di alto tradimento che risulta commesso in Roma. Pertanto il rapporto di connessione con il delitto di strage, in ordine al quale non è stato emesso provve-

Appare decisamente in linea con l'esigenza della piena attuazione del principio del contraddittorio, all'interno di un processo che si svolga in condizioni di parità dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale, la riserva alle parti della scelta dell'ordine di assunzione delle prove testimoniali e degli interrogatori di persone imputate di reati connessi.

dimento di rinvio a giudizio, se assume rilevanza per quanto concerne l'attribuzione di giurisdizione alla magistratura ordinaria — come ha osservato la Suprema Corte nelle pronunce richiamate nell'ordinanza del 1° dicembre 2000 — non può determinare una deroga al regime ordinario della competenza per territorio una volta che non è intervenuto rinvio a giudizio per il delitto di strage; invero, per costante giurisprudenza della Corte di Cassazione anche sotto la vigenza del codice del 1930 (Cass., 4 aprile 1956, L.), venuto meno in fase istruttoria il reato che aveva causato la deroga alla normale competenza per territorio, non vi è più motivo che permanga la deroga alla competenza normale e pertanto la cognizione del reato che aveva subito lo spostamento di competenza territoriale ritorna nell'ambito della propria competenza territoriale.

Allo scopo di dare attuazione, come espressamente imposto dall'art. 1 comma 1, legge 35/2000, ai principi costituzionali dettati dall'art. 111 Cost., già richiamati nell'ordinanza del 1° dicembre 2000, sentite le parti a norma dell'art. 150 c.p.p. 1930, con riferimento alle modalità di svolgimento dell'istruttoria dibattimentale, la Corte osserva:

Il fascicolo del dibattimento è costituito da tutti gli atti che sono stati trasmessi al Giudice del dibattimento, ferma restando, in linea di principio, la regola che non può avere autonomo valore di prova quanto non si è formato nel contraddittorio delle parti.

Il giudizio sulla eventuale sovrabbondanza, inammissibilità e non pertinenza delle testimonianze, rimesso dall'art. 420 c.p.p., al Presidente — e, nella fattispecie, non ancora intervenuto giusta la riserva contenuta nel decreto del Presidente del 25 settembre 2000 — ben può essere esercitato dalla Corte nel quadro di una funzione di controllo che risulta incidere sulla potestà di richiesta probatoria delle parti in termini meno rilevanti rispetto alla disciplina del nuovo Codice, che prevede un provvedimento espresso di ammissione della prova da parte del Collegio (art. 495 c.p.p. 1988) in aggiunta alla preliminare deliberazione del Presidente circa l'inammissibilità e la sovrabbondanza (art. 460 c.p.p.).

L'ordine delle prove nel sistema processuale del 1930 (art. 440) non era perentorio essendo pacifico il potere discrezionale del Giudice di modificarlo.

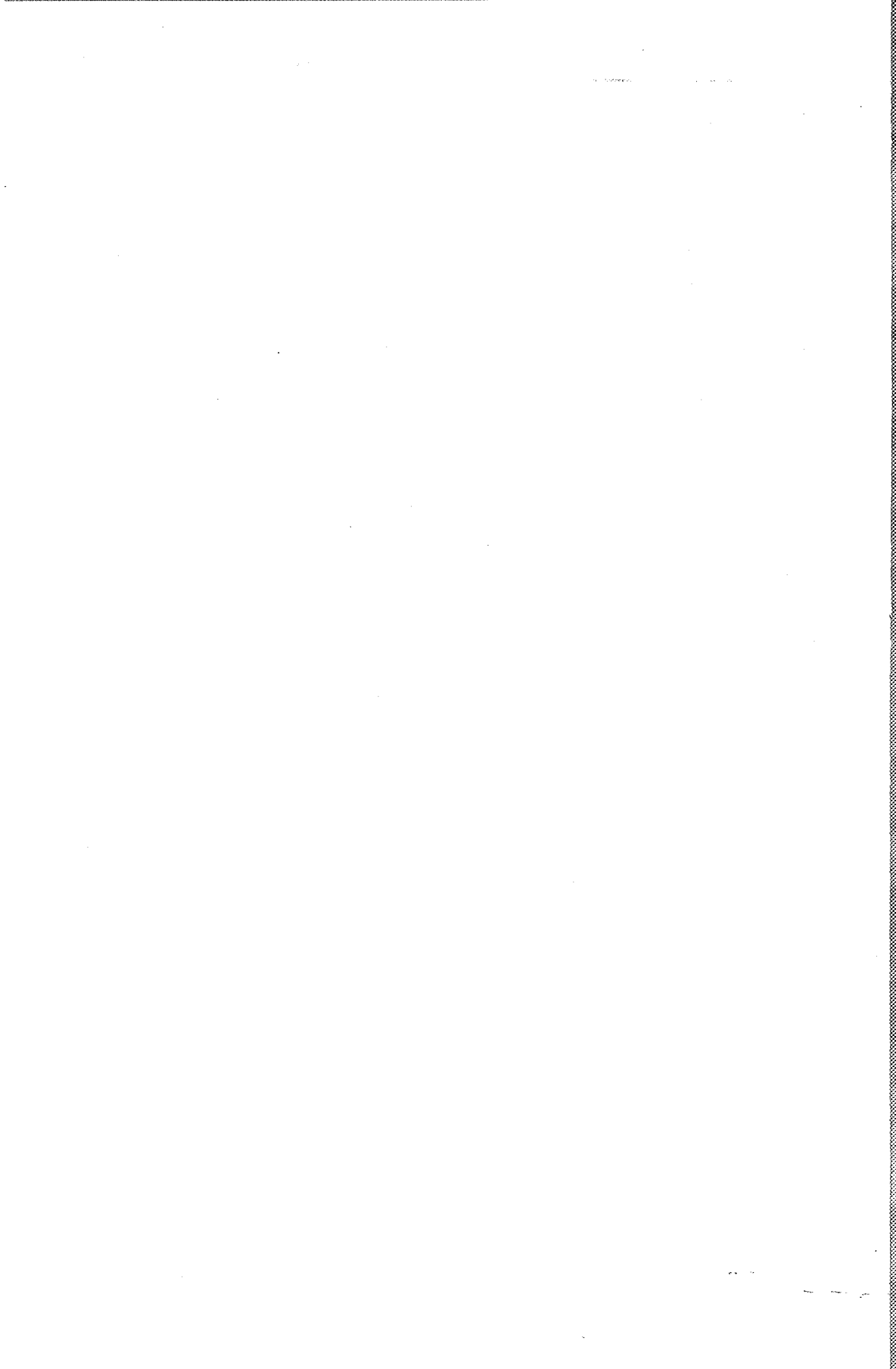
In questo contesto, allo scopo di realizzare una piena applicazione del principio del contraddittorio consacrato nell'art. 111 Cost., la Corte ritiene conforme a diritto che l'interrogatorio dell'imputato, finalizzato ad acquisirne le discolpe e le difese (art. 441 comma 2 c.p.p. 1930), debba essere preceduto dall'audizione delle parti civili non indicate come testi (art. 447) e dall'assunzione della prova richiesta dall'Accusa pubblica e privata: ciò in quanto, con specifico riferimento alle dichiarazioni dei testimoni, nonché dei soggetti imputati in procedimento connesso, la cui citazione è richiesta dall'Accusa, il momento centrale di formazione della prova a carico, e quindi di individuazione degli addebiti dai quali l'imputato dovrà «discolparsi e difendersi», si identifica proprio con l'acquisizione di quelle dichiarazioni nel dibattimento.

Se è vero che in base all'art. 111 Cost. gli imputati hanno facoltà di interrogare e far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a loro carico e che il processo deve svolgersi in condizioni di parità tra le parti, davanti ad un Giudice terzo e imparziale, la piena attuazione di tale principio appare garantita dall'esame in

contraddittorio condotto direttamente dalle parti e seguito da eventuali domande del Giudice, in analogia al sistema previsto dal codice del 1988. Nella stessa ottica, appare corretto privilegiare la scelta delle parti nell'indicazione dell'ordine di assunzione delle prove testimoniali e degli interrogatori liberi di persone imputate di reati connessi rispettivamente richiesti, soggetti il cui esame sarà necessariamente delimitato, se già ascoltati nel corso dell'istruzione formale, dal contenuto della deposizione già resa.

Perché il contraddittorio si espliciti in condizioni di parità tra le parti e, al tempo stesso, sia assicurata nel modo più ampio la terzietà del Giudice, è necessario che anche l'interrogatorio degli imputati sia condotto con le regole dell'esame incrociato seguito, solo all'esito, da eventuali domande del Giudice.

L'istruttoria dibattimentale si attuerà pertanto secondo le norme del codice di rito del 1930, adeguate, nei termini sopra indicati ed in applicazione della legge 35/2000, ai principi dettati dall'art. 111 Cost. (*omissis*)



PARTE SECONDA



DOTTRINA

Azione cautelare e decisione di merito (*)

SOMMARIO:

1. - *I PROCEDIMENTI ACCELERATI: GLI ARTT. 3 E 4 DELLA LEGGE N. 205/2000.*
2. - *I PRECEDENTI «STORICI».*
3. - *IL RITO ABBREVIATO COME STRUMENTO ALTERNATIVO ALLA CAUTELA.*
4. - *LA NORMA GENERALE: IL PROCEDIMENTO ABBREVIATO DI CUI AGLI ARTT. 3 E 9 LEGGE N. 205/2000.*
5. - *I PROCEDIMENTI ABBREVIATI DI CUI ALL'ART. 4 LEGGE N. 205/2000.*
6. - *OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.*

1. - I PROCEDIMENTI ACCELERATI: GLI ARTT. 3 E 4 DELLA LEGGE N. 205/00.

L'intento acceleratorio sotteso alla legge 21 luglio 2000 n. 205 emerge da varie sue disposizioni ed, in particolare, da quelle che prevedono forme celeri o «brevi» di risoluzione delle controversie: così è ad esempio per l'art. 1 nella parte in cui prevede che, in pendenza del ricorso, i provvedimenti connessi al suo oggetto siano impugnati mediante proposizione di motivi aggiunti; così è per i procedimenti «speciali» quali quello previsto dall'art. 2 in materia di silenzio della amministrazione; così è per l'art. 3 nella parte in cui prevede la prioritaria trattazione nel merito del ricorso in ordine al quale sia stata accolta la richiesta cautelare.

Oltre a tali disposizioni, la legge prevede alcuni ulteriori strumenti atti a realizzare velocemente la tutela giurisdizionale nel merito, strumenti che tendono cioè alla definitività del giudizio ed aventi l'attitudine all'impiego di atti processuali idonei ad assurgere al rilievo di cosa giudicata. Tali strumenti tendono a rendere inutili la decisione cautelare, perché assorbita nella decisione di merito o, comunque, a ridurre il rilievo temporale della stessa tramite un collegamento proceduralizzato tra le due decisioni.

Fra questi strumenti ci si può occupare in particolare di quelli che, sempre in funzione acceleratoria, tendono al compattamento della fase cautelare e della fase di merito ovvero al ravvicinamento proceduralizzato fra le due fasi.

La legge disciplina così dei modelli processuali che si discostano da quello originariamente disegnato dalla legge n. 1034/1971 e prima ancora dal R.D. n. 1054/1924, ordinariamente cadenzato su due udienze, una in camera di consiglio per la decisione dell'eventuale istanza cautelare, l'altra in seduta pubblica per la decisione del ricorso nel merito: tali modelli processuali, siccome previsti

(*) Testo della relazione al Seminario di studio organizzato dal Tribunale Amministrativo Regionale dell'Emilia-Romagna e dalla Sezione Emilia-Romagna della Società Italiana Avvocati Amministrativisti, tenutosi a Bologna il 23 novembre 2000.

come di generale applicazione al darsi di determinati presupposti ovvero riferiti ad una categoria ampia di controversie, assurgono al rilievo di veri e propri «criteri alternativi».

In particolare, ci si riferisce alla disciplina di cui agli artt. 2, 3, 4 e 9 della legge n. 205/2000, ove è prevista la possibilità, ora di carattere generale al ricorrere di determinati presupposti ora per specificate categorie di controversie, di decisioni di merito in camera di consiglio nonché, per altre determinate categorie di controversie, il ravvicinamento fra la fase cautelare e la fase di merito.

Le une e le altre procedure possono essere riassuntivamente ricomprese nel concetto di procedure accelerate.

Esempi del primo tipo di procedura (decisioni di merito in camera di consiglio) si rinvencono relativamente ai ricorsi avverso il silenzio dell'amministrazione (art. 2 legge n. 205/2000) ovvero relativamente ai giudizi in materia di accesso agli atti amministrativi ai sensi dell'art. 25 della legge n. 241/1990 (modificato quanto alla obbligatorietà della difesa tecnica dall'art. 4, terzo comma, legge n. 205/2000).

Ulteriore e significativo esempio di questo tipo di procedura è rappresentato dall'art. 3, comma 1, della legge n. 205/2000 che, interpolando l'art. 21 legge n. 1034/1971, ha previsto, senza distinzioni in ordine al tipo di competenza giurisdizionale esercitata ovvero all'oggetto del ricorso, che in sede di decisione della domanda cautelare, il giudice amministrativo, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria e ricorrendone i presupposti, sentite sul punto le parti costituite, possa definire il giudizio con decisione in forma semplificata.

Un esempio del secondo tipo di procedura (ravvicinamento delle fasi cautelare e di merito) si rinviene nella previsione dell'art. 4 legge n. 205/2000, che aggiunge l'art. 23 *bis* alla legge n. 1034/1971. Tale norma prevede che, nei giudizi aventi ad oggetto provvedimenti relativi a determinati ambiti amministrativi, fra i quali le procedure di affidamento di incarichi di progettazione e di connesse attività tecnico-amministrative nonché le procedure di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, di servizi pubblici e forniture, il giudice amministrativo, chiamato a pronunciarsi sulla domanda cautelare, accertata la completezza del contraddittorio, se ritiene ad un primo esame che il ricorso evidenzia l'illegittimità dell'atto impugnato e la sussistenza di un pregiudizio grave e irreparabile, fissa con ordinanza la data di discussione nel merito alla prima udienza successiva al termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza.

2. - I PRECEDENTI «STORICI».

La previsione di strumenti processuali in funzione acceleratoria non è una novità assoluta della legge n. 205/2000.

Già il progetto di legge delega per l'emanazione delle norme sul processo amministrativo n. 1912, approvato alla Camera dei deputati in data 12 ottobre 1989 (1), ma mai approvato definitivamente, prevedeva, nell'indirizzare il Governo a for-

(1) Atto parl. Camera 788-1726 A: il testo è pubblicato in *Foro amm.* 1990, I, 301 ss.

me abbreviate e semplificate di processo, che nel caso di accoglimento della domanda di tutela interinale l'udienza di merito dovesse essere fissata per una data compresa entro il termine massimo di sei mesi e che dovessero essere previste forme abbreviate e semplificate di provvedimenti giurisdizionali.

Significativamente, il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi in sede consultiva su tale disegno di legge (2), suggeriva la previsione di un procedimento da definirsi con «ordinanza conclusiva concisamente motivata», nel rispetto del diritto di difesa e del principio del contraddittorio, per i ricorsi manifestamente infondati, inammissibili, irricevibili, improcedibili, ovvero per quelli che pongano questioni di evidente ed immediata soluzione.

Analogamente suggeriva di ampliare tale modalità procedurale, prevedendo la possibilità, sempre nel rispetto del principio del contraddittorio, di decisione sul merito con ordinanza conclusiva sin dalla sede di decisione sulla domanda di tutela interinale, a fronte di causa matura per la definizione e non comportante esame di problematiche complesse.

L'esigenza pratica di coniugare celerità ed effettività della tutela giurisdizionale ha condotto qualche giudice amministrativo ad elaborare, pur in assenza di specifica disposizione legislativa, ipotesi di trasformazione della fase cautelare di giudizio in fase di merito. Significativa in tal senso è la vicenda del T.a.r. Veneto, che ha dato luogo ad un vero e proprio «rito veneziano» (3), in virtù del quale, «se in camera di consiglio, il ricorrente, istante per la sospensione del provvedimento impugnato, abbia dichiarato di rinunciare alla domanda cautelare e ad ogni termine a difesa, per l'urgenza della decisione nel merito, purché questa, anche se sinteticamente motivata, sia depositata in termini brevissimi, e l'amministrazione resistente si sia associata a tale richiesta, parimenti rinunciando ai termini a suo favore, il T.a.r. può fissare seduta stante l'udienza per la trattazione della causa e il collegio può redigere la sentenza, richiamando per l'esposizione del fatto quanto esposto dalle parti nel ricorso e negli scritti difensivi, e motivando solo con l'indicazione dei passaggi essenziali dell'*iter* logico seguito» (4).

In tempi più recenti, la possibilità per il giudice amministrativo di decidere il ricorso nel merito sin dalla fase cautelare è diventata diritto positivo.

Infatti, l'art. 19 del d.l. 25 marzo 1997, n. 67, con riferimento al contenzioso in materia di opere pubbliche, ha previsto la facoltà del giudice, chiamato a pronunciarsi sulla domanda di sospensione, di definire immediatamente il giudizio nel merito, con motivazione in forma abbreviata, quando accerti l'irricevibilità o l'inammissibilità o l'infondatezza del ricorso.

In sede di conversione, avvenuta con legge 23 maggio 1997, n. 135, il testo della norma è stato riformulato eliminandosi il riferimento all'irricevibilità, inammissibilità o infondatezza del ricorso, con ciò consentendo in linea generale la possibilità di decisione di merito sostitutiva della pronuncia cautelare.

(2) Parere dell'Adunanza Generale del Consiglio di Stato n. 16 dell'8 febbraio 1990, in *Foro amm.* 1990, I, 270 ss.

(3) Sul punto si veda, di recente, DEPIERO R., in AA.VV., *La giustizia amministrativa-Commento alla legge 21 luglio 2000, n. 205*, Milano, 2000, 76 ss.

(4) TAR Veneto, sez. I, 19 febbraio 1994, n. 155, in *Foro it.*, 1994, III, 353.

La norma ha poi comunque previsto la celebrazione dell'udienza di discussione del merito della causa entro sessanta giorni nel caso di concessione del provvedimento cautelare e la dimidiazione dei termini processuali (5).

Con analogo intento, l'art. 31 *bis* della legge 11 febbraio 1994, n. 109 ha disposto che, sempre relativamente ai giudizi amministrativi aventi ad oggetto controversie in materia di lavori pubblici in relazione ai quali sia stata presentata domanda di provvedimento d'urgenza, i controinteressati e l'amministrazione resistente possano chiedere che la questione venga decisa nel merito (6).

Ulteriormente, l'art. 1, comma 27 della legge 31 luglio 1997, n. 249 in materia di provvedimenti dell'autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha previsto che il giudice, chiamato a pronunciarsi sulla domanda di sospensione di tali provvedimenti, possa definire il giudizio nel merito, con motivazione in forma abbreviata.

Se le disposizioni citate costituivano settoriale applicazione dell'intento acceleratorio di cui si è detto, non estensibile al di fuori delle ipotesi previste (7), la legge n. 205/2000 ne generalizza invece l'applicazione senza limitazione ai giudizi in determinate materie, contestualmente procedendo all'abrogazione espressa tanto dell'art. 19 d.l. n. 67/1997 quanto dell'art. 1, comma 27 della legge n. 249/1997 (art. 4).

Peraltro, non va sottaciuto come strumenti di tal genere si collochino in una dimensione di conformità rispetto al principio di effettività della tutela giurisdizionale nella sua dimensione comunitaria (8), i cui connotati si sono puntualizza-

(5) Abbondante è la giurisprudenza in tema di applicazione della disposizione in esame: *ex plurimis*, C.G.A.S., sez. giur., 8 agosto 1998, n. 461, in *Cons. Stato*, 1998, I, 1229; Cons. St., V, 4 luglio 1997, n. 771, in *Foro it.*, 1998, III, 50; Cons. St., V, 14 ottobre 1998, n. 1473, in *Cons. Stato* 1998, I, 1581; Cons. St., VI, 3 dicembre 1998, n. 1648, in *Cons. Stato*, 1998, I, 1979; Cons. St., IV, 29 gennaio 1999, n. 97, in *Cons. Stato*, 1999, I, 52; TAR Piemonte, II, 4 febbraio 1999, n. 110; TAR Puglia, Bari, II, 27 ottobre 1997, n. 850; in dottrina, fra i tanti interventi, PAGANO A., *Giudice amministrativo e opere pubbliche*, in *Urbanistica e appalti*, 1997, 740; CARULLO A., *La nuova riforma del processo amministrativo in materia di appalti di opere pubbliche*, in *Riv. Trim. appalti*, 1997, 345; VIRGA G., *Primi orientamenti sul c.d. giudizio abbreviato previsto dall'art. 19 del D.l. n. 67/1997*, in *Giust. Amm. Sic.*, 1997, 1053 e in *Giust.it Giustizia amministrativa*, <http://www.giust.it>.

(6) Sul problema del coordinamento fra l'art. 19 D.l. n. 67/97 e l'art. 31 *bis* legge n. 109/94, si veda DE NICTOLIS R., *Il rito in materia di opere pubbliche: dalla legge Merloni all'art. 19 D.l. 67/97*, in *Urbanistica e appalti*, 1999, 1173.

(7) Sulla natura di norme di stretta interpretazione e sul conseguente divieto di applicazione analogica oltre i casi espressamente contemplati delle norme procedurali dettate dall'art. 19 D.l. n. 67/97, si veda Cons. St., VI, 3 dicembre 1998, n. 1648, in *Cons. Stato*, 1998, I, 1979; TAR Piemonte, II, 4 febbraio 1999, n. 110, in *Giust.it Giustizia amministrativa*, <http://www.giust.it>.

(8) La dottrina sul punto è amplissima: ci si limita a ricordare, unitamente agli ulteriori riferimenti ivi citati, TESAURO G., *Tutela cautelare e diritto comunitario*, *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 1992, 131 ss.; CARANTA R., *Effettività della garanzia giurisdizionale nei confronti della p.a. e diritto comunitario: il problema della tutela cautelare*, in *Foro amm.*, 1991, 1889 ss.; VIVIANI A. *Diritto comunitario e potestà cautelare dei giudici nazionali*, in *Riv. It. Dir. Comunitario scambi internaz.*, 1993, 581; CARANTA R., *Diritto comunitario e tutela cautelare: dall'effettività allo ius comune*, in *Giur. It.*, 1994, I, 353; CARAMAZZA I.F., *Effettività della tutela: ottemperanza*, in *Rass. Adv. Stato*, 1994, II, 93 ss.; PERFETTI L., *Tutela cautelare inaudita altera parte nel processo amministrativo - Effettività della tutela ed effettività del giudizio*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 1999, 93 ss.; FARO S., *L'effettività della tutela cautelare amministrativa: questioni ancora aperte*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 1999, 1409 ss.

ti intorno alla disciplina della tutela cautelare: sarà sufficiente al riguardo ricordare le decisioni della Corte di Giustizia nel caso *Factortame* (9), ove si statui che i giudici degli Stati membri sono tenuti a disapplicare eventuali norme di diritto interno ostacolanti l'adozione in via cautelare di disposizioni di fonte comunitaria costituenti posizioni soggettive attive dei soggetti, o nel caso *Zuckerfabrik Suderdithamarschen* (10), ove furono individuati i presupposti che legittimano l'adozione del provvedimento cautelare di sospensione del provvedimento amministrativo, o nel caso *Atalanta* (11), ove la Corte ha ampliato la tipologia di strumenti di tutela cautelare, affermando che gli stessi devono essere tali da garantire all'interessato una tutela cautelare realmente soddisfacente, o infine nel caso *Alcatel* (12), ove la Corte ha affermato che strumenti nazionali che consentano la tutela risarcitoria per equivalente non possono che aggiungersi ad altri che tendano alla reintegrazione in forma specifica.

Si osserva, infine, come analogo impulso sia di recente ulteriormente pervenuto anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, sotto il profilo della violazione del «ragionevole termine» del processo di cui all'art. 6 della Convenzione di Strasburgo, posto a garanzia del medesimo principio di effettività (13).

3. - IL RITO ABBREVIATO COME STRUMENTO ALTERNATIVO ALLA CAUTELA.

L'utilizzabilità del rito abbreviato come strumento alternativo alla cautela emerge sin dalla rubrica dalla disposizione di cui all'art. 3 della legge n. 205/2000 che, sotto la definizione di «disposizioni generali sul processo cautelare», prevede la possibilità di trasformazione della fase cautelare in fase di merito.

Altrettanto significativamente, sotto il profilo della collocazione sistematica, tali disposizioni vanno ad inserirsi nell'art. 21 legge 1034/1971 nell'ambito della disciplina processuale della trattazione della domanda cautelare.

La disciplina del rito è completata dall'art. 9 legge n. 205/2000, rubricato «decisioni in forma semplificata» che vanno ad interpolare l'art. 26 della legge 1034/1971, dedicato alle decisioni di merito, con i commi quarto, quinto e sesto (14).

(9) Corte di Giustizia, 19 giugno 1990, in causa 213/89.

(10) Corte di Giustizia, 21 febbraio 1991, in cause riunite C-143/88 e C-92/89.

(11) Corte di Giustizia, 9 novembre 1995, in causa C-465/93.

(12) Corte di Giustizia, 28 ottobre 1999, in causa C-81/98.

(13) Corte europea dei diritti dell'uomo – sentenza 5 ottobre 2000, in causa Mennitto C. Italia, in *Giust.it Giustizia amministrativa*, <http://www.giust.it>, n. 11-2000, con nota SAPORITO G.

(14) Fra i primi commenti alle disposizioni in esame, VIRGA G., *I procedimenti abbreviati previsti dalla L. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Giust.it Giustizia amministrativa*, <http://www.giust.it>, n. 10-2000; SANINO M., *Il processo cautelare*, in AA.VV. *Verso il nuovo processo amministrativo-Commento alla legge 21 luglio 2000, n. 205*, a cura di CERULLI IRELLI V., Milano, 2000, 273, ss.; DEPIERO R., in AA.VV. *La giustizia amministrativa- Commento alla legge 21 luglio 2000, n. 205*, cit., 76 ss.

Dispone al riguardo il decimo comma dell'art. 21, nel testo novellato:

«In sede di decisione della domanda cautelare, il tribunale amministrativo regionale, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria ed ove ne ricorrano i presupposti, sentite sul punto le parti costituite, può definire il giudizio nel merito a norma dell'articolo 26. Ove necessario, il tribunale amministrativo regionale dispone l'integrazione del contraddittorio e fissa contestualmente la data della successiva trattazione del ricorso a norma del comma undicesimo; adotta, ove ne sia il caso, le misure cautelari interinali»

Dispongono il quarto, quinto e sesto comma dell'art. 26, nel testo novellato:

«Nel caso in cui ravvisino la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso, il tribunale amministrativo regionale e il Consiglio di Stato decidono con sentenza succintamente motivata. La motivazione della sentenza può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo, ovvero, se del caso, ad un precedente conforme. In ogni caso, il giudice provvede anche sulle spese di giudizio, applicando le norme del codice di procedura civile.

La decisione in forma semplificata è assunta, nel rispetto della completezza del contraddittorio, nella camera di consiglio fissata per l'esame dell'istanza cautelare ovvero fissata d'ufficio a seguito dell'esame istruttorio previsto dal secondo comma dell'articolo 44 del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, e successive modificazioni.

Le decisioni in forma semplificata sono soggette alle medesime forme di impugnazione previste per le sentenze».

Ne emerge l'introduzione di una decisione «allo stato degli atti» utile nella misura in cui la materia del contendere sia di immediata ed evidente soluzione.

È solo in tal modo che si conciliano il principio di effettività della tutela giurisdizionale con quello del rispetto del diritto di difesa e del contraddittorio.

La legittimità costituzionale di una simile scelta era già stata vagliata dalla Corte Costituzionale in sede di deliberazione di costituzionalità dell'art. 19 del d.l. n. 67/1997 convertito nella legge n. 135/1997: con sentenza n. 427 del 10 novembre 1999 (15), la Corte ha statuito che presupposto legittimante la definizione immediata del giudizio (che, come tale rende superflua ed inutile una pronuncia sulla misura cautelare di sospensiva) è che si tratti di questioni definibili immediatamente o di pronta soluzione, escluso ogni carattere di procedura sommaria. Solo in tali ipotesi infatti può esservi alternatività rispetto alla pronuncia sulla domanda di sospensione, che rimane superata ed assorbita dalla definizione della lite, la quale assicura, come decisione finale (processuale o di merito) una effettività e completezza di tutela giurisdizionale, con esercizio dello stesso potere di cognizione del giudizio ordinario. Così intesa l'alternatività della tutela di merito rispetto a quella cautelare, non può che dedursi per le ipotesi in cui la causa non appaia di evidente soluzione la permanenza in capo al giudice dell'ordinario potere cautelare (16).

(15) In *Foro it.*, 2000, I, 746 ss., con nota di ROMANO A.

(16) Corte Cost., 16 luglio 1996, n. 249, in *Foro it.*, 1996, I, 2607 ss.

4. - LA NORMA GENERALE: IL PROCEDIMENTO ABBREVIATO DI CUI AGLI ARTT. 3 E 9 LEGGE N. 205/2000.

L'art. 21, decimo comma, legge n. 1034/1971 nel testo modificato dall'art. 3 della legge n. 205/00 disciplina ora in via generale un rito accelerato nell'ambito del quale la fase cautelare è idonea a trasformarsi in fase di merito, mediante la concentrazione dell'intero giudizio nell'udienza fissata per la decisione della domanda cautelare. E ciò fa senza distinzioni in ordine al tipo competenza giurisdizionale esercitata.

Le disposizioni della novella del 2000 regolano, da un lato, 1) i presupposti processuali del rito accelerato e, dall'altro lato, 2) la correlativa disciplina processuale e provvedimentale.

Sub 1) I presupposti processuali.

Fra i *presupposti* del procedimento abbreviato è possibile identificare alcuni presupposti esplicitati espressamente dalla norma, ai quali si accompagna un presupposto implicito.

1 a) Presupposto implicito è certamente l'*urgenza* della decisione. Si è già rilevato come il *luogo giuridico* in cui viene effettuata la scelta di addivenire al rito abbreviato è la «decisione della domanda cautelare», come testualmente recita il decimo comma dell'art. 21. Ciò presuppone che si tratti di questione oggettivamente urgente, ove l'esecuzione del provvedimento opposto o l'inerzia della pubblica amministrazione possa arrecare grave ed irreparabile danno (17).

Se l'*urgenza* è l'ovvio presupposto implicito del rito abbreviato in questione, può porsi il problema della necessità di dare atto nel contesto motivazionale della decisione della sussistenza in concreto dello stesso. La questione può avere risposta negativa, solo che si consideri che un obbligo motivazionale in tal senso si giustifica laddove con l'ordinanza cautelare (sia essa di rigetto o di accoglimento) si regolano interinalmente gli effetti del provvedimento oggetto del sindacato giurisdizionale ed in buona sostanza i rapporti fra l'amministrazione e la parte ricorrente, mentre analoga esigenza non sussiste laddove si addivenga ad una tutela ancora più piena ed immediata. La Corte Costituzionale, del resto, con la citata sentenza n. 427 del 1999 ha escluso, sebbene a titolo di *obiter dictum*, la necessità che sia valutata l'esistenza del *periculum in mora*.

Sotto concorrente profilo, può rilevarsi che, se l'*urgenza* del provvedere è il presupposto implicito del rito abbreviato, perché possa farsi applicazione del comma decimo dell'art. 21 in esame, occorrerà che il ricorrente mantenga ferma la domanda di decisione cautelare, con l'ovvia conseguenza che a fronte della sua rinuncia alla domanda cautelare non si potrà far luogo al procedimento in questione, salva l'emanazione della decisione in forma semplificata prevista in generale dall'art. 26 legge 1034/1971.

(17) Così, DEPIERO R., in AA.VV., *La giustizia amministrativa*, cit., 78 ss.

1 b) Presupposti particolari ed espliciti individuati dalla disposizione sono *1 b 1)* la completezza del contraddittorio; *1 b 2)* la completezza dell'istruttoria e *1 b 3)* gli ulteriori presupposti, cui rinvia senza specificazione il decimo comma dell'art. 21.

L'individuazione espressa dei presupposti in questione, mancante nel testo dell'art. 19 D.L. n. 79/97, va messa in relazione con l'interpretazione data dalla Corte Costituzionale a tale ultima disposizione nella citata sentenza n. 427 del 1999, secondo la quale un sistema processuale basato sull'anticipata decisione del merito della controversia «non può prescindere dal necessario rispetto di alcuni valori processuali, tra cui in primo luogo l'integrità del contraddittorio e la completezza e sufficienza del quadro probatorio ai fini della sentenza da adottare. La decisione in forma abbreviata immediatamente nella camera di consiglio fissata per la trattazione della domanda cautelare» statuisce infatti la Corte nel «salvare» il silente art. 19 «non può avere luogo se non sono state chiamate in giudizio tutte le parti interessate ovvero se queste non si siano costituite in pendenza del relativo termine (.....) o se la causa non è matura per la decisione, essendo necessario procedere ad ulteriori acquisizioni istruttorie»

Va conseguentemente osservato che il rito accelerato così come previsto dall'art. 21 legge 1034 sarà applicabile allora solo al contestuale ricorrere di tutti i presupposti individuati dalla norma (18).

Sub 1 b 1) Per poter addivenire al rito abbreviato è necessaria, in primo luogo, la completezza del contraddittorio (19).

L'esigenza di non calpestare il diritto di difesa sotto il profilo del rispetto del contraddittorio fra le parti era già stata rappresentata, prima della Corte Costituzionale, dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato nel citato parere n. 16 del 1990.

Il contraddittorio, come canone processuale, ha una doppia valenza, soggettiva ed oggettiva.

Sotto il profilo soggettivo, la formulazione scarna della disposizione, che si limita a prevedere l'accertamento della completezza del contraddittorio, può porre in dubbio che requisito necessario e sufficiente sia il rispetto del contraddittorio meramente formale, realizzato attraverso la notificazione del ricorso all'amministrazione e ad almeno uno degli eventuali controinteressati e non anche attraverso la costituzione in giudizio degli stessi.

Sotto il profilo oggettivo, la completezza del contraddittorio postula che le parti abbiano esperito o siano state poste in grado di esperire tutti gli incumbenti processuali per i quali siano ancora in termini. La questione ha già avuto l'avallo giurisprudenziale sotto il vigore dell'art. 19 D.L. n. 67/1997 (20).

(18) Così, SANINO M., *Il processo cautelare*, cit., 275.

(19) Si noti come il requisito della completezza del contraddittorio non era espressamente inserito nell'originario testo del D.D.L. n. 2934, essendovi stato poi inserito dal Senato in sede di approvazione dello stesso nell'aprile 1999, tenendo conto delle osservazioni espresse dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato nel parere n. 16/1990.

(20) Così, ancora Corte Cost. n. 427/1999; Cons. Stato, V, 13 giugno 1998, n. 830; Cons. St., V, 13 settembre 1999, n. 664; Cons.St., IV, 17 febbraio, 2000, n. 865, in *Urbanistica e appalti*, n. 4/2000, 407, con nota CARINGELLA F.

Così, è per esempio con riferimento alla presentazione di *motivi aggiunti* o del *ricorso incidentale* o del *regolamento di competenza*.

La conversione dell'incidente cautelare in decisione di merito non sarà legittimamente praticabile laddove l'interessato abbia chiesto il rinvio dell'udienza ai fini dell'articolazione del relativo incumbente processuale: il rito abbreviato risulterà legittimamente applicato in tal caso solo in sede di (nuova) udienza fissata per la discussione della domanda cautelare e salvo che il giudice, sull'eventuale insistenza del ricorrente, non ritenga di dovere comunque decidere sulla stessa.

Si ripropone a tale riguardo in generale il problema della necessarietà o meno della costituzione in giudizio delle parti, risolto in senso negativo dalla giurisprudenza citata sul presupposto che la previsione di una disposizione legislativa astrattamente legittimante, al darsi di determinati presupposti, alla trattazione del merito della causa sin dall'udienza cautelare è tale da rendere prevedibile tale possibilità con la connessa implicita accettazione della stessa (21).

La parte intimata sarà pertanto onerata non solo della formale costituzione in giudizio, ma altresì della richiesta, da formalizzarsi all'udienza fissata per la trattazione della domanda cautelare ovvero da formulare con apposita istanza, di differimento della decisione nel merito al fine di consentire l'espletamento dell'incombente processuale cui abbia interesse.

Un'indagine particolare merita l'interferenza tra le regole del rito accelerato e la disciplina prevista per il *regolamento preventivo di giurisdizione*: è noto che, in applicazione della regola generale, l'art. 30, terzo comma, legge 1034/1971 disponga che la proposizione di tale ricorso non preclude l'esame della domanda cautelare. Se ne deve dedurre che la parte che intenda proporre tale istanza, laddove voglia scongiurare il rischio del maturarsi della preclusione alla proposizione della relativa istanza ex art. 41 c.p.c conseguente alla decisione della causa nel merito, abbia l'onere di proporre il ricorso prima dell'udienza fissata per la discussione della domanda cautelare ovvero di rappresentare in tale sede tale intenzione, con ciò paralizzando l'applicazione del decimo comma dell'art. 21.

La richiesta della parte tendente al differimento dell'udienza per l'espletamento dell'incombente processuale non è insindacabile da parte del giudice, il quale, con decisione comunque sindacabile nell'eventuale secondo grado di giudizio, dovrà pur sempre valutare la posizione di interesse della parte istante nonché il rilievo della richiesta in relazione al tipo e al contenuto della adottanda decisione della controversia. In altre parole, l'istanza di differimento non può produrre un effetto di automatica e vincolante paralisi della facoltà di definizione immediata del giudizio, rimanendo la stessa demandata al giudice attraverso l'esercizio degli ordinari poteri valutativi: ne consegue che l'istanza di rinvio potrà essere disattesa solo quando risulti irrilevante ai fini della decisione da adottare ovvero sia processualmente inammissibile la specifica attività difensiva annunciata dalla parte (22).

(21) Sul punto, espressamente, Cons. St., VI, 5 agosto 1999, n. 1018, in *Cons Stato*, 1999, I, 1208.

(22) Così espressamente, Corte Cost., n. 427/1999.

Ulteriore aspetto connesso al rispetto del principio del contraddittorio attiene alle *questioni rilevabili d'ufficio*.

In ordine a tale questione va segnalato l'orientamento di recente adottato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (23), secondo il quale, prima di decidere una questione rilevabile d'ufficio, il giudice amministrativo deve indicarla alle parti per consentirne la trattazione, in attuazione del principio del contraddittorio.

Ritiene l'Adunanza Plenaria, infatti, che «in un sistema processuale come quello vigente fondato sul principio del contraddittorio, la rilevabilità d'ufficio di una questione da parte del giudice non significa che, per ciò stesso, tale questione possa essere decisa d'ufficio senza essere stata sottoposta al contraddittorio delle parti. In questa prospettiva «rilevare d'ufficio» sta per «indicare d'ufficio alle parti» (arg. ex art. 183, 3° comma, c.p.c., secondo cui il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d'ufficio di cui ritiene sia opportuna la trattazione, ed ex art. 184, 3° comma, c.p.c., secondo cui nel caso vengano disposti d'ufficio mezzi di prova, ciascuna parte può dedurre, entro un termine perentorio assegnato dal giudice, i mezzi di prova che si rendono necessari in relazione ai primi)».

Poiché, poi, il Consiglio di Stato è dell'opinione che l'eventuale omissione di segnalazione alle parti delle questioni rilevabili d'ufficio determini un vizio della sentenza (24), ne consegue che il rallentamento processuale derivante dalla necessità di rispettare il predetto obbligo si trasformerà in ostacolo all'applicazione della possibilità di decisione nel merito sin dalla fase cautelare.

Emerge da quanto sopra come la verbalizzazione relativa al dialogo processuale tra le parti e tra queste ed il giudice, che si concentrerà principalmente all'udienza fissata per la trattazione della domanda cautelare, assurga a *luogo* (quasi) esclusivo per la verifica del rispetto dei presupposti processuali posti dalla disposizione in commento, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali richiamati.

Ciò sarà *a fortiori*, laddove si consideri che la frequenza dei possibili incompetenti processuali da porre in essere in relazione ad uno stesso giudizio risulta aumentata dalla stessa legge n. 205: si pensi, ad esempio, alla introduzione della deliberazione preventiva ad opera del T.a.r. di manifesta fondatezza del regolamento di competenza (art. 31, quinto comma, legge n. 1034 nel testo riformato) ovvero

(23) Cons. Stato, A.P., 24 gennaio 2000, n. 1, in *Foro it.*, 2000, III, 305 ss., con nota TRAVI A.; *contra*, in precedenza Cons. Stato, V, 15 luglio 1998, n. 1045.

(24) In ordine all'interpretazione dell'art. 183, terzo comma, c.p.c., si registra in ambito processualcivile un contrasto di opinioni fra la giurisprudenza, tradizionalmente orientata nel senso di ritenere il precetto posto dalla disposizione come privo di sanzione (Cass. 10 agosto 1953, n. 2694), e la dottrina (fra gli altri, MONTESANO, *Su alcuni problemi del processo civile*, in *Temi*, 1967, 484; DENTI, *Questioni pregiudiziali d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1968, 217 ss.), propensa invece ad affermare la nullità della sentenza ovvero a suggerire soluzioni differenziate in relazione al grado del giudizio o al tipo di eccezione (ORIANI R., *L'eccezione di merito nei Provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Foro it.*, 1991, V, 23).

all'ampliamento dell'impugnazione mediante proposizione di motivi aggiunti di tutti i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso tra le stesse parti connessi all'oggetto del ricorso stesso (art. 21, primo comma, nel testo riformato).

Sub 1 b 2) Ulteriore presupposto processuale indicato espressamente dalla norma è la completezza dell'istruttoria.

La previsione del presupposto in esame esclude ogni configurazione di cognizione sommaria in relazione al procedimento abbreviato, perché si tratta di decisione, connessa ad un'azione di merito, che presuppone delineato il quadro probatorio.

L'effettiva praticabilità del rito abbreviato risulta condizionata in maniera rilevante da tale presupposto, il quale — a propria volta — risulta condizionato dal diverso atteggiarsi dell'onere probatorio nelle varie forme di competenza giurisdizionale del giudice amministrativo.

Per valutare i confini giuridici del rito abbreviato relativamente al requisito in esame e quindi la sua utilizzabilità in concreto, occorre collocare lo stesso nella struttura generale del processo amministrativo, con riferimento in particolare al regime dell'acquisizione delle prove, al regime dei poteri istruttori del giudice sia collegiali e monocratici (presidenziali), al momento e al luogo di decisione e assunzione delle prove.

Sotto il profilo del regime di acquisizione delle prove e dei poteri istruttori del giudice, è noto come nel giudizio amministrativo (25), a causa dell'assenza di una posizione di parità tra le parti, il principio ed il metodo dispositivo in ordine alla prova sia abbondantemente temperato dal principio e dal metodo acquisitivo: nel giudizio amministrativo cioè il ricorrente non è tenuto a fornire la prova completa di fatto sulle sue doglianze, ma ha l'onere di fornirne un principio di prova in termini di allegazione di elementi di seria consistenza, sui quali poi si eserciterà il vaglio di rilevanza e la relativa acquisizione da parte del giudice (26).

Sotto il profilo del momento e del luogo di assunzione delle prove, è altrettanto noto come nel processo amministrativo non esista una fase istruttoria in senso proprio, per cui il provvedimento istruttorio viene emesso allorché il materiale probatorio fornito dalle parti non venga ritenuto sufficiente con un esame che si colloca normalmente nella udienza fissata per la discussione del ricorso nel merito.

(25) Fra i tanti, BENVENUTI, F. *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 187 ss.; CAIANIELLO V., *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 1988, 268 ss..

(26) Cons. Stato, VI, 13 ottobre 1984, n. 610, in *Cons. Stato*, 1984, I, 1313; la Corte Costituzionale, nella stessa sentenza n. 427/1999, qualifica il sistema processuale amministrativo, sotto il profilo della formazione del materiale probatorio, come affidato non al principio dispositivo puro, ma alla sua applicazione corretta con il metodo acquisitivo, con l'intervento diretto del giudice nella ricerca della prova.

Tutta l'attività istruttoria confluisce nell'unica udienza (di merito) così come disciplinata dall'art. 44 del R.D. 1054/1924, non facendosi frequentemente uso, prima di tale udienza, del potere istruttorio monocratico previsto dallo stesso art. 44, terzo comma, di istruttoria presidenziale preliminare all'udienza di merito (27).

A tale proposito, la dottrina (28) ha rilevato come la struttura del processo amministrativo sia «monoverifica»: il processo è tutto incentrato in una sola udienza, in connessione con la natura di giudizio impugnatorio nel quale il giudice è abilitato a decidere la controversia senza il (necessario) contraddittorio dell'amministrazione, essendo comunque presente nel giudizio l'atto impugnato.

Tale struttura, plasmata sulla giurisdizione generale di legittimità, in verità non muta in relazione alle altre due competenze giurisdizionali speciali ed aggiuntive di merito ed esclusiva, pure dopo l'intervento della Corte Costituzionale (sentenza n. 146/1987 (29)) che ha astrattamente consentito l'esperibilità nelle controversie in materia di pubblico impiego di tutti i mezzi di prova previsti per il processo del lavoro dinanzi al giudice ordinario.

La legge n. 205/2000 non cambia la descritta struttura di fondo del processo amministrativo.

Tuttavia, essa da un lato amplia il novero dei provvedimenti cautelari ammissibili (art. 21, settimo comma e ss. legge 1034/1971 nel testo novellato) e dall'altro lato estende, con riferimento alle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva, la cui tipologia è parallelamente implementata (art. 33 D.Lgs. n. 80/1998, nel testo novellato dall'art. 7, primo comma, della legge n. 205), i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, con la sola esclusione dell'interrogatorio formale ed il giuramento (art. 35, terzo comma, D.Lgs. n. 80/1998, nel testo novellato dall'art. 7, terzo comma, della legge n. 205).

Se ne deve dedurre di conseguenza una dilatazione della domanda di tutela cautelare ed una parallela dilatazione di esigenza istruttoria.

È allora prevedibile che l'uno e l'altro di tali aspetti riducano la concreta praticabilità di trasformazione della fase cautelare in fase di merito sotto il profilo, ora in esame, della completezza dell'istruttoria.

(27) Come opportunamente ricordato anche da VIRGA G., in *I procedimenti abbreviati*, cit., tale possibilità era, invero, già prevista dall'art. 28 del reg. proc. n. 642/1907, il quale tuttavia imponeva sulla richiesta di assunzione di mezzi di prova formulata dalle parti, oltre la valutazione positiva di utilità da parte del Presidente, anche l'adesione delle altre parti. Come noto, la disputa circa la portata innovativa della disposizione dell'ultimo comma dell'art. 44 rispetto all'art. 28 si concluse per la soluzione negativa. La disputa ha rilievo prevalentemente teorico, per lo meno per i giudizi dinanzi al T.a.r., avendo la legge n. 1034/1971 (art. 23, quinto comma: «Il Presidente dispone, ove occorra, gli incumbenti istruttori») sganciato i poteri istruttori presidenziali dall'accordo delle parti. La soluzione è ora estesa definitivamente per effetto della modifica all'ultimo comma dell'art. 44 T.U. Cons. St. ad opera dell'art. 1, comma 2, della legge n. 205/2000 il quale dispone: «La decisione sui mezzi istruttori, compresa la consulenza tecnica, è adottata dal Presidente della sezione o da un magistrato da lui delegato ovvero dal collegio mediante ordinanza con la quale è contestualmente fissata la data della successiva udienza di trattazione del ricorso».

(28) BENVENUTI F., voce *Processo amministrativo* / (struttura), in *Enc. Dir.*, vol. XXVI, Milano, 1987, 460, ss.

(29) In *Foro it.*, 1987, I, 1350, con nota di BARONE G.

Infatti, a fronte dell'invariata struttura processuale, sotto il profilo dei tempi e dei luoghi dell'ammissione e dell'assunzione della prova, pur con il temperamento in ordine al momento della decisione sui mezzi di prova derivante dalla modifica al terzo comma dell'art. 44 R.D. n. 1054/1924 operata dall'art. 1, secondo comma, della legge n. 205, l'introduzione, con riferimento a tutte le controversie di giurisdizione esclusiva, di mezzi istruttori di tipo (anche) orale comporta un possibile e prevedibile ampliamento della fase istruttoria (30), ostacolando la ricorrenza del requisito della completezza dell'istruttoria sin dalla fase cautelare.

Sub 1 b 3) Gli ulteriori «presupposti».

Accanto alla completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, la disposizione in commento rinvia ad ulteriori e non meglio precisati «presupposti».

L'opinione che pare preferibile (31), al fine di attribuire un senso logico alla disposizione, è quella di considerare tali presupposti come quelli individuati dal successivo art. 26, quarto comma, della legge n. 1034/1971 nel testo novellato dall'art. 9 della legge n. 205 quali presupposti della sentenza succintamente motivata. Tale ultima disposizione prevede che per potere emettere una sentenza di tal genere debba sussistere a) la manifesta irricevibilità, improcedibilità, inammissibilità del ricorso o b) la sua manifesta infondatezza ovvero al contrario c) la sua manifesta fondatezza.

Il richiamo dell'art. 26 compiuto in generale e senza specificazioni (l'art. 26 disciplina tanto le decisioni «normali» quanto quelle «in forma abbreviata») dalla norma dovrà così ritenersi circoscritto alla fattispecie di cui al quarto, quinto e sesto comma che disciplinano le sentenze in forma semplificata. Significativamente e di rimando, del resto, il quinto comma dell'art. 26 prevede che la decisione in forma semplificata sia assunta nel rispetto della completezza del contraddittorio nella camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare.

Ciò laddove si reputi che l'esistenza di una causa (in rito o in fatto) che risulti «manifestamente» risolutiva della controversia, con ciò esaurendo il novero delle cause atte a definire immediatamente il giudizio, sia l'unica circostanza logicamente compatibile con l'eliminazione della decisione cautelare cui conduce l'applicazione del rito abbreviato.

Sub 2 La disciplina processuale e provvedimentale.

Sotto il profilo della *disciplina processuale*, ci si deve porre il problema del ruolo del giudice e delle parti in ordine all'applicazione alla controversia del rito abbreviato.

Sotto il primo profilo, si nota che il testo della disposizione prevede il potere e non il dovere del giudice di far luogo al giudizio abbreviato, a fronte del ricor-

(30) Per una prima applicazione dell'atteggiarsi dell'onere probatorio in controversia risarcitoria, si veda T.a.r. Friuli-Venezia Giulia, 28 marzo 2000, n. 314 in *Giust.it Giustizia amministrativa*, <http://www.giust.it>, n. 4/2000.

(31) Nello stesso senso, SANINO M., *Il processo cautelare*, cit. 276 e, con qualche distinzione, DEPIERO R., *La giustizia amministrativa*, cit., 80 ss.

rere dei presupposti indicati («il tribunale amministrativo regionale... può definire il giudizio nel merito a norma dell'art. 26»). Sul punto, la legge n. 205 ricalca la formulazione dell'art. 19 del d.l. n. 67/1997 la legittimità costituzionale del quale è stata affermata proprio in ragione del ruolo del giudice in materia, quale organo deputato alla ricerca del punto di equilibrio tra l'esigenza di celerità ed il diritto di difesa, escluso ogni automatismo o effetto automatico sia in un senso che nell'altro.

La previsione in termini di facoltà e non di dovere di percorrere il rito accelerato è anche l'unico mezzo per non inibire la necessaria permanenza del potere cautelare del giudice (32).

Sotto il secondo profilo, la novella prevede che sull'immediata definizione nel merito del ricorso debbano essere «sentite le parti costituite».

Sul punto la disposizione è differente tanto rispetto al testo dell'art. 19 d.l. n. 67/1997, che nulla prevedeva al riguardo, tanto rispetto al testo dell'art. 31 *bis* della legge n. 109/1994 prevedente la richiesta delle parti.

In ordine all'art. 19, la Corte Costituzionale, con la citata sentenza n. 427 del 1999, ha ritenuto compatibile con la Costituzione una disposizione che non preveda quale presupposto per l'immediata decisione nel merito del ricorso la specifica e concorde richiesta delle parti, sul presupposto da un lato dell'inammissibilità nel processo amministrativo della richiesta di sola decisione cautelare cui deve invece accedere la domanda di decisione definitiva della lite e dall'altro lato della maggiore effettività e completezza di tutela giurisdizionale assicurata dalla decisione di merito che rende inutile la tutela cautelare.

Va notato che, se la disposizione consente di ritenere non necessaria una richiesta delle parti in ordine alla definizione immediata del giudizio rientrando questa nel potere officioso del giudice, è altrettanto vero che l'eventuale opposizione manifestata da tutte o alcuna delle parti, pur non potendo avere l'effetto giuridico di paralizzare il predetto potere del giudice, tuttavia impone allo stesso un obbligo di motivazione specifica sul punto (33). La decisione sul punto, come si è già ricordato e come affermato espressamente dalla Corte Costituzionale nella citata pronuncia, è oggetto di sindacato giurisdizionale nell'eventuale secondo grado di giudizio.

Sotto il profilo della *disciplina provvedimentale*, il rito abbreviato si chiude con sentenza succintamente motivata (34).

Ciò nell'ipotesi in cui si convenga sulla limitazione del richiamo dell'art. 26 legge 1034, da parte del decimo comma dell'art. 21, nei soli commi riguardanti la decisione in forma semplificata.

(32) Corte Cost. n. 249/1996, *cit.*

(33) SANINO M., *Il processo cautelare*, *cit.* 275; DEPIERO R. *La giustizia amministrativa*, *cit.* 78.

(34) Sul punto, MARIUZZO F., *Decisioni in forma semplificata e perenzione dei ricorsi ultradecennali*, in AA.VV., *La giustizia amministrativa*, *cit.*, 252 ss.; LAMBERTI A., *Le decisioni in forma semplificata*, in AA.VV., *Verso il nuovo processo amministrativo*, *cit.*, 337 ss.

In tale caso e, nonostante la terminologia ondivaga e ambigua di «sentenza succintamente motivata» (quarto comma) o di «decisione in forma semplificata» (quinto e sesto comma; il termine ricorre anche per la decisione sul vaglio preliminare di fondatezza dell'istanza di regolamento di competenza), si tratta di un provvedimento avente forma (oltre che natura) di *sentenza*.

Sul punto la scelta del legislatore è più coerente con la natura di provvedimento decisorio da riconoscere comunque alla decisione in questione: come si ricorderà, l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato suggeriva la previsione di un'ordinanza conclusiva.

Il che consente al legislatore, poi, di prevedere l'estensione alla sentenza in forma semplificata delle medesime forme di impugnazione previste per le sentenze.

Il *contenuto* della sentenza in forma semplificata si raccoglie in una motivazione succinta perché consistente in un sintetico riferimento ad punto di fatto e (la disgiuntiva del quarto comma non può che essere corretta in congiuntiva) in punto di diritto ritenuto risolutivo ovvero ad un precedente conforme.

Si è già segnalato in dottrina (35) in proposito come sebbene succinta, la motivazione debba essere sufficiente, non potendosi ritenere tale una motivazione che espliciti comunque il completo esame della domanda.

5. - I PROCEDIMENTI ABBREVIATI DI CUI ALL'ART. 4 LEGGE N. 205/2000.

L'art. 4 della legge n. 205 introduce l'art. 23 *bis* alla legge n. 1034/1971, proponendo un modello di rito abbreviato diverso da quello contestualmente disciplinato in linea generale.

Tale modello si connota come speciale, essendone limitata l'applicazione ad alcune tipologie di giudizi, individuati con riferimento al loro oggetto.

V'è un ampliamento delle materie per le quali è previsto il rito speciale, anche se all'apparenza non tutte caratterizzate dalle stesse esigenze di celerità: non più solo le controversie in materia di appalti di opere pubbliche e di espropriazione per pubblica utilità, sede originaria del rito abbreviato (art. 19 d.l. n. 67/1997 e art. 31 *bis* legge n. 109/1994), ma anche quelle aventi ad oggetto provvedimenti di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione dei servizi pubblici e forniture, delle autorità amministrative indipendenti nonché quelle relative alle procedure di affidamento degli incarichi di progettazione, e così via secondo una elencazione da considerarsi tassativa. La disposizione, che nel complesso si presenta lacunosa (ad es. la dimidiazione dei termini viene eccettuata espressamente per la proposizione del ricorso, ma nulla viene detto circa il termine per il successivo deposito o per la proposizione del ricorso incidentale), viene qui ricordata quale esempio di rito accelerato fondato sulla procedimentalizzazione del rapporto tra fase (ed udienza) cautelare e fase (ed udienza) di merito.

Tale procedimentalizzazione, tuttavia, riguarda la sola ipotesi in cui il ricorso ad un primo esame evidenzi l'illegittimità dell'atto impugnato e la sussistenza di un

(35) LAMBERTI A., *Le decisioni in forma semplificata*, cit., 341.

pregiudizio grave e irreparabile: in tal caso infatti è previsto che il giudice fissi la data della discussione nel merito del ricorso alla prima udienza successiva al termine di trenta giorni, potendo altresì, salvo il potere del giudice di disporre interinalmente in via cautelare «in caso di estrema gravità ed urgenza».

La disposizione si presta a critiche ed a censure, anche sotto il profilo della legittimità costituzionale per violazione del principio di uguaglianza, identificando il «pregiudizio grave e irreparabile», elemento condizionante il provvedimento cautelare in via ordinaria, come requisito necessario per la fissazione ravvicinata dell'udienza di merito e condizionando invece al ben più gravoso requisito della «estrema gravità ed urgenza» la concessione delle misure cautelari.

La disposizione non disciplina inoltre l'ipotesi di reiezione dell'istanza cautelare, lasciando aperta la questione della possibile sopravvivenza dell'art. 31 *bis* legge n. 104/1994, che la legge n. 205 non ha espressamente abrogato.

Può pertanto dirsi, con l'intento limitato di descrivere le tipologie di rito abbreviato, che la disposizione in esame disegna una procedura di compattamento «tendenziale» tra la fase cautelare e quella di merito.

6. - OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.

Da quanto precede, emerge che la concreta praticabilità del ricorso alle descritte forme di procedimenti abbreviati è affidata certamente al giudice, quale organo deputato al corretto bilanciamento fra le esigenze di celerità ed effettività della tutela giurisdizionale e quelle del diritto alla difesa, ma anche all'impostazione difensiva delle parti.

Rispetto a queste, può dirsi che all'interesse all'applicazione del rito abbreviato risulterà strumentale un'anticipazione alla fase cautelare delle difese, dell'allegazione del materiale probatorio e delle istanze istruttorie.

In particolare, risulterà determinante il ruolo della difesa dell'amministrazione resistente, sia nell'individuazione del materiale probatorio ed istruttorio, del quale ha certamente la maggiore disponibilità, sia nell'immediata indicazione dei motivi di manifesta inammissibilità o irricevibilità o di fondatezza o infondatezza del ricorso.

LAURA PAOLUCCI

Il T.A.R. del Lazio come giudice nazionale della concorrenza (1).

1.- Il diritto antitrust in Italia. 2.- La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. 3. - La competenza esclusiva del Tar Lazio. 4. - Il ruolo del giudice nel processo di attuazione della normativa antitrust. 5. - Le principali questioni affrontate. 6. - Le nuove prospettive dopo la legge 205/2000.

1. - Il diritto antitrust in Italia

È trascorso poco più di un mese dalla celebrazione del decimo anniversario dell'entrata in vigore della legge 10 ottobre 1990, n.287 con cui è stata introdotta in Italia — con notevole ritardo rispetto agli altri paesi industrializzati — una organica disciplina antitrust affidata al controllo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e soggetta al sindacato giurisdizionale del Tar Lazio e del Consiglio di Stato.

Com'è noto questa legge è stata approvata sotto la spinta del diritto comunitario ed ha rappresentato un fenomeno di forte cambiamento, non solo economico ma anche giuridico ed in definitiva «culturale», in un paese come il nostro che era rimasto l'unico in Europa a non avere una legislazione antitrust e che anzi aveva ed ha ancora una legislazione nazionale incline a favorire alcune restrizioni della concorrenza in nome di altri interessi pubblici ritenuti prevalenti (che a volte, tuttavia, finiscono per coincidere con interessi corporativi); e ciò nonostante che le regole anti-trust del Trattato di Roma siano sempre state direttamente applicabili in Italia.

Per effetto di questa legge la libertà di concorrenza è diventata un principio generale anche nell'ordinamento italiano dove è stato espressamente introdotto «*in attuazione dell'art.41 della Costituzione a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica*».

L'art.1 della legge 287 esordisce con queste parole accogliendo una interpretazione filoconcorrenziale dell'art.41 Cost. con una formulazione in cui si vuol dire che i divieti e limiti alla libertà di iniziativa economica vengono introdotti per tutelare la libertà di tutti ma che in dottrina è stata accusata di «*strabismo costituzionale*» sul presupposto che una disciplina rivolta a limitare l'esercizio di una libertà preesistente non possa essere posta a garanzia della libertà medesima bensì di altri valori che la sovrastano e che vanno identificati nella «utilità sociale» di cui al secondo comma dell'art.41 Cost.(Oppo, 1993).

La questione non è puramente nominalistica (art. 41, primo o secondo comma Cost.) perchè riguarda un aspetto di fondo: altro è considerare la concorrenza come un valore in sé (e quindi assoluto), la cui utilità sociale consiste nel fatto di essere un limite interno alla libertà di iniziativa economica — intanto vi può essere libera

(1) Relazione tenuta dall'avvocato Francesco Scalfani al Convegno organizzato dal Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, con la collaborazione del Centro Italiano di Studi Amministrativi, sul tema: «La competenza del T.A.R. del Lazio estesa all'intero territorio nazionale: esperienze, bilancio e prospettive», tenutosi a Roma il 23 novembre 2000.

iniziativa in quanto vi sia competitività sul mercato — altro è considerarla come un limite esterno alla suddetta libertà e quindi come un valore (relativo) da tutelare solo se ed in quanto nel caso concreto coincide con un sovrastante interesse di utilità sociale.

Comunque — quale che sia il suo fondamento costituzionale — il principio della tutela della concorrenza non solo è di derivazione comunitaria (e questa è già una base costituzionale) ma, per di più, si identifica nel «diritto comunitario vivente» in quanto per espressa previsione legislativa l'interpretazione della legge 287 «è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza» (art.1, quarto comma). Ed è evidente che questo rinvio interpretativo e vincolante al diritto comunitario dà alla legge antitrust una forza «dirompente», non solo perché è una legge che nasce con delle consolidate chiavi interpretative frutto di quarant'anni di esperienza europea, ma soprattutto perché trapianta nell'ordinamento italiano una cultura comunitaria della concorrenza fatta di concetti e nozioni che superano le nostre tradizionali categorie del diritto civile e commerciale (si pensi, ad esempio, ai concetti di impresa e di intesa).

Il compito di realizzare questo trapianto è stato affidato all'Autorità garante della concorrenza e del mercato mentre al TAR Lazio è stato riservato in via di giurisdizione e di competenza esclusive quello di controllare che esso avvenga nel rispetto della legge.

In questi primi dieci anni di attuazione della normativa antitrust l'Autorità ha svolto un intenso lavoro di tutela della concorrenza «a tutto campo» intervenendo nei più vari e delicati settori della società civile attraverso la repressione sia della pubblicità ingannevole che dei comportamenti anticoncorrenziali, il che ha indotto sia i giuristi che gli economisti ad affermare che l'efficacia della legge 287 si è rivelata nei fatti di gran lunga superiore alle aspettative, per certi versi cariche di scetticismo, che si avevano all'atto della sua approvazione.

In tale compito l'Autorità è stata accompagnata, possiamo dire di pari passo, dal TAR Lazio perché molti dei suoi provvedimenti — se non la totalità di quelli più importanti — sono stati puntualmente sottoposti al sindacato giurisdizionale il quale, sia per la novità delle questioni che per la rilevanza economica delle liti e degli interessi coinvolti, è diventato ormai una costante nel processo di attuazione della normativa antitrust oltre ad essere — com'è noto — l'unico controllo a cui è sottoposta l'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

2. — *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*

L'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione esclusiva sui provvedimenti dell'Autorità antitrust (e delle altre autorità che operano nel diritto pubblico dell'economia) si inserisce ormai nella tendenza a ripartire la giurisdizione per blocchi di materie anziché in ragione della situazione soggettiva tutelata e ciò è apparso particolarmente opportuno riguardo alla legge 287 stante la difficoltà di distinguere i diritti soggettivi dagli interessi legittimi in una materia così composita in cui si intrecciano valutazioni economiche, discrezionalità tecnica, potestà sanzionatorie e diritto di impresa.

Tuttavia, la tesi prevalente in dottrina e condivisa dal TAR Lazio (sent. Stet-Italtel 652/1994) è che, in linea generale, non sembrano configurabili posizioni di diritto soggettivo delle imprese nei confronti dei provvedimenti dell'Autorità (Malinconico, 1996; Libertini, 1993) il che renderebbe privo di significato pratico il riferimento alla giurisdizione esclusiva trattandosi in realtà di una competenza per materia su interessi legittimi (Clarich, 1993).

Comunque, la scelta del giudice amministrativo come giudice dei provvedimenti antitrust, trova la sua ragion d'essere nel fatto che esso è il giudice naturale della funzione amministrativa e del pubblico interesse e che i provvedimenti dell'Autorità sono atti soggettivamente ed oggettivamente amministrativi con cui si persegue il pubblico interesse ad un mercato concorrenziale. Tale soluzione è stata avversata da una parte della dottrina che, richiamando l'esperienza di altri ordinamenti europei (Germania, Belgio e Francia) ha ritenuto anomala la scelta del legislatore italiano (e spagnolo) di sottoporre i provvedimenti antitrust al sindacato di sola legittimità del giudice amministrativo anziché ad un pieno controllo anche di merito da parte del giudice ordinario (G. GHIDINI e V. FALCE, *Giurisdizione antitrust: l'anomalia italiana*, in *Mercato concorrenza e regole*, 1999, 317).

Ma nel nostro ordinamento — in cui il sindacato di merito sugli atti amministrativi ha sempre più carattere recessivo e che appare ancor più incompatibile con lo *status* delle autorità indipendenti — tale posizione appare in netta controtendenza soprattutto se la si confronta con alcune recenti iniziative legislative non andate a buon fine — e di dubbia compatibilità con l'art. 113, secondo comma Cost. — con cui ci si è mossi in senso diametralmente opposto tentando di circoscrivere ulteriormente il sindacato di legittimità del giudice amministrativo sui provvedimenti delle autorità amministrative indipendenti limitandolo ad alcune figure sintomatiche dell'eccesso di potere (ci si riferisce al disegno di legge sulla giustizia amministrativa, divenuto legge n. 205 del 2000, che nella sua originaria formulazione, all'art. 5, limitava il controllo del giudice al «*palese errore di apprezzamento*» e alla «*manifesta illogicità del provvedimento*»).

L'esperienza di questi dieci anni ha dimostrato, invece, che la pienezza del sindacato sull'eccesso di potere, con tutte le sue figure sintomatiche affinate attraverso una prassi giurisprudenziale di oltre un secolo, appare ancora oggi strumento indispensabile — e al tempo stesso sufficiente — per individuare «il punto di giustizia» nel conflitto tra la libertà di impresa e l'interesse pubblico al rispetto della concorrenza, interesse che non a caso la legge ha riservato alla cura di un'autorità indipendente (dove la parola «riservato» sta a sottolineare che il merito delle scelte anti-concorrenziali è oggetto di una riserva di potere dell'Autorità, mentre la parola «indipendente» non significa che essa è irresponsabile ma solo che agisce in posizione di autonomia dal Governo senza nessuna esenzione, neppure parziale, dal sindacato giurisdizionale di legittimità).

Ciò vale ancor di più dopo l'entrata in vigore della legge 21 luglio 2000 n. 205 che consentendo di giudicare l'interesse legittimo con l'ausilio della CTU, ha reso potenzialmente più incisivo il sindacato sull'eccesso di potere nell'ambito della discrezionalità tecnica, che caratterizza in larga parte i provvedimenti antitrust, ottenendo così un risultato esattamente opposto a quello che si sarebbe voluto ottenere limitando il giudizio alle figure sintomatiche di errori palesi o di manifeste illogicità.

3. - *La competenza esclusiva del Tar Lazio*

L'art.33 della legge 287 dispone che i ricorsi avverso i provvedimenti dell'Autorità «*devono essere proposti davanti al TAR Lazio*» il quale pertanto in questa materia esercita la sua competenza su tutto il territorio nazionale. Benché la norma non la definisca espressamente come tale, si tratta di una vera e propria competenza funzionale inderogabile in quanto il legislatore si esprime in termini di doverosità che non consentono di rimettere alle parti la scelta di un foro diverso (si veda Cons. Stato, VI, 1 febbraio 1993, n.132).

La ragione di questa scelta va ricercata essenzialmente nell'esigenza di creare un giudice specializzato che in una materia così specialistica e di elevato tecnicismo possa maturare una specifica professionalità e nel contempo garantire una uniformità di orientamento giurisprudenziale sin dal primo grado di giudizio.

Ciò comporta una deroga rispetto alle normali regole di competenza secondo le quali il Tar Lazio è competente per gli atti statali a meno che non abbiano un'efficacia limitata nel territorio di competenza di un altro Tar. Infatti i provvedimenti dell'Autorità rientrano senz'altro tra gli atti statali (in quanto essa «*non è un ente munito di personalità giuridica, distinto dallo Stato*», Cons. Stato, 25 novembre 1994, n.1716) ma in teoria potrebbero riguardare un comportamento anticoncorrenziale di rilevanza territoriale circoscritta nell'ambito di una regione e quindi appartenere — secondo le regole generali — alla competenza di qualunque Tar.

Occorre però osservare che generalmente le condotte rilevanti per il diritto antitrust sono destinate a produrre i loro effetti in un ambito ultraregionale dato che gli artt. 2 e 3 della legge 287, nel definire le intese vietate ed i casi di abuso di posizione dominante, fanno espresso riferimento al mercato nazionale o ad una sua «*parte rilevante*».

Non è questo l'unico caso di competenza nazionale del TAR Lazio nel campo del diritto pubblico dell'economia in quanto sette anni dopo la legge 287 il legislatore, nell'istituire l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, ha confermato la scelta sia della giurisdizione che della competenza esclusiva del giudice amministrativo romano e lo ha fatto con una norma in cui si dice testualmente che la competenza di primo grado sui ricorsi avverso i provvedimenti di tale Autorità «*è attribuita in via esclusiva ed inderogabile al TAR Lazio*» (art. 1, comma 26 legge 31 luglio 1997, n.249).

Infine non va dimenticato che anche la legge istitutiva delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità prevede che i ricorsi avverso i provvedimenti di tali autorità «*rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e sono proposti avanti il TAR ove ha sede l'Autorità*» (art. 2, comma 25, legge 14 novembre 1995, n.481).

Tutto ciò appare indicativo della tendenza del legislatore ad individuare nelle materie economiche un unico giudice amministrativo specializzato.

L'esperienza di questo primo decennio di diritto nazionale della concorrenza ci induce ad affermare senz'altro che la scelta di concentrare il sindacato giurisdizionale presso un unico foro amministrativo si è rivelata opportuna per due ragioni: 1) perché consente al Giudice di affrontare a tutto campo le complesse

problematiche di applicazione della legislazione antitrust approfondendo progressivamente, e con una visione di insieme, la comprensione di concetti ed istituti nuovi per la nostra tradizione giuridica; 2) perché dà all'Autorità ed alle imprese un unico punto di riferimento sin dal primo grado di giudizio e quindi la possibilità di contare da subito su precedenti giurisprudenziali univoci a cui uniformare i propri provvedimenti e comportamenti, il che ha dato luogo ad una dialettica Giudice – Autorità rivelatasi proficua nella messa a fuoco delle regole della concorrenza.

L'esperienza di questo primo decennio ci induce inoltre a non condividere l'idea di sottrarre tali controversie al doppio grado di giudizio (si veda il Documento conclusivo dell'indagine conoscitiva sulle autorità amministrative indipendenti svolta dalla Camera dei Deputati, pubblicato il 4 aprile 2000). Infatti, a parte il rispetto dell' art. 125, secondo comma Cost., la rilevanza e la complessità delle questioni coinvolte nei provvedimenti antitrust rendono quanto mai opportuno mantenere proprio in questa materia la consueta duplice verifica giurisdizionale la quale, peraltro, dopo la recente legge 205/2000, potrà esaurirsi in tempi estremamente ragionevoli.

4. – Il ruolo del giudice nel processo di attuazione della normativa antitrust

Fino ad oggi il TAR Lazio ha emesso 79 sentenze sui provvedimenti dell'Autorità ed innumerevoli pronunce cautelari (queste ultime quasi sempre con motivazione specifica) dalle quali emergono alcune linee di tendenza che hanno caratterizzato questo primo decennio di giurisprudenza.

La prima è quella di ritenere che l'interesse affidato alla tutela dell'Autorità sia di carattere generale perché coinvolge tutti i cittadini — o come operatori economici o come consumatori — e corrisponda ad una scelta di fondo, di tipo liberista, rispetto alla quale la posizione dei singoli che abbiano posto in essere strumenti contrattuali ed organizzativi incisivi della libertà di concorrenza ha carattere recessivo ed è garantita dalla legge soltanto in quanto corrispondente al suddetto fine di interesse generale e quindi con la nota tecnica dell'interesse legittimo (sent. Stet – Italtel, 652/94).

Pertanto il sindacato sui provvedimenti antitrust è stato sin dall'inizio esercitato attraverso un ordinario giudizio di legittimità di carattere demolitorio dell'atto impugnato, con tutte le conseguenze che questo comporta riguardo ai poteri del giudice ed alle norme processuali applicabili, il che appare coerente con quel consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale nelle materie di giurisdizione esclusiva non viene meno la distinzione *ex art. 103 Cost.* tra diritto soggettivo ed interesse legittimo a seconda della natura paritaria od autoritativa del rapporto (e non v'è dubbio che i poteri attribuiti all'Autorità abbiano carattere autoritativo).

Il sindacato giurisdizionale ha pertanto avuto ad oggetto l'atto ed il relativo procedimento piuttosto che direttamente la fattispecie portata all'esame dell'Autorità (il comportamento restrittivo della concorrenza o il messaggio pubblicitario ritenuto ingannevole) fatta eccezione per l'ammontare delle sanzioni

dove il TAR ha esercitato un potere riduttivo (a volte anche in sede cautelare) analogo a quello riconosciuto al giudice ordinario dalla legge 689/81 (sent. Procal, 1157/93) e per tre decisioni in cui è stato ritenuto ammissibile un ricorso di mero accertamento circa l'inapplicabilità della legge 287 ad alcune associazioni di imprese (sent. ANIA, 1549/93; sentt. Consorzio Prosciutto S. Daniele e di Parma, 6606/2000 e 6614/2000).

La seconda linea di tendenza consiste nell'aver ritenuto che il procedimento prima ed il processo dopo (sia in materia di concorrenza che di pubblicità ingannevole) sono preordinati ad una tutela oggettiva del libero mercato e non alla garanzia di posizioni individuali dei relativi operatori economici. Pertanto le uniche posizioni a confronto sono, da un lato, quella dell'Autorità che esercita un potere repressivo e, dall'altro, quella dell'impresa che lo subisce e ne contesta il legittimo esercizio. Tra di esse non v'è spazio per un altro interesse privato come quello di un altro operatore del mercato (sia esso consumatore o concorrente) il quale intenda rimuovere l'altrui comportamento anticoncorrenziale. Costui, anche quando è denunciante, non assume la veste di controinteressato rispetto all'impugnazione del provvedimento dell'Autorità effettuata dall'impresa sanzionata e a sua volta non può assumere quella di ricorrente avverso un provvedimento di non luogo a procedere in quanto egli è titolare di un interesse di mero fatto alla tutela del libero mercato e l'unica esigenza che può far valere riguarda l'interesse a che l'Autorità prenda in esame e si pronunci sulla sua segnalazione ma non anche che si pronunci in senso conforme alle sue aspettative (sentt. Assicurazione rischi di massa 1474/1995; Ema 1725/1998; Codacons 1966/1998).

Questo orientamento del TAR Lazio, ormai consolidato, è conforme alla giurisprudenza nazionale relativa all'esercizio del potere repressivo e sanzionatorio in altri settori dell'ordinamento ed è stato condiviso anche dal Consiglio di Stato (sent. Sez. VI, 1792/1996).

La terza linea di tendenza è stata quella di favorire l'armonizzazione della legge 287 con il diritto comunitario della concorrenza interpretando le norme nazionali in modo da assicurare l'uniforme applicazione della disciplina antitrust nel mercato unico (così come prescritto dall'art.1, quarto comma della legge 287) attraverso un costante riferimento non solo alle regole europee in materia di concorrenza ma anche alle pronunce della Commissione e della Corte di Giustizia che di queste regole hanno fatto applicazione per quarant'anni.

Il carattere prevalentemente giurisprudenziale del diritto comunitario ha reso necessaria una attenta considerazione del precedente secondo l'approccio tipico dei sistemi di *common law* ma questo non ha comportato una ricezione acritica bensì una condivisione ragionata dei principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria anche quando si è trattato di applicare categorie estranee alla nostra tradizione giuridica.

L'assenza di una tradizione antitrust nell'ordinamento italiano non ha impedito, fino ad oggi, alla nostra giurisprudenza di recepire la cultura comunitaria della concorrenza senza sostanziali esitazioni né compromessi all'italiana e questo è stato un fattore di importanza decisiva nel processo di attuazione del diritto antitrust a tutto vantaggio sia della certezza del diritto che del processo di integrazione europea.

5. – *Le principali questioni affrontate*

Le questioni esaminate dal Tar Lazio in questi primi dieci anni di applicazione della legge 287 sono state molte e tutte di estremo interesse. Appare utile passarne in rassegna le più importanti senza alcuna pretesa di completezza.

a) Una delle prime questioni affrontate è stata quella dell'**ambito oggettivo di applicazione** della legge 287 sotto il profilo del rapporto tra il sistema comunitario e quello nazionale di tutela della concorrenza e quindi tra la competenza dell'Autorità e quella della Commissione Europea dove, com'è noto, il nostro legislatore ha accolto il c.d. criterio della barriera unica disponendo che la legge 287 si applica alle fattispecie che non ricadono nell'ambito di applicazione delle norme comunitarie (art.1, primo comma).

Sul punto la giurisprudenza del Tar Lazio è ormai consolidata nel ritenere che la suddetta preminenza della competenza comunitaria non vuol dire che di fronte a fattispecie che comportano un ipotetico pregiudizio al commercio tra gli stati membri l'Autorità nazionale sia, per ciò solo, incompetente in quanto la suddetta norma prevede che essa possa rendersi comunque attiva in mancanza di analoghe formali iniziative assunte in sede comunitaria e che rimanga pur sempre competente sulle implicazioni circoscritte all'interno del mercato nazionale (sentt. Ania 1549/93 e 605/96; Italcementi 1576/96; Sip 1140/97; Figurine Panini 96/98).

Tale orientamento ha dalla sua parte due argomenti: 1) nell'epoca della globalizzazione è raro trovare fattispecie restrittive della concorrenza in cui si possa escludere a priori un ipotetico pregiudizio al commercio tra gli stati membri; 2) l'applicazione decentrata del diritto antitrust in Europa non rischia di comprometterne l'uniforme interpretazione che è già garantita a monte dall'art.1, quarto comma.

b) Per quanto concerne l'ambito soggettivo di applicazione della legge 287 i giudici hanno riconosciuto la specificità della **nozione di impresa** (e di associazione di imprese) nel diritto antitrust la quale, a differenza della corrispondente categoria civilistica, comprende qualunque soggetto che svolga una attività economica e che quindi sia attivo su un determinato mercato (sentt. Amministratori di Condominio 476/96; Ania 605/96), pertanto in tale nozione rientrano anche coloro che esercitano le professioni intellettuali, benchè nel nostro ordinamento siano soggette ad una disciplina diversa. Ciò in quanto il valore giuridico della libera concorrenza deve essere garantito *«in tutti gli ambiti nei quali si realizzi la prestazione di beni o servizi dietro corresponsione di un corrispettivo in regime di libero mercato»* (sent. Ragionieri e Commercialisti 466/2000).

c) Analogamente è stata accolta una **nozione di intesa restrittiva** che ricomprende qualsiasi convergenza di volontà diretta a coordinare i comportamenti delle imprese, non importa se manifestata in modo del tutto informale senza una veste negoziale o comunque un atto giuridicamente valido, anche attraverso soggetti privi di poteri rappresentativi dell'impresa oppure tacitamente per atti concludenti (sentt. ANIA 1549/1993; Amministratori di condominio 476/1996; Assicurazione rischi di massa 1474/95; ANIA 605/1996; in senso contrario Cons. Stato Assicurazione rischi di massa 1792/1996).

d) Il Tar ha poi costantemente rilevato che per ravvisare un'intesa anticoncorrenziale non è necessario individuare i concreti **effetti restrittivi prodotti sul mercato** essendo sufficiente l'accertamento di un oggetto anticoncorrenziale, anche se non portato ad effettiva attuazione, in quanto i due requisiti sono richiesti in via alternativa dall'art.2, secondo comma legge 287 (sentt. Procal 1157/1993; ANIA 1549/1993; Ass. Librai 251/1994; Assicurazione rischi di massa 1474/1995; ANIA 605/1996; Raffinerie di Roma 425/1997).

Tale principio è stato affermato non solo per gli accordi ma anche per le pratiche concordate dove la prova *«può ritenersi correttamente acquisita anche quando non emergano riscontri diretti della sussistenza di concreti elementi intenzionali proiettati a falsare il mercato»* perché quel che conta è l'esistenza di indizi gravi precisi e concordanti della deviazione da una fisiologica condizione del mercato, quale effetto di una concertazione che si dimostri essere l'unica causa efficiente di tale deviazione (sent. Vendomusica 873/1999; si veda anche la sent. Caldaie murali a gas 1541/2000).

e) Altra questione di grande rilevanza, è quella della **«copertura normativa»** ovvero della sanzionabilità di intese anticoncorrenziali che trovano legittimazione in norme nazionali.

In un ordinamento come il nostro, che è arrivato in ritardo alla cultura della concorrenza, non mancano i casi di situazioni distorsive derivanti da atti normativi. Nell'affrontare tali situazioni il Tar ha escluso che l'Autorità abbia il potere di reprimere condotte anticoncorrenziali poste in essere nell'ambito della partecipazione a procedimenti di determinazione di tariffe professionali, previsti dalla legge, ed ha affermato che in questi casi *«la contestazione dei pretesi comportamenti distorsivi può essere realizzata solo nelle forme consentite dall'ordinamento, ossia sollecitando l'esercizio dei poteri che possono legittimamente incidere sul provvedimento amministrativo, ossia la stessa pubblica amministrazione e le diverse giurisdizioni competenti»* (sent. Ragionieri e Commercialisti 466/2000).

Inoltre in un'epoca di vaste liberalizzazioni, come quella che stiamo attraversando, si è manifestata la tendenza delle imprese a conservare condotte anticoncorrenziali nell'ambito di meccanismi di determinazione del prezzo o di prassi commerciali che erano legittime in epoca di prezzi amministrati ma che non lo sono più in un libero mercato. Ed in tali fattispecie il mutato quadro normativo è stato a volte invocato per giustificare la buona fede delle imprese.

Sul punto il giudizio è evidentemente condizionato dalla particolarità del singolo caso ma la giurisprudenza del Tar sembra essere incline ad escludere la rilevanza della buona fede o del legittimo affidamento (sent. TIM – OPI 4504/2000).

f) **Sull'analisi economica compiuta dall'Autorità** non si può dire che il sindacato del Tar non sia stato penetrante; tant'è che in dottrina si è parlato di *«una efficienza di analisi superiore a quella dei giudici ordinari»* (Ferrari 1999).

Esso si è svolto attraverso una puntuale verifica degli elementi acquisiti nel corso del procedimento ed ha condotto i giudici a censurare più di una volta l'individuazione del mercato rilevante in quanto non adeguatamente motivata in relazione ai dati emersi nell'istruttoria (sentt. Italtel-Mistel 652/1994 ed Italcementi 1576/1996).

In proposito il Consiglio di Stato ha avuto modo di puntualizzare che l'individuazione del mercato rilevante compiuta dall'Autorità può essere censurata solo sotto il profilo della congruità e logicità della motivazione, nonché della completezza dell'istruttoria «*non potendo il giudice amministrativo sostituire proprie valutazioni a quelle riservate all'Autorità*» (sent. Italcementi 1348/2000).

g) Riguardo al **procedimento** la giurisprudenza del Tar si è attestata su posizioni non formalistiche bensì di tutela sostanziale degli interessi delle parti mostrandosi particolarmente attenta nel censurare le violazioni idonee a ledere il diritto di difesa, ad esempio per la mancata verbalizzazione di una audizione (sent. Produttori vetro cavo 2665/1997), oppure per la mancata notifica tempestiva della comunicazione di avvio del procedimento a tutte le imprese partecipanti all'intesa (sent. Sacci-Cementir 1473/1995).

Inoltre vi sono state numerose pronunce in materia di accesso ai documenti nelle quali si è affermato che la disciplina speciale contenuta nella legge 287 e nel relativo regolamento sui procedimenti istruttori prevale sulla disciplina generale di cui alla legge 241/1990, tanto più dopo la modifica dell'art. 23 legge 241/1990 (sentt. Semarpo 1547/1996; Vendomusica 873/1999; Agnesi 2281/2000). Pertanto è stato espressamente riconosciuto all'Autorità il potere di compiere un bilanciamento tra i due interessi contrapposti che spesso si fronteggiano dinanzi ad essa: da un lato il diritto di difesa dell'impresa che vuole accedere agli atti del procedimento aperto nei suoi confronti, dall'altro, il diritto alla riservatezza di altre imprese che hanno interesse a che non siano divulgate informazioni commerciali o industriali che le riguardano (sent. Vendomusica 873/1999).

Inoltre è stato affermato che mentre nella fase preistruttoria conclusa con una archiviazione è esercitabile il diritto di accesso ai sensi della legge 241/90 (sent. Semarpo 1547/1996) tale diritto non può essere esercitato nell'ambito delle indagini conoscitive in quanto l'attività ivi svolta dall'Autorità non ha carattere amministrativo essendo preordinata anche ad eventuali iniziative di segnalazione al Parlamento ed al Governo (sent. Unione Naz. Giovani Dottori Commercialisti 1548/1996).

Tuttavia in una recente sentenza il Tar, pur confermando questo orientamento, ha precisato che l'esercizio del diritto di accesso è ammesso nei confronti dei documenti appartenenti all'indagine conoscitiva che risultino indicati nella delibera di apertura dell'istruttoria quale suo presupposto o nei documenti a loro volta richiamati dai primi, oppure di documenti che, per quanto non confluiti in tal modo nell'istruttoria, siano comunque tali da chiarire la posizione delle parti interessate all'istruttoria stessa (sent. Medusa Film 7088/2000).

6. – *Le nuove prospettive dopo la legge 205/2000*

La recente legge 205/2000 ha introdotto significative novità nel processo amministrativo al fine di:

1) dare al giudice amministrativo gli strumenti processuali per una effettiva tutela sia degli interessi legittimi (anche pretesivi) che dei diritti soggettivi, ora che la giurisdizione esclusiva non è più un'eccezione;

2) ridurre i tempi del processo senza troppa spesa e senza stravolgimenti di organici e del sistema processuale;

3) dare al giudice amministrativo la giurisdizione sul risarcimento del danno per lesione degli interessi legittimi.

Il primo obiettivo (l'effettività della tutela) è stato perseguito attraverso: a) l'attribuzione al giudice amministrativo di un potere cautelare analogo a quello del giudice ordinario; b) l'ormai inevitabile estensione a tutta la giurisdizione esclusiva dei mezzi istruttori del processo civile (che com'è noto era stata già introdotta solo per alcune materie dal d. l.vo 80/1998); c) l'introduzione della CTU in tutte le materie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Sulla tutela cautelare nei giudizi in materia antitrust (per quel poco che ne rimane) appare interessante la novità della sospensiva del provvedimento sanzionatorio subordinata alla prestazione di una fideiussione. Si tratta di uno strumento che era stato già invocato più volte dalle imprese prima della nuova legge — ma mai concesso dal Tar — e che potrà rivelarsi utile nei casi in cui, ricorrendo gli straordinari presupposti per l'accoglimento dell'istanza cautelare previsti dalla novella, l'impresa non offra adeguate garanzie di solvibilità.

Per quanto concerne i nuovi poteri istruttori nella giurisdizione esclusiva la legge 205/2000 lascia aperto il problema del se i mezzi di prova del processo civile possono essere utilizzati solo nelle controversie sui diritti soggettivi o anche in quelle su interessi legittimi. E questo è un problema che coinvolge in pieno il processo sui provvedimenti antitrust il quale, secondo l'attuale giurisprudenza del Tar e la prevalente dottrina, ha ad oggetto interessi legittimi e non diritti soggettivi.

Certo non è limitando gli strumenti di conoscenza del fatto da parte del giudice amministrativo che si salvaguarda la riserva di potere dell'Autorità. Tuttavia non va dimenticato che nel sindacato sull'interesse legittimo la cognizione del fatto è pur sempre mediata dal procedimento dove la vicenda portata all'esame dell'Autorità è già stata oggetto di istruttoria nel contraddittorio delle parti (quindi non sembrerebbe esservi spazio, ad esempio, per la prova testimoniale).

Comunque, allo stato attuale del nostro diritto positivo non sembra che si possa arrivare ad estendere i mezzi istruttori del processo civile anche alle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva ma aventi ad oggetto interessi legittimi, colmando in via interpretativa una mancata previsione della recente novella. E ciò per due ragioni.

In primo luogo perchè secondo la prevalente giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. V, 19.3.1999, n. 284; Sez. IV, 17.2.1997, n. 113; Sez. IV, 22.10.1993, n. 917; Sez. V, 6.7.1992, n. 611; Sez. V, 6.10.1990, n. 711 e da ultimo T.A.R. Emilia Romagna, 2.2.2000, n. 861) nelle materie di giurisdizione esclusiva non viene meno la distinzione *ex art. 103 Cost.* tra diritto soggettivo ed interesse legittimo riguardo ai poteri che il giudice amministrativo può esercitare in relazione alla natura paritaria o autoritativa del rapporto su cui è chiamato a giudicare. Ed è per questo che in questi dieci anni di processo antitrust il Tar Lazio ha applicato le regole proprie del giudizio di legittimità (sent. 652/1994)

In secondo luogo perchè anche a voler superare questo orientamento giurisprudenziale — ammettendo a tutto campo l'istruttoria civile nella giurisdizione esclusiva — si avrebbe l'assurda conseguenza che per gli interessi legittimi rientranti nelle materie di giurisdizione esclusiva sarebbero ammessi tutti i mezzi di prova del processo civile mentre la stessa regola non varrebbe per quelli appartenenti alla giurisdizione generale di legittimità.

Per quanto riguarda la CTU, invece, non c'è dubbio che ai sensi della legge 205/2000 essa sia applicabile anche nel sindacato sull'interesse legittimo ma non mancano i problemi sull'effettivo uso che dovrà essere fatto di tale strumento di indagine.

Prima dell'entrata in vigore della legge 205/2000 il Consiglio di Stato (con ord. 17 aprile 2000 n.2292) ha sollevato la questione di costituzionalità della mancata previsione della CTU nel processo amministrativo di legittimità e lo ha fatto con una approfondita motivazione in cui, oltre a dimostrare l'utilità della perizia nel sindacato sulla discrezionalità tecnica, vengono dettate le prime «istruzioni per l'uso» di questo nuovo strumento di conoscenza del fatto da parte del giudice amministrativo.

In questa ordinanza, mentre da un lato si sottolinea che la discrezionalità tecnica è altra cosa dal merito amministrativo (in quanto un giudizio tecnico scorretto non è equiparabile ad una opinabile valutazione di opportunità), dall'altro non si può fare a meno di ammettere che in alcuni casi il giudizio tecnico demandato ad una pubblica amministrazione — ed ancor di più ad un'autorità indipendente — può coinvolgere anche scelte di merito qualora si basi sulle risultanze di discipline che non sono suscettibili di un apprezzamento neutrale.

Pertanto, considerato che l'analisi economica non rientra nel novero delle c.d. scienze esatte, non sarà affatto facile stabilire la linea di confine tra ciò che appartiene al giudizio tecnico e ciò che appartiene alle opinabili ma insindacabili scelte di merito demandate all'Autorità nella valutazione dei comportamenti anticoncorrenziali. Spesso si tratta di valutazioni complesse che non appartengono a due momenti autonomi e distinti in quanto si intrecciano l'una con l'altra fino a confondersi in un'unica scelta rispetto alla quale non è sempre possibile distinguere ciò che è tecnicamente o scientificamente scorretto (e quindi illegittimo) da ciò che invece è opinabile (e quindi insindacabile).

Il rischio è che nell'individuazione di questa linea di confine, che segna il limite del sindacato di legittimità, il giudice finisca per essere troppo condizionato dal consulente tecnico d'ufficio il quale, essendo depositario delle regole che disciplinano la scienza applicata al caso di specie, potrebbe non resistere alla tentazione di esprimere il suo giudizio tecnico anche su ciò che è opinabile benchè scientificamente corretto.

Il secondo obiettivo (la celerità del processo) viene perseguito dalla nuova legge con il sistema dei riti speciali.

Il nuovo art.23 bis l. Tar prevede un processo speciale per alcune controversie tra cui quelle relative ai «*provvedimenti adottati dalle autorità amministrative indipendenti*» e con questa espressione il legislatore ha ormai risolto ogni eventuale dubbio sul carattere amministrativo delle autorità indipendenti e sulla loro conseguente soggezione al sindacato giurisdizionale, alla stessa stregua di tutte le altre amministrazioni pubbliche.

Tale rito speciale scoraggia la tutela cautelare — per la quale ora è necessario un consistente *fumus boni iuris* («ragionevole probabilità sul buon esito del ricorso») ed un altrettanto consistente *periculum in mora* («in caso di estrema gravità ed urgenza») — a vantaggio della fissazione di un merito a breve. Quindi non dovremo più avere quella prevalenza numerica di ordinanze cautelari rispetto alle sentenze che si è registrata in questo primo decennio in quanto le questioni verranno direttamente approfondite in sede di merito, il che comporterà una più rapida formazione del giudicato a tutto vantaggio di quella certezza del diritto di cui il mercato ha bisogno in tempi estremamente brevi.

Tuttavia, come in tutte le novità, anche in questo nuovo rito speciale non mancano gli inconvenienti tra i quali merita di essere segnalata ad esempio l'ingiustificata riduzione a metà di tutti i termini processuali, ivi compresi quelli per il deposito dei documenti e delle memorie prima dell'udienza, riduzione questa che costringerà giudici ed avvocati a leggere a volte migliaia di pagine in pochissimi giorni senza minimamente favorire una più rapida conclusione del processo.

Con il terzo obiettivo della legge (dare al giudice amministrativo la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo) la giurisdizione e la competenza esclusive del Tar Lazio in materia di concorrenza sono state estese anche alle controversie relative al risarcimento del danno derivante dai provvedimenti dell'Autorità (stante la svolta della nota sent. Cass. 500/1999).

Qui la scelta del Parlamento non può che essere condivisa, non solo perché evita al danneggiato l'onere di doversi rivolgere a due giudici diversi (quello amministrativo che con l'annullamento dell'atto rimuova la causa del danno e quello civile che lo risarcisca) ma anche e soprattutto perché l'esperienza maturata e la sensibilità affinata dal giudice amministrativo nel giudicare l'interesse legittimo costituiscono un patrimonio irrinunciabile in tutti i giudizi in cui si discute di tale situazione soggettiva, sia che si tratti di tutelarla attraverso l'annullamento del provvedimento illegittimo sia che si tratti di risarcirne la lesione.

Tuttavia non mancheranno i problemi che appaiono essenzialmente derivanti dalla coesistenza di due diversi sistemi di tutela risarcitoria: da un lato quello dinanzi al giudice ordinario articolato in tre gradi di giudizio attraverso un processo dispositivo puro qual'è il processo civile; dall'altro quello dinanzi al giudice amministrativo articolato in due soli gradi di giudizio attraverso un processo dispositivo con metodo acquisitivo qual'è il processo amministrativo.

Inoltre, posto che l'illecito della p.a. per lesione di un interesse legittimo è pur sempre riconducibile all'art.2043 cod. civ., l'uniforme interpretazione ed applicazione di tale norma dovrà essere garantita dalla Corte di Cassazione, da un lato, e dal Consiglio di Stato, dall'altro, il che renderà necessario un qualche coordinamento tra i due giudici supremi nei rispettivi ambiti di giurisdizione.

Infine non c'è dubbio che, tra le nuove aree della responsabilità civile, quella relativa al risarcimento della lesione dell'interesse legittimo presenti aspetti di notevole complessità e costituisca una delle sfide più impegnative in cui il giudice amministrativo sarà chiamato a cimentarsi. Ed il Tar Lazio avrà in particolare il delicato compito di giudicare la responsabilità di diverse autorità amministrative indipendenti.

Non è certo questa la sede per affrontare un tema così complesso e ancora tutto da approfondire ma è appena il caso di ricordare che l'Autorità garante della concorrenza e del mercato svolge le sue funzioni in posizione di neutralità attraverso un procedimento contenzioso che nella sostanza ha tutte le caratteristiche di un vero e proprio processo e si conclude con decisioni che sono atti amministrativi a tutti gli effetti ma hanno il contenuto di giudizi emessi da un organo che non è certamente un giudice ma applica una logica che si avvicina molto al sillogismo giudiziario.

Quindi nell'individuare i criteri di valutazione di tale responsabilità non si potrà fare a meno di considerare le difficoltà che incontra chi è istituzionalmente chiamato ad esprimere giudizi.

FRANCESCO SCLAFANI

La natura giuridica dell'Ente Scuola in relazione al patrocinio dell'Avvocatura dello Stato.

Rilevante è la questione concernente la natura giuridica delle scuole, cui è stata conferita la personalità giuridica e l'autonomia, ai sensi dell'art. 21 della legge 59/97.

Sembra, infatti, che dalla definizione ontologica delle medesime derivino importanti conseguenze sia sul piano sostanziale (rapporto con lo Stato), che su quello processuale (legittimazione attiva e passiva nei giudizi e patrocinio dell'Avvocatura dello Stato).

Dottrina e giurisprudenza non hanno a tutt'oggi approfondito in modo significativo tali aspetti, inerenti, peraltro, ad una materia — quella scolastica — che non è stata particolarmente oggetto di studio sistematico su basi dogmatiche.

Tenuto conto delle considerazioni dottrinali e giurisprudenziali, formatesi anteriormente alla riforma scolastica, si procederà — pertanto — secondo un'impostazione di carattere logico, in base a principi di carattere generale.

A) La natura giuridica delle Scuole anteriormente alla legge delega 59/97.

Come è noto, anteriormente alla recente riforma scolastica, le Scuole potevano essere divise in due categorie: quelle con personalità giuridica (Istituti di istruzione tecnica, professionale ed artistica, convitti), e quelle dotate di una certa autonomia amministrativa, ad esse riconosciuta dai c.d. «decreti delegati sulla scuola» (d.P.R. 416 del 1974 in attuazione dei principi contenuti nella legge delega 477/1973).

In relazione alle scuole dotate di *autonomia amministrativa*, si sono evidenziati (1) i seguenti aspetti, che si ritiene opportuno riportare:

1. — Gli istituti scolastici vanno annoverati tra gli organi dello Stato: ne consegue che l'attività da essi espletata per mezzo delle persone fisiche che vi operano va imputata direttamente allo Stato, costituisce cioè attività statale (2).

2. — Tuttavia, essendo agli stessi riconosciuta l'autonomia amministrativa — da gestirsi tramite organi di *natura collegiale* —, gli istituti realizzano il principio organizzatorio del decentramento funzionale, e sono sottratti al vincolo di subordinazione gerarchica nei confronti dell'apparato burocratico (3).

(1) C. GATTI, S. ZAMBARDI, *Autonomia amministrativa e gestione finanziaria delle scuole*, Jovene, 1976, 31 e segg.

(2) Il direttore didattico ed il Preside sono al tempo stesso organi di primo grado dello Stato, allorchè esplicano attività direttamente riferibili a questo, e organi della istituzione scolastica (cioè organi statali di secondo grado), quando l'attività posta in essere è imputabile all'istituzione e solo mediatamente allo Stato. Mentre nel primo caso gli organi considerati, in quanto espressione del decentramento burocratico, sono vincolati all'osservanza del principio gerarchico, non altrettanto avviene allorchè operano come organi delle istituzioni autonome, che rappresentano invece un'ipotesi di decentramento funzionale, cui è estraneo qualsiasi vincolo di subordinazione gerarchica.

(3) In tal senso si era espresso anche il Consiglio di Stato, con parere 1114 del 1983, ripreso nella c.m. 12 febbraio 1985 n. 60.

3. — Le istituzioni scolastiche sfuggono quindi al rapporto gerarchico che caratterizza l'apparato burocratico: i Provveditori, infatti, agiscono non come superiori gerarchici ma, piuttosto, come organi di controllo.

4. — L'inesistenza di un rapporto gerarchico si manifesta in particolare nei confronti degli organi collegiali di governo, che non sono organi esecutivi, soggetti all'osservanza delle disposizioni impartite dai vertici dell'apparato burocratico, ma organi la cui volontà si forma attraverso il concorso delle autonome determinazioni dei loro componenti, onde al Provveditore era precluso il potere di annullamento delle loro deliberazioni, potere che è espressione tipica del rapporto di gerarchia (4).

5. — Si osservava poi che anche il potere di impartire all'organo subordinato disposizioni vincolanti per mezzo di circolari, istruzioni ecc., trova fondamento in un rapporto di gerarchia, sicchè in assenza di tale rapporto, è da ritenersi precluso all'Amministrazione, se non nei casi previsti dalla legge, disciplinare l'attività di tali istituzioni attraverso l'emaneazione di direttive per esse vincolanti (5).

Da ciò derivava che le circolari ministeriali, lungi dal rivestire carattere di obbligatorietà, possono essere considerate al più come espressione di un potere di indirizzo, volto ad assicurare una coordinata gestione della scuola.

Sul punto si rileva per inciso che — malgrado tale impostazione teorica — le fonti di carattere secondario hanno disciplinato in modo penetrante la materia organizzativa della scuola, sì da essere ritenute, da parte degli operatori scolastici, quasi come la fonte primaria del diritto.

6. — Il potere di controllo si manifesta, invece, nella possibilità per il Provveditore di scioglimento degli organi collegiali della Scuola in caso di perdurante irregolare funzionamento (art. 26 d.P.R. 416/97, poi inserito nell'art. 28 T.U. 297/94, relativo alle funzioni di vigilanza del Provveditore agli Studi).

Al Provveditore spettava, inoltre, il controllo di legittimità e merito relativi alla gestione dei fondi da parte delle scuole, attraverso le autorizzazioni e l'approvazione dei bilanci preventivi e consuntivi delle singole istituzioni scolastiche (art. 28 T.U. 297/94).

(4) *Cfr.* GATTI, *cit.*, 96, ove si rileva che «orbene, posto che tra il provveditore e le istituzioni scolastiche non esiste rapporto di gerarchia e che tra le attribuzioni previste dall'art. 26 d.P.R. 416 non è compreso il potere di annullamento degli atti delle istituzioni stesse è agevole rilevare che l'organo di vigilanza non ha alcuna facoltà di provvedere in tal senso». Si rilevava però che le delibere delle istituzioni erano soggette al potere di annullamento da parte del Governo, in quanto tale potere, conferito dall'art. 6 del r.d. 3 marzo 1934 n. 383, ha portata generale. Ma si segnalava anche che tale potere viene esercitato solo per questioni di alta amministrazione, che difficilmente si presentano per le Istituzioni scolastiche.

(5) GATTI, *cit.*, 97.

Per gli istituti dotati anche di *personalità giuridica*, si era osservato che:

1. L'acquisto della soggettività rileva nei confronti dei terzi, mentre invece nei confronti dello Stato la Scuola rimane inserita nella sua organizzazione, sia pure con la natura di organo-ente (6).

Come organi dello Stato, tali scuole esercitano una serie di attribuzioni proprie di quest'ultimo (rilascio dei titoli di studio, certificazioni, attività di amministrazione del personale e di conduzione del rapporto con gli studenti) e, attesa la personalità giuridica di cui sono dotate, entrano nel rapporto con i terzi, nei cui confronti possono assumere diritti ed obblighi.

(6) N. DANIELE, *La Pubblica Istruzione*, Giuffrè, 1986, 104 e segg.

Sul punto, anche la chiara sentenza di Cassazione 10982/96, ove si afferma: «L'attribuzione agli istituti tecnici della personalità giuridica (art. 3 secondo comma della legge n. 889 del 1931) ne assicura l'autonomia rispetto all'amministrazione centrale della pubblica istruzione, pur se soggetta alla vigilanza ed ai controlli di questa. Donde la possibilità di essere titolari di situazioni soggettive ed in particolare di diritti soggettivi nei confronti di altri enti in relazione alla disciplina dell'erogazione di spese e di somministrazioni varie che la legge prevede a carico di questi..., pur nella rilevata connotazione di enti strumentali che detti istituti hanno in quanto preordinati alla realizzazione di fini principalmente di interesse generale.

Gli enti strumentali — categoria nella quale, come già detto, rientrano gli istituti tecnici, come anche gli istituti professionali (cfr. r.d.l. n. 2038 del 1938) e gli istituti d'arte sono caratterizzati dall'esercitare in proprio funzioni e servizi spettanti ad altro ente, al quale ne «ridondano» i risultati).

La figura dell'organo-ente ricorre poi allorché all'organo di una persona giuridica viene a sua volta attribuita la personalità giuridica.

Tale figura, che opera solitamente come organo dell'amministrazione diretta dello Stato, consegue per lo svolgimento di attività strumentali rispetto alla attuazione delle competenze funzionali dello Stato». Pertanto il rapporto «tra l'organo-ente e lo Stato si pone in modo diverso a seconda che si tratti di rapporti con i terzi o di rapporti diretti organo-Stato». In base a tali considerazioni, la Cassazione aveva escluso la legittimazione passiva del Ministero della Pubblica Istruzione nell'azione risarcitoria per danni provocati da personale della scuola o da sue strutture, atteso che «l'attività del personale, siccome inserita nella struttura dell'Istituto è giuridicamente riferibile a quest'ultimo per ciò che attiene ai rapporti con i terzi e comunque al poterdovere di disciplina e di vigilanza siccome rivolto a tutela della regolarità del servizio in proiezione del rispetto della sfera giuridica dei terzi. In definitiva il personale scolastico, ancorché dipendente dallo Stato, opera all'interno dell'organizzazione dell'istituto il quale, nei rapporti con i terzi, diventa centro di imputazione della attività da detto personale svolta, assumendo rilievo non l'inquadramento di quest'ultimo nei ruoli del personale dello Stato, bensì lo svolgimento delle mansioni per il soddisfacimento dell'interesse pubblico specificamente perseguito dall'ente strumentale (cfr. per riferimenti Cass. 4835/79, Cass. 2700/70)». L'imputazione anche della attività illecita agli istituti scolastici, sulla base delle riportate argomentazioni, sembra più convincente della posizione contraria assunta dalla cassazione in altre pronunce (v. ad es. Cass. 341/96, ove si ritiene sussista la legittimazione passiva del Ministero della Pubblica Istruzione, essendo ad esso riferibile l'attività illecita degli insegnanti, in quanto dipendenti statali).

È inoltre da osservarsi, per quanto concerne lo *ius postulandi*, che specifiche norme attribuivano la difesa in giudizio alla Avvocatura dello stato, ai sensi dell'art. 43 r.d. 1611/1933: v. per gli istituti tecnici: d.P.R. 446/1977; per gli altri istituti: d.P.R. 1027/1975: «conferimento all'Avvocatura generale dello Stato della rappresentanza in giudizio degli istituti professionali per l'industria e l'artigianato, per le attività marine, per l'agricoltura, per il commercio, alberghieri e femminili». Per i Convitti: art. 203 T.U. 297/94.

L'inserimento nell'organizzazione dello Stato si basava sulle seguenti considerazioni:

- a) l'istituzione da parte dello Stato;
- b) la potestà per lo Stato di impartire direttive ed istruzioni per quel che attiene l'esercizio della funzione istituzionale;
- c) il personale dell'istituzione è statale;
- d) non è configurabile una confliggenza di interessi tra l'Ente e lo Stato per quanto attiene al fine istituzionale.

Pertanto, si riteneva che la personalità fosse attribuita solo per assicurare una particolare autonomia all'organo e per consentirgli di amministrarsi senza gli inceppi della ordinaria azione amministrativa.

Agli stessi era infatti riconosciuta una maggiore autonomia negoziale, conseguente alla possibilità di gestire un proprio patrimonio (7).

B) La natura giuridica delle istituzioni scolastiche cui è conferita la personalità giuridica ai sensi della legge 59/97.

1. – La legge 15 marzo 197 n. 59 contiene la delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed agli enti locali, per la riforma della Pubblica Amministrazione e per la semplificazione amministrativa. Tali funzioni, ai sensi dell'art. 2 della legge, sono conferite «*nell'osservanza del principio di sussidiarietà*».

Il conferimento, inoltre, secondo il primo comma dell'art. 1, avviene, tra l'altro, ai sensi dell'art. 5 Costituzione.

2. – Come è noto, secondo l'art. 5 della Costituzione, la repubblica «*attua, nei servizi che dipendono dallo Stato, il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi ed i metodi della legislazione alle esigenze della autonomia e del decentramento*» (8).

Il decentramento comporta che gli organi cui sono state attribuite le funzioni «*siano attributari e responsabili esclusivi delle materie nelle quali hanno competenza, senza rapporto di soggezione gerarchica nei confronti degli organi centrali (e il più possibile indipendenti da essi), spettando a questi ultimi, in ordine alle materie stesse, soltanto poteri di coordinazione e di direzione*» (9).

(7) (cfr. Istruzioni amministrativo-contabili per i circoli didattici, gli istituti scolastici di istruzione secondaria ed artistica statali e per i distretti scolastici emanate con D.I. 28 maggio 1975).

Ai sensi dell'art. 29 T.U. 297/94, il riscontro della gestione finanziaria amministrativa e patrimoniale di tali istituzioni dotate di personalità giuridica è affidato a due revisori dei conti, dei quali uno è nominato dal Ministero della Pubblica Istruzione e l'altro dal Ministero del Tesoro.

(8) Come osservato da Livia Barberio Corsetti, «il principio di sussidiarietà, in questo caso, si estende oltre l'ente locale, titolare della autonomia territoriale, per toccare le singole scuole che, in quanto titolari di autonomia funzionale, dovranno essere libere di organizzarsi e realizzare autonomamente tutti gli obiettivi coerenti con le loro dimensioni», in *Commento al d.lgs. 112/98*, Maggioli, 585.

(9) Così SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, ed. XIII, 365.

In tale prospettiva, gli atti emanati dall'organo competente assumono carattere di definitività (10).

Il decentramento si differenzia dalla «delega», attraverso la quale l'autorità delegante non si priva dei propri poteri, ma demanda al delegato solo l'esercizio degli stessi, né del potere di avocare a sé l'attività delegata.

3. – Oggetto di decentramento è anche la materia dell'istruzione, come è «reso palese dal fatto che la stessa legge eccettua dal conferimento le funzioni ed i compiti riconducibili ad alcuni «settori» della materia istruzione (ordinamenti scolastici, programmi scolastici, organizzazione generale dell'istruzione, stato giuridico del personale: art. 1, comma 3, lett. q)» (11).

L'art. 21 della legge pone come servente il trasferimento delle funzioni rispetto all'esercizio dell'autonomia: «*Ai fini della realizzazione dell'autonomia delle istituzioni scolastiche le funzioni dell'Amministrazione centrale e periferica della pubblica istruzione in materia di gestione del servizio di istruzione, fermi restando i livelli unitari e nazionali di fruizione del diritto allo studio, nonché gli elementi comuni all'intero sistema formativo, sono progressivamente attribuite alle istituzioni scolastiche...*».

Come osservato in dottrina (12), l'autonomia delle istituzioni si attua attraverso un trasferimento di funzioni e di compiti, attinenti anche alla gestione del servizio, direttamente dalla amministrazione statale alle singole scuole. Con la legge 59/97 si è operato così un decentramento di funzioni (e non una semplice delega) dallo Stato alle Scuole di determinate funzioni, come peraltro confermato dal dettato dell'art. 135 d.lgs.112/98 «fatto salvo il trasferimento di competenze alle amministrazioni scolastiche».

Peraltro, come sopra rilevato, di decentramento funzionale si parlava già a proposito delle Scuole dotate di autonomia amministrativa.

4. – Considerato che l'art. 21 attribuisce anche la personalità giuridica alle scuole (che abbiano la dimensione ottimale prevista dalla stessa disposizione di legge e dal regolamento applicativo), ne consegue — a meno che non si ritenga che l'attribuzione della personalità giuridica sia un semplice «*flatus vocis*» — che il decentramento così posto in essere ha natura di *decentramento autarchico*: con tale formula si indica il fenomeno organizzativo contrassegnato dalla creazione, da parte dello Stato, di enti distinti da esso ma che perseguono fini di pertinenza dello Stato, e quindi ad esso strumentali (esplicitamente Sandulli parla di decentramento autarchico a proposito degli istituti dotati di personalità giuridica).

Il d.P.R. 275/99 specifica le materie oggetto di conferimento — perché autorizzato dall'art. 21, comma 2, legge 59/97 (13) — e puntualizza, altresì, il carattere di

(10) *Idem*, 367.

(11) A. PAJNO, in *Lo Stato autonomista*, AA.VV., Il Mulino, 1998, 448.

(12) *Idem*.

(13) «Ai fini di quanto previsto nel comma 1, si provvede con uno o più regolamenti da adottare ai sensi dell'art. 17, comma 2 delle legge 23 agosto 1988 n. 400».

definitività degli atti amministrativi emanati dalle scuole: «*I provvedimenti adottati dalle istituzioni scolastiche ... divengono definitivi il quindicesimo giorno dalla data della loro pubblicazione all'albo della scuola*» (art. 14, comma 7).

Secondo l'art. 14 «*a decorrere dal 1 settembre 2000 sono attribuite alle istituzioni scolastiche le funzioni già di competenza dell'amministrazione centrale e periferica relative alla carriera scolastica ed al rapporto con gli alunni, all'amministrazione e gestione del patrimonio delle risorse, allo stato giuridico ed economico del personale, non riservate, in base all'art. 15 o ad altre specifiche disposizioni, all'amministrazione centrale e periferica*».

Al conferimento di funzioni alle scuole, corrisponde una importante modifica strutturale dell'organizzazione centrale e periferica, la quale assume unicamente funzioni di coordinamento, vigilanza in relazione alle funzioni ancora di pertinenza dello Stato (14), ma si spoglia della gestione amministrativa delle Scuole (v. d.lgs. 300/99 e regolamento attuativo n. 347/2000).

Al trasferimento di funzioni amministrative si accompagna il riconoscimento di un maggiore spazio di autonomia in materia didattica, che però non è riconducibile ad una funzione propriamente amministrativa (15) e costituisce la peculiarità della Scuola, rispetto alle altre strutture amministrative.

5. – Preso atto della creazione di soggetti distinti dallo Stato, occorre considerare se gli stessi siano inseriti nell'organizzazione del medesimo, dando luogo alla figura degli «organi-enti».

Al riguardo, sembra doversi dare una risposta positiva in considerazione dei seguenti elementi:

1) inserimento del personale dello Stato, e reclutamento ad opera del medesimo (procedura esplicitamente sottratta alle singole Scuole, ai sensi dell'art. 15 d.P.R. 275/99);

2) responsabilità, nei confronti dello Stato, del dirigente scolastico, sia disciplinare che per risultati: il nucleo di valutazione per la responsabilità per risultati è incardinato nella amministrazione scolastica presieduta dal sovrintendente scolastico (o da un dirigente da lui delegato);

3) autonomia finanziaria limitata. Se è vero che ci sarà maggiore elasticità nella gestione delle risorse, è anche da constatare che le scuole, attingendo le loro entrate per la massima parte da denaro pubblico, hanno una limitata autonomia finanziaria, non potendo imporre tasse per il servizio scolastico ma solo per specifiche attività; devono inoltre destinare gran parte delle entrate a spese fisse, già predeterminate (per il personale ecc.);

(14) V. d.lgs. 300/99 e d.P.R. di attuazione 347/2000.

(15) È stato, inoltre, efficacemente notato che l'attività didattica — a differenza di quella amministrativa — non è direttamente riferibile allo Stato, giacché per il principio costituzionale della libertà di insegnamento... gli insegnamenti impartiti da ciascun docente — entro i limiti fissati dalla legge — possono riferirsi solo a questi, non trovando spazio nell'attuale ordinamento costituzionale una dottrina di Stato», GATTI, *cit.*, 29, nota 8.

4) il potere di vigilanza e controllo che è rimasto comunque in capo al Ministero sia in relazione alla responsabilità disciplinare dei Capi di Istituto (sussistendo per loro, in quanto ancora organi dello Stato per le funzioni rimaste in capo al medesimo, il vincolo gerarchico), che alla possibilità di scioglimento degli organi collegiali «in caso di persistenti e gravi irregolarità o di mancato funzionamento», ai sensi dell'art. 28, comma 7° T.U. 297/94, non abrogato dall'art. 17 del d.P.R. 275/99. Il controllo di regolarità amministrativo-contabile è venuto meno in capo al provveditore, ed è svolto, come per gli enti con personalità giuridica, da un collegio di revisori dei conti (v. regolamento di contabilità);

5) dalle circostanze sopra delineate, sembra non potersi escludere l'inserimento del nuovo Ente scuola nella organizzazione statale. Si può quindi affermare che lo stesso è ente-organo dello Stato. Tale figura non è stata oggetto di particolari approfondimenti in dottrina ed in giurisprudenza. Le più puntuali pronunce (16) hanno evidenziato la duplicità di veste che l'Ente assume: persona giuridica nei confronti dei terzi; organo nei rapporti interni con lo Stato.

In mancanza di una norma che attribuisce esplicitamente il patrocinio all'Avvocatura dello Stato, il problema si è posto con riferimento alla legittimazione processuale ed alla rappresentanza in giudizio delle predette entità giuridiche: con riferimento ad altre analoghe figure soggettive, si è formata una giurisprudenza contrastante: chi sosteneva che il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato fosse obbligatorio ai sensi dell'art. 1 r.d. 1611/1933 (17), chi invece, prevalendo la qualità di enti diversi dallo Stato, fosse necessaria una norma specifica che attribuisce sifatto patrocinio (18).

6. – In realtà, a parere di chi scrive, la natura giuridica dell'Ente organo non va risolta alla stregua della prevalenza dell'una o dell'altra caratteristica di tale figura soggettiva, e ciò in ragione del fatto che la stessa non costituisce un *tertium genus* rispetto all'organo ed all'ente.

(16) Cfr. per tutte Cass. 10982/96, *cit.*, in nota 6 di questo paragrafo.

(17) E' stato ritenuto obbligatorio il patrocinio dell'AIMA, ai sensi dell'art.1, r.d. 1611/1933, in quanto amministrazione dello Stato (Cass. 5544/84). Egualmente è stato deciso dalla giurisprudenza per altri organi soggettivizzati, quali il Fondo di previdenza del personale delle Dogane (Cass. 1983 n. 2293); la CPDEL (Trib. Catania 8 marzo 1979), la Cassa per il Mezzogiorno (Trib. Catania 30 aprile 1991). Di recente, con sentenza 8708/2000 il Tar Lazio ha negato ad un istituto la legittimazione processuale autonoma rispetto al Ministero, ritenendo che «il comportamento processuale della parte che ricorre (Preside di una Istituzione scolastica, difeso in proprio), si pone in inammissibile conflitto tra organi della stessa Amministrazione e si configura in contrasto con i principi di autorganizzazione dell'Amministrazione».

(18) Le SS.UU., con sentenza 18 marzo 1999 n. 155, in relazione al patrocinio della Cassa Ufficiali dell'esercito hanno deciso che la stessa, prima della norma attributiva, non godeva del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, non potendo «essere condivisa la contraria e quasi coeva pronuncia della sezione lavoro, la quale, attenuando la portata della disposizione ... attributiva di personalità giuridica, la considerò come amministrazione statale...»: Cass., 1 luglio 1998 n. 6450.

Come implicitamente riconosciuto dalla citata giurisprudenza (che parla di «doppia veste» dell'ente-organo), la caratteristica di tale entità sembra essere quella di avere *due nature giuridiche*: *la prima rapportabile al suo essere ente, la seconda all'essere ancora organo dello Stato, in quanto inserito nella sua organizzazione.*

Ne deriva che, sotto il profilo sostanziale, alcune attività saranno rapportabili all'Ente, altre all'organo (19) e, sotto il profilo processuale, per le prime sarà necessaria una norma che prevede il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, mentre per le seconde le istituzioni scolastiche si varranno automaticamente del patrocinio dell'Avvocatura, ai sensi dell'art. 1 r.d. 1611/1993.

Siffatta distinzione non è né agevole né pacifica, considerata la complessità — sul piano pratico — che può portare un continuo distinguo.

Sembrirebbe che ad ovviare perplessità in merito sia sufficiente una norma, anche di contenuto regolamentare (20), di carattere simile a quelle già previste (per i convitti, art. 203 T.U. 297/94: «I convitti possono richiedere, per la tutela dei loro interessi e quando non trattasi di contestazioni con lo Stato, l'assistenza dell'Avvocatura dello Stato»).

Nelle more della sua adozione, sembrerebbe corretto applicare in via di interpretazione estensiva (non già analogica trattandosi di normativa speciale), la norma che attribuisce il patrocinio agli istituti già dotati di personalità giuridica (21), o — sempre in via di interpretazione estensiva — l'art. 1 r.d. 1611/1933 (22).

Siffatta soluzione sembra essere — allo stato — la più rispondente al pubblico interesse, considerata la necessità anche di contenere la spesa pubblica, in relazione ad un potenziale contenzioso scolastico alimentato, in sede di prima applicazione, anche dalla obbiettiva incertezza della normativa ed alle nuove questioni giuridiche che si impongono all'attenzione delle Scuole (23).

PAOLA MARIA ZERMAN

(19) Sarebbe allora necessario distinguere le materie attribuite in proprio alle scuole o ad esse decentrate (tra cui rientrerebbe anche la gestione del personale, trasferita dal d.P.R. 275/99 alle scuole, escluso il reclutamento ed altri pochi atti), da quelle che l'istituto gestisce come organo dello Stato, per le materie ad esso rimaste. In definitiva, quasi tutte le controversie vedrebbero la legittimazione delle istituzioni scolastiche: dalla attività negoziale a quella illecita, a quella di gestione del personale, salve le eccezioni previste.

(20) L'art. 43 r.d. 1611/1933 prevede, infatti, che l'autorizzazione ad avvalersi del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato può essere data con disposizione di legge o di regolamento.

(21) Per le Università si è formato un orientamento giurisprudenziale che ritiene obbligatorio il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato a seconda che le stesse agiscano come organi dello Stato, o come ente autonomo. Tuttavia, a prescindere dal fatto che esiste una norma che attribuisce il patrocinio dell'Avvocatura dello Stato alle Università, tale distinzione è, nella pratica, fonte di incertezze, sebbene corretta dal punto di vista teorico. E' pertanto auspicabile, per le scuole, un intervento del legislatore.

(22) Tale disposizione prevede il patrocinio obbligatorio dell'Avvocatura dello Stato per le «Amministrazioni dello Stato, anche se organizzate ad ordinamento autonomo»; v. in tal senso la giurisprudenza richiamata in nota n. 17.

(23) Occorre infatti non dimenticare che il finanziamento delle Scuole è quasi esclusivamente fornito da denaro pubblico, ed il ricorso a professionisti privati comporta un maggiore onere di spesa per le Scuole.



OSSERVATORIO LEGISLATIVO

2000

AGRICOLTURA. Decreto-legge n. 8 del 4 febbraio 2000 (*G.U.* n. 30); convertito nella legge n. 79 del 7 aprile 2000 (*G.U.* n. 82, ivi testo coordinato): Disposizioni urgenti per la ripartizione dell'aumento comunitario del quantitativo globale di latte per la regolazione provvisoria del settore lattiero-caseario. Decreto legislativo 15 giugno 2000, n.188 (*G.U.* n. 159): Disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 27 maggio 1999, n. 165, recante soppressione dell'AIMA e istituzione dell'Agenzia per le erogazioni in agricoltura (AGEA), a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59.

AMBIENTE. Legge n. 33 del 25 febbraio 2000 (*G.U.* n. 48; testo coordinato *G.U.* n. 48): conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 1999, n. 500, recante disposizioni urgenti concernenti la proroga di termini per lo smaltimento in discarica di rifiuti e per le comunicazioni relative ai PCB, nonché l'immediata utilizzazione di risorse finanziarie necessarie all'attivazione del protocollo di Kyoto. Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 258 (*G.U.* n. 218, *Suppl. Ord.* n.153): Disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 11 maggio 1999, n. 152, in materia di tutela delle acque dall'inquinamento, a norma dell'articolo 1, comma 4, della legge 24 aprile 1998, n. 128.

Decreto-legge n. 279 del 12 ottobre 2000 (*G.U.* n. 239); convertito nella legge n. 365 dell'11 dicembre 2000 (*G.U.* n. 288; testo coordinato *G.U.* n. 288): Interventi urgenti per le aree a rischio idrogeologico molto elevato e in materia di protezione civile, nonché a favore delle zone della regione Calabria danneggiate dalle calamità idrogeologiche di settembre ed ottobre 2000.

D.M. 21 dicembre 1999 (*G.U.* n. 53, *Suppl. Ord.* n. 37): Attuazione della direttiva 98/69/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 ottobre 1998, relativa alle misure da adottare contro l'inquinamento atmosferico da emissioni dei veicoli a motore e recante modificazioni alla direttiva 70/220/CEE del Consiglio.

AMMINISTRAZIONE DELLO STATO E DEGLI ENTI PUBBLICI IN GENERE. D.p.c.m. 9 marzo 2000 (*G.U.* n. 62): Definizione dei criteri di privatizzazione e delle modalità di dismissione dell'Acquedotto pugliese S.p.a. D.p.c.m. 15 aprile 2000 (*G.U.* n. 94): Ordinamento delle strutture generali della Presidenza del Consiglio dei Ministri. D.P.R. 7 febbraio 2000, n. 115 (*G.U.* n. 108): Regolamento recante norme per la riorganizzazione dell'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato a norma dell'articolo 17, comma 4-*bis*, della legge 23 agosto 1988, n. 400.

Legge n. 150 del 7 giugno 2000 (*G.U.* n. 136): Disciplina delle attività di informazione e di comunicazione delle pubbliche amministrazioni. D.p.c.m. 31 ottobre 2000 (*G.U.* n. 272): regole tecniche per il protocollo informatico di cui al d.P.R. 20/10/98 n. 428 (dal 22 novembre sparisce il vecchio protocollo cartaceo della pubblica amministrazione, con l'introduzione di regole per le modalità tecniche da apporre ad ogni documento in entrata o in uscita).

Per altre segnalazioni in materia si vedano le voci *Avvocatura dello Stato e Impiegato dello Stato*.

ANTICHITÀ E BELLE ARTI. Legge 21 dicembre 1999, n. 513 (*G.U.* n. 7): Interventi straordinari nel settore dei beni e delle attività culturali. D.P.R. 7 settembre 2000, n. 283 (*G.U.* n. 240): Regolamento recante disciplina delle alienazioni di beni immobili del demanio storico e artistico.

APPALTO. Decreto legislativo 25 novembre 1999, n. 525 (*G.U.* n. 11; rettifica in *G.U.* n. 30): Attuazione della direttiva 98/4/CE che modifica la normativa comunitaria sulle procedure di appalti nei settori esclusi. Decreto legislativo 14 gennaio 2000, n. 3 (*G.U.* n. 11): Disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 9 gennaio 1999, n. 1, concernenti la società «Sviluppo Italia». D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 (*G.U.* n. 49, *Suppl. Ord.* n. 35): Regolamento recante istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 8 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni. Decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 65 (*G.U.* n. 70): Attuazione delle direttive 97/52/CE e 98/4/CE, che modificano ed integrano, rispettivamente, le direttive 92/50/CEE, in materia di appalti pubblici di servizi, e 93/38/CEE, limitatamente ai concorsi di progettazione. D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (*G.U.* n. 98, *Suppl. Ord.* n.66): Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni. D. Min. Lavori Pubblici 19 aprile 2000, n.145 (*G.U.* n. 131): Regolamento recante il capitolato generale d'appalto dei lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 3, comma 5, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni.

Tipologie unitarie di bandi di gara per l'affidamento di lavori pubblici (Licitazione privata e pubblico incanto). (*G.U.* n. 206, *Suppl. Ord.* n. 143). Determinazione 12 ottobre 2000 n. 48 (*G.U.* n. 252): Criteri cui devono attenersi le SOA (Società organismi di attestazione) nella loro attività di attestazione di qualificazione. (Articoli 18 e 2, comma 1, lettera o), del decreto del Presidente della Repubblica n. 34/2000).

Legge n. 327 del 7 novembre 2000 (*G.U.* n. 265): Valutazione dei costi del lavoro e della sicurezza nelle gare di appalto.

ATTO AMMINISTRATIVO. Deliberazione dell'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione 23 novembre 2000 n. 51 (*G.U.* n. 291): Regole tecniche in materia di formazione e conservazione di documenti informatici delle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 18, comma 3, del decreto del Presidente della Repubblica 10 novembre 1997, n. 513.

AVVOCATURA DELLO STATO. D.p.c.m. 13 aprile 2000, n. 141 (*G.U.* n. 129): Regolamento recante il limite di età per la partecipazione al concorso per procuratore dello Stato (limite fissato in 40 anni, mentre è stato lasciato libero l'accesso al concorso per avvocato). D.p.c.m. 14 aprile 2000, n. 175 (*G.U.* n. 149): Regolamento recante disposizioni modificative del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 29 febbraio 1972 in materia di ripartizione degli onorari e delle competenze tra avvocati e procuratori dello Stato.

D.p.c.m. 6 ottobre 2000 (*G.U.* n. 285): Autorizzazione all'Avvocatura dello Stato ad assumere la rappresentanza e la difesa dell'Istituto italiano di medicina sociale, nei giudizi attivi e passivi avanti alle autorità giudiziarie, i collegi arbitrali e le giurisdizioni amministrative e speciali.

CARABINIERI. Legge n. 78 del 31 marzo 2000 (*G.U.* n. 79): Delega al Governo in materia di riordino dell'Arma dei carabinieri, del Corpo forestale dello Stato, del Corpo della Guardia di finanza e della Polizia di Stato. Norme in materia di coordinamento delle Forze di polizia.

CATASTO. D.P.R. 30 dicembre 1999, n. 536 (*G.U.* n. 21): Regolamento recante modifiche al decreto del Presidente della Repubblica 23 marzo 1998, n. 139, concernente la revisione dei criteri di accatastamento dei fabbricati rurali.

CONCORSO A PUBBLICO IMPIEGO. D. Min. Grazia e Giustizia 1 febbraio 2000, n. 50 (*G.U.* n. 58): Regolamento recante norme per l'individuazione dei limiti di età per la partecipazione ai concorsi pubblici di accesso ai ruoli del personale del Corpo di polizia penitenziaria. D.p.c.m. 16 marzo 2000, n. 112 (*G.U.* n. 107): Regolamento recante modifiche al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 22 luglio 1987, n. 411, relativo ai limiti di altezza per la partecipazione ai concorsi pubblici.

CONTABILITÀ E BILANCIO DELLO STATO. Ripubblicazione del testo della legge 23 dicembre 1999, n. 488, recante: «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2000)», corredato delle relative note. (*G.U.* n. 23, *Suppl. Ord.* n. 23). Legge n. 317 del 23 ottobre 2000 (*G.U.* n. 257, *Suppl. Ord.*): Disposizioni per l'assestamento del bilancio dello Stato e dei bilanci delle Amministrazioni autonome per l'anno finanziario 2000. Legge n. 293 del 9 ottobre 2000 (*G.U.* n. 246, *Suppl. Ord.*): Rendiconto generale dell'Amministrazione dello Stato per l'esercizio finanziario 1999.

D.P.R. 2 novembre 2000, n. 355 (*G.U.* 281): Regolamento recante modifica dell'articolo 230, sesto comma, del regio decreto 23 maggio 1924, n. 827, concernente il regolamento di contabilità generale dello Stato.

Legge n. 389 del 23 dicembre 2000 (*G.U.* n. 302, *Suppl. Ord.* 220): Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2001 e bilancio pluriennale per il triennio 2001-2003.

Legge n. 388 del 23 dicembre 2000 (*G.U.* n. 302, *Suppl. Ord.* 219): Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2001), con riduzioni per Irpeg e Irpef, riordino della tassazione sulla prima casa (esenzione dall'Irpef, proroga della detrazione del 36% per le spese di ristrutturazione e della riduzione Iva al 10%, aumento delle detrazioni per gli affitti concordati), eliminazione dei *tickets* sui farmaci e riduzione progressiva per quelli sulla diagnostica, riduzione del personale della pubblica amministrazione dell'1%, benefici per gli investimenti al sud, riduzione delle incompatibilità fra pensione e stipendio, aumenti di stipendio per insegnanti, dirigenti, magistrati ed equiparati, ulteriore impulso e semplificazione per le dismissioni immobiliari, regole di bilancio per regioni, province e comuni, le università e gli enti di ricerca, destinazione di risorse per la previdenza complementare dei dipendenti pubblici, cartolarizzazione dei crediti dello Stato e degli enti pubblici.

CONVENZIONI E TRATTATI INTERNAZIONALI. Legge n. 10 del 27 gennaio 2000 (*G.U.* n. 32): Ratifica ed esecuzione del Protocollo di modifica della Convenzione di Nairobi del 15 ottobre 1979, tra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo della Repubblica del Kenya per evitare le doppie imposizioni e per prevenire le evasioni fiscali in materia di imposte sul reddito. Legge n. 417 del 20 dicembre 2000 (*G.U.* n. 15 del 19/2001, *Suppl. Ord.*): Ratifica ed esecuzione della Convenzione tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica del Senegal al fine di evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e per prevenire le evasioni fiscali, con Protocollo, fatta a Roma il 20 luglio 1998.

Legge n. 153 del 26 maggio 2000 (*G.U.* n. 138): Ratifica ed esecuzione degli emendamenti alla Convenzione doganale relativa al trasporto internazionale di merci — TIR — conclusa a Ginevra il 14 novembre 1975, adottati dal Comitato amministrativo il 27 giugno 1997. Legge n. 148 del 25 maggio 2000 (*G.U.* n. 135): Ratifica ed esecuzione della Convenzione n. 182 relativa alla proibizione delle forme peggiori di lavoro minorile e all'azione immediata per la loro eliminazione, nonché della Raccomandazione n. 190 sullo stesso argomento, adottate dalla Conferenza generale dell'Organizzazione internazionale del lavoro durante la sua ottantasettesima sessione tenutasi a Ginevra il 17 giugno 1999. Legge n. 207 del 18 luglio 2000 (*G.U.* n. 174): Ratifica ed esecuzione dell'Accordo per l'esecuzione delle sentenze penali tra la Repubblica italiana e la Repubblica di Cuba e relativo scambio di note integrativo, fatti a l'Avana il 9 giugno 1998.

Legge n. 300 del 29 settembre 2000 (*G.U.* n. 250, *Suppl. Ord.*): Ratifica ed esecuzione dei seguenti Atti internazionali elaborati in base all'articolo K.3 del Trattato sull'Unione europea: Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, fatta a Bruxelles il 26 luglio 1995, del suo primo Protocollo fatto a Dublino il 27 settembre 1996, del Protocollo concernente l'interpretazione in via pregiudiziale, da parte della Corte di Giustizia delle Comunità europee, di detta Convenzione, con annessa dichiarazione, fatto a Bruxelles il 29 novembre 1996, nonché della Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 26 maggio 1997 e della Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, con annesso, fatta a Parigi il 17 dicembre 1997. Delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica.

Legge n. 364 del 15 novembre 2000 (*G.U.* n. 288, *Suppl. Ord.*): Ratifica ed esecuzione dell'Accordo tra la Comunità europea ed i suoi Stati membri, da una parte, e la Confederazione svizzera, dall'altra, sulla libera circolazione delle persone, con allegati, atto finale e dichiarazioni, fatto a Lussemburgo il 21 giugno 1999.

Decreto legislativo 24 marzo 2000 n. 85 (*G.U.* n. 85): riordino della carriera diplomatica, a norma dell'art. 1 legge 28/7/99 n. 266.

Legge 21 dicembre 1999, n. 526 (*G.U.* n. 13, *Suppl. Ord.* n. 15): Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 1999 (nuove norme in materia di contratti di agenzia,

di domicilio per l'iscrizione agli albi professionali, di tutela delle produzioni tipiche, di garanzia dei diritti dei lavoratori; di tutela dei consumatori, di liberalizzazione delle imprese).

CORTE COSTITUZIONALE. Legge n. 1 del 17 gennaio 2000 (*G.U.* n. 15; rettifica *G.U.* n. 18; seconda rettifica *G.U.* n. 25): Modifica all'articolo 48 della Costituzione concernente l'istituzione della circoscrizione Estero per l'esercizio del diritto di voto dei cittadini italiani residenti all'estero.

CORTE DEI CONTI. Legge n. 202 del 21 luglio 2000 (*G.U.* n. 171): Disposizioni in materia di nomina del Presidente della Corte dei conti (da scegliere fra i magistrati della stessa Corte che hanno esercitato per almeno tre anni funzioni direttive o equivalenti).

DEMANIO E PATRIMONIO DELLO STATO. Circolare Min. Lavori Pubblici 1 dicembre 1999, n. 12999 (*G.U.* n. 52): Art. 23, commi 4 e seguenti, del decreto legislativo 11 maggio 1999, n. 152 - D.P.R. 18 febbraio 1999, n. 238 - Art. 2 della legge 7 agosto 1999, n. 290 - Art. 28 della legge 30 aprile 1999, n. 136 - Concessioni in sanatoria, decorrenza canoni demaniali e durata concessioni. D.P.R. 7 settembre 2000 n. 283 (*G.U.* n. 240): regolamento recante disciplina delle alienazioni di beni immobili del demanio storico e artistico.

DIRITTO D'AUTORE. Legge n. 248 del 18 agosto 2000 (*G.U.* n. 206): Nuove norme di tutela del diritto d'autore (Stralcio degli articoli 1, 5 e da 7 a 22 del disegno di legge C4953, deliberato dall'Assemblea nella seduta del 6 ottobre 1998).

DIRITTO PROCESSUALE PENALE. Ripubblicazione del testo del decreto legislativo 30 dicembre 1999, n. 507 (*G.U.* n. 22), recante: «Depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio, ai sensi dell'articolo 1 della legge 25 giugno 1999, n. 205», corredato delle relative note.

Decreto Legge n. 2 del 7 gennaio 2000 (*G.U.* n. 4), convertito nella legge n. 35 del 25 febbraio 2000 (*G.U.* n. 50, ivi testo coordinato): Disposizioni urgenti per l'attuazione dell'articolo 2 della legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, in materia di giusto processo. Legge n. 397 del 7 dicembre 2000 (*G.U.* n. 2/2001): Disposizioni in materia di indagini difensive.

DOGANA. Legge n. 213 del 25 luglio 2000 (*G.U.* n. 178): Norme di adeguamento dell'attività degli spedizionieri doganali alle mutate esigenze dei traffici e dell'interscambio internazionale delle merci (gli spedizionieri diventano doganalisti con un ruolo rinnovato: è loro attribuito uno specifico potere di rappresentanza con l'abilitazione a svolgere compiti attribuiti da enti pubblici statali o periferici, potere di asseverazione dei dati, responsabilità patrimoniale per i danni provocati all'erario; sono istituiti centri di assistenza doganale con competenza a riscuotere i diritti portuali e svolgere funzioni ispettive).

ENTI LOCALI. Circolare Ministero del Tesoro 4 febbraio 2000, n. 4 (*G.U.* n. 36): «Patto di stabilità interno» per le province e i comuni. Art. 30 della legge 23 dicembre 1999, n. 488.

Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (*G.U.* n. 227, *Suppl. Ord.* n. 162, testo coordinato corredato delle relative note nel *Suppl. Ord.* n.177): Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (concerne l'ordinamento e la struttura istituzionale, il sistema elettorale, le ineleggibilità e incompatibilità, lo stato giuridico degli amministratori, il sistema finanziario e contabile, i controlli, l'ordinamento degli uffici e del personale, i segretari comunali). Circolare Min. Interno 11 ottobre 2000 n. 7 (*G.U.* n. 247): indicazione della *ratio* e delle linee guida che hanno ispirato l'adozione del nuovo Testo Unico. Decreto-legge n. 392 del 27 dicembre 2000 (*G.U.* n. 303); convertito nella legge n. 26 del 28 febbraio 2001 (*G.U.* n. 50/2001; testo coordinato *G.U.* n. 50/2001): Disposizioni urgenti in materia di enti locali.

FESTIVITÀ. Legge n. 336 del 20 novembre 2000 (*G.U.* n. 273): Ripristino della festività nazionale del 2 giugno, data di fondazione della Repubblica.

FORZE ARMATE. Decreto legislativo 31 gennaio 2000, n. 24 (*G.U.* n. 38): Disposizioni in materia di reclutamento su base volontaria, stato giuridico e avanzamento del personale militare femminile nelle Forze armate e nel Corpo della guardia di finanza, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 20 ottobre 1999, n. 380. Decreto legislativo 31 marzo 2000, n.129 (*G.U.* n. 118, *Suppl. Ord.* n.79): Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 12 maggio 1995, n. 195, in materia di rapporto di impiego del personale delle Forze di polizia e delle Forze armate, a norma dell'articolo 18 della legge 28 luglio 1999, n. 266.

Decreto legislativo 27 giugno 2000, n.214 (*G.U.* n. 178): Disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 28 novembre 1997, n. 464, recante riforma strutturale delle Forze armate, a norma dell'articolo 9, comma 2, della legge 31 marzo 2000, n. 78. Decreto legislativo 28 giugno 2000, n.216 (*G.U.* n. 180, *Suppl. Ord.* n.127): Disposizioni correttive del decreto legislativo 30 dicembre 1997, n. 490, recante riordino del reclutamento, dello stato giuridico e dell'avanzamento degli ufficiali, a norma dell'articolo 9, comma 2, della legge 31 marzo 2000, n. 78.

Legge n. 356 del 30 novembre 2000 (*G.U.* n. 283): Disposizioni riguardanti il personale delle Forze armate e delle Forze di polizia.

Legge n. 331 del 14 novembre 2000 (*G.U.* n. 269): Norme per l'istituzione del servizio militare professionale (delega al Governo per l'abolizione del servizio di leva obbligatorio e l'istituzione dell'arruolamento professionale, entro sette anni, e conseguente progressiva riduzione a 190mila dell'organico complessivo).

GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA. Legge n. 205 del 21 luglio 2000 (*G.U.* n. 173): Disposizioni in materia di giustizia amministrativa.

IMPIEGATO DELLO STATO E PUBBLICO IN GENERE. Contratto collettivo nazionale di lavoro per il quadriennio normativo 1998-2001 e per il biennio economico 1998-1999 relativo all'area della dirigenza del comparto «Regioni - Autonomie locali». (*G.U.* n. 3, *Suppl. Ord.* n. 3). Contratto collettivo nazionale di lavoro per il personale del comparto delle regioni e delle autonomie locali successivo a quello del 1° aprile 1999 (*G.U.* n. 277, *Suppl. Ord.* n. 196). Direttiva del presidente del consiglio dei ministri 21 gennaio 2000 (*G.U.* n. 32): Ulteriori linee guida per la definizione

dei contratti individuali della dirigenza. Decreto legislativo 24 marzo 2000, n.85 (*G.U.* n. 85): Riordino della carriera diplomatica, a norma dell'articolo 1 della legge 28 luglio 1999, n. 266. Decreto legislativo 7 aprile 2000, n.103 (*G.U.* n. 98): Disciplina del personale assunto localmente dalle rappresentanze diplomatiche, dagli uffici consolari e dagli istituti italiani di cultura all'estero, a norma dell'articolo 4 della legge 28 luglio 1999, n. 266.

Accordo quadro nazionale sul telelavoro nelle pubbliche amministrazioni, in attuazione delle disposizioni contenute nell'art. 4, comma 3, della legge 16 giugno 1998, n. 191 (*G.U.* n. 94).

D.p.c.m. 20 dicembre 1999 (*G.U.* n. 111): Trattamento di fine rapporto e istituzione dei fondi pensione dei pubblici dipendenti. Decreto legislativo 19 maggio 2000, n. 139 (*G.U.* n. 127, *Suppl. Ord.* n.84): Disposizioni in materia di rapporto di impiego del personale della carriera prefettizia, a norma dell'articolo 10 della legge 28 luglio 1999, n. 266.

Contratto collettivo nazionale di lavoro relativo al quadriennio normativo 1998 - 2001 ed al biennio economico 1998 - 1999 del personale del comparto «Università» (*G.U.* n. 222, *Suppl. Ord.* n. 156).

Contratto collettivo quadro per la ripartizione dei distacchi e dei permessi alle organizzazioni sindacali rappresentative nei comparti nel biennio 2000 - 2001 (*Suppl. Ord.* n. 156).

Contratto collettivo quadro per la modifica del C.C.N.Q. del 2 giugno 1998 relativo alla definizione dei comparti di contrattazione (*Suppl. Ord.* n. 156).

Contratto collettivo quadro per la modifica del C.C.N.Q. del 24 novembre 1998 relativo alla definizione delle aree dirigenziali di contrattazione (*Suppl. Ord.* n. 156).

Contratto collettivo nazionale quadro per la disciplina del rapporto di lavoro del personale assunto con contratto di fornitura di lavoro temporaneo (*Suppl. Ord.* n. 156).

D.P.R. 8 settembre 2000, n. 324 (*G.U.* n. 261): Regolamento recante disposizioni in materia di accesso alla qualifica di dirigente, a norma dell'articolo 28, comma 3, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29. Decreto del Dipartimento della funzione pubblica 15 novembre 2000 (*G.U.* n. 286): istituzione delle sezioni nell'ambito del ruolo unico della dirigenza, in relazione a specifiche professionalità.

INTERESSI. D. Min. Tesoro 11 dicembre 2000 (*G.U.* n. 292): a partire dal 1° gennaio 2001 il saggio degli interessi legali passa dal 2,5% al 3,5% annuo.

INVALIDI. D.p.c.m. 26 maggio 2000 (*G.U.* n. 239): individuazione delle risorse umane, finanziarie, strumentali e organizzative da trasferire alle regioni in materia di funzioni di concessione dei trattamenti economici a favore degli invalidi civili (dal 1° gennaio 2001 passa alle regioni a statuto ordinario la competenza per l'attribuzione dell'assegno mensile, della pensione di inabilità, delle indennità di accompagnamento, ecc.)

ISTRUZIONE PUBBLICA. Legge n. 30 del 10 febbraio 2000 (*G.U.* n. 44): Legge quadro in materia di riordino dei cicli dell'istruzione. Legge n. 62 del 10 marzo 2000 (*G.U.* n. 67): Norme per la parità scolastica e disposizioni sul diritto allo studio e all'istruzione. D.p.c.m. 13 marzo 2000 (*G.U.* n. 134): Individuazione e trasferimen-

to alle regioni, ai sensi dell'art. 144, comma 2, del decreto legislativo n. 112/1998, degli istituti professionali.

Legge n. 178 del 23 giugno 2000 (*G.U.* n. 153): Istituzione del Centro nazionale di informazione e documentazione europea.

IVA. Decreto Legge n. 21 del 15 febbraio 2000 (*G.U.* n. 37); convertito nella legge n. 92 del 14 aprile 2000 (*G.U.* n. 89): Proroga del regime speciale in materia di IVA per i produttori agricoli (testo coordinato *G.U.* n. 89).

LAVORO (COLLOCAMENTO E MOBILITÀ DELLA MANO D'OPERA). D.p.c.m. 13 gennaio 2000 (*G.U.* n. 43): Atto di indirizzo e coordinamento in materia di collocamento obbligatorio dei disabili, a norma dell'art. 1, comma 4, della legge 12 marzo 1999, n. 68. D.P.R. 10 ottobre 2000 n. 333 (*G.U.* n. 270): regolamento di esecuzione della legge 12 marzo 1999 n. 68, recante norme per il diritto al lavoro dei disabili (si completa la disciplina del collocamento obbligatorio dei disabili, esteso anche alle piccole imprese): Decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181 (*G.U.* n. 154): Disposizioni per agevolare l'incontro fra domanda ed offerta di lavoro, in attuazione dell'articolo 45, comma 1, lettera a), della legge 17 maggio 1999, n. 144.

LAVORO (RAPPORTO DI). Decreto legislativo 26 novembre 1999 n. 532 (*G.U.* n. 16): disposizioni in materia di lavoro notturno, a norma dell'art. 17, comma 2, legge 5 febbraio 1999 n. 25 (disciplina applicabile a tutti i lavoratori pubblici e privati, ad eccezione dei settori del trasporto aereo, ferroviario, stradale, marittimo, pesca e medico). Decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 61 (*G.U.* n. 66): Attuazione della direttiva 97/81/CE relativa all'accordo-quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES. Legge n. 83 del 11 aprile 2000 (*G.U.* n. 85): Modifiche ed integrazioni della legge 12 giugno 1990, n. 146, in materia di esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e di salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati (le limitazioni sono estese anche a professionisti e autonomi; sono inasprite le sanzioni e l'obbligo di garantire prestazioni minime — almeno per il 50% del servizio —). Legge n. 171 del 26 maggio 2000 (*G.U.* n. 146): Ratifica ed esecuzione dell'emendamento all'articolo 19 dello Statuto dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL), adottato dalla Conferenza nella sua ottantacinquesima sessione a Ginevra il 19 giugno 1997. Legge n. 186 del 30 giugno 2000 (*G.U.* n. 157): Modifiche alla legge 28 gennaio 1994, n. 84, in materia di operazioni portuali e di fornitura del lavoro portuale temporaneo (adeguamento della disciplina del settore alla normativa generale introdotta dalla legge 196/97).

LEGGE. Legge n. 192 del 22 giugno 2000 (*G.U.* n. 161): in nome della semplificazione amministrativa è modificato l'art. 13 legge 127/97 con l'abrogazione delle disposizioni che prescrivono autorizzazioni per l'acquisto di immobili o per accettazione di donazioni, eredità e legati da parte di persone giuridiche; è modificato anche l'art. 473 cod. civ. nel senso che le accettazioni di eredità da parte di persone giuridiche, associazioni, fondazioni e altri enti devono farsi con beneficio di inventario. Legge n. 340 del 24 novembre 2000 (*G.U.* n. 275, testo ripubblicato con note in *G.U.* n. 296, *Suppl. Ord.* n. 212): Disposizioni per la delegificazione di norme e per la semplificazione di procedimenti amministrativi - Legge di semplificazione

1999: ha regolato la delegificazione e l'adozione di testi unici di norme concernenti procedimenti amministrativi nonché delle norme che regolano i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche.

Testo di legge costituzionale (*G.U.* n. 246): Testo di legge costituzionale approvato in seconda votazione a maggioranza assoluta, ma inferiore ai due terzi dai membri di ciascuna Camera, recante: «Modifiche agli articoli 56 e 57 della Costituzione concernenti il numero di deputati e senatori in rappresentanza degli italiani all'estero». Testo di legge costituzionale (*G.U.* n. 254): Testo di legge costituzionale approvato in seconda votazione a maggioranza assoluta, ma inferiore ai due terzi dai membri di ciascuna Camera, recante: «Disposizioni concernenti l'elezione diretta dei Presidenti delle regioni a statuto speciale e delle province autonome di Trento e di Bolzano».

ORDINAMENTO GIUDIZIARIO. Ripubblicazione del testo della legge 16 dicembre 1999, n. 479, recante: «Modifiche alle disposizioni sul procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica e altre modifiche al codice di procedura penale. Modifiche al codice 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», corredato delle relative note. (*G.U.* n. 13, *Suppl. Ord.* n. 16). Legge n. 25 del 16 febbraio 2000 (*G.U.* n. 39; rettifica *G.U.* n. 40): Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 dicembre 1999, n. 480, recante nuova disciplina transitoria per i termini di deposito della documentazione prescritta dall'articolo 567 del codice di procedura civile per l'istanza di vendita nell'espropriazione immobiliare (testo coordinato *G.U.* n. 39). Decreto-legge n. 291 del 18 ottobre 2000 (*G.U.* n. 245); convertito nella legge n. 372 del 14 dicembre 2000 (*G.U.* n. 292; testo coordinato *G.U.* n. 292): Ulteriore proroga della disciplina transitoria per i termini di deposito della documentazione prescritta dall'articolo 567 del codice di procedura civile, relativa all'istanza di vendita nell'espropriazione immobiliare.

Legge n. 242 del 18 agosto 2000 (*G.U.* n. 204): Autorizzazione al Ministero della giustizia a stipulare contratti di lavoro a tempo determinato con soggetti impiegati in lavori socialmente utili, al fine di garantire l'attuazione della normativa sul giudice unico di primo grado.

D.P.R. 10 giugno 2000, n.198 (*G.U.* n. 167): Regolamento recante norme di coordinamento e di attuazione del capo I della legge 24 novembre 1999, n. 468, concernente il giudice di pace. Decreto legislativo 28 agosto 2000, n.274 (*G.U.* n. 234, *Suppl. Ord.* n.166): Disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, a norma dell'articolo 14 della legge 24 novembre 1999, n. 468 (per i reati di diffamazione, guida in stato di ebbrezza, appropriazione di cose smarrite, ecc.; in rito, da segnalare, accanto all'ordinario sistema di citazione, un meccanismo che attribuisce alla persona offesa dal reato un autonomo potere di attivazione in giudizio; l'entrata in vigore della riforma è stata rinviata al gennaio 2002).

Decreto-legge n. 341 del 24 novembre 2000 (*G.U.* n. 275; rettifica *G.U.* n. 279); convertito nella legge n. 4 del 19 gennaio 2001 (*G.U.* n. 16/2001; ivi testo coordinato): Disposizioni urgenti per l'efficacia e l'efficienza dell'Amministrazione della giustizia.

PERSONA FISICA E DIRITTI DELLA PERSONALITÀ. Legge n. 53 del 8 marzo 2000 (*G.U.* n. 60): Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città.

Legge n. 325 del 3 novembre 2000 (*G.U.* n. 262): Disposizioni inerenti all'adozione delle misure minime di sicurezza nel trattamento dei dati personali previste dall'articolo 15 della legge 31 dicembre 1996, n. 675.

Legge n. 379 del 14 dicembre 2000 (*G.U.* n. 295): Disposizioni per l'equiparazione ai cittadini italiani delle persone già residenti nei territori del Trentino - Alto Adige appartenuti all'Impero Austro - Ungarico, e dei loro discendenti.

PERSONA GIURIDICA. Legge 21 dicembre 1999, n.508 (*G.U.* n. 2): Riforma delle Accademie di belle arti, dell'Accademia nazionale di danza, dell'Accademia nazionale di arte drammatica, degli Istituti superiori per le industrie artistiche, dei Conservatori di musica e degli Istituti musicali pareggiati. Decreto-legge n. 345 del 24 novembre 2000 (*G.U.* n. 277), convertito nella legge n. 6 del 26 gennaio 2001 (*G.U.* n. 21; testo coordinato *G.U.* n. 21): Disposizioni urgenti in tema di fondazioni lirico-sinfoniche (viene sostanzialmente ripristinato il testo del d.legs. 134/98 annullato dalla Corte costituzionale per eccesso di delega, con conferma dell'acquisizione della personalità giuridica di diritto privato per le nuove fondazioni a far data dal 23 maggio 1998).

D.P.R. 10 febbraio 2001 n. 361 (*G.U.* n. 286): regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti di riconoscimento di persone giuridiche private e di approvazione delle modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto (in vigore dal 22 dicembre 2000, competenza alle regioni nell'ambito delle materie delegate, altrimenti ai prefetti, soppressione del registro presso i tribunali ed istituzione di registri regionali e prefettizi con funzione di attribuzione dell'efficacia al riconoscimento).

Per altri riferimenti v. la voce LEGGE.

RADIOTELEVISIONE. Legge n. 5 del 14 gennaio 2000 (*G.U.* n. 14): Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 novembre 1999, n. 433, recante disposizioni urgenti in materia di esercizio dell'attività radiotelevisiva locale e di termini relativi al rilascio delle concessioni per la radiodiffusione televisiva privata su frequenze terrestri in ambito locale (Testo coordinato *G.U.* n. 14). Legge n. 28 del 22 febbraio 2000 (*G.U.* n. 43): Disposizioni per la parità di accesso ai mezzi di informazione durante le campagne elettorali e referendarie e per la comunicazione politica. D. Min. Comunicazioni 28 febbraio 2000 (*G.U.* n. 65, *Suppl. Ord.* n. 45): Approvazione del piano nazionale di ripartizione delle frequenze.

REDDITO DELLE PERSONE FISICHE (IMPOSTA SUL). Decreto-legge n. 268 del 30 settembre 2000 (*G.U.* n. 230); convertito nella legge n. 354 del 23 novembre 2000 (*G.U.* n. 280; testo coordinato *G.U.* n. 280): Misure urgenti in materia di imposta sui redditi delle persone fisiche e di accise.

REGIONE IN GENERE. Decreto legislativo 28 marzo 2000, n. 76 (*G.U.* n. 77): Principi fondamentali e norme di coordinamento in materia di bilancio e di contabilità delle regioni, in attuazione dell'articolo 1, comma 4, della legge 25 giugno 1999, n. 208.

RISCOSSIONE DELLE IMPOSTE E DELLE ENTRATE PATRIMONIALI ED ESATTORIE. D. Min. Finanze 4 agosto 2000 (*G.U.* n. 201, *Suppl. Ord.* n. 138): Remunerazione del Servizio nazionale della riscossione tramite ruolo ai sensi dell'art. 17 del decreto legislativo 13 aprile 1999, n. 112.

SANITÀ PUBBLICA. Decreto legislativo 2 marzo 2000, n. 49 (*G.U.* n. 58): Disposizioni correttive del decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229, concernenti il termine di opzione per il rapporto esclusivo da parte dei dirigenti sanitari.

Legge n. 251 del 10 agosto 2000 (*G.U.* n. 208): Disciplina delle professioni sanitarie infermieristiche, tecniche, della riabilitazione, della prevenzione nonché della professione ostetrica. Legge n. 401 del 29 dicembre 2000 (*G.U.* n. 5/2001): Norme sull'organizzazione e sul personale del settore sanitario. D.P.R. 16 dicembre 1999, n. 516 (*G.U.* 8): Regolamento recante norme per l'esecuzione dell'accordo collettivo nazionale per la disciplina dei rapporti con le farmacie pubbliche e private. Decreto legislativo 21 dicembre 1999 (*G.U.* 8, *Suppl. Ord.* n. 10): Disciplina dei rapporti fra Servizio sanitario nazionale ed università, a norma dell'articolo 6 della legge 30 novembre 1998, n. 419 (anche per i medici universitari è imposta l'opzione per l'esercizio della libera professione intra o extramuraria.

G.U. n. 230, *Suppl. Ord.* n. 165: d.P.R. 28 luglio 2000, n.270: Regolamento di esecuzione dell'accordo collettivo nazionale per la disciplina dei rapporti con i medici di medicina generale. D.P.R. 28 luglio 2000, n. 271: Regolamento di esecuzione dell'accordo collettivo nazionale per la disciplina dei rapporti con i medici specialisti ambulatoriali interni. D.P.R. 28 luglio 2000, n. 272: Regolamento di esecuzione dell'accordo collettivo nazionale per la disciplina dei rapporti con i medici specialisti pediatri di libera scelta.

Circolare Min. Sanità 29 settembre 2000, n. 14 (*G.U.* n. 268, *Suppl. Ord.* n. 188): Linee guida applicative del decreto legislativo 4 agosto 1999, n. 336.

SINDACATI. D.p.c.m. 5 ottobre 1999 (*G.U.* n. 16): Ripartizione dei contingenti complessivi dei distacchi sindacali retribuiti autorizzabili per l'anno 1999 nell'ambito delle Forze di polizia ad ordinamento civile (Polizia di Stato, Corpo di polizia penitenziaria e Corpo forestale dello Stato). Circolare Pres. Cons. Min.- Funz. Pubbl. 9 marzo 2000, n. 4 (*G.U.* n. 60): Rilevazione dei dati riguardanti permessi, aspettative e distacchi sindacali, aspettative e permessi per funzioni pubbliche per l'anno 1999.

TRIBUTI IN GENERE. Decreto legislativo 18 gennaio 2000, n. 9 (*G.U.* n. 30): Disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi 18 dicembre 1997, n. 463, e n. 466, in materia, rispettivamente, di utilizzazione di procedure telematiche per la semplificazione degli adempimenti tributari in materia di atti immobiliari e di ulteriori interventi di riordino delle imposte personali sul reddito al fine di favorire la capitalizzazione delle imprese. Decreto legislativo 18 febbraio 2000, n. 56 (*G.U.* n. 61): Disposizioni in materia di federalismo fiscale, a norma dell'articolo 10 della legge 13 maggio 1999, n. 133 (disposta la soppressione di numerosi trasferimenti erariali sostituiti da compartecipazioni regionali all'iva, dall'aumento dell'aliquota dell'addizionale regionale all'irpef e da un'aliquota di compartecipazione su base regionale all'accisa sulle benzine). Decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74 (*G.U.* n. 76): Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, a norma dell'articolo 9 della legge 25 giugno 1999, n. 205. Decreto legislativo 30 marzo 2000, n. 99 (*G.U.* n. 96): Disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi 18 dicembre 1997, numeri 471, 472 e 473, in materia di sanzioni amministrative tributarie. Legge n. 212 del 27 luglio 2000 (*G.U.* n. 177):

Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente (in vigore dal 1° agosto 2000; fra i principi più importanti, l'obbligo dell'amministrazione di garantire informazione e assistenza al contribuente, il diritto di interpello su questioni controverse, limitazione delle disposizioni interpretative e retroattive, tutela dell'affidamento e della buona fede del contribuente, equità e ragionevolezza delle sanzioni, esclusione di sanzioni per le violazioni formali, estensione della possibilità di compensazione, istituzione del Garante del contribuente).

Decreto legislativo 19 luglio 2000, n. 221 (*G.U.* n. 183): Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 21 novembre 1997, n. 461, in materia di riordino della disciplina tributaria dei redditi di capitale e dei redditi diversi. D. Min. Finanze 5 ottobre 2000 (*G.U.* n. 249): elenco degli Stati con i quali è attuabile lo scambio di informazioni ai sensi delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni.

D. Min. Finanze 28 settembre 2000, n. 301 (*G.U.* n. 250): Regolamento recante norme per il riordino della Scuola Centrale Tributaria.

Collegato alla legge di bilancio per l'anno 2000, legge n. 342 del 21 novembre 2000 (*G.U.* n. 276, *suppl. ord.*): Misure in materia fiscale, con disposizioni sul reddito d'impresa, le collaborazioni coordinate e continuative (i cui redditi sono ora assimilati a quelli di lavoro dipendente), le collaborazioni familiari (i cui oneri sono detraibili dal reddito), la riforma delle imposte di successione (in vigore dal 1° luglio 2000) e donazione (in vigore dal 1° gennaio 2001), la rivalutazione dei beni di impresa, la riforma della tassazione dei redditi di lavoro dipendente prodotti all'estero.

TRIBUTI LOCALI. Legge n. 290 del 11 ottobre 2000 (*G.U.* n. 245): Disposizioni in materia di minori entrate delle regioni a statuto ordinario a seguito della soppressione dell'addizionale regionale all'imposta erariale di trascrizione e della riduzione dell'accisa sulla benzina nonché disposizioni finanziarie concernenti le province e i comuni.

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI. D. Min. università e ricerca scientifica 3 novembre 1999 n. 509 (*G.U.* n. 2): Regolamento sull'autonomia didattica degli atenei. D. Min. università 21 dicembre 1999 n. 537 (*G.U.* n. 24): regolamento per l'istituzione e l'organizzazione delle scuole di specializzazione per le professioni legali.

USURA. Decreto-legge n. 394 del 29 dicembre 2000 (*G.U.* n. 303); convertito nella legge n. 24 del 28 febbraio 2001 (*G.U.* n. 49/2001; testo coordinato *G.U.* n. 49/2001): Interpretazione autentica della legge 7 marzo 1996, n. 108, recante disposizioni in materia di usura.

VIGILI DEL FUOCO. Legge n. 246 del 10 agosto 2000 (*G.U.* n. 206): Potenziamento del Corpo nazionale dei vigili del fuoco.

VALUTARIO. Legge n. 326 del 7 novembre 2000 (*G.U.* n. 264): Modifiche al testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 31 marzo 1988, n. 148, in materia di sanzioni per le violazioni valutarie.

GIUSEPPE ALBENZIO

OSSERVATORIO GIURIDICO SU INTERNET

Benvenuti a questa seconda edizione dell'osservatorio giuridico su Internet. Anche questa sarà caratterizzata da una parte su esperienze nate dalle ricerche ed un'altra con la recensione di un sito di particolare interesse giuridico. Per la prima parte più che partire da singole esperienze ho preferito affrontare qualche problematica di ordine generale propria della tipologia della ricerca per parola (quando cioè non si è in possesso di dati certi di ricerca) che è quella che pone maggiori problemi. Questa scelta nasce anche dalla realtà ormai più consolidata dell'uso di Internet all'interno dell'Avvocatura Generale dello Stato, per cui mi è sembrato più interessante affrontare problemi tipici dell'interrogazione di un così grande strumento di ricerca quali i risultati fuori contesto e la scarsità di esiti.

IL CASO E LA NECESSITÀ NELLA RICERCA PER PAROLA

In uno dei suoi racconti più famosi Borges narra di un cartografo che per rendere la sua carta sempre più perfetta finisce per disegnarla altrettanto grande della terra stessa che deve rappresentare. Possiamo assumere questa metafora per cercare di immaginare la realtà di Internet. Appare allora evidente la difficoltà di navigare senza mappe in un oceano di testi e ipertesti.

Ma mappe non ne esistono e il problema si sente con maggiore evidenza nella ricerca per parole: quando, infatti, abbiamo già i dati di quel che cerchiamo il problema può venire solo dalla ridondanza dei risultati; ma quando cerchiamo solo per parole allora la ridondanza è massima e non riguarda solo le fonti, ma inerisce alla natura stessa dei risultati. È nella natura stessa, infatti, della ricerca per parola il problema della pertinenza o meno della stessa al risultato cercato.

Un problema che spesso si è posto nel mio lavoro di ricerche è quello di non riuscire a motivare ad alcuni utenti come sia poco produttivo, a fronte di un certo - esiguo e non soddisfacente - risultato, riprovare aggiungendo altre parole a quelle già usate. Apparentemente la richiesta è superflua: se ho dieci documenti a fronte di un'interrogazione composta da tre termini, e ne aggiungo altri, è chiaro che i risultati non possono che diminuire. Ma riflettiamo sul fatto che spesso quello che spiazza i richiedenti non è tanto l'esiguità del risultato, quanto il suo essere completamente fuori campo. Allora giustamente, dal loro punto di vista, chiedono di aggiungere altri termini per precisare maggiormente il campo della ricerca. Quello che appunto sfugge è ciò che ho chiamato *caso e necessità*. Quello che, infatti, è necessario per non andare fuori campo è individuare la *necessità* di quel significato pescandola dal *caso* della presenza di quella parola in una serie di ricorrenze puramente occasionali (ho usato non a caso il concetto di pesca rammentando, mi si perdoni il ricordo, come mi chiamava l'avv. Ferri: *lei che sa lanciare il suo amo e trovare sempre qualcosa*).

La presenza o l'assenza di una certa parola dove ci aspettiamo di trovarla è determinata dal contesto in cui quella parola è o meno presente.

Spassosissimi esempi di parole casuali decontestualizzate nelle espressioni più incredibili sono stati citati da Umberto Eco in varie *Bustine di Minerva* (la rubrica che ha sull'Espresso) in cui si divertiva a far tradurre una frase italiana in inglese da un programma di traduzione automatica, poi la faceva tradurre in francese, poi in tedesco, poi in spagnolo e — infine — la faceva ritradurre in italiano. Naturalmente la frase alla fine del giro di traduzioni era completamente diversa e sconcertante, a volte divertente, a volte semplicemente senza senso. Ma il problema non si risolve con un avverbio: il punto è capire perchè fallisca un programma autoapprendente, un programma cioè che impara — dalla ripetizione dei termini nelle varie espressioni — a contestualizzare ogni vocabolo nel suo specifico modo d'uso. Ma il problema è che non è la statistica che può determinare il nostro libero arbitrio di usare — anche per quella sola, singola, necessaria, volta — quel vocabolo in quel contesto.

Il problema è esattamente lo stesso della reperibilità di *parole necessarie* al di fuori di *contesti casuali*.

Quindi il problema della reperibilità delle parole diventa il problema di dare parole ai contesti. Per cui mi viene da rivalutare quella richiesta di alcuni utenti di aumentare le parole della domanda a fronte di una risposta insoddisfacente. Ma il punto chiave non è la proliferazione delle *parole domandanti* per cercare di aumentare surrettiziamente le possibilità di pesca, bensì l'individuazione di una *serie alternativa* (nel senso di una serie di sinonimi da usare alternativamente) di *parole aggettivanti* nel senso che contestualizzano la *parola sostantivo* (quella cioè chiave della domanda) per tagliare fuori le parole *casuali* e pescare solo quelle necessarie.

L'insufficienza e/o l'inesattezza delle risposte non è il solo problema che si può incontrare solcando la *grande carta* di Internet ricercando solo per parole: un'altra richiesta che spesso, infatti, mi trovo ad affrontare è: «ma non c'è nient'altro?».

È questa una di quelle domande a cui verrebbe voglia di rispondere di getto con: «se ci fosse altro il computer lo tirerebbe fuori!» (con tanto di punto esclamativo); ma il punto è che il computer non tira fuori proprio un bel niente. Siamo noi stessi che tiriamo fuori le risposte a seconda di come formuliamo le domande; il computer è l'essere più stupido che esiste: è solo il nostro postino. Siamo noi che scriviamo le lettere, che le impostiamo e che leggiamo (soprattutto nel senso che decifriamo) le risposte!

Qual è, allora, la risposta da dare a questa domanda? Fino a qualche tempo fa non sapevo quale fosse la risposta giusta, poi un giorno me l'ha data mia figlia Morgana quando le ho portato una ricerca sulla *città rinascimentale* che le serviva per la scuola e lei mi ha detto: «tanto sono le stesse identiche cose che ha trovato il papà di Francesca».

È a quel punto che una lampadina mi si è accesa e ho pensato: «ma allora le *mappe* di Internet (i famosi *motori di ricerca*, che tra l'altro funzionano solo attraverso la ricerca per parola, per cui forniscono quell'enorme e del tutto casuale quantità di risultati che tanto spaventa i neofiti) danno a tutti le stesse risposte, ma allora la *grande carta* di Internet non è poi così grande se a tutti dà le stesse risposte, ma allora per riuscire a ingrandire ancora di più la *carta* di Internet e trovare risposte originali e non standardizzate bisogna ingegnarsi a cercare sotto diverse parole».

Anche in questo caso quindi l'uso dei sinonimi (nel caso specifico: *urbanistica*, *architettura*, *utopia*, *umanesimo*) ha allargato la griglia dei risultati uscendo dalle strettoie delle risposte standardizzate.

Ma non sempre l'uso dei sinonimi riesce a raggiungere l'obiettivo e a questo punto si rende sempre più indispensabile, per raggiungere la *necessità* e saltare il *caso*, il passaggio dalla *parola testo* alla *parola concetto*. È singolare che tutti i più autorevoli esperti di Internet si dichiarino convinti della necessità di motori di ricerca non più basati sulla *ricerca per parola* ma sulla ricerca per concetto. Si rende, cioè, necessario lo stesso salto che da anni aspettiamo nella televisione per passare da passivi utenti delle *tv generaliste* ad (inter)attivi utenti di *tv tematiche*: serve, quindi, un salto dal *motore di ricerca generalista* al *motore di ricerca settoriale* che possenga un suo soggettario o — per meglio dire — *thesaurus* di concetti in cui incasellare le parole e i testi nel loro esatto contesto, sfuggendo così alle fauci del *caso* e diventando sempre più perfetta *necessità*.

È singolare che anche la *carta* di Internet abbia bisogno, per essere percorsa e resa intelligibile, degli stessi strumenti di navigazione su cui si rompevano la testa i monaci medievali: i *thesaurus*.

CASO E NECESSITÀ

Parlo di *caso* e di *necessità* perchè leggendo il saggio di Monod mi è sembrato di ravvisare una rassomiglianza di comportamento tra l'organismo vivente da lui studiato e le forme del linguaggio di cui parlo. Vediamo un pò qualcuna di queste rassomiglianze: «L'organismo è una macchina che si costruisce da sè. Non è l'intervento di forze esterne a imporgli la sua struttura macroscopica ma questa si costituisce in modo autonomo grazie a interazioni costruttive interne» (1).

Se sostituiamo *linguaggio* a *organismo* possiamo benissimo sottoscrivere che il linguaggio è autoreferenziale per cui nella ricerca dobbiamo sempre tener presente la possibilità di imbatterci in parole che non ci aspettiamo di trovare proprio perchè esse non rispettano regole certe.

Il concetto di presenza casuale di parole in determinati contesti lessicali si esplicita in quest'altra citazione: «Quindi due molecole (o regioni di molecole) potranno entrare in un'associazione non covalente soltanto se le loro superfici presentano *aree complementari* per cui parecchi atomi dell'una possono entrare in contatto con parecchi atomi dell'altra» (2). Se infatti sostituiamo *parole* a *molecole*, *suoni* a *superfici* e *sillabe* ad *atomi* avremo il concetto di presenza di determinate parole solo per semplice assonanza. Perché «sappiamo che ogni fenomeno, ogni avvenimento, ogni conoscenza comporta interazioni di per sé generatrici di modificazioni all'interno delle componenti del sistema» (3). E questo è particolarmente valido per il lin-

(1) JACQUES MONOD, *Il caso e la necessità*, Milano, Mondadori, 1970

(2) *Ivi*.

(3) *Ivi*.

guaggio, per cui occorre sempre tener conto del fattore tempo e, quindi, quando si fa una ricerca in un largo spettro temporale bisogna tener presente che negli anni può essere cambiato l'uso di determinate parole per cui, ad esempio, in alcuni anni si usava il termine *imposta* in altri si preferiva *tributo* e così via.

Concludendo quindi, parafrasando Monod che dice che «a livello di popolazione, pertanto, la mutazione non rappresenta affatto un fenomeno eccezionale: è la regola» (4), potremmo dire che *a livello di linguaggio la mutazione non rappresenta affatto un fenomeno eccezionale: è la regola*. E questa regola è a maggior ragione valida nel linguaggio mutante per eccellenza: quello di Internet. Per cui potremmo sintetizzare che, probabilmente, l'unica regola del linguaggio anarchico di Internet è la regola della mutazione autogena de *Il caso e la necessità* di Monod.

Ma, forse, potremmo anche trovare un'altra regola al magma linguistico d'Internet: la velocità della mutazione. E, caso strano, si ribalta la legge di Darwin per cui «... siamo sempre lenti nel riconoscere i grandi cambiamenti dei quali non vediamo le tappe» (5). Oggi che i cambiamenti sono rapidissimi e potremmo, quindi, percepire tutte le tappe delle mutazione, è questa stessa velocità che ci rende inintelligibile il mutamento.

E, infine, davvero concludo — circolarmente come ho iniziato — con Borges «... la confusione e la meraviglia sono operazioni proprie di Dio e non degli uomini» (6); per cui presumo che al più presto saranno pronte mappe tematiche precise per percorrere la *grande carta* di Internet senza fare la fine di quel re di Babilonia del racconto «... in mezzo al deserto, dove egli morì di fame e di sete» (7).

PRESENTAZIONE DI UN SITO

(CAMERA DEI DEPUTATI)

INDIRIZZO: <http://www.camera.it>

Ricerca effettuata in data 17 gennaio 2001

L'*home page* del sito si presenta un po' troppo piena e, pertanto, bisogna porre una particolare attenzione per trovare quello che serve.

Le voci che possono essere interessanti sono nella parte sinistra:

L'ATTIVITÀ
PARLAMENTARE

I lavori

Il rapporto con il Governo
Relazioni internazionali e con l'Unione Europea

(4) *Ivi*.

(5) CHARLES DARWIN, *L'origine della specie*, Roma, Editori Riuniti, 1982.

(6) JORGE LUIS BORGES, *L'Aleph*, Milano, Feltrinelli, 1977.

(7) *Ivi*.

LE BANCHE
 DATI
 Leggi Regionali
 Sindacato Ispettivo
 PRIMA PAGINA
 I siti istituzionali

nella parte centrale:

I LAVORI
 Temi e provvedimenti della settimana

In aula
 Ordine dei giorno
 Calendario
 Resoconti in corso di seduta

In commissione
 I lavori della settimana
 Resoconti del giorno
 Composizione e convocazioni

Progetti di legge
 Guida alla consultazione dei documenti legislativi all'esame del Parlamento
 Ricerca per numero
 Ricerca per chiavi
 Da assegnare
 D.d.l. governativi
 Progetti Costituzionali
 Cancellati dall'odg

Per non disperdersi la cosa migliore è concentrarsi sulla fascia in alto e sui suoi *bottoni* che rimandano alle voci descritte. Questi *bottoni* si presentano così:

ORGANISMI BICAMERALI	LEGGI 13° LEGISLATURA	ORDINE DEL GIORNO	DIRETTA AULA	SITI SELEZIONATI	SCRIVI ALLA CAMERA	CERCA	AIUTO
-------------------------	--------------------------	----------------------	-----------------	---------------------	-----------------------	-------	-------

Cliccando su *organismi bilaterali* entro in un elenco *attivo* (*) di tutti questi organismi che mi permette di avere una scheda attiva della commissione.

(*) Per *attivo* intendo che mi permette di entrare nei testi che nomina, le aree *attive* sono scritte in blu e sottolineate.

Cliccando, invece, su *leggi 13° legislatura* ho la possibilità di seguire i seguenti itinerari di ricerca:

- Indici delle leggi:
 - in ordine cronologico
 - per tipologia
 - per aree tematiche
- Leggi maggiormente richieste
- Progetti di legge approvati non promulgati o pubblicati
- Decreti-legge in corso di conversione
- Decreti legislativi

Provo quello cronologico che, in genere, è quello più diffuso e ottengo questa scheda che mi permette di arrivare velocemente al testo desiderato.

Periodo di promulgazione:

2001

Gen.

2000

Gen. Feb. Mar.

Apr. Mag. Giu.

Lug. Ago. Set.

Ott. Nov. Dic.

Cliccando su *Gen. 2000* ottengo l'elenco — decrescente — delle leggi promulgate in tale mese, così presentate:

Leggi promulgate nel Mese di Dicembre 2000

L. 409/00 Erogazione del contributo obbligatorio dell'Italia al Fondo multilaterale per il Protocollo di Montreal per la protezione della fascia di ozono
Legge n. 409 del 29 Dicembre 2000, G.U. n. 9 del 12 Gennaio 2001.

Numeri dei progetti di legge nell'*iter* parlamentare:

C. 6898 / S. 4924

L.408/00 Ratifica ed esecuzione dell' Accordo fra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo della Repubblica del Sud Africa per la cooperazione nel campo della difesa e degli equipaggiamenti della difesa, fatto a Roma il 10 luglio 1997

Legge n. 408 del 20 Dicembre 2000, G.U. n. 9 del 12 Gennaio 2001.

Numeri dei progetti di legge nell'*iter* parlamentare:

S. 4271 / C.6692

E così via, sempre in ordine decrescente.
Come si può notare esiste la possibilità di accedere ai relativi progetti di leggi.
Provando ad entrare nel primo, otteniamo la sua scheda:

Scheda lavori preparatori
Atto parlamentare: C. 6898
(Fase iter Camera: 1^a lettura)

Erogazione del contributo obbligatorio dell'Italia al Fondo multilaterale
per il protocollo di Montreal per la protezione della fascia di ozono

Parte I: Documenti

Stampati	Note	Scheda lavori preparatori
C. 6898	iniz. Gov. pres. il 28/3/00	
C. 6898-A	relazione della commissione presentata il 7/12/00	
S. 4924	numero del progetto trasmesso al Senato	progetti cancellati dall'odg: C. 6898
Messaggio	progetto approvato definitivamente in attesa di promulgazione o pubblicazione	

Parte II: Lavori in Commissione

Sede	Commissione	Bollettino del
Referente	III Affari esteri	6.12.2000
	III Affari esteri (<i>concl. esame</i>)	7.12.2000
Consultiva	Comitato pareri I Affari costituzionali (<i>parere</i>)	6.12.2000
	Comitato pareri V Bilancio	6.12.2000
	Comitato pareri V Bilancio (<i>parere</i>)	7.12.2000
	VIII Ambiente (<i>parere</i>)	6.12.2000
	VIII Ambiente (<i>testi</i>)	6.12.2000

Parte III: Lavori in Assemblea

Seduta	Fase procedimento
823 del 11 dicembre 200	Discussione: contingentamento tempi discussione generale; discussione sulle linee generali; replica del relatore a. c. 6898.
825 del 13 dicembre 2000	Discussione: contingentamento tempi seguito esame; esame dell'articolo unico a. c. 6898. Ripresa discussione: dichiarazioni di voto finale; votazione finale e approvazione.

Possiamo così conoscere tutti gli atti parlamentari della norma.

Tornando, ora, ai *bottoni* della fascia in alto dell'*home page* troviamo *ordine del giorno* che ci informa dell'ordine del giorno in tempo reale, *diretta aula* che sconsiglia perché è un file audio/video ed è — quindi — molto lento, *siti selezionati* che dà una serie di *link* istituzionali, *scrivi alla camera e aiuto* che sono dei *bottoni* di servizio e — infine — *cerca* che permette di ricercare per parola (con tutte le difficoltà di cui alla prima parte della rubrica).

Nella parte sinistra dell'*home page* sono utili per il lavoro dell'Avvocatura Generale dello Stato *I lavori in L'attività parlamentare* con cui si accede direttamente ai lavori parlamentari.

Nella parte centrale dell'*home page* c'è la porta più veloce per accedere ai disegni di legge quando se ne possiede già il numero: *Ricerca per numero* in **Progetti di legge**.

Complessivamente un sito molto completo sull'attività legislativa, ma un po' complesso nella struttura e nelle modalità di navigazione: da visitare solo quando serve la storia completa di una norma o quando occorre seguire l'*iter* di un disegno di legge.

TOMMASO CAPEZZONE

CONSULTAZIONI

ACQUE – Acque marine – Concessione di derivazione – Canone – Configurabilità.

Se le acque marine siano assoggettabili a rapporto concessorio di derivazione; e, nell'affermativa, come vada determinato il relativo canone. (cs. 12140/97).

Art. 1 legge 5 gennaio 1994 n. 36.

Parere in ordine all'interpretazione dell'art. 1 della legge 5 gennaio 1994, n. 36. Se il disposto di cui all'art. 1, lett. c, della legge 8 agosto 1985 n. 831 debba trovare applicazione anche per le acque divenute pubbliche in virtù della legge n. 36/94. (cs. 9632/96)

Iscrizione elenchi acque pubbliche – Effetti.

Quali effetti siano da ricondurre all'iscrizione nei pubblici elenchi delle acque pubbliche. Conseguenze in ordine alle richieste di concessione di acque non iscritte negli elenchi. (cs. 14408/98)

APPALTO – Inadempimento appaltatrice – Sostituzione componente – Prezzo.

Se sia configurabile come transazione l'accordo tra P.A. ed impresa fornitrice con cui quest'ultima — responsabile dell'avaria di una componente meccanica — si obblighi alla sua sostituzione con altra componente — diversa e dal costo superiore rispetto all'originaria — pretendendo la corresponsione della differenza sul prezzo. (cs. 12717/98)

Servizi – Redazione strumenti tecnico-urbanistici ed amministrativo-procedurali – Normativa applicabile.

Applicabilità degli elementi di valutazione di cui al d.p.c.m. 27 febbraio 1997 n. 116 alla procedura di gara d'appalto di servizio relativo alla redazione di strumenti tecnico-urbanistici ed amministrativo-procedurali. (cs. 4940/99)

ARBITRATO – Compensi in favore dei collegi – Criteri.

Criteri di determinazione dei compensi in favore dei Collegi arbitrali. (cs. 20898/98)

ASSICURAZIONE – Assicurazioni in favore di dipendenti in missione – Legittimati ad agire contro l'istituto assicuratore.

Questioni relative ai contratti di assicurazione stipulati dal Ministero della Difesa a favore dei propri dipendenti inviati in missione ONU; in particolare: a)

soggetto legittimato ad agire contro l'istituto assicuratore per l'erogazione del capitale (o a transigere); b) esistenza o meno di un obbligo del Ministero di assicurare il personale di che trattasi e conseguenze in caso di mancata assicurazione. (cs. 6235/00)

Assicurazioni obbligatorie – Sequestro veicoli in mancanza di copertura assicurativa – Dissequestro – Presupposti.

Veicoli sequestrati perché posti in circolazione senza essere coperti da assicurazione obbligatoria.

Se, nel caso in cui, nel termine assegnato, vengano pagati il premio di assicurazione per almeno sei mesi e parte della pena pecuniaria rateizzata, si possa disporre il dissequestro del veicolo (salvo confisca nel caso in cui venga interrotto il pagamento delle ulteriori rate della pena pecuniaria). (cs. 178/99)

ATTO AMMINISTRATIVO – Procedimento amministrativo – Accordi tra pubbliche amministrazioni sostitutivi o procedurali – Accordi di programma – Urbanistica.

Schema di convenzione tra il Ministero per i beni e le attività culturali, Comune di Roma e Regione Lazio. Strumenti convenzionali sostitutivi della potestà amministrativa di regolamentazione urbanistica ovvero costituenti accordi procedurali su tempi e modalità di esercizio dei poteri di ciascuna parte pubblica. Autorità legittimata a partecipare all'accordo. Vincoli ambientali. (cs. 9499/99).

AVVOCATURA DELLO STATO – Consob – Rappresentanza e difesa in giudizio.

Natura del patrocinio da parte dell'Avvocatura dello Stato. Se l'Avvocatura dello Stato possa assumere il patrocinio della Consob congiuntamente ad avvocati che prestano servizio presso la Commissione (cs. 2201/00).

Ente territoriale subentrato allo stato in controversia giudiziaria – Rappresentanza e difesa.

Subentro (in data successiva al 31 marzo 1996) del Comune di Napoli in controversia giudiziaria pendente alla data del 31 marzo 1996 di cui era parte concessionario di intervento ex L. 219/81 e relativa ad indennità di esproprio di immobile occorrente per la realizzazione dell'intervento: se la rappresentanza e difesa del Comune di Napoli nel suddetto giudizio spettino all'Avvocatura dello Stato. (ct. 27344/95)

Policlinici universitari – Patrocinio da parte dell'Avvocatura dello Stato.

Policlinici universitari (art. 4, 5° comma, d.lgs. 502/92): se abbiano capacità processuale ai sensi dell'art. 75 c.p.c. e — nell'affermativa — se godano del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato. (cs. 10685/97).

BELLEZZE NATURALI – Superfici lacuali – Tutela.

Se e quali mezzi di tutela siano previsti dall'ordinamento per la tutela delle superfici lacuali in relazione alla possibilità che nelle medesime siano realizzate opere non collegate stabilmente al tratto costiero come, ad esempio, pontili fissi senza ancoraggio alla battigia. (cs. 14495/99)

BENI – Aziende agricole annesse alle case di reclusione – Affidabilità gestione a terzi – Corrispettivo.

Natura delle aziende agricole annesse alle case di reclusione ed esame della possibilità di affidare la gestione delle stesse a soggetti estranei all'Amministrazione, verso il pagamento di un canone inferiore a quello di mercato ed onere per il gestore di assumere mano d'opera detenuta. (cs. 1681/98 e 777/98)

Di interesse archeologico – Possesso di privati – Tutela.

Cose di interesse archeologico rinvenute in possesso, non giustificato, di privati: quali iniziative debba assumere l'Amministrazione. (cs. 3403/98)

Realizzazione servizi aggiuntivi da parte di concessionari – Costruzione prefabbricati a servizio di aree archeologiche – Licenza edilizia.

Realizzazione di prefabbricati ed impianti destinati a servizio di aree archeologiche da realizzarsi a cura di privati concessionari di servizi aggiuntivi ai sensi dell'art. 4 della legge 14 gennaio 1993 n. 4: se occorra l'acquisizione di licenza edilizia o trovi applicazione quanto disposto dal d.P.R. 383/94 (in tale seconda ipotesi, esame di questioni relative allo svolgimento della procedura descritta dal ridetto d.P.R.). (cs. 9918/99)

CIRCOLAZIONE STRADALE – Opposizione all'accertamento di violazioni.

Opposizione diretta all'autorità giudiziaria avverso il verbale di accertamento di violazioni del codice della strada: a) se spetti al Ministero dell'Interno la legittimazione passiva quando l'accertamento provenga da organi di polizia stradale appartenenti ad amministrazioni statali diverse dal Ministero stesso; b) se ai fini della tempestività dell'opposizione valga il termine di cui all'art. 203 cod. strad.; c) se occorra delega dell'Avvocatura in favore di funzionario dell'amministrazione diversa da quella dell'interno evocata in giudizio; d) giudizio di opposizione contro la cartella esattoriale. (cs. 5232/95)

COMUNITÀ EUROPEA – Divieto di importazioni – Contingente – Superamento – Conseguenze.

Applicabilità della sanzione penale di cui all'art. 11, 3° comma, r.d.l. 14 novembre 1926 n. 1923 a colui che immette in libera pratica nell'Unione europea merce la

cui importazione non sia vietata in modo assoluto, ma limita ad un certo contingente e l'immissione riguardi invece merce oltre il quantitativo previsto dal contingente. (cs. 13768/98).

CONCESSIONE – Enti concessionari – Totale finanziamento dello Stato – Conseguenze.

Interpretazione dell'art. 21bis del d.l. 23 giugno 1995 n. 244 convertito in legge 8 agosto 1995 n. 341: se per «alloggi prefabbricati costruiti dallo Stato» possano intendersi anche le costruzioni prefabbricate realizzate con finanziamento a totale carico dello Stato, in regime di concessione o a favore di Enti realizzatori diversi dallo Stato. (cs.15181/98)

Servizi portuali – rilascio – Competenza.

Autorità competente al rilascio delle concessioni per l'esercizio dei servizi portuali (con particolare riferimento ai servizi portuali che richiedano l'impiego di mezzi nautici). (cs. 12139/98)

DEMANIO – Occupazione abusiva – Sgombero – Comunicazione avvio procedimento – Effetti penali.

Se siano connaturate ai procedimenti amministrativi di ingiunzione di sgombero per occupazione demaniale marittima abusiva le particolari esigenze di celerità che, ai sensi dell'art. 7 legge 241/90, consentono all'amministrazione di astenersi dalla comunicazione ai soggetti interessati all'avvio del procedimento e se, conseguentemente, soddisfi l'onere di motivazione dell'atto il semplice richiamo al disposto dell'art. 7 legge 241/90.

Rapporti tra il procedimento amministrativo di ingiunzione e gli obblighi della P.A. connessi alla rilevanza penale dell'occupazione. (cs. 31717/97)

DOGANANA – Diritti doganali – Ingiunzione – Controversie.

Parere su schema di circolare in materia doganale: questioni concernenti l'ingiunzione ex art. 82 TULD, l'accertamento dei diritti doganali, la rettifica e la revisione dell'accertamento definitivo nonché il regime delle controversie doganali. (cs. 10281/99).

EDILIZIA RESIDENZIALE PUBBLICA – Acquisto – Successione tra leggi – Disposizioni applicabili.

Se alle istanze d'acquisto degli assegnatari di alloggi di Edilizia Residenziale Pubblica non ancora definite alla data di entrata in vigore della legge 24 dicembre 1993 n. 560 sia applicabile la disciplina di cui alla legge 8 agosto 1977 n. 513 come modificata dalla legge 5 agosto 1978 n. 457. (cs. 10449/98)

ENTI – *Funzioni dell'ANAS - Delega alle province autonome di Trento e Bolzano – Rapporti – Successione.*

Delega alle province autonome di Trento e Bolzano delle funzioni dell'ANAS e soppressione del compartimento ANAS competente per il Trentino Alto Adige (d.lgs. 320/97): se ed in quali rapporti risarcitori passivi, in atto alla data dell'1 luglio 1998, le ridette province succedano all'ANAS; e come debba operarsi ove una di queste sia stata condannata per un rapporto rimasto nella titolarità dell'ANAS. (cs. 4112/00)

ESPROPRIAZIONI – *Retrocessione – Occupazione dell'amministrazione militare – Ammissibilità.*

Parere in ordine all'istanza di retrocessione di beni occupati dall'amministrazione militare. (cs. 7445/98)

IMPIEGO PUBBLICO – *Attività assistenziale – Presso cliniche ed istituti di ricovero e cura convenzionati – Indennità ex art. 4, legge 213/71.*

Personale docente che esplica attività assistenziale presso le cliniche e gli istituti universitari di ricovero e cura convenzionati ai sensi dell'art. 39 legge 833/78: se spetti l'indennità di cui all'art. 4 della legge 213/71 (c.d. indennità De Maria) anche nell'ipotesi che detto personale sia posto in aspettativa per motivi di studio. (cs. 3191/00).

Collegio arbitrale di disciplina – Spese di lite – Assistenza da parte di rappresentante sindacale.

Collegio arbitrale di disciplina (art. 59 d.lgs. 29/93): se possa condannare il soccombente al pagamento delle spese di lite; e nell'affermativa se possa irrogare detta condanna allorchè la parte vincitrice sia stata assistita non da avvocato ma da rappresentante sindacale. (cs. 4941/97)

Facoltà scienze motorie – Personale docente non universitario – Funzioni.

Trasformazione degli istituti superiori di educazione fisica e istituzione di facoltà di scienze motorie: parere in ordine al mantenimento delle funzioni didattiche del personale docente non universitario ed alla individuazione di dette funzioni. (cs. 17504/99)

Incompatibilità.

Incompatibilità della carica di Presidente o componente del Consiglio di Amministrazione dell'ENEA con quella di amministratore o dipendente di società operante nel settore di intervento dell'ENEA. (cs. 5108/99).

Infermità o lesione dipendente da causa di servizio – Personale militare o equiparato – Costi per procedimenti definiti.

Procedimenti di riconoscimento di infermità o lesione dipendente da causa di servizio o di concessione di equo indennizzo per il personale militare o equiparato: *a)* se dopo l'emissione del parere del consiglio di Stato che ha ritenuto inapplicabile al personale militare il d.P.R. n. 349/94 possano essere posti a carico dell'Amministrazione della Difesa gli onorari già corrisposti all'esperto esterno chiamato a far parte della CMO dai dipendenti; *b)* se riguardo a procedimenti ormai definiti ai sensi del d.P.R. 349/94 il personale militare disponga della facoltà di appellarsi alla CM di seconda istanza. (cs. 2274/99)

IMPRESA – Contributi a PMI per ricerca – Requisiti – Iscrizione in apposito albo – Interpretazione.

Contributi alle PMI per spese sostenute per lo svolgimento di ricerche di carattere applicativo presso laboratori inclusi in apposito albo. Se possano essere ammesse a contributo le ricerche svolte presso laboratori non iscritti all'albo, ma legati da un rapporto convenzionale con organismo gestionale ed amministrativo dotato di personalità giuridica di diritto pubblico operante nell'ambito di un'area per la ricerca iscritta all'albo. (cs. 938/99)

NAVIGAZIONE – Gente di mare – Cancellazione a seguito di condanne per reati che impediscano l'iscrizione nelle matricole – Sent. Corte Cost. 1 giugno 1995 n. 220 – Conseguenze.

Quali siano gli effetti sull'istituto della cancellazione automatica prevista dall'art. 120 Cod. Nav. per gli iscritti nelle matricole della gente di mare che abbiano subito condanna, con sentenza passata in giudicato, per reati che a norma del Reg. Nav. Mar. impediscano l'iscrizione nelle matricole a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale 1 giugno 1995 n. 220 con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 1258, c. 1°, del Cod. Nav. e dell'art. 152 n. 4 del Reg. Nav. Mar. che prevedevano la sanzione disciplinare della cancellazione automatica dai registri dei lavoratori portuali che avessero riportato condanna penale comportante l'incapacità di iscrizione. (cs. 3613/99)

REATO – Fondo per la prevenzione del fenomeno dell'usura – Soggetti gestori – Cattiva gestione di rilevanza penale – Conseguenze.

Natura del rapporto giuridico tra il Ministero del Tesoro ed i soggetti beneficiari e gestori dei contributi del fondo per la prevenzione del fenomeno dell'usura. Se tali soggetti acquistino la proprietà dei contributi e se, nel caso di cattiva gestione avente rilevanza penale, l'amministrazione possa ottenerne l'immediata restituzione ovvero debba attendere l'esito del giudizio instauratosi. (cs. 8999/96)

RESPONSABILITÀ CIVILE – *Magistrati – Esercizio di funzioni – Transazione.*

Transazione relativa a domanda di risarcimento (*ex* L. 117/88) dei danni asseritamente subiti a seguito di atti e provvedimenti giudiziari posti in essere da magistrati nell'esercizio delle loro funzioni. (cs. 2536/00)

RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE – *Garanzie ipotecarie – Surroga – Agevolazioni.*

Surroga nelle garanzie ipotecarie iscritte a carico del debitore: *a)* se l'Ufficio Registri Immobiliari possa eseguire le formalità di annodamento delle surroghe; *b)* se tali formalità possano fruire delle agevolazioni fiscali previste dall'art. 15, d.P.R. 29 settembre 1973 n. 601. (cs. 16503/98)

SUCCESSIONE – *Mortis causa – Imbarcazione da diporto – Trascrizione – Titolo.*

Quale sia il titolo idoneo ai fini della trascrizione dell'acquisto *mortis causa* di imbarcazione da diporto. (cs. 5024/99)

TRANSAZIONE – *Conclusioni nella medesima data di pubblicazione sentenza favorevole – Annullabilità.*

Parere circa la convenienza di un'azione volta ad impedire l'efficacia di una transazione stipulata dall'amministrazione — all'esito dello sfavorevole giudizio di primo grado — lo stesso giorno della pubblicazione della sentenza con cui veniva totalmente accolto l'appello della stessa amministrazione. (cs. 133/00)

TRASPORTI – *Gestioni governative di Ferrovie – Indennità di buonuscita e trattamento di fine rapporto – Calcolo.*

Dipendenti di Gestioni governative di Ferrovie: quali compensi ed indennità da loro percepiti vadano a comporre la base di calcolo dell'indennità di buonuscita e del trattamento di fine rapporto. (cs. 3683/00)

TRIBUTI – *Agevolazioni – Art. 6 bis d.l. 328/97 – Concordato fallimentare – Applicabilità.*

Applicabilità della disposizione agevolativa di cui all'art. 6 *bis* del d.l. 328/97, convertito dalla legge n. 410/97 al concordato fallimentare. (cs. 3212/99)

Contenzioso tributario – Giudicato penale – Effetti nel giudizio tributario.

Efficacia del giudicato penale sull'accertamento dell'obbligazione tributaria: se a seguito dell'abrogazione dell'art. 12 del d.l. n. 429/82 sia corretto orientare l'azione dell'amministrazione finanziaria sul criterio di una «radicale» esclusione dell'effetto extra penale del giudicato. (cs. 2155/99)

Imposta di bollo – Esenzione – Cessione volontaria di beni – Contratto di compravendita.

Parere circa la configurabilità dell'esenzione dall'imposta di bollo ai sensi dell'art. 22 della tabella «B» allegata al d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 642 per gli atti di cessione volontaria di beni espropriandi aventi la forma di contratto di compravendita di diritto privato. (cs. 15655/98)

FRANCESCA QUADRI